

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LIV, FASCÍCULO II

Abril-junio, 2001



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

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

Secretario
ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Coordinación
NIEVES FENOY PICÓN

Consejo de Redacción

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

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

SUMARIO

Pág.

Estudios monográficos

Juan Bms. VALLET DE GOYTISOLO: « <i>¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?</i> »	519
Mariano YZQUIERDO TOLSADA: « <i>Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente</i> »	547
Alma M. ^a RODRÍGUEZ GUTIÁN: « <i>El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales</i> »	681

Bibliografía

LIBROS

ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS: « <i>Code européen des contrats</i> », por Carlos Vattier Fuenzalida	753
CASTILLA BAREA, Margarita: « <i>La imposibilidad de cumplir los contratos</i> », por Lis-Paula San Miguel Pradera	756

DOMINGO, Rafael/HAYASHI, Nobuo «Estudio preliminar, traducción y notas al Código civil japonés» por Sergio Cámara Lapuente	761
MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M. ^a Dolores: «Garantías del constructor: el crédito refaccionario», por Teresa Hualde Manso	772
REVISTAS EXTRANJERAS	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Josep Maria BECH SERRAT, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, María Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA	779
Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado	
RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO COMENTADAS	
Juan María DÍAZ FRAILE: «Comentario a la RDGRN de 16 de marzo de 2000. Limitación de las facultades de los apoderados generales respecto de los actos dispositivos que hayan de calificarse de personalísimos por afectar a la eficacia de disposiciones testamentarias»	853
RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE EL ESTADO CIVIL (AÑO 2000)	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	879
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Llanos CABEDO SERNA, Miriam DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Antonio JIMÉNEZ CLAR, Carlos ORTEGA MELIÁN, María Begoña RIBERA BLANES, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Ignacio TIRADO MARTÍ, María Luisa VALLÉS AMORÉS	913

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: 60,1 €; 10.000 ptas. (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 18,03 €; 3.000 ptas. (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 LIV, FASCÍCULO II

Abril-junio, 2001

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2001

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): 007-01-010-8
NIPO (M. de Justicia): 051-01-005-8
Depósito Legal: M-125-1958

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

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?*

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: 1. *Planteamiento de esta cuestión.* 2. *Diversos sentidos de la expresión «fuentes del derecho».* 3. *Orden, ordenamiento y sistema jurídico.* 4. *Perspectiva de los elementos mediadores instrumentales entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos.* 5. *Preferencia jerárquica entre estos elementos mediadores.*

1. PLANTEAMIENTO DE ESTA CUESTIÓN

La pregunta formulada en el título contrapone las locuciones «fuentes formales del derecho» y «elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos». Esta contraposición plantea una cuestión que no es meramente terminológica, sino sustancial. Es de alcance a la vez ontológico y gnoseológico, afectante al mismo ser del derecho y de la ley humana, y a su conocimiento. Se halla entreligada a la vieja querella del realismo metódico con el voluntarismo y el nominalismo, con su inherente positivismo, ya sea legalista o bien consuetudinario o judicialista.

Aún cuando, referida al derecho, la palabra «fuentes» tiene un antiquísimo sentido metafórico –como veremos en el siguiente epígrafe–, en el siglo XIX adopta un significado positivista, resultante de que el nominalismo había conducido la definición del derecho en el

* Este trabajo viene a ser complemento del aparecido en el número anterior de este Anuario «La naturaleza de las cosas y de cada cosa y su cognoscibilidad por el hombre».

sentido inmanentista que en la Modernidad, primero, y por los filósofos ilustrados, después, se le había injertado¹. Si éste no es sino un producto de la voluntad humana o del sentimiento popular, sus fuentes son actos volitivos humanos o expresión de la conciencia de los pueblos. Savigny² ha escrito que la fuerza creadora del derecho radica en la conciencia del pueblo. De ahí que para él: la costumbre sea, a la vez, «signo del derecho positivo» y «uno de los elementos que concurren a la formación del derecho»; la ley también es³ «expresión del derecho popular» una vez que es «traducido por la lengua con caracteres visibles y revestida de una autoridad absoluta». Y, cuando⁴, «por la marcha natural de la civilización» y la «división del trabajo y de los conocimientos», el derecho, «que antes vivía en la conciencia del pueblo», «adquiere tal desarrollo que su conocimiento deja de ser accesible a todos los miembros de la nación», «la clase de los jurisconsultos, que representa al pueblo de que forma parte», «prosigue el derecho popular en la determinación rigurosa y las aplicaciones de detalle». Por eso —explica⁵—, la legislación y el derecho científico resultan los órganos que dan expresión al derecho popular cuando «se retira del pueblo la fuerza creadora».

Es de notar que, conforme este criterio de Savigny, el derecho se hace *positivo* por el solo hecho histórico de su vigencia en el espíritu del pueblo; y, si bien su contenido —a los ojos del propio fundador de la escuela histórica del derecho— conserva el originario sentido de la justicia⁶, su validez sólo depende del hecho de hallarse subsumido en la conciencia del pueblo y de ser efectivamente vivido por éste. Es decir, por el hecho de su vigencia nacional⁷. Por otra parte, lo que él denomina fuentes del derecho —costumbre, ley y derecho científico— no son realmente sino mediadoras entre el espíritu del pueblo y las

¹ Se halla pendiente de publicación, en el Libro homenaje al profesor HERNÁNDEZ TEJERO, un estudio, magnífico por su erudición, firmemente documentada y su profunda penetración, escrito por el profesor y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, José ITURMENDI MORALES, *Las fuentes en el derecho romano*, en el cual señala documentadísimamente la génesis del concepto expresado por la locución «fuentes del derecho» y destaca que el empleo de esta expresión en el sentido de «base del derecho en general y, por consiguiente, las instituciones mismas y las reglas particulares que separamos de ellas por abstracción», según la definía SAVIGNY, en su *Sistema* I, VI, advirtiendo que había sido precedida por la aportación de su discípulo más relevante, Georg FRIEDRICH PUCHTA, quien «fue el primero de los tratadistas del derecho de Pandectas (*Pandekten*, Leipzig, 1838) en utilizar la expresión fuentes del derecho en un sentido estrictamente moderno, al individualizar como tales el derecho de la costumbre («*Gewohnheitsrecht*»), la legislación («*Gesetzgebung*») y el derecho de los juristas («*Juristenrecht*»»).

² SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, I, § XII, vol. 1; cfr. ed. Madrid, Góngora, s.f. pp. 80 ss.

³ *Ibid.*, § XIII, pp. 43 ss.

⁴ *Ibid.*, § XIV, pp. 87 ss.

⁵ *Ibid.*, § XV, pp. 89 ss.

⁶ *Ibid.*, pp. 96 ss.

⁷ *Ibid.*, p. 92

normas y conceptos que ellas alumbran, a las que la ley da forma verbal precisa y la doctrina científica expresión conceptual.

La perspectiva que yo contrapongo a la moderna de las fuentes del derecho es la que observo en los *elementos mediadores* entre el *orden de la naturaleza de las cosas* y los *hechos jurídicos*; es decir, en los *instrumentos* que sirven para aproximar y facilitar la *concreción en acto de lo que en cada caso determinado es justo*.

La diferencia fundamental entre ambas perspectivas radica en el lugar donde, una y otra, ubican al derecho. La teoría de las fuentes del derecho parte de equiparación nominalista: *derecho-ley*, extendida por muchas escuelas a la costumbre y la jurisprudencia científica o judicial; y la visión que se observa desde la perspectiva de los *elementos instrumentales mediadores* es la del derecho considerado *quod bonum et aequum est, quod iustum est* en acto y en concreto. Por lo tanto, si partimos de esta definición –aristotélica-romano-tomista-bajo medieval *mos italicus*, como vengo diciendo en mis *Metodologías*–, debemos coherentemente adoptar la segunda de estas dos perspectivas.

2. DIVERSOS SENTIDOS DE LA EXPRESIÓN «FUENTES DEL DERECHO»

La definición del derecho no sólo es previa para emprender el camino adecuado en la metodología jurídica, sino, asimismo, para ubicar la fuente o fuentes del mismo. Pero la definición y la determinación de las fuentes del derecho no sólo pende del significado de la palabra «derecho» empleada en genitivo, sino, asimismo, de su nominativo «fuentes».

El *Diccionario de la Lengua Española* indica cuatro significados de la palabra «fuente» referentes a las genuinamente denominadas así, o sea de agua:

- a la misma agua que mana;
- al manantial del que ésta brota de la tierra;
- al aparato o artificio por el que, en jardines, casas, calles o plazas, se hace salir la traída encañada desde sus manantiales, o desde depósitos,
- y al cuerpo de arquitectura hecho de fábrica, piedra o hierro, etc., que sirve para que salga el agua por uno o muchos caños dispuestos en él.

Cada acepción puede evocarnos, por analogía, respectivamente:

- el derecho que brota *ex ipsa natura rei*, o derecho natural, según expresión de Santo Tomás de Aquino;
- el hecho que lo manifiesta;
- las fuerzas productoras del derecho positivo;

– y la pirámide jurídica de Kelsen, expresiva del ordenamiento jurídico, según la concibió este profesor vienes.

Pasando ya al análisis de los significados atribuidos a la locución «fuentes del derecho», se advierten varios enfoques, referidos:

- a) A la *causa última* del derecho, o sea en su *fundamento*, que permite enjuiciar la legitimación objetiva y validez de lo que se presenta como derecho. La analiza la filosofía del derecho, y disputan acerca de cuál es las diferentes concepciones filosóficas.
- b) A las *fuerzas productoras* de la norma de derecho positivo o a los hechos *jurídicos* que las engendran.
- c) A las *formas de conocimiento* de las normas alumbradas por aquellas fuerzas o en virtud de tales hechos.

En general, la doctrina moderna centra el concepto jurídico de las fuentes del derecho en el segundo de estos tres significados, calificándolas diferencialmente en fuentes *formales* y *materiales*, *mediatas* y *directas*.

A) Sin embargo, la denominación «fuentes» no aparece históricamente con el significado que modernamente se le asigna. No la vemos empleada en texto jurídico romano alguno, ni siquiera en el de Papiniano⁸, que define: «*Ius autem civile est quod ex legibus, plebiscitis, senatus-consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*». Tampoco hallamos esta denominación en los textos de derecho histórico hispano que indican a los jueces qué normas deben servirles para la resolución de los juicios.

En cambio, históricamente hallamos el empleo literario de la palabra fuentes refiriéndola metafóricamente, ya sea al fundamento del derecho, o bien a la originación de las normas de derecho, o a la determinación de éste mismo en concreto.

a) En el primer sentido, de *fundamento de todo derecho*, lo hallamos:

- En Cicerón⁹ cuando pregunta «*visne ergo ipsius iure ortum a fonte repetamur*», y responde «*repetam stirpem iuris a natura*»; es decir, «remontándose a la naturaleza».
- En la *Partida* 3, 1, 1, que toma –según dice– de los «Sabios», la comparación de la justicia a la «*fuente perenal*», explicando que ésta «*ha en sí tres cosas*». La primera que «*assi la justicia cata siempre do nesce el sol verdadero, que es Dios*». La segunda, que «*assi como el agua de la fuente corre siempre, e han los omes*

⁸ PAPINIANO, *Dig.* 1, 1, 7.

⁹ CICERÓN, *De legibus* 1, 6, 20.

mayor sabor de beber de ella, porque sabe mejor, e es mas sana, que otra; otrosí la justicia siempre es en sí, nunca se desgasta; nin mengua; e resciben en ella mayor sabor los que la demandan, e la han menester, mas que en otra cosa». Y la tercera, que «assi como el agua della es caliente en invierno, e fria en verano, e la bondad della es contraria a la maldad de los tiempos; assi el derecho que sale de la justicia tuelle e contrasta las cosas malas e desaguisadas que los homes facen».

Gregorio López¹⁰, en su glosa, remite al opúsculo 61, *De dilectione Dei et proximi*, atribuido a Santo Tomás¹¹, pero que la crítica considera apócrifo. Este opúsculo, en su cap. XVII, al exponer el grado sexto, lo explica con la imagen de las cinco fuentes derivadas de Dios y de cuyas aguas potables se alimentan los ríos, por los que las diversas ciencias intelectuales fluyen hacia la inteligencia del alma. «*Fons igitur dicitur metaphorice omnis substantia cum ipsa fluunt accidentia, ut de causis effectus, de fonte rius*».

– Por Hugo Grocio, año 1625, en el siguiente texto¹²: «*Deinde vero cum iuris naturae sit stare pactis (necessarius enim erat inter homines aliquis se obligandi modus, neque vero alias modus naturalis fungi potest) ab hoc ipso fonte iure civilia fluxerunt*».

Comentando este texto, explica Boeclerus¹³: «*Hanc ergo societatis custodiam sive appetitum societatis ordinatae instructaeque naturalem, recte merito Grotius iuris naturalis originem, fontem, principium facit, seu mavis, hoc iuri naturali fundamentum subtravit*».

Así, según Grocio, el apetito natural de sociabilidad es el origen, fuente y principio del derecho natural, y el pacto lo es del derecho civil. La fuente desciende desde Dios al apetito natural de sociabilidad, y de ahí deriva el principio de derecho natural de estar a lo pactado que es fuente del derecho civil. De esa manera, desde la fuente originaria, por un acueducto, primero, y por un artificio, después, desciende el derecho natural para que, por éste, mane el derecho positivo.

En suma, el texto de Grocio traza en imagen dos acueductos: uno derivaría por la razón humana que intuye y deduce el derecho natural, y el otro por la sociabilidad se llega al pacto, de donde fluye el derecho civil en forma de normas legales. Es decir, en ese des-

¹⁰ Gregorio LÓPEZ, *Glosas de la Partida*, cit.

¹¹ Divi THOMAE AGUINATIS, *Opuscula omnia*, 61, cap. XVII, 6.º grado; cf. ed. Venecia, apud dominum Nicolinum, 1953, «*Complectens*», vol. XVII, fols. 86 s.

¹² Hugo GROCIUS, *De iure belli ac pacis. Prolegomena*, 15.

¹³ Jo. HENRICUS BOECLARUS, *Commentatio in Hugonis Grotii, ius belli et pacis. In prolegomena*, 13 ss., Argentorati, Exofficina Dulsseckeriana 1704, p. 57.

censo de la fuente enlazamos con el siguiente sentido metafórico dado a esa palabra cuando es referida al término derecho.

b) En el segundo sentido, de *origen inmediato de las normas de derecho*, la hallamos utilizada en Roma¹⁴:

– Por el historiador Tito Livio¹⁵, quien señalaba las XII Tablas por «*fons omnis publici privatique iuris*».

– Y por Aulio Gelio¹⁶ al afirmar que la *rogatio* del magistrado venía a ser la *fons* de la ley.

c) En el tercer sentido de expresar metafóricamente los *medios para fundamentar o determinar lo justo en los casos que se planteen*, tal vez quepa citar –aunque sea discutible– lo expuesto por Pothier¹⁷: «*quator potissimum fueret apud Romanos totius iuris civilis fontes: 1.º, scripta legis, legis actiones et interpretatio; 2.º ex legibus antiquis notae et tam veteres quam novae; 3.º praetorium aliorumque magistratum; 4.º jurisprudentia quae ex disputatione fori, prudentumque responsis consistit*».

B) En la *formulación conceptual moderna* el significado de la expresión fuentes del derecho –que es creación jurídica de Savigny¹⁸– éste las estima «las bases del derecho en general y, por consiguiente, las instituciones mismas y las reglas particulares que separamos de ellas por abstracción».

Cierto es que como fuentes del derecho enumera: «la legislación, el derecho consuetudinario y el derecho científico»¹⁹. De las cuales, el segundo brota de la «conciencia del pueblo», cuando «se hace sentir la necesidad» de una regla, que «se separa entonces de este conjunto [«que vive en la conciencia del pueblo»] y se traduce en una forma artificial»; de modo tal, aquello que «hasta entonces existía en *germen*», «toma una forma determinada»²⁰.

– La legislación lo traduce mediante el lenguaje, «en caracteres visibles y revestido de una autoridad absoluta», como derecho positivo en forma de leyes, que son «expresión del derecho popu-

¹⁴ Cfr. Álvaro D'ORS, *Derecho privado romano*, 4.ª ed., Pamplona, EUNSA, 1981, cap. I, nota 1, p. 28, y la bibliografía que cita en la misma nota.

¹⁵ Tito LIVIO, *Décadas*, 3, 34, 6.

¹⁶ Aulio GELIO, *Noctes Atticae* 10, 20, 7.

¹⁷ Robert Jean POTIER, *Pandectes de Justinien, mises dans un nouveau ordre, Praefatio seu prolegomena, Prima pars*; cfr. ed. bilingüe, París, Impr. Donnay-Dupré, 1818, pp. 42 ss.

¹⁸ SAVIGNY, *op. y vol. ult. cit.*, §VI, p. 68.

¹⁹ *Ibid.*, XVII, p. 100.

²⁰ *Ibid.*, VII, pp. 70 s.

lar». Pero estima que es un verdadero error al creer que para representar al espíritu de la nación deba la ley emanar de una asamblea»²¹.

– Y el derecho científico «rehace» las leyes, las «hace pasar a la vida real» y permite «mostrar la identidad que existe entre la regla abstracta y la institución viva del derecho»²².

Frente a esta perspectiva orgánica de Savigny –que pone la fuerza creadora del derecho en la sociedad, que configura y encarna el pueblo de cada nación–, el positivismo legalista –basado en la concepción de la *volonté générale* de Rousseau– define teóricamente la ley –en la que subsume todo el derecho– como expresión de la voluntad del pueblo, aunque de hecho la inserte en el aparato estatal y, fundamentalmente, en el parlamento.

Contrapunto de esta perspectiva, es la que ofrece el positivismo sociológico, que vuelve a situar la fuente productiva del derecho en el sentimiento o conciencia del pueblo, que se considera por encima de las normas dictadas por el Estado. Frente al normativismo legalista: el movimiento del derecho libre afirmó la superioridad de las normas creadas por el juez como representante del pueblo; el *legal realist* considera –en palabras de Dewey– la ley un pedazo de carta o una voz en el aria pero nada que pueda llamarse derecho sin su aplicación por el juez, y, conforme la teoría hermenéutica de la recepción, sólo es derecho lo que es recibido como tal en la conducta social vivida.

Sin embargo, hoy en las constituciones y códigos, según los entiende el pensamiento político –no así el jurídico–, predomina el formalismo entendido del modo explicado por Kelsen, en su teoría pura del derecho, gráficamente expresada, por él, con figura de la pirámide jurídica²³. El orden escalonado de ésta impone como norma de derecho la voluntad de cada uno de los organismos jurídicos oficiales, en su respectivo ámbito formal constitucionalmente señalado. Así, se forman los escalones descendentes en cascada desde la cúspide de la constitución: las leyes orgánicas, las leyes delegantes en forma o no de leyes de bases, las normas con rango de ley, los decretos-leyes, las leyes delegadas, los reglamentos, las reglamentaciones y ordenanzas, las normas sectoriales, etc. Las normas consuetudinarias sólo tienen valor en cuanto estén reconocidas por la norma constitucional o por remisión a ellas de otra ley.

²¹ *Ibid.*, XIII, pp. 83 s.

²² *Ibid.*, XIV, p. 80.

²³ Cfr. mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, I. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 145, b y c, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, pp. 865-868.

Este escalonamiento ha llevado a la distinción entre normas básicas o primarias y secundarias, o entre reglas de *conducta*, de *estructura* o de *delegación*, según las ha clasificado Bobbio²⁴.

No faltan tampoco quienes –como Figa Faura²⁵– distinguen *ordenamientos de derecho público*, formando un *orden construido*, y de *derecho privado*, constituidos predominantemente por un *orden espontáneo*. La importancia de este orden, incluso en la actualidad, es reivindicada en términos generales por Friedrich A. Hayek²⁶, quien llega a afirmar que si la estructura de la sociedad moderna ha llegado a alcanzar su actual grado de complejidad (muy superior a cuanto hubiera podido lograrse de manera deliberada) es porque está formada por un orden espontáneo y no es una organización.

C) Si –como nosotros– se opta por centrar el ser del derecho en su genuino significado de lo que es justo, *quod iustum est*, *quod bonum et aequum est*, la *res iusta* en concreto y en acto, su fuente, en el sentido de su *fundamento* primero, es Dios –como hemos leído en la Partida 3, 1, 1– y el orden por Él ínsito en su obra creadora, que los hombres sólo podemos conocer, limitadamente, a través de las cosas sensibles, ascendiendo a lo inteligible; subiendo de las cosas materiales a las del espíritu, de los efectos o las causas, hasta lograr el mayor conocimiento posible de la *naturaleza de las cosas*, que constituye la fuente material más general mediata para el conocimiento del derecho por los hombres. Desde ella, para determinarlo en concreto y en acto, hemos de descender en cada caso a la *naturaleza de cada cosa*, la *natura rei*, valiéndonos, mediadamente de abstracciones de toda clase, previamente efectuadas de sus géneros y especies y de los tipos, pautas y normas, consuetudinarias o legales, utilizables con esa función para concretar, individualizar o determinar el derecho en el *hecho del caso*, que contemplamos y debemos configurar, sea mediante una conclusión o bien por una determinación negocial o conflictual²⁷.

Se trata de hallar criterios y pautas objetivas que impidan toda subjetividad en los juicios. La determinación del derecho –como ha

²⁴ Norberto BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, 40, Torino, Cooperativa Libr. Universitaria, s.f., pp. 205-210.

²⁵ Luis FIGA FAURA, *Ordenamiento jurídico mercantil*, I, C, a, RGL y J. 252, 1982-1.º, p. 13.

²⁶ Friedrich A. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, vol. II; cfr. 2.ª ed. en castellano, Madrid, Unión Editorial, 1985, pp. 101 s.

²⁷ Cfr. *Metodología de la determinación del derecho*, II Parte sistemática, 200-298, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces-Consejo General del Notariado, 1996, pp. 1045-1578.

escrito Ursicino Álvarez Suárez de la actividad del jurisconsulto para crear derecho— es preciso «que se sedimenten ciertos criterios objetivos de decisión», pues «en otro caso dominaría la arbitrariedad y la variabilidad; rasgos ambos opuestos a la esencia misma del derecho»²⁸.

3. ORDEN, ORDENAMIENTO Y SISTEMA JURÍDICO

Me he ocupado ampliamente de estas tres expresiones en varios estudios²⁹, a los que remito a los lectores a quienes interese observarlas por extenso. Aquí sólo vamos a verlas panorámicamente y de modo general. Para centrarlas, comenzaré por valerme de diferenciar las imágenes, que ya antes he utilizado³⁰, de lo *universal* y de lo *total*.

Estas expresiones, y las paralelas *universalidad* y *totalidad*, coinciden cuando sus significados se llevan hasta el límite final de cuanto abarcan. Pero si, en lugar de ahondar en la realidad de su significado, nos dispersamos por sus matices semánticos usuales, no tan sólo no coinciden sus significados, sino que se contraponen, en cuanto la universalidad se conciba abierta y la totalidad, encerrando todo lo incluido en ella. Aquella ofrece una perspectiva dinámica, y la totalidad al considerarse completa aparece inmóvil. Precisamente, esos caracteres de hallarse abierta y ser dinámica, inherentes a la universalidad, se nos muestran claramente tomando como imagen metafórica³¹ el ser y el devenir de las galaxias que se hallan dispersas en el universo. Toda galaxia incluye estrellas —que son soles—, cometas y planetas, de múltiple composición y climas, con sus satélites; tiene sus órbitas ordenadas en diferentes movimientos, así como la de cada uno de los astros que la componen, acompañadas entre sí y en relación con las órbitas de las otras galaxias, todo en un orden cósmico pre establecido, pero en constante movimiento y evolución, formando un conjunto abierto y dinámicamente coordinado.

Más todavía, este orden astronómico, como también sucede con el orden jurídico —que he comparado con él—, se halla inmerso en el

²⁸ Ursicino ÁLVAREZ, *La jurisprudencia romana en la hora presente*, Conclusiones, in fine, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1966 (discurso de ingreso), pp. 174 s.

²⁹ *Las expresiones «fuentes del derecho» y «ordenamiento jurídico»*, 16-31, ADC, XXXIV-IV, 1981, 4.º, pp. 858-897, reproducido en mis *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, Montecorvo, 1982, pp. 83-140; y *Metodología de las leyes*, 107-120, Madrid, EDERSA, 1991, pp. 252-395.

³⁰ *Metodología de las leyes*, 107, pp. 252 s.

³¹ *Las expresiones «fuentes del derecho» y..., 1; cfr. en Estudios sobre fuentes del..., p. 28.*

orden –ínsito por Dios en su obra creadora– de la *rerum natura*, dirigido por la *lex aeterna* que, para el conocimiento del hombre, es complementada por la *lex naturalis* y por la *lex divina positiva* contenida en la revelación³².

He expuesto, en otra ocasión³³ que, en el orden de la creación, el Aquinatense vislumbra diversas esferas divinas y humanas; naturales, inmediata o mediamente, determinadas por la adecuación racional a un fin común; de consejos y de preceptos morales y jurídicos; de derecho natural o positivo, divino o humano, etc. Todas estas esferas forman un conjunto del que ninguna puede separarse, hipertrofiarse ni minusvalorarse. Cada una juega su propio papel en la total armonía. Los ámbitos de lo jurídico y de lo moral, de los consejos y de los preceptos, de lo que positivamente debe ser exigido por el Estado u otras autoridades, de lo que ha de ser determinado por los órganos sociales naturales, o por las personas privadas, no deben interferirse entre sí.

Ahora bien, si alguno de estos ámbitos deja de funcionar –verbi gracia, el de la moral, por debilitarse su sentimiento social– el desequilibrio es inevitable, y entonces:

– o bien el ámbito de lo positivamente impuesto por el Estado se extiende creando una presión que asfixia la libertad, adormece la libre iniciativa, el impulso individual y, con él, la espontaneidad social del progreso, y destruye los vínculos sociales naturales;

– o bien se cae en un hedonismo egoísta y materialista que lleva a la disolución social, a la corrupción y a la revolución.

El dilema es fatal y, por fin, llevará al desastre, a no ser que el Estado se limite a restablecer el orden en lo más perentorio, lo cual exige una reacción social que aquél debe favorecer, en lugar de tratar de sustituirla permanentemente por su intervención protésica y ortopédica, tecnocráticamente mecanizada.

Ahí vemos delineado en esquema el «orden» universal de las cosas divinas y humanas, con su diversas esferas: metafísica, física, moral, jurídica natural y positiva³⁴, que en él se hallan inmersas; y contrapuestos, en este último³⁵, el «ordenamiento legislado» el «ordenamiento espontáneo»³⁶.

³² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1.^a-2.^{ae}, 90, 1.

³³ *Observaciones de orden metodológico en torno de la concepción del derecho natural de Santo Tomás de Aquino* VI, ARAJ y L 3, 1975, pp. 42 s., recogido en *Estudios*, últ. cits., pp. 778 s.

³⁴ *Cfr. Metodología de las leyes*, 90-106, pp. 212-251.

³⁵ *Ibid.*, 108-113, pp. 254-275.

³⁶ *Ibid.*, 114, pp. 276-278.

Naturalmente, las imágenes de estas esferas sólo son efecto de nuestras limitaciones. Éstas no nos permiten conocer plenamente el orden universal; pues, nuestra inteligencia, al no poder abarcar el conocimiento pleno y, en acto del orden divino, necesita avanzar por pasos sucesivos: de lo sensible a lo inteligible, de lo simple a lo complejo, de los efectos a las causas, de las cosas a las ideas, de lo finito a lo infinito. Aun así, vemos el orden divino borroso y fragmentado; no podemos alcanzar o divisar su unidad y su infinitud que únicamente vislumbramos.

Esta perspectiva general, aunque sea limitada, nos permite esbozar una exposición de lo que se entiende por «orden» y relacionarlo con lo que significamos con las expresiones «ordenamiento normativo» y «sistema jurídico». Veámoslo.

A) El *orden universal de todas las cosas* lo trata Santo Tomás de Aquino en la *quaestio 103, De gubernatione rerum*, de la *Prima pars* de su *Summa Teologiae*. En ella, explica la conjunción de los órdenes de las causas particulares –entre los cuales se halla y actúa el hombre como causa segunda–, puestas en relación con el orden de la causa universal, al que finalmente son reconducidas aquéllas. También hemos recordado que, según Vico expone, sólo Dios conoce en relieve el orden de todas las cosas, pues Él las ha creado, mientras los hombres pueden alcanzar únicamente el conocimiento, en imagen plana, de la historia civil o de las naciones, que ellos han hecho, y sufren las consecuencias de apartarse en ella del orden universal y eterno de la historia de todos los pueblos trazado por la divina providencia.

En nuestra visión humana del orden universal, Georges Renard, en su curso de conferencia del año 1927, al introducirse en la confrontación del derecho con el orden y la razón, advierte³⁷: «Si el derecho no es una mixtificación, preexiste un orden en todos nuestros derechos, donde cada cual halla su lugar, su título de legitimidad y, con ello, su fin, su medida y sus límites. Preexiste a todas las voluntades humanas un orden del que reciben su eficacia jurídica en cuanto se adecuan a él. La ley, el juicio, el contrato sólo valen y obligan por conformidad a su orden».

Y, al exponer la última conferencia de ese curso, *El derecho natural y el orden universal*, advierte³⁸ que «el orden jurídico se remonta al orden moral y, más allá, al orden metafísico y religioso». Estima que el orden jurídico «es un excelente lugar para considerar el orden universal», viendo por encima del orden jurídico, el

³⁷ Georges RENARD, *Le droit. l'ordre et la raison*, París, Sirey, 1927, conf. 1.^a, I, pp. 19 s.

³⁸ *Ibid.*, conf. 10.^a, I, pp. 350 ss.

orden moral y, más arriba, el metafísico y el religioso; y, por debajo del orden jurídico, como empalma con él, «el orden físico y biológico y, sobre todo, la economía política».

En torno a la década de los años cuarenta del siglo XX, Francesco Carnelutti también vería la realización del derecho enlazada con el orden universal; y, para mostrar su pensamiento, se valió de un símil, comparando el arte del derecho y el arte musical³⁹. Vislumbraba en éste un puente de dos arcos, el del compositor y el del intérprete, entre la armonía y la audición: «La diferencia entre Beethoven y Toscanini no está en que Beethoven no sea también un puente, sino que no se deja ver una de las riberas unidas por este puente. Y cuando la novena sinfonía nos deleita, un puente se junta al otro para abrirnos el sendero que conduce a la ribera desconocida».

Según entiendo, la proyección de este símil al derecho: el juicio de legalidad y el juicio de equidad son dos arcos de un mismo puente, o dos puentes comunicantes, que unen el origen genuino, pero incierto, de la justicia en el orden del universo con el acto concreto de la justa resolución del caso singular enjuiciado. Puente en el cual la intersección del último de sus arcos se apoya, como uno de sus pilares mediadores, en la ley positiva.

«¿El código sería una especie de partitura?», pregunta Carnelutti y responde⁴⁰: «La semejanza del arte del derecho con el arte musical, denunciado por la necesidad del intérprete, se confirma con la oposición entre la suma ilimitación del fin con la suma limitación del medio representativo».

Veamos cómo el propio autor explica el orden jurídico y cuál es la función de la ley. Los hombres, para juzgar –dice⁴¹– necesitan «ver el todo». Así «se aclara, una vez más, la necesidad de la prudencia predicada con la energética admonición del Evangelio: ¿cómo juzgará quien no ve el todo?»... «la fuente de juicio es *el sentido del todo*; el sentido diremos, y no el conocimiento, porque del todo no se puede tener más que la intuición. El orden, podemos decir, en lugar del todo, para indicar su cualidad, que es su bondad, por la cual cada causa tiene su propia consecuencia y no hay ninguna otra causa que tenga la misma consecuencia como no hay otra consecuencia que tenga la misma causa. Ahora bien, el sentido del orden es el sentido de *lo bueno*; así aflora la importancia del *buen sentido* como medio indispensable para juzgar».

³⁹ CARNELUTTI, «Qué es el hecho», en *Arte del derecho*; cfr. en castellano, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1948, pp. 54 s.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 47 ss.

⁴¹ *Ibid.*, *Qué es el juicio*, vol. cit., pp. 71 s.

En ese orden universal, en el que lo jurídico se comunica con lo moral, por arriba, y con lo sociológico y económico, por abajo, todo dentro del orden de la naturaleza de las cosas, las normas de derecho positivo se integran como *conclusiones* dimanantes de la naturaleza de las cosas o *determinaciones* de lo que, conforme éstas, puede ser de uno u otro modo, pero es preciso que se determine (he puesto muchas veces como ejemplos los de circular por la derecha o por la izquierda, detenerse ante el semáforo en rojo y pasar si está en verde, cuando la circulación exija un orden). Esas concreciones y determinaciones concretas pueden corresponder a *órdenes reglados* o a *órdenes espontáneos*⁴², según se refieran a relaciones que son de derecho necesario –por afectar a la naturaleza humana en lo que le es esencial o exigirlas el bien común– o bien, si se refieren a relaciones de derecho voluntario en lo que atendiendo a las circunstancias concurrentes es relativo y mudable.

De ese modo, los órdenes jurídicos se hallan abiertos al orden universal ínsito en la naturaleza de las cosas.

B) La expresión *ordenamiento jurídico* indica –según Federico de Castro⁴³–, ya sea: un conjunto de normas, un sistema o unidad lógica o un orden en su funcionamiento real. En los dos primeros de esos tres significados puede ser cerrado o abierto, y en el tercero ha sido siempre considerado abierto. En efecto:

a) El ordenamiento jurídico, entendido como *conjunto de normas* referidas a un cuerpo o colección de leyes o a determinada materia, a lo largo de la historia había sido considerado siempre abierto al orden trascendente captable por el sentido natural (*seny natural* o *sesos naturales*), la buena razón y en sus concreciones en los textos romanos y canónicos. Sin embargo el positivismo normativista moderno ha considerado que ese conjunto se halla completo y cerrado en la obra legislativa de cada Estado.

b) El ordenamiento jurídico, considerado como *unidad lógica o sistema*, ha sido modernamente estimado cerrado a cuanto pueda trascenderle y caracterizado por su coactividad –como aparece en las concepciones de Hobbes, Kant y Kelsen⁴⁴–; aparece unitario y uniformista, abstracto y generalizador, positivista y, como tal, cerrado a cuanto le trascienda –en la opinión de Hart⁴⁵–, y se carac-

⁴² Cfr. *Metodología de las leyes*, 117, pp. 285 ss.

⁴³ Federico DE CASTRO, *Derecho civil de España, Parte general*, vol. I, parte I, cap. I, IV, pp. 57 s.

⁴⁴ Cfr. *Metodología de las leyes*, 108, pp. 254-258, y 112, pp. 265-268.

⁴⁵ *Ibid.*, 110, pp. 260 ss.

teriza –según Bobbio– por su *unidad formal, coherencia moderada y plenitud* que deriva de sus dos normas generales de *complementariedad*, que admite la analogía en sus dos grados, y de *clausura excluyente*⁴⁶.

En cambio, se abre hacia abajo a lo sociológico –según Santi Romano⁴⁷–; se halla abierto por arriba a los principios generales de derecho y por abajo a las valoraciones de intereses origina- rias y las del momento de la interpretación –según Betti⁴⁸–, de modo que es «un organismo en perenne movimiento, en continua transformación que sigue y refleja de cerca el movimiento y las transformaciones de la vida social». Más modernamente, en las concepciones neocontractualistas angloamericanas, se abre, según Rawls, a los principios morales de justicia a partir de su «modelo constructivo»⁴⁹; en opinión de Nozick, se apoya en el respeto a los «derechos naturales»⁵⁰ y, según Buchanan, se auto- fundamenta y atiende sólo al interés económico de los sujetos del contrato social por él concebido⁵¹.

c) En Grecia –excepto por los atomistas y sofistas–, en Roma y en la concepción medieval cristiana el ordenamiento, en su *funcionamiento real* u «orden», era considerado abierto, como *ordinatio* impuesta por la *rerum natura*⁵². En el siglo XX vuelve a abrirse a esa concepción con el recurso a los principios generales de derecho, encabezados por los de derecho natural⁵³, o principios ético-naturales, los valores, la naturaleza de las cosas y la aspiración a resoluciones justas⁵⁴. Incluso se propugna un retorno a la concepción clásica del derecho como lo que es justo⁵⁵.

En suma, debemos considerar el ordenamiento jurídico como el funcionamiento real, ordenado en instituciones de conformidad a la naturaleza de las cosas, de un conjunto de principios, leyes, reglas y pautas de valor, orientado a la realización y concreción, en los hechos, de lo que es justo y equitativo en concreto y en acto.

⁴⁶ *Ibid.*, 111, pp. 262-265.

⁴⁷ *Ibid.*, 109, pp. 258 ss.

⁴⁸ Emilio BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milán, Guiffrè, 1990, 55, pp. 823 ss.

⁴⁹ *Metodología de las leyes*, 113, c, pp. 271-275.

⁵⁰ *Ibid.*, b, p. 271.

⁵¹ *Ibid.*, a, pp. 269 s.

⁵² *Ibid.*, 115-116, pp. 278-285.

⁵³ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 118-120, pp. 681-704, y 177-183, pp. 1020-1059.

⁵⁴ *Ibid.*, 138-140, pp. 818-837.

⁵⁵ *Ibid.*, 142-143, pp. 845-856, y 184-185, pp. 1059-1069.

4. PERSPECTIVA DE LOS ELEMENTOS MEDIADORES INSTRUMENTALES ENTRE LA NATURALEZA DE LAS COSAS Y LOS HECHOS JURÍDICOS

Si, como vengo manteniendo, el derecho, entendido en su genuino significado, gira en torno del eje *naturaleza de las cosas-hecho jurídico*, la perspectiva metodológica que debemos contemplar no es la del ordenamiento jurídico ni la de las denominadas fuentes del derecho, sino la de aquel eje. Así, después de contemplar la naturaleza de las cosas e, inmerso en ellas, al hombre como objeto y sujeto pasivo de su orden, con el tejido social humano, para abordar el hecho jurídico deben enfocarse y examinarse los elementos mediadores como instrumentos que son para tejer el orden institucional, a fin de que éste sea adecuado a las circunstancias geográficas, económico políticas e históricas, con la meta de aproximarnos lo más posible a la justa y equitativa determinación y concreción de los hechos jurídicos, ya sea negocial o bien conflictualmente realizadas.

Si genio le ha permitido a Cornelutti vislumbrar el modo de transitar del sentido del orden universal de la justicia a la configuración de hechos que resulten determinaciones de equidad. Para ello, se plantea la pregunta de qué hace el hombre para efectuar esa determinación del derecho, y responde⁵⁶ que opera con su *libertad, mediante una elección*. Para explicarlo, se detiene previamente para determinar los conceptos de *hecho* y de *valor*. El valor de una cosa o de un hecho –dice– es «*su potencia causal*», o «*idoneidad para producir cierto efecto*». Por ello, «el valor es de hecho, o está en el hecho»; en suma, «el valor implica un hecho, porque no se expresa sino en el hecho, y el hecho, a su vez, implica un valor, porque no hay hecho sin valor». Por otra parte, advierte que «existe un hecho en cuanto hay una causa: *hecho* y *causa* son la visión parcial de la misma cosa, aquél en el plano estático y éste en el dinámico».

El hombre –sigue Cornelutti⁵⁷– «ha de escoger». No entre dos *hechos*, sino entre dos *factibles*, mediante su *representación*, en el sentido de hacer *presente* el hecho futuro, representándose el *supuesto de hecho* –en italiano «*fattispecie*», o sea la *especie* del hecho–, es decir, su imagen «proyectada en esquema mental por un procedimiento psicológico».

⁵⁶ CARNELUTTI, «L'antinomia del diritto naturale», 4, 5, publicado en *Rivista di Diritto Processuale*, 1959, recogido en sus «Discorsi in torno al diritto», vol. III, Padova, CEDAN, 1961, pp. 266 ss.

⁵⁷ *Ibid.*, 6, pp. 268 s.

Ahora bien, ese problema de la elección –advierte⁵⁸– no sólo implica la visión del *hecho* y del *valor*, sino que, también, requiere una medida para confrontar y «reducir el orden infinito, así como las leyes que son finitas, lo cual no puede hacerse sino con una valoración aproximativa». Ocurre como en matemáticas para la medición de una circunferencia, que sólo puede obtenerse inscribiendo en ella un polígono con el máximo número posible de lados o bien a través de multiplicar su diámetro por un coeficiente que tiene el decimal infinito. La valoración, en ambos casos, es aproximativa.

Y ahí viene el intento –tal como él lo concibe⁵⁹– de medir la *naturaleza* con las *leyes naturales*. La dificultad resulta de que el hombre es quien mide, y que su *libertad* en esa medición lleva implícita su contraria, la *causalidad*, y, consiguiente, la *responsabilidad*, que «no es sino la *sujeción a las consecuencias de la elección*».

El hombre busca estas leyes en la *experiencia histórica*. Y el problema consiste en que los hombres, debido a su libertad, son menos obedientes a las leyes de la naturaleza que las estrellas. «Ésta es la razón por la que la historia aparece más desordenada que la naturaleza». Ésta se halla regida por las *leyes naturales*, mientras que «las leyes humanas se han inventado para regular la historia, como *leyes artificiales* que formen el ordenamiento jurídico positivo».

Carnelutti observa la necesidad de que, para regular la historia con estas leyes humanas, se perciban y tengan en cuenta «las leyes que deben ser denominadas *naturales* porque son totalmente independientes de la voluntad del hombre», con lo cual se perfila netamente la diferencia entre estas leyes naturales y aquellas otras que son impuestas con el fin de poner orden en la sociedad por la voluntad de la cabeza –«*del capo*», dice– [de la sociedad o el Estado]».

Las denominadas leyes naturales –explica– «merecen este nombre no porque conciernen a la naturaleza y no a la historia, sino porque son impuestas al hombre y no por el hombre, o sea se refieren a aquella parte de la realidad que el hombre *halla*, no que el hombre *hace*, y así no proceden de su hacer».

Claro está que la diferencia entre *hallar* y *hacer* es evidente, sobre todo si el *hacer* se entiende en el sentido de un *facere*, producto *volitivo* del *querer*⁶⁰. Pero el problema de las leyes naturales

⁵⁸ *Ibid.*, 7, p. 269.

⁵⁹ *Ibid.*, 8, pp. 269 *in fine* ss.

⁶⁰ Cfr. mi comunicación «Del legislar como legere al legislar como facere», *Verbo*, 115-116, mayo-junio-julio, 1973, pp. 507-548, recogido en *Estudios sobre fuentes del derecho*, y pp. 935-988.

consiste precisamente en que el hombre logre captarlas o hallarlas en su plenitud real y verdadera; lo cual depende más de la experiencia práctica que de las elucubraciones teóricas. En realidad, se enfrentan la ciencia práctica de los jurisprudentes, que *buscan* para hallar *las leyes naturales*, y la actuación de los políticos que, si logran la mayoría parlamentaria, *fabrican* leyes positivas de conformidad a su ideología política y a lo que prometen a sus votantes en sus programas electorales.

Carnelutti⁶¹ compara las operaciones de determinar la ley positiva y de diseccionar el cuerpo al que el anatomista hace la autopsia, para destacar que, así como no se puede diseccionar sin preparar los bisturíes, también deben prepararse los instrumentos precisos para el análisis de la experiencia. La experiencia jurídica –dice– «no se refiere a la norma, de la que tanto se habla en el plano positivo, sino al hecho o al acto de quien lo hace». Pero, el «núcleo» de la observación «es la *valoración de un hecho* o mejor de un *supuesto de hecho*», porque su objetivo se halla «en conjugar los medios con el fin de que se realice o no realice, o mejor de que ocurra tal hecho y no otro diverso».

Pero, «para garantizar el orden entre los hombres», la valoración de un hecho no puede efectuarse –dice⁶²– sino con el rasero de la ley, que no puede ser sino una ley natural «que valora el supuesto de hecho obtenido de la observación de la historia», y prestando atención a la «*convertibilidad de la relación causal*»; pues, «no hay ley causal que no pueda ser enunciada como ley final». Así, concluye contradiciendo a Hume⁶³, y mostrándolo con las siguientes comparaciones: Como el médico a la vez que diagnostica, 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, simplemente, manda que no debe atravesarse la vía, así, del mismo modo, «el legislador, una vez cumplida la valoración del supuesto de hecho, enuncia la ley causal, por lo cual le es necesario ordenar, tanto en forma causal como final, la *norma de conducta*». Ésta «observa lo que debe ser» y no sólo «lo que es» como las leyes de la naturaleza material.

«Por lo tanto, el análisis de la experiencia –advierte⁶⁴– muestra que las leyes jurídicas [positivas] presuponen leyes naturales, en las cuales [...] se hallan contenidas como la semilla en el fruto. Son leyes éticas; pero también las leyes éticas se hallan contenidas en la

⁶¹ CARNELUTTI, *loc. ult. cit.*, 9, p. 272.

⁶² *Ibid.*, 10, pp. 272 *in fine* s.

⁶³ David HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, 469, *in fine*, cfr. ed. en castellano, Madrid, Tecnos, 1992, p. 157.

⁶⁴ CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, 11, p. 273 *in fine* s.

gran categoría de las leyes naturales», que «son independientes de la voluntad del hombre».

«Si todos los hombres fueran no sólo sabios, sino, además, prudentes, bastarían estas leyes para poner orden entre ellos, por eso, si el derecho es un *método de poner orden entre los hombres* [...] ¿por qué no podemos hablar de derecho natural?».

Las leyes naturales «sirven para orientar la labor del legislador», cuando formula sus leyes con las que «se valoran los hechos, o mejor los supuestos de hecho, y se orienta la elección».

Aquéllas son: «Leyes de las leyes; leyes naturales de las leyes jurídicas [positivas]; leyes que se imponen al legislador si quiere tener éxito en su función; leyes a las cuales debe obedecer el legislador si quiere ser obedecido». Sin las leyes naturales –insiste⁶⁵– «no podrían ser valoradas las leyes jurídicas «positivas».

A su juicio⁶⁶, el derecho es «una *opus* (que debiera ser una obra de arte, pero difícilmente alcanza a serlo) que ahonda sus raíces en la naturaleza». Y las leyes naturales «son principios, los *principios* a los cuales deberíamos retornar para interpretarlas».

En el primer volumen de mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*⁶⁷ he hecho notar las dificultades que padece Cornelutti, en su retorno al derecho natural realista, al razonar partiendo de una concepción normativista del derecho, tanto natural como positivo, como conjunto de leyes. El estudio de las leyes no es el estudio del derecho, sino de las normas de derecho, como el estudio y preparación de los bisturíes y demás medios de disección no es el estudio de la anatomía, sino del instrumental preciso para la práctica y estudio de ésta.

Sin embargo, este maestro italiano nos ofrece una buena perspectiva del modo como debemos pasar de uno a otro derecho, a través de los diversos planos que una metodología realista debe recorrer cuando se trata de descender del orden de la naturaleza de las cosas a la valoración del hecho jurídico para que éste sea adecuadamente justo y equitativo. El recorrido abarca: el plano del orden de la naturaleza, el plano de las leyes naturales o principios ético-naturales, a la vez causales y finales, el plano de las leyes positivas y el plano del hecho jurídico concreto que debe ser configurado y valorado. Los principios y las leyes actúan de instrumentos mediadores entre el orden natural y el hecho que debemos configurar o enjuiciar.

El mismo itinerario, desde el orden de la naturaleza de las cosas a la *res iusta*, lo hallamos expuesto de conformidad al más riguroso

⁶⁵ *Ibid.*, 12, pp. 274 s.

⁶⁶ *Ibid.*, 13, p. 276.

⁶⁷ *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 175, párrafos segundo, p. 1002, y penúltimo, p. 1015.

realismo metódico, en su *Suma Teológica*, por Santo Tomás de Aquino, mediante utilizar el módulo cognoscitivo e instrumental mediador de las leyes naturales, o principios ético-jurídicos, y de las leyes humanas para hallar la *res iusta*.

El plano básico del orden de la naturaleza de las cosas lo hemos observado de la mano del Aquinatense cuando trata *De gubernatione rerum*⁶⁸, de la *lex aeterna*⁶⁹ y su cognoscibilidad⁷⁰.

El plano final de la *res iusta* lo contempla al tratar de su determinación⁷¹.

El conocimiento de los primeros principios de la ley natural, o principios ético-naturales, los examina al ocuparse *De lege naturali*⁷² que es complementada por la ley divina positiva o revelada⁷³ y por la ley humana⁷⁴. De la ley –dice– que «no es el derecho hablando propiamente, sino cierta razón del derecho» –«*lex non es ius proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris*»–; pues, «así como de las obras externas que se realizan por el arte preexiste en la mente del artista cierta idea que es la regla del arte, así también la razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento como cierta idea de prudencia, y ésta, si se formula por escrito, recibe el nombre de ley, puesto que la ley –según San Isidoro– es “una constitución escrita” y de ahí que la ley no sea el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho»⁷⁵.

Los elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos entiendo que son: los principios ético-jurídicos, tradicionales y políticos; los principios y subprincipios de cada rama de derecho; las leyes en sentido general lato, que incluyen las leyes naturales y las positivas, las normas introducidas por las costumbres, por la jurisprudencia de los tribunales o impuestas por el poder político; los convenios y pactos, generales o particulares, y las disposiciones unilaterales de voluntad.

5. PREFERENCIA JERÁRQUICA ENTRE ESTOS ELEMENTOS MEDIADORES

Esta cuestión requiere que previamente se resuelva si realmente entre ellos existe una preferencia o bien si debe atenderse conjunta-

⁶⁸ Cfr. Santo Tomás DE AQUINO, *S. Th.*, 1.^a, 103.

⁶⁹ *Ibid.*, 1.^a-2.^{ae}, 99, 1.

⁷⁰ *Ibid.*, 1.^a, 76, 2; 84, 2, 3 y 7; 85, 2 y 8; 86, 2 y 4; 87, 3; y 88, 1, principalmente.

⁷¹ *Ibid.*, 2.^a-2.^{ae}, 57, 2 y 3.

⁷² *Ibid.*, 1.^a, 79, 12, y 1.^a-2.^{ae}, 94, 2.

⁷³ *Ibid.*, 1.^a-2.^{ae}, 99, 2, *ad 2.*

⁷⁴ *Ibid.*, 1.^a-2.^{ae}, 91, 3, *ad 1* y 95, 1, en rel. 95, 2 y 3, 57, 2 y 60, 6, *ad 1.*

⁷⁵ *Ibid.*, 2.^a-2.^{ae}, 57, 1, *ad 2.*

mente a todos para alcanzar del modo más adecuado la solución más conforme a la naturaleza de las cosas.

Los comentaristas y consiliatores en el método por ellos seguido, es decir el *mos italicus*, trataron de efectuar una síntesis de todos los elementos entonces considerados –*ius propium*, *ius commune* romano y canónico *promiscue*, estatutos y costumbres–, buscando la solución más adecuada a las circunstancias de lugar y de tiempo y al caso singular contemplado⁷⁶.

Con el positivismo se impuso la primacía de la ley, si bien en las direcciones metodísticas de los últimos años se ha entrelazado la intelección de aquélla con los principios generales de derecho para efectuar la concreción del derecho⁷⁷, o bien los primeros principios ético-jurídicos y la naturaleza de la cosa, y se ha orientado a la resolución justa de las relaciones concretas⁷⁸. Mi posición, siguiendo a Michel Villey, la he expuesto en el primer volumen de esta tercera Metodología⁷⁹.

El Código Civil español, después de la reforma de su título preliminar de 1974, siguió en buena parte esas nuevas direcciones. En efecto: al dar nueva redacción a su artículo 1, reconoce que los *principios generales del derecho* tienen «carácter informador del ordenamiento jurídico» (n 4), e indica que la *jurisprudencia* «complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

Y en su artículo 3 dice:

«1. *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.*

»2. *La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.*

Lo más selecto de nuestra doctrina, antes y después de la reforma, recoge esa nueva doctrina, tal como he expuesto en la *Metodología de la determinación del derecho*⁸⁰.

⁷⁶ Cfr. *Perspectiva histórica*, 90, pp. 239 s., y *Parte sistemática*, 107, pp. 558-563.

⁷⁷ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 176, pp. 1015-1120, y 179, pp. 1132-1138, principalmente.

⁷⁸ *Ibid.*, 167-168, pp. 963-980, y 213-215, pp. 1223-1233.

⁷⁹ *Ibid.*, 216, pp. 1233-1237.

⁸⁰ *Parte sistemática*, 186, pp. 981-985.

En lo referente al concurso de leyes antiguas y nuevas y de costumbres⁸¹, son diferentes la posición del Código Civil y la de las compilaciones de derecho especial o foral, como resulta respecto de aquéllas de las siguientes normas:

– *Compilación de Aragón*: art. 1, 1: «*Constituyen el derecho civil de Aragón, como expresión de su régimen peculiar, las disposiciones de esta Compilación integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico*».

– *Compilación de Baleares*: art. 1, 2: «*El derecho civil de Baleares se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan, así como las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las islas*».

– *Compilación de Cataluña*: art. 1, 2: «*Para interpretar e integrar esta Compilación y las restantes normas se tomarán en consideración las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que constituyen la tradición jurídica catalana, de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña*».

Art. 2: «*El derecho local, escrito o consuetudinario peculiar de algunas poblaciones o comarcas, tales como Barcelona, Tortosa y su término, Camp de Tarragona, Obispado de Girona, Vall d’Aran, Pallars Sobirà y Conca de Tremp, se observará en el mismo territorio que desde antiguo aquellas comprendían, en la parte que esta Compilación lo recoge o se remite a él*».

– *Ley del derecho civil de Galicia*: art. 2, 2: «*El derecho gallego se interpretará e integrará desde los principios generales que lo informan los usos, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que encarna la tradición jurídica gallega*».

– *Compilación foral de Navarra*: ley 1, § «*Tradición jurídica navarra. Como expresión del sentido histórico y de la continuidad del derecho privado foral de Navarra, conservan rango preferente para la interpretación e integración de las leyes de la Compilación y por este orden las leyes de Corte posteriores a la Novísima Recopilación, la Novísima Recopilación; los Amejoramientos del Fuero; el Fuero General de Navarra; los demás textos legales, como los fueros locales y el Fuero Reducido; y el derecho romano para las instituciones o preceptos que la costumbre o la presente Compilación hayan recibido del mismo*».

⁸¹ *Ibid.*, 187, pp. 985-989.

– *Derecho civil foral del País Vasco*, art. 1, 1: «Constituyen el derecho civil foral de los territorios históricos del País Vasco las disposiciones de esta ley, la costumbre y los principios generales del derecho que lo inspiran de acuerdo con su tradición».

Esta perspectiva del derecho antiguo, considerado con cierta vigencia para completar interpretativa e integrativamente los textos compilados, conlleva la necesidad de conocer ese alcance en cada una de las expresiones de aquél. Es decir, con esto se mantiene la secular cuestión de la vigencia de leyes, costumbres, estatutos en caso de concurrencia, en la misma cuestión, de unas con otros. Este tema fue muy estudiado tanto por los autores del *ius commune* como, en el siglo XVI, por los cultivadores de la tópica.

Daremos una breve ojeada a lo escrito por Tomás Mieres, que fue un autor que tardíamente conjugó el *ius proprium* con el *ius commune* conforme las pautas del *mos italicus*.

Para ello, creo que conviene destacar, ante todo, dos de sus consideraciones que constituían sendos puntos de partida básicos.

Uno: el principio de la *perpetuidad y observancia de la ley*: «*quod lex debet esse perpetua, et in viridi observantia*»⁸².

Otro: la pauta de procurar, en lo posible, la concordancia de las leyes, antiguas y nuevas, estableciendo las distinciones, correcciones y limitaciones precisas. Conforme a ella y de acuerdo con el criterio de Bartolo, expuso Mieres que: «*nova constitutio non tollet praecedentem, nisi quatenus ei contrarietur, quia nulla lex corrigitur, nisi ubi hoc expresse invenientur*»; «*quia immo si fieri potest, debent concordari, vel per aliqua distinctionem, vel per limitationem salvari*»⁸³.

Incluso en el caso de que la nueva ley contuviese la previsión: «*Non obstante lege vel statuto, etiam quae in contrarium loqueretur*», distinguió –siguiendo a Angelo– «*quod ubi lex vel statutum antiquum super uno articulo seu casu procedit distinguendo, si lex vel statutum novum disponens super eodem casu simpliciter et indistincte, affirmativa vel negative, quod illa simplicitas est regulanda secundum distinctiones legis antiquae*»⁸⁴.

En cambio, la cláusula que, en catalán, prevenía que las disposiciones anteriores sean «*remanents en llur força y valor*», «*intellige quatenus non contrarietur huic, quae tamquam revocaret priores contrarias*»⁸⁵.

⁸² MIERES, *App. II, coll. IX, cap. XXIV, 2-4*, p. 321.

⁸³ *Ibid.*, II, IX, VIII, 56 y 57, p. 210.

⁸⁴ *Ibid.*, I, VI de Pedro el Ceremonioso *in Curiae Cervariae, cap. De campsoribus*, 3, p. 410.

⁸⁵ *Ibid.*, II, X, XIII, 22, p. 407.

En esa idea de concordar, en lo posible, las leyes, éstas venían a determinarse recíprocamente: «*Leges posteriores determinantur per priores, et e converso*»⁸⁶.

Sin olvidarse de esta orientación primordial, el gerundense, siguiendo a Hugolino, observó «*quod lex rogatur cum profertur, abrogatur cum tota aufertur, sobrogatur cum aliquid ei additum, derogatur cum aliquid detrahitur, abrogatur cum una parte detrac- ta alia ei additur*»⁸⁷.

Sin embargo, esto se hallaba subordinado al rango de la ley nueva con respecto a la anterior; pues, «*lex inferiorum non tollit legem superiorum*»⁸⁸.

Las derogaciones expresas efectuadas por una constitución de las antes indicadas *quae minime contrarietur*, no las derogaban sino en esta parte: «*non tamen propter ea abrogatur in tatum licet dero- guetur in parte illae quibus contrariantur. Et est ratio, quia poste- rior constitutio revocat priorem contraria*»⁸⁹.

No obstante, comentando la constitución *La rigor del procès de la fautoria* de la Reina María en las Cortes de Barcelona de 1423, efectuó esta observación: «*videtur mihi, quod constitutiones novae per experientiam videntur malae, et inutiles, ac damnosae reipubli- cae, ut est ista "la rigor", quae pacem destruxit in hac patria, et tam- quam reipublicae damnosae deberent omnino tolli, et revocari*»⁹⁰.

De lo que Mieres dice acerca de la concordancia de leyes con costumbres y estatutos locales, me he ocupado ya en *Metodología de la determinación del derecho* II, al tratar de la interpretación, del modo como lo entendió este jurista gerundense⁹¹.

La relación de leyes y costumbres se plantean tanto en los supuestos de contraposición entre unas y otras, como en los de concordancia. Esto es, se concretan, especialmente, a los supuestos corrientemente denominados de *costumbres contra ley* y *según ley*, pero que Joaquín Costa⁹² llamó de *ley contra costumbre* y *ley según costumbre*.

El Código Civil español no admite sino la costumbre «*en defecto de ley aplicable*»⁹³ es decir, las *costumbres fuera de ley*. Esto parece excluir incluso el valor interpretativo de la costumbre según

⁸⁶ *Ibid.*, XXI, 10, p. 476.

⁸⁷ *Ibid.*, I, VI, de Pedro el ceremonioso en las cortes de Cervera, cap. *De condemna- tionem in criminalibus*, 24, p. 383.

⁸⁸ *Ibid.*, II, X, XXX, 20, p. 478.

⁸⁹ *Ibid.*, II, VI, de Pedro el Ceremonioso *in Curia Montissoñi*, XI, 2, p. 131.

⁹⁰ *Ibid.*, II, X, XVII, 16, p. 456.

⁹¹ *Parte sistemática*, 108, f y g, pp. 568-571.

⁹² J. COSTA, *El problema de la ignorancia del derecho*, IV, pp. 60 *in fine* s.

⁹³ *Código civil*, art. 1, 3, ap. 1.º: «La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada».

ley, en contra de la tradición jurídica castellana, expresada en la *Partida 1, 2, 6*: «*Otrosi decimos que la costumbre podra interpretar la ley si accaesciese dubda sobre ella, que ansi como acostumbraban los antiguos a entender, ansi debe ser entendida e guardada*».

En cambio en los derechos civiles especiales o forales hispánicos la costumbre racional prevalece sobre la ley y, además, la interpreta. Así resulta, más o menos claramente, en las respectivas compilaciones de derecho especial o foral.

ba) Según el art. 2, 1 de la Compilación aragonesa: «*La costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria a las normas imperativas o prohibitivas aplicables a Aragón*».

Esta salvedad está de acuerdo con la tradición jurídica aragonesa y es expresada en la ecuación, que viene a establecer Joaquín Costa, entre derecho necesario y derecho voluntario con ley imperativa y ley facultativa o supletoria⁹⁴.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta la integración de las disposiciones de la Compilación –según dice el art. 1, 1– «*con las costumbres y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico*».

bb) Declara el art. 1, 2, de la *Compilación de Baleares*: «*El derecho civil de Baleares se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan así como las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las Islas*».

El apartado 3 de este artículo declara la prelación de las costumbres de derecho balear respecto de los preceptos de la propia Compilación del derecho balear. Su exposición de motivos explica, que la Compilación «recoge en su articulado algunas costumbres convirtiéndolas, por tanto, en preceptos escritos, pero indudablemente existen fuera de su normativa muchas costumbres en Baleares que por su naturaleza y su constante y no interrumpida aplicación subsisten con plena validez y eficacia en la conciencia jurídica del pueblo y en la realidad social cotidiana, estando por consiguiente plenamente vigentes, sin que puedan considerarse derogadas por la disposición final primera de esta ley, en cuanto que forman parte de la tradición jurídica de estas islas e integran su ordenamiento jurídico, siempre que no se opongan a los principios generales del mismo».

De esa tradición balear también resulta que, con esta última salvedad, el derecho consuetudinario tiene prelación frente el escrito. Así ha sido como se han formado todas sus peculiaridades, entramadas con el derecho romano, adecuándolo y modificándolo a tenor de

⁹⁴ Cfr. *Perspectiva histórica*, 264, pp. 944 ss.

las propias circunstancias locales, o produciendo, en virtud de ello, la variedad que se observa entre unas y otras islas⁹⁵. Esto, asimismo, nos muestra que también conforme esa tradición se estimaba que eran preferentes las costumbres locales respecto de las generales.

bc) En la *Compilación de Cataluña*, el art. 1, 2, declara: «*Para interpretar e integrar esta Compilación y las restantes normas se tomarán en consideración las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que constituyen la tradición jurídica catalana de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña*».

Según la tradición jurídica catalana, la costumbre siendo racional era preferente a su texto escrito y compilado, al derecho común y la ley, con la excepción de las *constituciones generales*, o leyes pactadas entre el rey y los tres brazos de las Cortes. Sin embargo, éstas no derogaban las costumbres singulares o locales «*nisi exprese dicetur*»⁹⁶; y aún para derogarlas así, si las costumbres estaban incluidas en un privilegio local, con valor de constitución general, era preciso el consentimiento, al menos tácito, de la comunidad privilegiada⁹⁷.

La razón de esa superioridad de las leyes paccionadas respecto de las costumbres generales, en contra de la prioridad de las costumbres incluso generales sobre las leyes en general, la he explicado en varios lugares⁹⁸.

El artículo 2 de la misma Compilación dice: «*El derecho local, escrito o consuetudinario peculiar de algunas poblaciones o comarcas, tales como Barcelona, Tortosa y sus términos, Camp de Tarragona, Obispado de Girona, Vall d'Aran, Pallars Sobirà y Conca de Tremp, se observará en el mismo territorio que desde antiguo aquéllas comprendían en la parte que esta Compilación lo recoja o se remita a él*».

Este artículo creo que debe entenderse como indicativo de la vigencia de esas costumbres, y en modo alguno como derogatorio

⁹⁵ Cfr. José Cerdá Gimeno, *La revisión del derecho civil especial de Ibiza y FormENTERA*, ADC, XXVI-III, 1973, p. 855. Ahí dice que «la tradición y las costumbres están referidas a las "locales", o de otro modo a las "insulares", peculiares de cada isla».

⁹⁶ Cfr. Tomás MIERES, *App. II, X, XXIII*, 12, p. 440.

⁹⁷ Ese consentimiento, según Jaume CALLIS (*De directorii pacis et treguae. Octevo dubbium principale*, § *Sed ad hunc contra ultima ratione*, fol. XVII y vto.), se entendía concedido cuando el síndico de la comunidad privilegiada hubiese intervenido en las Cortes en que fue aprobada la constitución derogatoria. Pero, según MIERES (*App. VI, VII, 20*, pp. 48 ss., en relación con *App. I, II, VI, 6*, p. 19), se requería que además se probase que dicho síndico tenía conocimiento de la existencia del privilegio, lo cual tampoco se presumía que estuviere contenido en la autorización si en ella no se expresaba.

⁹⁸ Cfr. mis estudios *Valor jurídico de las leyes paccionadas en Cataluña*, 13, en vol. cit., pp. 100 ss.; *Incidencia práctica del «pactisme» en la teoría de las fuentes del derecho*, 9, ARDJ, y L 6, 1978, pp. 27 ss., recogido en *Estudios sobre fuentes del...*, pp. 623 s.

de las demás, que no fueren contrarias a disposiciones imperativas de derecho necesario. Lo creo así porque en otro caso iría en contra la tradición jurídica catalana que debe servir para interpretarlo e integrarlo.

En su discurso inaugural del curso 1991-92 de la Academia de Jurisprudencia de Cataluña, Luis Figa Faura⁹⁹, que entonces era su presidente, advirtió: «El derecho catalán no es una invención de hoy, naturalmente no es hoy el mismo que hace mil años. Hay, pero, un hilo que, de manera continua y sin interrupciones, le caracteriza y que ha recibido el nombre de tradición jurídica catalana»... «La tradición jurídica catalana es ésta: la costumbre es la que lleva la ley y no al revés».

bd) *La Compilación de Navarra* es rotunda y no necesita comentarios.

Su ley 2 dice: «*En Navarra la prelación de fuentes es la siguiente: Uno: La costumbre...*».

Y añade la ley 3, 1: «*La costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra ley prevalece sobre el derecho escrito. La costumbre local tiene preferencia sobre la general*».

Naturalmente, en la tradición navarra la costumbre debe ser racional como requisito *sine qua non*.

bc) *La Ley del derecho civil del País Vasco*, en su artículo 1, 1 dice: «*Constituyen el derecho civil foral de los territorios históricos del País Vasco las disposiciones de esta ley, la costumbre y los principios generales del derecho que lo inspiran según su tradición*».

Recordemos que Unamuno¹⁰⁰, frente a los códigos, «debidos en buena parte a la razón raciocinante de los juristas», contrapuso las costumbres, constitutivas de la raíz del derecho de la tierra llana de Vizcaya, que son «razón no escrita del pueblo manifestándose en los moldes de la vida». Esa misma razón es, sin duda, la que tuvo en cuenta Jado¹⁰¹ al indicar que, para interpretar y conocer el sentido del *Fuero*, «debemos inspirarnos, más que en el rigorismo del derecho, en las costumbres que informan el modo de ser especial de la familia y propiedad del infanzonado o tierra llana»¹⁰².

⁹⁹ Luis FIGA FAURA, *El dret català en perill*, RJC, XCII, 1993, pp. 93 y 94.

¹⁰⁰ Miguel DE UNAMUNO, *Derecho consuetudinario de España, I Vizcaya*, RGLJ, 88-2.º, 1896, pp. 46 s.

¹⁰¹ Rodrigo JADO Y VENTADES, *Comentarios al Fuero de Vizcaya*, Bilbao, Impr. de la Casa de Misericordia, 1900, II, III, p. 217 s.

¹⁰² Respecto de la costumbre en el derecho de Vizcaya, cfr. Nicolás VICARIO DE LA PEÑA, *Derecho consuetudinario de Vizcaya*, cap. Preliminar I; cfr. ed. cuidada por Itziar Monasterio, Diputación Foral de Vizcaya-Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, pp. 21-25.

bd) La *ley del derecho civil de Galicia* del 20 de abril de 1995, en su artículo 1.º dice: «*El derecho civil de Galicia está integrado por los usos y costumbres propios y por las normas contenidas en la presente ley, así como por las demás leyes gallegas que lo conserven, desarrolleen o modifiquen*».

Y el art. 3, 1, añade: «*Se aplicarán el Código Civil y las demás leyes civiles comunes cuando, al faltar costumbres y leyes civiles gallegas, esas normas no se opongan a los principios del ordenamiento jurídico gallego*».

El mayor riesgo que hoy amenaza a esa concepción del derecho de todos estos territorios de derecho peculiar, formado en la historia, se halla en los parlamentos de sus respectivas comunidades. Vengo repitiéndolo sin cesar en esos últimos veinte y tantos años.

Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente

MARIANO YZQUIERDO TOLSADA

Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: 1. *Introducción.* 1.1 La sentencia de 30 de octubre de 1998 (Ponente, Excmo. Sr. Martínez Calcerrada). 1.2 La sentencia de 17 de julio de 1999 (Ponente, Excmo. Sr. Morales Moreno). 1.3 La sentencia de 25 de enero de 2000 (Ponente, Excmo. Sr. García Varela). 1.4 La sentencia de 22 de febrero de 2000 (Ponente, Excmo. Sr. Almagro Nosete).—2. *Ámbito de la usucapión ordinaria: las irregularidades en el modo de adquirir.*—3. *El requisito de la verdad del título.* 3.1 El título putativo. 3.2 Los títulos «*pro herede*» y «*pro legato*». 3.3 El título simulado. 3.4 El título sometido a condición suspensiva. 3.5 El título «*pro derelicto*».—4. *El requisito de la validez del título.* 4.1 El título radicalmente nulo. 4.1.1 La usucapión no purifica el título nulo. 4.1.2 Imprescriptibilidad de la nulidad radical y prescripción de la pretensión restitutoria. 4.1.3 Usucapión y prescripción extintiva ante la nulidad radical. 4.1.4 El título nulo ante el Registro de la Propiedad. 4.2 El título anulable. 4.2.1 ¿Es el contrato anulable inicialmente nulo o inicialmente válido con validez claudicante? 4.2.2 Consecuencia de la adopción de una u otra tesis, de cara a la usucapión. 4.2.3 Particular atención al caso del contrato celebrado por un cónyuge sin el consentimiento del otro, cuando fuera necesario. 4.3 El título rescindible. 4.4 El título revocable. 4.5 El título resoluble. 4.6 Colofón.

I. INTRODUCCIÓN

Algunas resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo en los dos últimos años permiten dudar sobre la recta comprensión por el Alto Tribunal de cuestiones que, siendo clásicas y poseyendo un

bagaje dogmático perfectamente consolidado a lo largo de los siglos, deberían estar bastante claras. Pero no es así.

Todos cuantos nos dedicamos a la enseñanza del Derecho civil hemos podido comprobar con qué frecuencia no pocos alumnos quieren ver en la usucapión un modo de adquirir la propiedad que tiene algo de seductor. Eso de que alguien adquiera la propiedad de una finca porque la ha comprado en escritura pública a nadie sorprende. Tampoco que uno se haga con la propiedad de un reloj de pulsera porque lo encuentra en plena calle, lo lleva a la Oficina Municipal de Objetos Perdidos y su dueño no lo reclama pasados unos plazos. Es igual de natural que se consiga la titularidad de algo por sucesión hereditaria o por donación. Pero eso de que se pueda adquirir la propiedad por el simple de hecho de poseer la cosa de otro durante un tiempo sin que su dueño se queje... eso son ya palabras mayores. En el mal alumno suelen darse una de dos (o ambas) tendencias: o rápidamente se imagina que en la usucapión siempre hay un *listillo* que cada mañana se levanta y tacha la fecha del calendario para sumar un día más a su período de posesión mientras masculla un «¡ya falta menos!»; o, cuando se le presenta cualquier supuesto práctico en el que se da cita algún problema contractual con precisión de fechas, comienza a contar desaforadamente períodos de tiempo por si alguno de los protagonistas ha usucapido algo. Se presenta así a este modo de adquirir como un hechizante juego de tramposos, como una partida de póquer en la que siempre hay algún jugador con ases en la manga, al que se mira de antemano con un cierto guiño de envidia cómplice, como si hubiera que guardarle el secreto en reconocimiento a su astucia.

De más está decir que lo primero (la posición del *listillo del calendario*) es cierto que ocurre en la modalidad de usucapión extraordinaria, cada vez que el poseedor sabe que recibió la cosa de un no dueño, o que tomó posesión originariamente de la cosa que tenía dueño, con ánimo de haberla como propia. Pero lo segundo es más grave, pues siembra el error de que la usucapión sirve para arreglar cualquier problema relacionado con un contrato anulable, rescindible, revocable o resoluble. Y lo peor no es que el error resida en la mente de algún alumno despistado, o que lo podamos leer de vez en cuando en la respuesta de un examen o de un supuesto práctico de Licenciatura, sino que lo manifieste de manera clamorosa una sentencia del Tribunal Supremo.

Desde luego, los que no sólo hemos explicado la usucapión en las aulas de la Universidad, sino que también hemos dedicado a ella buenos años de estudio con algún fruto en forma de publicación¹,

¹ Yo lo hice con *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, Madrid, 1998.

hemos dudado siempre que en nuestro Tribunal Supremo se tengan las cosas claras en materia de usucapión. Es conocida la doctrina de nuestro más Alto Tribunal que predica que el donatario de una finca, donada en documento privado (y por tanto, faltando a la donación el requisito esencial de la forma pública, art. 633 CC), no puede sanar la nulidad de la donación ni siquiera por medio de la usucapión extraordinaria, *pues le falta la posesión en concepto de dueño*². Igual de conocidos son los pronunciamientos contradictorios de la jurisprudencia a la hora de interpretar el período «*será justo título la inscripción*» del artículo 35 LH, que ha llevado a decir a Albaladejo que «no cabe sino llegar a la conclusión de que globalmente el TS está algo desnortado sobre cuál es el espíritu del “será justo título la inscripción” del artículo 35 LH, y por ello no ha consolidado una jurisprudencia al respecto, sino que, como hemos visto, da bandazos, algunos casi de zozobrar»³.

1.1 La sentencia de 30 de octubre de 1998 (Ponente, Excmo. Sr. Martínez Calcerrada)

Muy llamativa resulta la sentencia de 30 de octubre de 1998 (RAJ 8354). Un local de la entreplanta de un edificio, considerado como elemento común en la escritura e inscripción de obra nueva, venía siendo poseído en concepto de dueño por un caballero, a la sazón el constructor del edificio. En el título constitutivo aparecía como rellano de uso común para guardar bicicletas y coches de niños, pero él estuvo, desde 1963 y durante años, arrendándolo y pagando gastos de comunidad. La comunidad no se opuso a esta situación, al menos hasta la muerte del poseedor en 1982, momento en el que sus causahabientes continuaron poseyendo el rellano en igual concepto de dueño. La demanda, finalmente planteada en 1992, solicitaba la declaración de elemento común en copropiedad de los dueños de los pisos, así como la puesta a disposición de la comunidad del local. En primera instancia se desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Oviedo la estimó. Estaba claro que la posesión durante veintiocho años no era suficiente para provocar la adquisición por usucapión extraordinaria.

Finalmente, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, en una sentencia asombrosa en la que se dice que bastaba con la usucapión abreviada de diez años, al existir buena fe y justo título. Pero tanto una como otra condición es literalmente inventada por el

² *Infra*, 4.1.1.

³ *Infra*, 4.1.4.

Tribunal Supremo, al confundirlas con la posesión: «la buena fe del causante y de sus herederos es incuestionable, pues no en vano siempre ejercieron la posesión de forma pública, notoria y pacífica, lo que denota una forma de actuar durante más de veintiocho años, contraria a la ocultación o cualquier otro tipo de maquinación». Obsérvese la rimbombante declaración sobre el justo título: «(...) [E]n cuanto al justo título del artículo 1957 en relación con el 1952 CC, es claro que se integra por esa actuación posesoria legitimadora de un derecho de uso exclusivo, indiscutible, si bien su defecto en pos a su constitución como título determinante de la propiedad privativa de los recurrentes, se obtiene por el lapso en ese disfrute en pos a la asunción dominical *ad usucaptionem*».

Sobran los comentarios. Nadie discute que la posesión había sido pública, pacífica e ininterrumpida. Pero lo que está meridianamente claro es que no había ni buena fe ni justo título, con lo que solamente podría lograrse la adquisición por usucapición extraordinaria de treinta años (art. 1959 CC). Pero como al Magistrado ponente le debió parecer que veintiocho eran muchos años, llevó a cabo una acrobática argumentación: es la propia posesión la que constituye la buena fe y la que sirve para deducir la existencia de justo título. Concurriendo entonces ambos, bastaban diez años para usucapir el local.

1.2 La sentencia de 17 de julio de 1999 (Ponente, Excmo. Sr. Morales Morales)

La sentencia de 17 de julio de 1999 (RAJ 6771) sólo puede arrojar una conclusión, que me permito adelantar: si había dudas acerca del recto entendimiento del instituto de la usucapición por parte del Tribunal Supremo, a partir de ahora ya no hay duda alguna. No se conoce con precisión mínima lo que es la usucapición ni para qué vale. Curioso resulta también que tampoco acertasesen las resoluciones del Juzgado de Primera Instancia ni de la Audiencia de Valladolid: las tres sentencias que ha conocido este litigio están equivocadas, y cada una por una razón distinta.

El 30 de noviembre de 1979, don Justino vendió en documento privado a don Rafael una finca rústica de su propiedad sita en Simancas (Valladolid), por un precio de 2.175.000 pesetas. Se convino que éste entregase en concepto de arras o señal la cantidad de 200.000 pesetas, que una segunda cantidad de 987.500 pesetas fueran entregadas el día 1 de marzo de 1980, y que otra idéntica cantidad se entregase el 1 de septiembre del mismo año. Don Justino entregó a don Rafael la posesión de la finca vendida.

El 1 de marzo de 1980 las partes acordaron prolongar el otorgamiento de la escritura pública y la entrega de la primera mitad del precio hasta el día 15 de marzo. El 7 de abril del mismo año, don Justino expresó ante Notario que el comprador había entregado las 200.000 pesetas de señal, pero no el resto del precio en ninguna de las resultantes del fraccionamiento acordado. El Notario hizo el oportuno requerimiento al comprador en orden a la resolución del contrato, resolución a la que, en la misma acta notarial, el comprador vino a oponerse.

Con posterioridad al expresado requerimiento, don Justino no realizó ninguna otra actuación, ni judicial, ni extrajudicial, con respecto al referido contrato de compraventa hasta que, el día 25 de mayo de 1992, vino a ejercitarse la acción resolutoria contra el comprador y la esposa de éste, después de que en el tiempo intermedio don Rafael hubiera ya construido en la finca un almacén industrial, unas viviendas rudimentarias y unas cuadras.

Pero los demandados formularon reconvención, aduciendo que habían adquirido por usucapión ordinaria entre presentes la finca litigiosa (pero ¡obsérvese que en ningún momento se dudó de que el vendedor fuera dueño de lo que vendía!). El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valladolid desestimó la demanda planteada en nombre de don Justino, y estimó la reconvención formulada por los demandados, declarando que la finca era propiedad de éstos, e imponiendo además las costas procesales al actor.

El Juez de Primera Instancia hizo la «*cuenta de la vieja*» de ese alumno despistado al que me refería antes: es así que don Rafael lleva ya más de diez años poseyendo la finca que compró, pues entonces no cabe duda: la ha usucapido. Y la ha usucapido... frente al anterior dueño, que se la vendió ¿Para qué plantearse una cosa tan «intranscendente» como es que la finca ya era del comprador, por compraventa y tradición, desde 1980? ¿Por qué abundar en tecnicismos del tipo «no se puede usucapir lo que ya es de uno»? Está claro: don Justino tenía quince años para resolver el contrato, pero al haberlo intentado doce años después de vendida y entregada la finca de su propiedad, don Rafael la había ganado, no ya como resultado del contrato (y consecutiva entrega), sino por usucapión ordinaria. Increíble la desvergüenza del comprador, que se quedaba gratis (o, para ser más exactos, por las 200.000 pesetas en que consistía la señal) con una finca de 25.000 metros cuadrados. Tan increíble como el ¿despiste? del Juez.

Apelada la sentencia de primera instancia, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid dictó la sentencia de 21 de marzo de 1994, en la que se revocó la sentencia de Primera Instan-

cia y se acordó la resolución de la compraventa, con devolución de la finca y de las arras.

Naturalmente, nada habría que objetar a la sentencia de la Audiencia si se hubiese limitado a revocar la del Juzgado de Primera Instancia y a acordar la resolución de la venta por impago del precio. Pero lo malo es el argumento que utiliza para negar la viabilidad de la usucapión pretendida por el comprador. En efecto, en el Fundamento Tercero se puede leer una cosa verdaderamente asombrosa: *«Nosotros entendemos que don Rafael no ha poseído de buena fe, pues ha incumplido la obligación más sagrada que incumbe al comprador, cual es la de pagar el precio (art. 1445). ¿Cómo puede decirse que tiene buena fe una persona que no paga lo que debe? Y es precisamente por ello por lo que nuestra legislación (art. 1124) concede a quien cumpliera sus obligaciones frente al que las incumpliera la facultad de resolución, que es por la que ha optado don Justino».*

Ó sea, que según la Audiencia de Valladolid, la mala fe en la usucapión pretendida por el comprador consiste, en el caso concreto, en no pagar el precio comprometido. El dislate es considerable, y aunque el Supremo vendría luego a demostrar que todo lo malo es susceptible de empeorar, la sentencia dictada en apelación deja perplejo a cualquier lector medianamente informado. Si no cabía la usucapión, era sólo por la sencilla razón de que la finca, en todo momento, fue vendida por su verdadero dueño, sin que existiese ningún obstáculo atinente al poder de disposición, que es lo único capaz de ser purificado por la usucapión. Otra cosa habría ocurrido si, no siendo don Justino dueño de lo que vendía, viniese el verdadero dueño, luego de transcurridos diez años, a reivindicarla de don Rafael: éste no había pagado el precio, y su título era por ello resoluble; pero, no habiendo sido resuelto por el único que lo podía intentar (el vendedor), su título resoluble valía para usucapir frente al *verus dominus*. Y como él siempre pensó que compraba al dueño (única cosa en lo que consiste la buena fe del art. 1950), tenía buena fe *ad usucaptionem*.

No se sabe si la reconvención del comprador alegando usucapión de lo comprado y no pagado (es decir, de lo que ya era suyo) se planteó porque su abogado pensaba que la usucapión vale para hacer que un título resoluble por impago deje de serlo, o si más bien se trataba de utilizar la estrategia del calamar, para ocultar lo que era un litigio claro y diáfano. Pero si fue esto segundo, ambas instancias se dejaron cegar por la tinta del astuto cefalópodo: la titularidad del vendedor nunca se había puesto en duda, luego el pleito nunca podía tener a la usucapión como figura estelar, pero en primera instancia le basta al juez que el comprador lleve poseyendo

una finca que ya es suya durante más de diez años para decir que la ha usucapido (o sea, como si la hubiese adquirido dos veces); y en segunda instancia se niega la usucapión, pero no por lo único que cabía negarla, sino porque, faltando el pago del precio, faltaba el requisito de la buena fe del poseedor, acaso entendiendo, sin decirlo, que entonces le habrían hecho falta a éste los treinta años de la usucapión extraordinaria, cuando lo cierto es que en el caso de autos no cabía ni la ordinaria ni la extraordinaria.

Finalmente, el Tribunal Supremo decidió revocar la sentencia de la Audiencia, dando la razón al argumento de la usucapión de la cosa comprada. Como don Rafael nunca dudó de que don Justino era dueño de lo que vendía, tenía buena fe (!).

1.3 La sentencia de 25 de enero de 2000 (Ponente, Excmo. Sr. García Varela)

No menos asombrosa es la sentencia de 25 de enero de 2000 (RAJ 349), que, aunque no trate de cuestiones de justo título, sí muestra hasta qué punto puede la usucapión ser puesta a disposición de intereses variopintos que nada tienen que ver con ella.

El 25 de agosto de 1936, el Delegado Civil del municipio de Muxía despojó de su uso a los socios del «Casino de Artesanos», y disolvió su Sociedad de Recreo. Había, dijo, «veracidad de las denuncias que ante mi autoridad han formulado los milicianos de esta localidad contra los asociados de dicho Casino, que se permiten de un modo descarado acudir al indicado edificio social para alentar con bulos y noticias tendenciosas a los simpatizantes del derrotado y antipatriótico Frente Popular». El Decreto de incautación decía que «de los cincuenta y ocho socios que se incluyen en la relación indicada, veintinueve de ellos son afiliados y cotizantes de la repetida Agrupación del Frente Popular, perteneciendo otros al Sindicato de la UGT de esta villa, también clausurado, y el resto, a excepción de cuatro o cinco señores, simpatizantes igualmente con los del Frente Popular».

El inmueble sirvió como comedor social hasta que fue, al parecer, enajenado a un caballero que lo vino poseyendo, y contra cuyos herederos vinieron mucho tiempo después a reivindicar algunos de los herederos de las víctimas de aquella incautación.

El Juzgado de Primera Instancia de Corcubión absolió a los demandados. La Audiencia Provincial de La Coruña estimó parcialmente el recurso, declarando la condición de herederos de los demandantes. Pero el Tribunal Supremo fue más allá, al entender que, como la incautación fue un acto ilegal y el régimen político

instaurado en España tras la guerra civil impidió a los perjudicados hacer valer sus derechos, tanto frente a quienes efectuaron la privación como frente a quienes luego vinieron a ocupar la casa, estaba imposibilitado el ejercicio de la acción, que no volvió a renacer hasta que la Constitución Española fue promulgada. Indica, en efecto, la sentencia:

«El acto de ámbito público referido derivó de una acción política efectuada durante las circunstancias extraordinarias concurrentes en los primeros momentos de la guerra civil de España, y no hay duda que significó un acto de fuerza, arbitrario e ilegal, y, una vez finalizada la contienda, el inmueble fue utilizado, entre otros usos, como comedor de Auxilio Social, hasta que, aproximadamente en el año 1950, fue abandonado por los incautadores, empero no devuelto a sus legítimos propietarios, y más tarde de la indicada dejación, en una época no concretada con exactitud, mas situada durante la década iniciada en el año 1950, mediante un cálculo prudencial proveniente de la resultancia de la prueba testifical, ha sido detentada por don Manuel, padre de uno de los codemandados, hasta el fallecimiento de aquél, ocurrido el 14 de enero de 1983».

«Es evidente la situación coactiva y de omisión de Estado de derecho que prevaleció en España hasta la publicación de la Constitución Española en fecha de 29 de diciembre de 1978. De lo explicado, se deduce que los dueños del inmueble objeto del debate tenían imposibilitado el ejercicio, pero no prescrita la acción que les asistía, y que recobró plena eficacia a partir del 29 de diciembre de 1978, en que se publicó la Constitución Española (Disposición final) –en cuyo artículo 33.3, por cierto, se establece que “nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública e interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes”–, y España se constituyó en un Estado social y democrático de derecho, cuya fecha ha de tenerse en cuenta como el momento inicial desde el que pudo ejercitarse la acción de recobro esgrimida en el pleito».

Resulta asombroso leer en una sentencia del Tribunal Supremo que, junto a las causas de interrupción de la prescripción previstas en el Código Civil, hay que contar una más: la vida del General Franco. En vez de resolver la cuestión como se han resuelto tantas de las relacionadas con el patrimonio sindical, a saber, por medio de las correspondientes indemnizaciones, resulta mucho más espectacular decir que la acción reivindicatoria estaba paralizada por razón de la Dictadura, lo que invita a que así los periódicos aplaudan el carácter «*progre*» de algún Magistrado: «*El Supremo devuelve una casa que fue expropiada en 1936 a la fuerza. Niega su propiedad a quienes la ocuparon amparados en el franquismo*», decía el titular del diario *El País*, 30 de enero de 2000, p. 27.

1.4 La sentencia de 22 de febrero de 2000 (Ponente, Excmo. Sr. Almagro Nosete)

Para concluir esta lamentable presentación que nos ofrece el Tribunal Supremo sobre cómo entiende el funcionamiento de la usucapión, ahí está la sentencia de 22 de febrero de 2000 (RAJ 808). Una sustitución fideicomisaria había quedado condicionada al hecho de que el heredero fiduciario muriera sin hijos. Una vez el fideicomisario tomó posesión de los bienes, vino a reconocerse la filiación de quien, ahora demandante en petición de herencia, era hija del fiduciario, y que, en buena lógica, desplazaba de la herencia al heredero aparente, salvo que éste hubiera consumado la usucapión extraordinaria.

La ordinaria nunca podía operar, pues si hay un ejemplo claro de título putativo, y ésta es cosa que así se admite desde hace siglos, ése es el relacionado con una institución hereditaria que sólo existe en la mente del heredero aparente. No es justo título el testamento revocado, ni aquel cuyas instituciones se supeditan a que no se dé una condición que resulta que sí ha operado, como no lo es el que nunca se otorgó pero se creía que sí. No obstante, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de marzo de 1995 había entendido, confirmando la del Juzgado, que la demandada tenía justo título para la usucapión de los bienes objeto del pleito *«porque los adquirió en virtud del testamento y en virtud de la posesión civilísima que reconoce el artículo 440 del Código Civil»*. El recurrente, con toda razón, alegaba que la sentencia recurrida *«desciende el concepto mismo de justo título, la efectividad del título "pro herede" y la efectividad de este título cuando se trata de una discusión entre personas que esgrimen el mismo título»*.

Pero el Tribunal Supremo, en esta sentencia de 22 de febrero de 2000, entendió que no procedía el recurso, pues

«el justo título lo constituye no sólo el testamento de don José R.G., que ni es nulo, ni fue revocado, sino también, la adquisición de los bienes hereditarios, en virtud de la posesión civilísima establecida en el artículo 440 del Código Civil abierta la sucesión, aceptada la herencia, y transcurrido el tiempo determinado por el artículo 1957 para la prescripción de inmuebles entre presentes, con posesión ejercida de forma pública, pacífica e ininterrumpida a título de dueño».

Y, por si cupieran dudas, insiste:

«la demandada pues ha usucapido los bienes en cuestión. Las dudas que en abstracto la recurrente intenta suscitar acerca del título "pro herede" no se sostienen, en el presente caso, ni son atinentes las sentencias que cita, pues la de 23 de diciembre de 1971, que rechaza la

usucapión se refiere a una sucesión intestada sin auto de declaración de herederos y la de 20 de octubre de 1989, pone de relieve lo contrario de lo que se afirma, pues no niega, sino que, por el contrario, reconoce el carácter de justo título de adquisición a la sucesión testada o intestada, siempre que no faltén los testamentos o autos de declaración de herederos y correspondientes cuadernos particionales. No es, por tanto, posible la infracción del artículo 1952, pues el testamento, producido el hecho sucesorio y adida la herencia, debe ser tenido por título legítimo de adquisición, junto con la posesión. Lo mismo cabe decir del artículo 1953 dado que el testamento reúne los requisitos de verdadero y válido. Tampoco cabe calificar, como heredero aparente a la demandada, ya que, en la fecha en que se abrió para ella la sucesión y atendidas las circunstancias determinantes que establecían la sustitución fideicomisaria, estaba llamada a la herencia, con plena legitimidad. Finalmente, las consideraciones en torno a la acción de petición de herencia, impeditivas de la usucapión, resultan inconducentes, pues, como se desprende del artículo 1963 del Código Civil, el ejercicio y el buen fin de la acción de petición de herencia está condicionado a que antes no se haya producido la adquisición del dominio por prescripción».

O sea, que para el Tribunal Supremo, el justo título lo compone nada menos que «el testamento, junto con la posesión». Y el heredero que, cuando se abre una sucesión, es considerado fideicomisario, pero que luego deja de serlo por reconocerse que había otra persona que era hija del fiduciario, no tiene la condición de heredero aparente, pues él comenzó a poseer como heredero real, y la aparición del verdadero heredero no le perjudica. Él sigue teniendo buena fe y le bastan diez años de posesión para usucapir.

Estas y otras sentencias sirven para poner de manifiesto que no es la usucapión precisamente uno de los puntos fuertes de nuestra justicia civil⁴.

2. ÁMBITO DE LA USUCAPIÓN ORDINARIA: LAS IRREGULARIDADES EN EL MODO DE ADQUIRIR

Cada vez que leemos en una sentencia o en cualquier estudio doctrinal que los títulos nulos no constituyen justo título de cara a la usucapión, pero sí los anulables, o los rescindibles, o los revocables, etc., no hay que perder de vista cuál es el único sentido posible de la afirmación. Y es que, dejando por un momento de lado a la nulidad radical o absoluta, de poco vale examinar si, de cara a la usucapión, son justos títulos los anulables, los rescindibles, los sometidos a condición resolutoria, etc., si no partimos antes de la

⁴ Ver datos interesantes en nota 282.

base de que, junto a las eventuales irregularidades de que pueda adolecer cada supuesto de estudio de la usucapión ordinaria, hay una que destaca por encima de todas (o mejor dicho, que es la única que importa), y que no afecta propiamente al *título*, sino al *modo* de adquirir: el *accipiens* recibió de quien no era dueño, o de quien lo era sólo en parte, o de quien siéndolo, carecía de facultades dispositivas. No es entonces que la usucapión venga a purgar los vicios del contrato anulable; o que pueda parapetarse en ella el que tomó posesión de la cosa en virtud de un contrato que ahora viene a intentar ser rescindido por haber sido celebrado en fraude de acreedores. Es que el contrato, *además* de ser anulable o rescindible, fue celebrado por quien no era el verdadero dueño, siendo así que, ante la reivindicación de quien sí lo es (que, por definición, no puede impugnar o rescindir por faltarle legitimación para ello), podrá en su caso el poseedor hacer uso de la excepción de prescripción adquisitiva corta u ordinaria (que, en cambio, no podría ser utilizada si de lo que se trata es de una acción personal ejercitada *ex contractu* por el *tradens*).

Frente a lo que, como veremos, opinan algunas voces muy autorizadas (Espín, Luna Serrano), entiendo que cuando de acciones *inter partes* se trata, la usucapión no puede jugar. La única usucapión oponible será, como mucho, la extraordinaria, esto es, la que tiene como exclusiva razón de ser a la posesión, desprovista de cualquier consideración atinente al título posesorio. «De las dos posibles causas –indica Morales Moreno– que impiden se produzca la transmisión de un derecho, falta de titularidad o imposibilidad de transmitir el derecho de un lado, y vicios del título transmisivo de otro, la usucapión ordinaria está llamada a subsanar la falta de titularidad del causante, pero no los vicios del título»⁵. Volviendo a los ejemplos propuestos, frente a la acción de anulabilidad entablada por el representante del incapaz, o por el propio incapaz cuando deja de serlo, podrá alegarse el transcurso del plazo de cuatro años (sobre si éste es de prescripción o de caducidad, ya volveremos), pero lo que no cabe es que se alegue una usucapión ordinaria (corta) ganada con anterioridad, pues mientras esté viva la acción, ésta se va a poder ejercitar entre los contratantes, sin que sea posible usar el pretexto de una usucapión abreviada, basada en el contrato anulable y no anulado (por quien lo podía hacer), y consumada en tiempo inferior. *Cosa distinta diremos si la cosa, además de ser vendida por un incapaz, en verdad no pertenecía a éste*, y la acción viene a plantearse por el verdadero dueño. Y algo similar cabrá decir en sede de accio-

⁵ MORALES MORENO, *La inscripción y el justo título de usucapión*, ADC, 1971, p. 1129.

nes rescisorias: una cosa es que por la acción pauliana reaccione el acreedor defraudado para que vuelvan al patrimonio del deudor bienes que no tenían que haber salido de él, y otra bien distinta es que el contrato por el que el deudor pretendía extraer fraudulentamente bienes de su patrimonio, en realidad recayó sobre una cosa propiedad de tercero, que ahora reacciona con la correspondiente acción *real*. Ante la pauliana podrá alegarse la caducidad de la acción, pero nunca la usucapión, oponible sólo frente al auténtico dueño. A éste sí le puede ser opuesta la usucapión ordinaria basada en un título rescindible y no rescindido por quien tenía legitimación para hacerlo, que es en definitiva lo que se está diciendo al predicar del título rescindible la cualidad de *justo* a efectos de usucapión.

Y es que es éste un dato que con frecuencia pasa desapercibido cuando se habla del justo título de la usucapión, y que desde luego, es el que llevó al Tribunal Supremo a sentar el disparate de la sentencia de 17 de julio de 1999: de poco vale decir que son justos títulos los anulables o los rescindibles (o los resolubles, como era el caso, *vid. supra*, 1.2, e *infra*, 4.5.) si no se hace la oportuna advertencia previa: la usucapión (por lo pronto, la ordinaria) nada arregla cuando es la acción de anulabilidad o la de rescisión la que se ejercita. Incluso en los propios manuales al uso o en las explicaciones de cátedra, se pasa con frecuencia del concepto de justo título al estudio de los títulos nulos, anulables, etc., sin poner previamente de manifiesto que la usucapión juega en otro ámbito de cosas. Ninguna argumentación ha resultado más concluyente que la de Albaladejo, cuando pone de manifiesto lo que de siempre habían visto los clásicos⁶: los aludidos justos títulos lo son en la medida en que, no habiéndose entablado las acciones correspondientes por los legitimados, son opuestos ante la acción real intentada por el verdadero dueño⁷. Sólo cabe plantear el tema del justo título en estos casos sobre la base de que el problema tiene siempre, y por fuerza, más de dos *protagonistas*: las partes involucradas en el contrato anulable o rescindible y el verdadero dueño del objeto transmitido a través del contrato anulable o rescindible.

Más recientemente volvió este autor sobre el particular, diciendo: «en la usucapión con título, lo que se purifica es sólo no haber habido adquisición procedente del título por no haber otorgado el título el dueño (...). Cuando sí es dueño el que otorga el título y éste es válido, produce a favor del beneficiario una adquisición a tenor del título

⁶ Por todos, DUNOD DE CHARNAGE, *Traité des prescription, de l'aliénation des biens d'église et des dixmes suivant les droits civil et canon*, Paris, 1753, p. 10.

⁷ En «El título anulable en la usucapión», en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1965, pp. 47 ss.

(como si es compraventa, el comprador adquiere por compra, o por permuta, el permutante, etc.) , y si es nulo el título (como donación de inmueble sin escritura pública) o impugnable (como venta con vicio de la voluntad), la usucapión nada remedia porque no entra en juego, y la purificación de la situación no se produce por vía de usucapión, sino por extinción de las acciones impugnatorias, extinción que da lugar a la consolidación de la adquisición procedente del título (así, por compra, por permuta) al cesar la amenaza de su destrucción, pero no a una adquisición por usucapión»⁸.

Hablar, pues, de título para la usucapión, es hablar del acto que legalmente bastaría, acompañado de tradición, para transmitir el derecho de que se trate, pero que no lo logra por no estar completa la tradición, al faltar la titularidad o el poder de disposición del transferente⁹. Es esa falta lo que viene a ser subsanado por la usucapión¹⁰, y lo que permite decir que, si estando viva la acción de anulabilidad, viene ésta a ser ejercitada por la parte que padeció el vicio del consentimiento o la falta de capacidad, lo que jamás podrá hacer el demandado es oponer una pretendida usucapión consumada (al menos en lo que se refiere a la breve u ordinaria), cosa que sí podría hacer en cambio frente al verdadero dueño que reivindicase la cosa¹¹. El justo título es el «*titolo che sia idoneo a trasferire*» del artículo 1159 del Código italiano, es decir, aquel que habría servido

⁸ En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXV, vol. 1.º, Madrid, 1993, p. 325.

⁹ No se comprende que diga LACRUZ: «para la transmisión de la propiedad (adquisición derivativa) se ha definido el *título* como el *contrato que justifica la entrega de la cosa*, de modo que juntos título y modo componen el acto traslativo. En tema de usucapión el *título* desempeña otro papel y es algo distinto y más complejo: comprende éste el *acto transmisivo en su conjunto*, título y modo, que causa y legitima la posesión del adquirente y la hace aparecer como ejercicio del derecho de propiedad» (*Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 1.º, Barcelona, 1990, p. 208). Que no es ése el real sentir del autor se descubre unas pocas líneas más abajo: «El título es un acontecimiento que tiene su ubicación en el tiempo, a saber, el acto de adquisición que hubiera bastado por conferir la propiedad, si realmente la tuviera el *tradens*».

¹⁰ Aunque a veces ésta no será precisa, si juega el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Así, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. I, Barcelona, 1954, p. 648, nota 1. Es evidente que, teniendo una gran importancia el instituto de la usucapión en nuestro Derecho, su campo de juego es más estrecho que el que tenía en el Derecho romano, pues si en éste era el único medio de protección para el que recibía a *non domino*, en la actualidad juegan, merced a la influencia del Derecho germánico, otros vehículos más expeditivos de protección, como es el caso del artículo 34 LH para la adquisición a *non domino* de bienes inmuebles. Sobre si pasa lo mismo en el artículo 464 para los bienes muebles, véase la nota 214.

¹¹ «*Titulus, o iusta causa* –señala Juan IGLESIAS– es la condición objetiva que hubiera sido suficiente por sí misma para justificar la adquisición inmediata de la propiedad, pero que, por haber mediado un vicio de fondo –adquisición a *non domino*– o de forma –falta de *mancipatio* o *in iure cessio*–, legitima tan sólo el comienzo de la posesión». *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1972, p. 294. Puede verse también KASER, *Derecho romano privado*, Madrid, 1982 (trad. de Santa Cruz Teijeiro), p. 116; BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1979 (trad. de Bacci y Larrosa), p. 290.

para transmitir si no hubiese concurrido el defecto de la falta de titularidad¹². Y ello con independencia de que, además, puedan las partes (y sólo ellas) gozar de los mecanismos impugnatorios o rescisорios, que podrán en su caso verse obstaculizados por la prescripción extintiva o la caducidad, pero –insisto– nunca por la usucapión ordinaria.

De hecho, si se citan sentencias en las que el Tribunal Supremo dice que el anulable es justo título para la usucapión, nunca se trató de resoluciones en las que se haya dado la razón a alguien que, siendo parte en el contrato anulable, se haya refugiado con éxito en la usucapión ordinaria frente a la acción impugnatoria. Se trata de afirmaciones hechas *obiter dicta*, pues jamás ha tenido el Alto Tribunal ocasión de resolver el único caso en el que el título anulable es, en efecto, justo a los efectos prescriptivos, a saber, cuando además de la irregularidad contractual constitutiva de anulabilidad (vicios del consentimiento, incapacidad, etc.), falta también la titularidad del disponente¹³. Más bien se trata de casos en que, invocada la usucapión ordinaria, el Supremo entiende que no cabe ésta por tratarse de títulos radicalmente nulos, y se añade con el objeto de enfatizar, la adversativa: que otra cosa sería si el título fuese anulable o rescindible.

No de otro modo se concibe habitualmente que el Código Civil entienda por justo título «*el que legalmente baste para transferir*» (art. 1952): «que tenga –dice Luna Serrano– en sí mismo virtualidad suficiente, de acuerdo con el tipo legislativo o innominado (pero conformado según la autonomía que consiente el ordenamiento) a que responde, para dar lugar, con arreglo a la previsión que respecto de la proyección operativa hacen las leyes, a una transferencia, cuyo efecto, en cambio, no podría producir un acto cuyo tipo negocial fuera institucionalmente inadecuado –por ejemplo, el arrendamiento o la cesión *pro solvendo*– para conllevar dicha consecuencia»¹⁴. Una compraventa o una permuta, consideradas *en abstracto*, sirven para la preparación de un acto traslativo del dominio, y si van acompañadas o seguidas de una entrega por parte de transferente dueño de la cosa y con facultad de disposición sobre la

¹² Aunque, por supuesto, en el sistema italiano no diremos que el problema afecta al *modo de adquirir* en el mismo sentido que lo hacemos en España, dado que el propio sistema de transmisión consensual hace gravitar sobre el *contrato* toda la fuerza transmisiva.

¹³ Y es que realmente lo difícil es que se den cita ambas irregularidades en un solo caso: no sólo es que el niño o el loco vendan, sino que además venden cosa ajena; no es que el deudor dona para empobrecer su patrimonio y no pagar al acreedor, es que dona cosa ajena, y así sucesivamente.

¹⁴ LUNA SERRANO, *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 2127. Este autor entiende, sin embargo, que a la acción de anulabilidad sí es oponible la usucapión consumada con anterioridad. *Vid. infra*, 4.2.2.

misma, operarán, ya *en concreto*, la efectiva y perfecta transmisión. Si falta la titularidad del transmitente, o éste carece de poder de disposición, falla la *traditio*, pero estaremos ante el defecto necesario y suficiente para que opere la *usucapio*, pues, como señala la jurisprudencia (al menos en la época en la que estas cosas se han enjuiciado sensatamente), «para subsanar esta clase de defectos, evitando que los derechos permanezcan inseguros o discutibles, es precisamente para lo que las leyes han establecido la prescripción» (sentencia de 30 de marzo de 1943, RAJ 410)¹⁵. La usucapión ordinaria es así el lógico, natural y simétrico reverso de la tradición, como razonadamente ha puesto de relieve Cuena Casas en una documentada monografía¹⁶.

Y si digo «necesario y suficiente» es porque el acto como tal, si viene otorgado con todos sus requisitos legales por quien no es dueño de la cosa, es en sí perfecto como título. La obligación de entrega nace en la venta de cosa ajena, porque el que la cosa sea ajena es circunstancia que en nada afecta al contrato en sí¹⁷; el problema está en que el cometido final del negocio no viene a cumplirse, pero ello ocurre por un impedimento –la falta de titularidad del *tradens*– extraño por completo al contrato como generador de obligaciones. Si además de la falta de titularidad, el contrato es anulable o rescindible, ello es algo que interesará, como vamos a ver, en sede de usucapión, mas no para ver en ésta una especie de *purgatorio de títulos* que pueda presidir, por vía de excepción, la vida del litigio impugnatorio o rescisorio, sino para que el poseedor amparado en el título irregular pueda cobijarse en él y alegar, frente a la

¹⁵ En sentido similar, las sentencias de 11 de diciembre de 1943 (RAJ 1311), 12 de junio de 1956 (RAJ 2482), 29 de diciembre de 1959 (RAJ 1212 del Repertorio de 1960), 3 de febrero de 1961 (RAJ 311), 4 de julio de 1963 (RAJ 3525), 11 de diciembre de 1965 (RAJ 5610), 22 de enero de 1969 (RAJ 195), 28 de noviembre de 1983 (RAJ 6680), 7 de febrero de 1985 (RAJ 538), 20 de octubre de 1992 (RAJ 8088), etc.

¹⁶ CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, pp. 356 ss.

¹⁷ Es conocida la polémica que siempre generó en Francia la declaración de nulidad de la venta de cosa ajena (art. 1599 del *Code*) y la contradictoria afirmación de la usucapión ordinaria (con título, por tanto) como medio típico de subsanar tal irregularidad. No sin razón los autores franceses de todas las épocas han *retorcido* aquella nulidad para acabar, más recientemente, calificándola de *resolución*. Y es que la contradicción del sistema francés consiste en instaurar el sistema de transmisión consensual, abandonando con ello la tradición romana (que otorgaba validez de la venta de cosa ajena como consecuencia de la mera obligatoriedad del contrato de compraventa, por todos ARANGIO RUIZ, *La compravendita in Diritto romano*, t. I, Nápoli, 1956, pp. 88 ss.) y, en cambio, no querer apartarse de la misma con todas sus consecuencias (manteniendo la consideración de la venta de cosa ajena como justo título para la usucapión –art. 2265– y acogiendo la garantía por evicción –art. 1626–, característica de la venta romana). Sobre estos temas, véase FERNÁNDEZ ARROYO, *El problema de la calificación jurídica de la venta de cosa ajena*, RDP, 1992, pp. 639 ss., y, sobre todo, CUENA CASAS, *Función del poder de disposición...*, cit., pp. 89 ss. (para el sistema francés) y 139 ss. (para el italiano).

acción real del *vetus dominus*, que el tiempo que permaneció en ese *purgatorio* constituyó *estancia* suficiente, y sensiblemente más breve que la que le habría correspondido si el título fuese nulo, falso o inexistente. «La usucapión no puede convalidar los vicios o defectos del título», dice terminantemente Gómez-Acebo¹⁸. Es, pues, la tradición incompleta o imperfecta lo que viene a ser subsanado mediante la prescripción adquisitiva ordinaria¹⁹.

Hay que tener muy en cuenta, a mayor abundamiento, que en las dos ocasiones en que el Código Civil define la buena fe del poseedor lo hace en términos aparentemente equivalentes, pero que en realidad no lo son tanto. El artículo 433 reputa poseedor de buena fe «*al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide*». Por su parte, el artículo 1950 reza: «*la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir el dominio*.» Pudiera parecer que la diferencia entre los dos preceptos radica solamente en las fórmulas de redacción, negativa (ignorancia) y positiva (creencia), respectivamente, pero no es así, y la diferencia es enormemente reveladora de los intereses que se encuentran en juego en el instituto de la usucapión: en sede de posesión en general (art. 433), la buena fe cualifica al poseedor que ignora la existencia de irregularidades *en el título o en el modo de adquirir*, mientras que ya en sede de *possessio ad usucaptionem*, el artículo 1950 hace referencia solamente a irregularidades del modo (creencia en la titularidad y poder de disposición del transmitente²⁰). Ambos preceptos contienen una parte de la norma. La buena fe posesoria es no sólo la creencia en la titularidad del transmitente –dice Lacruz–, sino la creencia de que «la titularidad que uno tiene es

¹⁸ GÓMEZ-ACEBO, «La buena y la mala fe en el Código Civil», en *RDP*, 1952, p. 202. Resulta enormemente confuso que HERNÁNDEZ GIL diga que «la finalidad de la usucapión es sanatoria, es decir, corrige o suple deficiencias, haciendo posible lo que sin ellas no lo sería, y *esas deficiencias emanen precisamente del título*». *La posesión*, Madrid, 1980, p. 523. Resulta confuso porque el autor, como veremos, demuestra en numerosas ocasiones, y en la misma obra, que la usucapión no vale para subsanar, por ejemplo, los vicios propios del contrato anulable, sino sólo lo que hemos dado en llamar irregularidades del modo de adquirir: falta de poder de disposición, poder de disposición incompleto, o titularidad propia con prohibición de disponer. La cuestión está, no en que el autor piense que la usucapión está para otra cosa, sino en que parece colocar el elemento del poder de disposición dentro del propio título, cosa que, obviamente, sólo puede traer problemas a la hora de conceptualizar, precisamente, los casos en que este modo de adquirir opera.

¹⁹ Sobre cómo el Derecho español ha recibido el esquema del Derecho romano con todas sus consecuencias, CUENA CASAS, *Función del poder de disposición...*, cit., pp. 369 ss.

²⁰ Los antecedentes históricos del art. 1950 corroboran la idea: «*Que crea que aquel de quien la ovo, que era suya, ó que avia poder de la enagenar*» (Part. 3, 29, leyes 9, 14 y 18). También en Digesto 50, 16, 109. Que la buena fe del artículo 433 es diferente a la del artículo 1950 lo ha puesto de manifiesto GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario a la sentencia de 13 de julio de 1995», en *CCJC*, 1996, n.º 40, p. 87.

justa y cualifica su posesión habilitándole en Derecho para los actos que realiza»²¹, y señaladamente, a los efectos interdictales y liquidatorios (adquisición de frutos, recuperación de impensas, etc.). Pero cuando de lo que se trata es de adquirir por usucapión la cosa o derecho, el error que pueda padecer el adquirente en relación con el título es absolutamente irrelevante: por mucho que éste ignorase que el título por el que se le transmitió lo que no era del *tradens* era nulo, no dejará éste de ser, en cuanto nulo, inepto también para la usucapión abreviada²². Otra cosa es que la buena fe (que era también buena fe *ad usucaptionem* pero que de poco vale, pues lo que no hace la buena fe es suplir la invalidez del título) pueda servir al usucapiente para que se aplique a los frutos, deterioros y mejoras habidos en la cosa poseída un régimen concreto, y distinto del que jugaría en caso de mala fe.

Resulta a este respecto realmente luminosa la explicación de Ripert y Boulanger: «*Il n'est pas nécessaire que le possesseur ignore les vices qui peuvent exister dans son titre d'acquisition. Par example, l'aliéateur était incapable: l'aliénation était annulable et l'acheteur le sait; cela ne l'empêche pas d'être de bonne foi et de pouvoir usucaper par dix à vingt ans contre le vrai propriétaire, s'il a cru que cet aliénaire incapable était propriétaire du bien vendu. En pareil cas, il y a lieu de distinguer le défaut de propriété en la personne de l'aliéateur de toutes les causes de nullité, de résolution, ou de rescission qui peuvent effecter l'acte de transmission. (...) la prescription abrégée a uniquement pour but de protéger l'acquéreur de bonne foi contre l'action en revendication du véritable propriétaire. Elle ne saurait le mettre à l'abri des diverses actions qui ont pu naître de l'acte de transmission. Il suit de là que, seul importe, au regard de la prescription, le fait que l'acquéreur a cru tirer ses droits du véritable propriétaire. La connaissance des vices du titre est indifférente*»²³.

²¹ LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. III, vol. 1.º, p. 106. Esa parte de la creencia a que se refiere el artículo 1950 –señala–, y que reside única y exclusivamente en la legitimación del causante, es sólo uno de los aspectos en que se fija el legislador en el artículo 433, que requiere aquí, para la posesión natural, otra creencia más amplia, alusiva «al título o modo de adquirir, es decir, al origen de la posesión».

²² Es muy reveladora la expresión que utiliza el Código italiano para definir el poseedor de buena fe: «*chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto*» (art. 1147, 1.º). Dice GENTILE que en esta materia la buena fe es la ignorancia de dañar el derecho del *dominus*, mientras que el vicio del título es algo que afecta sólo a las relaciones entre el usucapiente y su causante. *Il possesso*, Torino, 1965, p. 389.

²³ RIPERT y BOULANGER, *Traité de Droit civil d'après le Traité de Planiol*, t. II, Paris, 1957, n.º 2707, p. 944. Y más luminosa si cabe si se tiene en cuenta que, cuando hablan de los vicios del título en sede de teoría general de la posesión (n.º 2312, p. 810), consideran (aquí sí) a todos los posibles, dando como ejemplos el «*défaut de propriété en la personne de l'auteur du titre*», «*l'incapacité de l'aliéateur, une fausse apparence de pouvoir en la personne qui traite au nom du propriétaire, l'irrégularité d'un testament*». También muy reveladoras las conclusiones de BUFNOIR: «*a mon sens, il suffit, pour*

Así, por ejemplo, el que compra la finca al menor, será normalmente poseedor de mala fe a los efectos posesorios ordinarios (art. 433), pues conoce o debe conocer el vicio existente en el título o contrato (falta de capacidad). Pero si resulta que la finca vendida no era propiedad del menor que la vendía, la posesión del *acciens* es de buena fe de cara a la usucapión con tal de que no conociese la ajenidad de la cosa y no se hubiese tenido medio de conocerla, pues aquí la creencia o ignorancia va referida sólo a la titularidad y poder de disposición del tradente. Por mucho conocimiento que el adquirente tenga de la falta de capacidad, si él creía en la titularidad del transmitente («era dueño de ella»), y en su poder de disposición («y podía transmitir su dominio») podrá usucapir frente al *vetus dominus* que intente reivindicar (art. 1950). Lo mismo sucederá cuando el *acciens* haya sido quien ocasionó el error, dolo, violencia o intimidación en el otro contratante, que le entregó cosa no propia: validado el vicio o transcurrido el plazo para el ejercicio de la correspondiente acción impugnatoria, el título resulta perfecto para usucapir frente al (hasta ahora) verdadero dueño (art. 1953). Eso sí, si debido al diferente inicio de los cómputos, ocurriera que, producida la usucapión, siguiese viva la acción de anulabilidad, a quien verdaderamente vendría a favorecer tal usucapión sería al contratante que vea ahora prosperar su acción impugnatoria sobre la base de su consentimiento viciado.

Es una lástima que tenga que ser en una de las sentencias más lamentablemente argumentadas de los últimos tiempos del Tribunal Supremo, en la que se pueda encontrar una ilustración acerca de la posibilidad de que un poseedor lo sea de mala fe a los efectos de la usucapión, y de buena fe a otros efectos (en el caso, para la restitución de los frutos)²⁴. Se trata de la de 14 de marzo de 1983, de la que me

l'admissibilité de la prescription décennale, que le possesseur ait cru traiter avec un propriétaire. Le titre, quoique vicié, est infesté d'un vice qui ne peut être invoqué que par l'aliénateur; le véritable propriétaire ne peut donc pas s'en prévaloir et arguer de ce que ce possesseur connaissait cette cause de nullité». Propriété et contrat. Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations, Paris, 1900, p. 341. Ver igualmente AUBRY-RAU, *Cours..., t. II*, Paris, 1935, p. 517, nota 24. Véase la explicación de ESPÍN en «El justo título y la buena fe en la usucapión», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969, pp. 165 ss. (aunque el autor piensa en sentido opuesto).

²⁴ Al hilo de la cita de esta sentencia, menciona tal posibilidad, aunque calificándola de *curiosa y confusa*, MIQUEL GONZÁLEZ, *La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho civil*, en AAMN, t. XXIX, 1990. Personalmente, creo que la sentencia es, en efecto, curiosa y confusa, pero no lo es la posibilidad en abstracto de concurrencia de buena fe para unos efectos y de mala fe para otros. De hecho, aunque sea para otro orden de cosas, es frecuente que la doctrina no admita el llamado *título putativo* para la usucapión ordinaria, y sin embargo encuentre que, a efectos de la restitución de frutos, la buena fe lo sea todo, no importando tal cualidad del título, que se presenta en realidad como elemento excusante de la buena fe. Por todos, véanse los ejemplos que trae de las fuentes romanas

ocuparé de inmediato. En los ejemplos propuestos, cuando el contratante incapaz o cuyo consentimiento se encontraba viciado vea prosperar su acción impugnatoria, comprobará cómo juegan en su beneficio, además de la insuficiente norma del artículo 1303 CC («*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos...*»), las disposiciones generales acerca de la liquidación de los estados posesorios de mala fe (arts. 451 ss.).

Y es que, por más que el artículo 1951 CC diga que las condiciones exigidas, en general, para la buena fe posesoria (con remisión expresa al art. 433) «*son igualmente necesarias para la determinación de aquel requisito en la prescripción*», concluir que ello significa unos idénticos contenido y función de la buena fe en ambos lugares no me parece, por tanto, correcto²⁵. Si, en general, la buena fe va referida a un error *excusable* que padece el sujeto, el Derecho ha de diferenciar los variados bloques de supuestos en los que haya de darse un diferente grado de excusabilidad. Y sucede que en la buena fe posesoria, no tiene *excusa* el poseedor que conoce o que, con arreglo a una diligencia media, ha tenido medio racional de conocer que en su título o modo de adquirir existía una irregularidad. En cambio, y como dice Morales Moreno, «si consideramos la buena fe en la usucapión, advertimos que el error del sujeto se refiere a su titularidad; se cree titular cuando, en verdad, no ha llegado a serlo. Considerando este error desde el plano psicológico, puede surgir por variadas causas: desconocimiento de los vicios del título adquisitivo, ignorancia de la ausencia de titularidad del transmitente o de la causa que le impedía transmitir el derecho. *Al descender de este plano psicológico al jurídico y considerar el grado de excusabilidad del error, se comprueba el concreto perfil técnico que tiene la buena fe en la usucapión ordinaria.* La necesaria presencia del justo título (verdadero y válido, art. 1952, 1953 CC) hace irrelevante al error que en el terreno del título haya padecido el sujeto, y de ahí que no se tenga en cuenta por el Código al decir, “*la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su*

CIMBALI (mandante que recibe del mandatario la cosa que le encargó comprar, heredero que toma posesión de las cosas ajenas que se hallan entre las de la herencia, etc.). *Del possesso per acquistare i frutti*, Torino, 1912.

²⁵ Mantiene tal identidad ESPÍN CÁNOVAS, lo que no deja de ser coherente con su particular manera de entender la utilidad de la usucapión ordinaria: «por virtud de la usucapión ordinaria –dice– quedarán subsanados no sólo la falta de titularidad en el transferente, sino también la falta de legitimación y de capacidad en el mismo, o cualquier otro defecto del negocio transmisible que no tropiece con los requisitos exigidos a éste». *La función del justo título...*, cit., p. 839.

dominio» (art. 1950)»²⁶. Naturalmente. Además, buscando el alcance práctico de la controversia, ¿de qué le valdría al usucapiente ignorar que el título era nulo en cuanto título? Al configurarse la buena fe y el justo título como requisitos por completo autónomos, por mucha buena fe que tuviese, la usucapión ordinaria resultaría impensable por descansar en título nulo. Y si el título es anulable o rescindible, como estas irregularidades no le privan de potencia transmisiva mientras no sea efectivamente anulado o resuelto²⁷, tampoco habrá problema, por mucho conocimiento que de las mismas tenga el poseedor, cuando el *verus dominus* reivindique, dado que al usucapiente le bastará con haber confiado en que la cosa pertenecía al otro contratante.

Es ahí donde precisamente ha radicado la extraordinaria controversia habida en la doctrina italiana²⁸. Siendo semejantes los ordenamientos francés e italiano en lo que respecta a la transmisión del dominio por el solo consentimiento (y por tanto, colocando ambos sistemas el poder de disposición del transmitente en el propio contrato, y no en el *modo romano*), ha ocurrido que en Francia se ha visto más claro que deben distinguirse los defectos del título en sí, de los atinentes a la titularidad o poder de disposición, para concluir que es a estos últimos a los que ha de ir referida la buena fe en la usucapión (*cfr.* nuevamente la cita de Ripet y Boulanger²⁹).

²⁶ MORALES MORENO, «La inscripción y el justo título en la usucapión», en *ADC*, 1971, p. 1134. Dice DÍEZ-PICAZO: «Entre los artículos 433 y 1950 hay notorias diferencias. El primero está concebido en términos de mayor amplitud que el segundo. El 433 se refiere, en general, al vicio que invalida el título; el 1950 se refiere sólo al vicio que afecta a la persona de quien se adquiere y en concreto a su capacidad de disposición». *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., t. III, Madrid, 1995, p. 737.

²⁷ Esto está unánimemente claro en relación con la rescisión, y mayoritariamente claro en relación con la anulabilidad. En efecto, es predominante la idea de que el contrato anulable transmite, encontrándose sometido a una situación claudicante o provisional, «de la cual puede salir hacia las dos alternativas: ser definitivamente válido o definitivamente inválido» (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, t. I, Madrid, 1993, p. 461.). Por ello, la situación del contrato anulable y no anulado por quien tiene legitimación para ello, no puede ser opuesta al verdadero dueño que viene a reivindicar la cosa entregada, vgr. por el loco o el menor merced a ese contrato: la consideración del título anulable como apto para la usucapión ordinaria es irrefutable desde esta perspectiva. Más difícil lo tendremos, como se verá, quienes, siguiendo a DE CASTRO y a DELGADO, preferimos contemplar el contrato anulable como originariamente inválido, y en la sentencia correspondiente un pronunciamiento meramente declarativo (*infra*, 4.2.1. y 4.2.2.).

²⁸ Puede verse una síntesis en ESPÍN, *El justo título...*, cit., pp. 168 ss.

²⁹ Aunque no se piense que tal opinión es unánime. Así, destaca LAURENT que limitar la buena fe en la usucapión al desconocimiento del dominio ajeno «*n'est pas en harmonie avec notre code, qui exige bonne foi et juste titre; ce qui est plus que l'ignorance du droit d'autrui*» (*Principes de Droit civil*, t. XXXII, Paris, 1893, n.º 407, p. 431). «*quand le titre de l'auteur est sujet à nullité ou à rescission, et que l'acquéreur a connaissance du vice qui l'entache, il n'a pas la bonne foi requise en matière de prescription*» (n.º 409, p. 434). Propone también esta solución TROPLONG, *Dela prescription*, t. II, n.º 925, p. 508, y, de *iure condendo*, SALEILLES, *De la possession des meubles*, Paris, 1907, p. 269.

En cambio, encontrábamos en Italia, bajo el imperio del Código de 1865, frases como la de Pugliese, que no son ya compartidas hoy: «*il titolo e la buona fede si integrano, perché il primo senza la seconda sarebbe una vana lustra e questa senza quello si risolverebbe in una vana cogitatio*»³⁰. De hecho, el artículo 701 del Código italiano de 1865 llamaba poseedor de buena fe a «*chi possede come proprietario in forza d'un titolo abile a trasferire il dominio, del qual titolo ignorava i vizi*». Ello llevaba forzosamente a la doctrina a involucrar los vicios del título en el ámbito de la buena fe, también a efectos de usucapión³¹. Sin embargo, las referencias al título desaparecen en el artículo 1147 del Código vigente: «*È possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto*». Cuando los autores se preguntan si existe una diferencia estructural entre la buena fe definida en este precepto y la que aparece en los artículos que tratan de la usucapión, todo han sido problemas. Sacco encuentra, en efecto, diferencias estructurales entre esa buena fe definida en el artículo 1147 y la buena fe de la que hablan los preceptos de la usucapión, que sería aquella que implica la simple ignorancia de la ajenidad de la cosa³². Y es que, de hecho, el artículo 1.159 comienza diciendo: «*colui qui acquista in buona fede da qui non è proprietario un immobile...*»; del mismo modo, el párrafo 2.º del artículo 1.160 comienza con esta hipótesis: «*nel caso di acquisto in buona fede da chi non è proprietario...*».

Sin encontrar tales diferencias estructurales, sino entendiendo que la fórmula legal del artículo 1147 vigente, al referirse a la ignorancia de dañar el derecho ajeno («*semplice ignoranza di fare torto*») resulta elástica y omnicomprendensiva, Mengoni se pregunta por ese daño, ya en referencia concreta a la usucapión: «*ma quale torto? ¿qualunque torto, o solo una data, specifica lesione giuridica? (...) Nella nostra materia degli acquisti a non domino mediante il possesso, il carattere relativo del contenuto della buona fede discende, per logica consequenzialità, dal requisito distinto e obbietivo del titolo traslativo valido (...). La valutazione sub specie bona fidei riguarda il possessore soltanto in quanto terzo, vale a dire, nei rapporti col dominus, e pertanto ad integrare la buona fede è necessaria e sufficiente l'ignoranza del difetto di titolarità nel dante causa*

. Importará bien poco el conocimiento que el poseedor tenga acerca de la nulidad del título, pues, con él o sin él, la situación comportará en cualquier caso la imposibilidad de la usucapión ordinaria. Si el artículo 1147 prescinde, según estas opiniones mayorita-

³⁰ PUGLIESE, recensión de la obra de MONTEL, «*Il possesso di buona fede*», en *Riv. del Dir. Com.*, 1935, p. 653.

³¹ Por todos, PACIFICI MAZZONI: «*Il più piccolo dubbio, purchè serio, che l'acquirente avesse sul diritto del suo autore, escluderebbe la buona fede. Conseguentemente, se egli nel momento dell'acquisto avesse conosciuto che il titolo di proprietà del suo autore era soggetto a nullità, risoluzione o rescissione, non può pretendere di aver fatto l'acquisto di buona fede*». *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. III, parte I, Firenze, 1915, p. 441.

³² SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Turín, 1949, pp. 164 ss. También en «*La presunzione di buona fede*», *Riv. Dir. Civ.*, 1959, p. 29. Aunque, con posterioridad, ha dicho este mismo autor que en estos artículos el legislador «*rinvia alla fattispecie contemplata nell'art. 1147*». «*Il possesso*», en *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. por Cicu y Messineo y continuado por Mengoni), t. VII, Milán, 1988, p. 395 (ver también p. 358).

rias, del título como (un) punto (más) de referencia de la ignorancia del poseedor, es, por lo tanto, para eliminar redundancias: el título pone en relación al poseedor con el *non dominus* transmitente, pero la buena fe va aquí referida al verdadero dueño en cuanto sujeto pasivo de la usucapión, la lesión de cuyo derecho es lo que ha de ignorar el poseedor³³. Si el título es anulable o rescindible, el reivindicante no podrá considerar de mala fe al poseedor que conocía tales vicios del título. «*Si supponga che il dominus rivendichi la cosa presso un terzo acquirente in base ad un titolo nullo oppure annullato o rescisso, e che il terzo abbia acquistato il possesso ignorando l'altruittà dell'oggetto, ma conoscendo la nullità, o il vizio che ha provocato la successiva eliminazione del titolo.*» «(...) *questio de mala fide, abbiamo detto, non sorge (...).*» «*Ora, a me sembra che l'esigere ad integrare la buona fede del possessore, a'sensi dell'art. 1147, anche l'ignoranza dei vizi del proprio titolo (...) significhi far rientrare dalla finestra il requisito del titolo, che invece il nuovo legislatore ha inteso sopprimere*»³⁴. Obsérvese, pues, el curioso contraste entre las interpretaciones que se han venido dando del concepto de buena fe al amparo del derogado Código de 1865 y del vigente³⁵.

De todo lo anterior es fácil entender por qué habitualmente se dice que la usucapión no sirve para subsanar otros defectos que no sean los referentes a la falta de titularidad del transferente³⁶, defectos que no atañen al título sino al modo de adquirir (por ello precisamente la usucapión no sobra, aunque se exija que el título sea verdadero y válido³⁷). Si la cosa transmitida por medio de un títu-

³³ MENGONI, *L'acquisto «a non domino»*, Milano, 1949, pp. 230 y 231. En contra, MONTEL, «*Acquisto in forza di titolo viziato "a domino" e possesso di buona fede*», *Riv. Dir. Comm.*, 1934, I, pp. 857 ss. «*Il possesso*», en el *Trattato di Diritto civile italiano* de Vasalli, vol. 5.º, t. 4.º, Torino, 1962, pp. 193 y 194.

³⁴ *Ibidem*, p. 233. Al tratar del título anulable, el mismo autor dice que es justo título para la usucapión, de modo que «*concorrendo la buona fede, cioè l'ignoranza della qualità di non dominus dell'alienante...*

³⁵ En Argentina, a pesar de que en el artículo 4006 del Código Civil se define la buena fe como «la creencia sin duda alguna del poseedor, de ser el exclusivo señor de la cosa», la polémica se ha dado también. Dice AREAN DE DÍAZ DE VIVAR que la noción de justo título comprende «la falta de todo derecho de propiedad en el autor de la transmisión», pero que debe quedar comprendida la ausencia de capacidad. Cita una sentencia de los Tribunales de Córdoba de 1962 que dice: «si se compra a un demente a quien se le creía sano, la adquisición –aunque nula– es útil para la prescripción. Si uno de los vendedores era demente y actuó por poder que reunió todos los requisitos y solemnidades legales, la declaración de insanía ulteriormente decretada no desplaza la buena fe del comprador, mientras no se pruebe de forma fehaciente que éste conocía el estado psíquico de aquél». *Juicio de usucapión*, Buenos Aires, 1984, pp. 168 y 169.

³⁶ ALAS, DE BUEN y RAMOS, *De la usucapión*, Madrid, 1916, pp. 210 y 211. DE BUEN, en las *Notas a COLIN y CAPITANT, Curso elemental de Derecho civil* (trad. española y notas de De Buen, revisada por Marín Pérez y Gómez Ysabel), t. II, vol. 2.º, Madrid, 1984, p. 706. GÓMEZ-ACEBO, *La buena y la mala fe, cit.*, p. 202. Comparte la opinión HERNÁNDEZ GIL en el conocido «*Comentario de la sentencia de 30 de marzo de 1943*», *RGLJ*, 1944, pp. 330 ss., pero matizándola en algunos puntos.

³⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, «*Presunción de propiedad y exhibición del título*», en *Centenario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 1341, en nota 16.

lo que adolece de irregularidades es propiedad del *tradens*, y existen además facultades dispositivas, la usucapión abreviada no servirá de obstáculo a la acción de impugnación³⁸, que sigue viva, pues el único objeto del litigio será la discusión sobre el título en sí, y no el hecho de que la persona de quien se adquirió era dueña o no lo era³⁹.

Por esta razón es absolutamente equivocada la doctrina que sentó la sentencia de 14 de marzo de 1983 (RAJ 1475)⁴⁰. Del Fundamento 2.º se deduce que los antecedentes del caso eran los siguientes:

1. La demandante es hija de don Francisco P. M., fallecido en 1946 cuando aquélla contaba con dos años de edad, el cual instituyó heredero a la misma en su testamento otorgado en fecha 5 de enero de 1946, reconociendo también derechos sucesorios expectantes a su sobrino, actual demandado y recurrente, como descendiente de don Gabriel P. M., hermano del testador.

2. La viuda de don Francisco, también demandada, doña Josefa P. N., sin previa liquidación de la sociedad de gananciales, dispuso por escritura pública de 26 de enero de 1959 de un inmueble urbano, sito en la calle Mayor, núm. 13, de Mogente (Valencia), cuyo inmueble conocía el comprador, don Adrián P. V., sobrino del testador, que pertenecía a éste, al menos en su mitad proindiviso y a su padre, don Gabriel, en la otra mitad, según confesó en la litis y se deduce en su escrito de contestación a la demanda, y confirma el propio testador en la cláusula sexta de su testamento.

3. Por escritura de 20 de junio de 1966, cuando ya había cumplido a la sazón la mayoría de edad la demandante y actual recurrente, la codemandada doña Josefa P. acordó por el albacea nombrado en el testamento de 1946 otorgar escritura de testamentaría prescindiendo del inmueble de que había dispuesto en 1959, manifestando que le pertenecía como adjudicado al fallecimiento de su marido en concepto de su parte en los gananciales.

Como se ve, la viuda carecía de poder de disposición sobre el inmueble. El adquirente, ahora recurrente, parecía alegar que el con-

³⁸ Cosa distinta es que a la acción de nulidad se pueda oponer la usucapión larga, basada sólo en razones de posesión. O que a la acción de anulabilidad o de rescisión pueda oponerse el transcurso de los cuatro años. El conocimiento por parte del *acciépens* de que el contrato era anulable o rescindible no añade nada a la solución, más allá de los aspectos atinentes a la liquidación posesoria.

³⁹ La totalidad del trabajo de ALBALADEJO «El título anulable en la usucapión», en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1965, pp. 47 ss., bascula alrededor de esta idea fundamental. La usucapión nada tiene que decir cuando la cosa transmitida se recibe de quien era su dueño y podía transmitirla. En la misma línea, HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., pp. 526 y 527, y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. III, Madrid, 1995, p. 734. Últimamente, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, p. 178.

⁴⁰ Se encuentra comentada por DELGADO ECHEVERRÍA en CCJC, n.º 2, 1983, pp. 465 ss.

trato de compraventa adolecía de un vicio de capacidad en el enajenante, lo que convertía al contrato en meramente anulable. El plazo de cuatro años ha de contar desde el conocimiento del acto por parte de la heredera del cónyuge cuyo consentimiento se omitió, pero en este caso, al ser menor de edad, no había podido actuar hasta que llegó a la mayoría de edad, a partir de cuyo momento también habían transcurrido cuatro años. No cabía, por tanto, atacar la venta, convalidada en todos sus extremos. Alegaba asimismo que, de no ser así, habían transcurrido en cualquier caso más de diez años desde la celebración del contrato, lo que, unido a la calificación del título como justo a efectos de usucapión en cuanto anulable, servía para ganar el dominio, máxime cuando, al estar inscrita en el Registro la nueva titularidad, gozaba de las presunciones del artículo 35 LH.

En Primera y Segunda Instancia se dio la razón al adquirente. Pero la sentencia del Supremo indicó, para sorpresa de propios y extraños:

1. Por lo que respecta a la prescripción de la acción de anulabilidad, que había habido en la Instancia una aplicación incorrecta del artículo 1301 CC, pues «se está ante un acto dispositivo nulo de pleno derecho por no haber intervenido todos los interesados en la herencia» (Fundamento 3.º). Y a partir de esta afirmación, no hay empacho alguno en añadir: «sin que el acto radicalmente nulo pueda ser sanable o convalidable, ya que el capítulo donde trata el Código Civil de la nulidad de los contratos no se refiere a los radicalmente nulos, que deben considerarse como inexistentes y no susceptibles de confirmación, cuya ineeficacia deben incluso apreciar de oficio los tribunales». Ni de paso, en rematar: «máxime cuando en el caso debatido la vendedora de un inmueble carente de titularidad dominical sobre el mismo infringió lo dispuesto en el artículo 1426, antigua redacción, del Código Civil⁴¹ y normas antecedentes complementarias, como inspiradas a los efectos adquisitivos en el principio *nemo dat quod non haberet*».

2. Con todo lo cual, no desentona que el Supremo afirme: «que de la carencia de título de la vendedora y recurrida, Josefa, deriva, evidentemente, que el adquirente (...) sabía que el título adquirido, al no ser verdadero y válido, no podía servirle de justo título para usucapir el dominio, según fue equivocadamente aceptado por la sentencia de instancia, puesto que un contrato inexistente o radicalmente nulo no puede integrar el justo título a que se refiere el artículo 1952 CC, ya sea por defecto de forma esencial o por otro defecto sustancial, como lo es la falta de título dominical por parte del transmisor, conocido por el comprador en contrato otorgado en perjuicio de tercera persona, a la que se despojó de un bien inmueble integrado en la herencia a la que fue nombrada heredera universal de la misma, en sucesión abierta y

⁴¹ El derogado artículo 1426 decía: «el remanente líquido de los bienes gananciales se dividirá por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos».

acto dispositivo realizado cuando era menor de edad y sin la representación que la ley exige para estos casos, en que el descendiente tiene intereses contrapuestos con los de su ascendiente interesado en la misma herencia».

Curiosísimo: «defecto sustancial, como lo es la falta de título dominical por parte del transmitente». Con razón dice Albaladejo que «con semejante postura habría de desaparecer la usucapión»⁴². Cierto, en línea de principio, que (considerando 4.º), «un contrato inexistente o radicalmente nulo no puede integrar el justo título a que se refiere el artículo 1952 del Código Civil», pero de admitir que lo que hace nulo al título es tal falta de poder de disposición, «nunca cabría –señala Delgado Echeverría– la usucapión ordinaria de inmuebles, pues, o bien el vendedor era dueño y podía transmitir, en cuyo caso sobra la usucapión; o no lo era, en cuyo caso, no siendo nunca –de acuerdo con la opinión que critico– justo el título, faltaría siempre este requisito»⁴³. Tampoco Lacruz comparte la idea del Tribunal Supremo: «si el comprador conoce la falsedad, le falta buena fe, y por esta razón no puede usucapir en diez años; y si no la conociera, podrá adquirir por usucapión ordinaria, pues el título es en sí perfecto, y es la facultad de disponer sobre la cosa la que falta»⁴⁴.

En definitiva, la sentencia de 14 de marzo de 1983 sólo puede merecer críticas, como también las merece la de 4 de enero de 1965 (RAJ 152), que declaró inválida y no constitutiva de justo título para la usucapión a la venta de un bien ganancial hecha por el marido después de disuelta la sociedad y antes de la liquidación. Como dice Luna, «el círculo vicioso que de hecho aquí se plantea no puede ser más chocante: el título, que sin duda es justo para usucapir en el tiempo de la prescripción ordinaria de la propiedad o el derecho real, no lo es porque de verdad sea inválido, sino porque no los transfiere de inmediato»⁴⁵. «Si la venta de cosa ajena fuera nula por sí misma, no tendría sentido el artículo 1953, y no cabe duda de que lo tiene», dice concluyentemente Miquel González⁴⁶. Con refe-

⁴² ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, vol. 1.º, Barcelona, 1989, p. 204. Críticas también en CUENA CASAS, *Función del poder de disposición...*, cit., pp. 365 ss.

⁴³ DELGADO ECHEVERRÍA, en *CCJC*, n.º 2, 1983, p. 471.

⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, cit. t. III, vol. 1.º, p. 212, nota 26. Probablemente el comprador carecía de buena fe (de hecho, la sentencia le recrimina que «con manifiesta negligencia no se cerciorara de la comprobación del derecho de que se disponía en perjuicio de otro»), y por eso no podía usucapir. «Pero confundir la falta de buena fe con la invalidez del título me parece error técnico que merece censura» (DELGADO, cit., p. 471).

⁴⁵ LUNA SERRANO, *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), cit., vol. 2.º, p. 2131.

⁴⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentario a la sentencia de 5 de mayo de 1983», en *CCJC*, 1983, n.º 3, p. 725. «De ser ciertas las afirmaciones que esta sentencia hace acerca del justo

rencia a los efectos puramente obligacionales de la compraventa (únicos, naturalmente, que por sí sola está llamada a provocar), señala la sentencia de 27 de mayo de 1982 (RAJ 2605) que «es indiferente que las cosas vendidas sean o no del vendedor, ya que el ser suya o ajena la cosa vendida no es condición o requisito incorporado al contrato». Una cosa es la venta en cuanto negocio con finalidad traslativa y otra el acto de disposición en bloque. Por sorprendente que sea para un profano en Derecho, claro que la venta de cosa ajena no transmite la propiedad, pero es que *tampoco lo hace la venta de cosa propia*. Una venta, unida a la tradición, logrará tal cometido si el vendedor, ahora *tradens*, es propietario de la cosa. Y si no lo es, no hace más que proporcionar al comprador un título apto para la usucapición ordinaria⁴⁷. En fin, ésta termina logrando lo que no pudo una tradición defectuosa.

Y naturalmente, si la venta de cosa ajena, no ya es que *pueda* servir de título para la usucapición, sino que *tiene* que servir de título (si no se quiere que desaparezca la usucapición ordinaria), tiene que ser todavía más claro que la venta de cosa común sirve, obviamente, como justo título⁴⁸. Resulta insólito que el Tribunal Supremo, al tiempo que da respuestas generalmente favorables a la validez de la venta de cosa ajena⁴⁹, proclame la nulidad radical de la venta de cosa común por comunero aislado, admitiendo como correctas las invocaciones al artículo 397 CC, precepto que reclama el consentimiento de todos los partícipes para los actos de alteración de la cosa común. Así puede verse, además de en la tan criticada sentencia ya comentada de 1983, en la aludida de 1965, o más recientemente, en las de 26 de febrero de 1982 (RAJ 790), 19 de diciembre de 1985 (RAJ 6603), 29 de abril de 1986 (RAJ 2065), 16 de mayo de 1991 (RAJ 3704). Por contra, y muy acertadamente, recuerda la de 31 de enero de 1994 (RAJ 642) que los efectos puramente obligacionales de la compraventa no se ven impedidos por la que celebra el comunero sin el consentimiento de los demás, resultando, por lo mismo, válida la venta en cuanto venta. La misma idea se deduce de la de 12 de mayo de 1994 (RAJ 4093). Si el artículo 397 CC, al referirse a las alteraciones sobre la cosa común, va referido también a las enajenaciones (sobre lo cual habría, ciertamente, que reflexionar

título para la usucapición, habría que concluir que la usucapición ordinaria es una institución inaplicable» (p. 727). No menos interesante es el comentario que GORDILLO CAÑAS hace de la misma sentencia en «Compra de cosa ajena cuyo precio no llegó a pagar el vendedor *non dominus. Traditio sine causa. ¿Adquisición de buena fe?*», en *ADC*, 1984, pp. 564 ss.

⁴⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, vol. 2.º, Madrid, 1985, p. 396.

⁴⁸ MIQUEL, *op. ult. cit.*, p. 727.

⁴⁹ Por todas, véase últimamente la sentencia de 14 de abril de 2000 (El Derecho, 10006).

bastante⁵⁰), hay que partir de la premisa de que, en Derecho español, como *vender no es enajenar*, naturalmente que no vale el acto dispositivo no unánime, pero no porque uno no pueda *vender* lo que no tiene, sino porque no puede *dar* lo que no tiene. ¿Cómo se puede admitir a un mismo tiempo la validez de la venta de cosa ajena y la nulidad de la venta de cosa sólo parcialmente ajena? Hábese si se quiere de nulidad *en sentido improPIO*, como inoponibilidad o irrelevancia del acto respecto del resto de los comuneros; dígase que, como *nadie da lo que no tiene*, «no vale» la atribución patrimonial, pero no se cometa el equívoco de llevar tal nulidad al terreno obligacional: la venta vale como venta, y lo que la tradición no consigue lo conseguirá, en su caso y precisamente, la usucapión ordinaria, basada por principio en tal venta válida.

Nada hay que objetar, en cambio, respecto de aquellos casos en que corresponda declarar nula, no ya la disposición (esa siempre es nula), sino la propia venta de cosa común, pero por razón bien distinta: el comunero que vende se atribuye la representación del resto. En efecto, pues, como dice Miquel González, «quien sea parte en un contrato es una cuestión que depende de quien aparezca prestando el consentimiento o en cuyo nombre se preste»⁵¹. En este caso la situación cambia, pues los comuneros que no prestan su consentimiento *son partes del contrato*, luego éste deviene nulo por falta de consentimiento (arts. 1259 y 1261-1.^º)⁵². Sólo la convalidación de lo hecho por el

⁵⁰ No es éste, desde luego, el lugar oportuno para deducir el alcance del artículo 397 CC. MIQUEL GONZÁLEZ aboga por la inaplicación del precepto a los contratos celebrados por el comunero que no contaba con el consentimiento de los demás, pues una declaración de nulidad del contrato viene con frecuencia a proteger, precisamente, al comunero contratante, y siempre a desproteger al adquirente, que, según ello, no podrá alegar justo título para la usucapión. Por ello, y por su propio tenor literal, entiende que la regulación de tales actos se encuentra en realidad en el artículo 399, con lo que resulta: la eficacia obligatoria y dispositiva por la parte del que dispuso, la posibilidad de usucapir y la posibilidad de convalidación de la disposición de toda la cosa si se adjudica al vendedor en la división. *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 424, y en el «Comentario» de CCJC citado en la nota 45, p. 728.

⁵¹ MIQUEL, *Comentarios al Código...*, cit., p. 397.

⁵² No es éste el lugar oportuno para tratar de las distintas teorías acerca de la sanción que merece el negocio celebrado por el *falsus procurator*. Una buena síntesis se halla en SERNA MEROÑO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1.^º-A, pp. 521 ss. Creo que, aun admitiendo las tesis modernas del negocio incompleto o imperfecto, basadas en lo mal que se aviene la consideración de un contrato que, siendo nulo, permita sin embargo que la posterior ratificación lo convierta en válido y eficaz desde el principio (idea ya mantenida inicialmente por la conocida sentencia de 7 de julio de 1944 (RAJ 908), todo ello no riñe con el hecho incontrovertible de que, mientras la ratificación no tenga lugar, en el contrato falta el consentimiento (últimamente, sentencia de 1 de octubre de 1990, RAJ 7463), lo que hace de él, a los efectos prácticos (art. 33 LH y 1953 CC), nulo de pleno derecho. Son importantes los trabajos de RIVERO HERNÁNDEZ, «La voluntad negocial y la representación (Ensayo sobre la participación del representante y representado en el negocio representativo)», en *Homenaje a Roca Sastre*, vol. II, Madrid, 1976, pp. 229 ss. En el mismo año publicó «Naturaleza y situación del contrato del falsus procurator», en *ADC*, pp. 1047 ss.

falsus procurator dejaría las cosas en su sitio. El comprador no sería tercero sino *parte* del contrato nulo, y, no valiendo la eventual inscripción registral para purificar su situación, sólo le quedaría el *consuelo* de la usucapión extraordinaria (nunca, por supuesto, la breve, al faltar el justo título). Todo lo cual es muy distinto de la situación habitual de la venta de cosa común por el comunero aislado *que aparece como único contratante* y que, por principio, la legitimación que necesitaría para *disponer* no la necesita para *contratar*.

Quede claro, pues, para lo que haya de venir después, con qué presupuesto fáctico partimos en sede de usucapión ordinaria. Se trata de actos dispositivos cuyas irregularidades radican única y exclusivamente en lo que hace referencia al poder de disposición: cosas ajenas y cosas parcialmente ajenas. A ello vendrán a añadirse los casos de cosas propias pero respecto de las cuales tiene su titular «recortado» el poder de disposición merced a una prohibición de disponer, una sustitución fideicomisaria, etc.

Por no dispersar el discurso, no trato todavía de los actos celebrados por un cónyuge sin el consentimiento del otro, cuando éste fuese preciso, aunque adelanto que el tratamiento va a terminar siendo semejante, pues, a pesar del tenor literal de los preceptos del Código Civil, no creo que encaje en el sistema general de transmisión derivativa de los derechos reales la idea de la nulidad/anulabilidad de los *contratos* (de propósito traslativo), sino la de las *disposiciones*, lo que, desde luego, no es lo mismo (*infra*, 4.2.3). El cónyuge cuyo consentimiento se omitió no impugna el *contrato*, sino que ataca la *disposición en bloque* (otra cosa es que el supuesto tenga un plazo diferente: cuatro años, art. 1301 CC), lo mismo que lo hace el comunero que no consintió o el dueño cuya cosa fue vendida por el no dueño. *Lo que no tiene ni pies ni cabeza es que la venta de cosa ajena sea válida, la de cosa parcialmente ajena (en comunidad romana) sea nula, y la venta celebrada por un cónyuge sin contar con el otro sea anulable.*

Distinta concepción de la usucapión ha mantenido entre nosotros Espín Cánovas, que examina los Derechos francés e italiano en la línea expuesta para deducir que el sistema español es, precisamente, el contrario. Para él, la usucapión en el Código Civil español no sólo sirve para salvar la falta de titularidad o de poder de disposición. Según eso, el título impugnable, por ejemplo, por falta de capacidad del transferente o por otros defectos del negocio que no lo hagan radicalmente nulo, puede quedar subsanado por la usucapión aunque la cosa transmitida sea propiedad del transferente⁵³. Ciento es para este autor que

⁵³ ESPÍN CÁNOVAS, «Función del justo título en la adquisición de derecho por usucapión», *RDP*, 1968, p. 839. Dice textualmente en otro trabajo que «mientras en el Derecho francés, la buena fe del poseedor se refiere, según la doctrina, solamente a la adquisición

las definiciones que de la buena fe ofrece el Código Civil en los artículos 433 y 1950 parecen ir referidas, en el primero de ellos, a la ignorancia de defectos en la transmisión del tipo que sean, mientras que en el segundo se trata de defectos en el modo (falta de titularidad o de facultad de disposición). Pero entiende, contra tantísimas opiniones, que si el artículo 1951 exige para la buena fe en la usucapión las mismas condiciones requeridas en los artículos 433 a 436, es porque hay que reputar poseedor de buena fe a quien no sólo confía en la titularidad del transmitente, sino además en la inexistencia de vicios invalidatorios del contrato.

Y como la retroacción de los efectos de la nulidad trae consigo la necesidad de restituirse los contratantes aquello que fue objeto del contrato, la usucapión que el *accipiens* haya logrado gracias a su exitosa oposición frente a la reivindicatoria, será una usucapión que al final a quien verdaderamente va a beneficiar es al *tradens* que intente la acción de anulabilidad dentro de plazo: el poseedor, amparado en título anulable no anulado, usucape frente al *verus dominus*, pero si luego el que sufrió el vicio del consentimiento o el incapacitado ejercitan la acción impugnatoria a tiempo, el *accipiens* habrá usucapido «para otro». La cosa ha dejado de pertenecer al hasta ahora *verus dominus*, pero el beneficio definitivo será para el *tradens* que después impugne o, si tal impugnación no tiene lugar, para el propio *accipiens* que la opuso⁵⁴. Obsérvese, pues, una vez más, el juego absolutamente independiente con el que funcionan las acciones de impugnatorias en relación con el que cumple el instituto de la usucapión ordinaria.

Con estas consideraciones previas que intentan situar el problema en su sitio, entiendo que queda claro que las tensiones entre la prescripción (o caducidad, en su caso) de este tipo de acciones propias de

del transferente, respecto a cuya titularidad es preciso que el prescribiente tenga una opinión segura sobre su carácter de verdadero dueño, en cambio según el criterio de nuestro Código la buena fe del poseedor deberá tener igual convencimiento cierto de que adquiere del *verus dominus* (art. 1950), pero además, por aplicación del artículo 433 (art. 1951), deberá tener igual creencia en que la propia adquisición es regular por no existir vicios en el título adquisitivo. Resulta así más exigente la buena fe que debe tener el que se ampara en la usucapión abreviada en nuestro Derecho que en otros ordenamientos (...). Y, tras afirmar que en Derecho español tiene la usucapión abreviada un menor campo de aplicación y una función de seguridad y certidumbre de las relaciones jurídicas más reducida que en los Códigos francés e italiano, indica que, de todas las remisiones que efectúa el artículo 1951, es precisamente el artículo 433 el único que está bien remitido. *El justo título y la buena fe...*, cit., p. 179. Se contienen citas de MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA y ALAS, DE BUEN y RAMOS, y concluye el trabajo con una serie de observaciones críticas «que permitieran una mejor regulación de la materia en nuestro Código», y no niega que la buena fe del poseedor podría también enunciarse en un sentido desligado de la referencia al artículo 433 (p. 180).

⁵⁴ MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, p. 144. Este autor distingue según el *tradens* fuese o no poseedor *ad usucaptionem* de la cosa transmitida por medio de contrato anulable, pero en realidad la solución es exactamente la misma.

la Teoría General del Contrato y el instituto de la usucapión, tienen un ámbito mucho más reducido que las que se dan, siempre de modo frontal y siempre entre sólo dos *protagonistas*, en el juego de las acciones reales, en las que la simetría, lógicamente, es total⁵⁵.

3. EL REQUISITO DE LA VERDAD DEL TÍTULO

Como dice Miquel González, en la usucapión, «*justo* no significa, como equivocadamente pudiera creerse, *conforme con la justicia*, sino adecuado según su tipo para transmitir la propiedad o derecho real de que se trate», o lo que es lo mismo, «adecuado o bastante para transferir»⁵⁶. Por eso no lo son títulos de posesión como el que es fruto del arrendamiento, del comodato o del depósito. Ni tampoco –añado yo–, el del aparcero, el del mandatario, el del concesionario que satisface un canon, el título del que ya enajenó pero sigue poseyendo merced a un *constitutum possessorium* o, en general, el título del servidor de la posesión. Pueden existir dudas en torno a si la transacción o la división de la cosa común constituyen justos títulos. Y parece que si las cosas sobre las que se transige o que se dividen y adjudican son las cosas sobre las que precisamente recae el problema de la usucapión (así, se da cosa ajena para poner término a un litigio o se adjudica algo que no pertenece a la comunidad, y después viene a reivindicarlas el dueño), el justo título habrá de evaluarse en el momento de la posesión inicial de la cosa sobre la que se transigió o en el momento en que la comunidad nació, de tal modo que el adjudicatario podrá sumar el tiempo de posesión anterior a la adjudicación para completar el plazo de la usucapión ordinaria.

Pero además, «*El título para la prescripción ha de ser verdadero y válido*», dice contundentemente el artículo 1953 CC. O, como dice, comentando el precepto, Luna Serrano, no puede tratarse de un título putativo que sólo existe en la imaginación del poseedor (*infra*, 3.1) o de uno viciado de nulidad radical (*infra*, 4.1). Se trata de condiciones conceptualmente distintas, pero podrá haber casos en que en un mismo título falte la verdad y la validez. Será el supuesto del título simulado (*infra*, 3.3).

Y que el título sea verdadero no sólo debería querer decir que no se lo puede inventar el poseedor, sino que tampoco se lo puede inventar el juez. Pero no es eso lo que dice la sentencia de 30 de

⁵⁵ Sobre la prescripción y la usucapión en sede de acciones reales, véase mi *Tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, cit., pp. 37 a 110.

⁵⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, voz «*Justo título*», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (ed. Civitas), Madrid, 1995, p. 3904.

octubre de 1998 (*supra*, 1.1), en la que, como pudimos ver, se quiere hacer creer que la sola posesión en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida, *es* el justo título.

3.1 El título putativo

La lacónica exigencia del artículo 1953 CC nos ha de servir para desplegar una rica casuística de problemas. Indica Albaladejo que tal vez no hiciese falta que la ley diga expresamente que el título ha de existir realmente y valer, pues «ambos extremos van implícitos en la simple exigencia de que haya un justo título»⁵⁷.

Pero lo que abunda no sobra. Para empezar, el precepto deja claro que el título alegado como justo para la usucapión ordinaria no puede ser un título que sólo exista en la mente o en la imaginación del poseedor, como tampoco el nulo. Se encuentra, en efecto, absolutamente superada la polémica acerca del llamado título putativo, inadmisible para la usucapión en el Derecho vigente⁵⁸ desde el momento en que se exige que el justo título ha de ser verdadero. Así, y por mucho que pueda haber error excusable, no es título verdadero el testamento revocado por otro posterior cuyo otorgamiento se desconoce⁵⁹. «Lo mismo –indica Hernández Gil–

⁵⁷ ALBALADEJO, *cit.*, t. III, vol. 1.^º, p. 204.

⁵⁸ Así, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *cit.*, t. III, Madrid, 1995, p. 736. GÓMEZ-ACEBO, «La buena y la mala fe en el Código Civil», *RDP*, 1952, p. 206. En Italia, GENTILE, «Il possesso», en la colección *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, dir. por Bigiavì, Torino, 1965, p. 386. Para él, si fuese excusable la simple opinión de la existencia del título, ello sería tanto como identificar el título con la buena fe. Véase también MONTEL, «Il possesso», en el *Trattato di Diritto civile italiano* de Vasalli, vol. 5.^º, t. 4.^º, Torino, 1962, pp. 210 ss. Sobre las dudas suscitadas en el Derecho romano acerca de la validez del título putativo puede consultarse la breve síntesis de ALAS, DE BUEN y RAMOS, *De la usucapión*, *cit.*, pp. 204 ss. Efectivamente, las interpolaciones efectuadas en el Digesto demuestran que habría que distinguir las distintas épocas. Parece partidario de admitir el título putativo POMPONIO (D. 41, 10, 4, 2: «lo que el heredero ha entregado equivocadamente sin haber sido legado, se admite que puede usucapirlo el legatario, que lo posee como propio»), así como AFRICANO (41, 4, 11: «lo que se dice corrientemente de que no puede usucapir como comprador quien piensa que ha comprado algo pero no lo ha comprado, dice Juliano que es cierto en el sentido de que el comprador no tenga justificación de su error, pues si acaso el esclavo o el procurador al que el interesado había mandado que comprase una cosa, le hubiera convencido de que él ya la había comprado y se la hubiera entregado, es más probable que se dé la usucapión»). Ambos, a diferencia de lo que opinaba PAULO (41, 6, 1: «puede usucapir como donado aquel a quien se ha entregado algo a causa de donación, y no basta que se lo crea, sino que debe haberse donado»), PAPINIANO (41, 8, 3: [no podrá usucapirla...] «si alguien creyera haber comprado lo que no había comprado») y UPLIANO (41, 9, 1, 4: «si creía estar casado el hombre, no estandolo, no puede usucapir, pues no hay dote»). Un estudio que explica las contradicciones es el de MAYER y MALY, *Das putativititelproblem bei der usucapio*, Graz-Köln, 1962.

⁵⁹ Es el ejemplo sugerido por LACRUZ, *Elementos*, *cit.*, t. III, vol. 1.^º, p. 210, y por LUNA, *Comentario*, *cit.*, p. 2129. ALBALADEJO tampoco considera al testamento revocado justo título

en caso de que el poseedor creyese equivocadamente en el arrendamiento, depósito o mandato como títulos idóneos, o en la subsistencia de un título que, habiendo existido, ha dejado de existir por la resolución o revocación de los derechos a que hubiese dado lugar⁶⁰.

Es también, según creo, una situación de título putativo, y como tal, inhábil para la usucapión, la que tiene quien ha comprado una determinada finca, pero a quien se le entregó otra diferente, produciéndose una aprehensión equivocada por tradición de cosa distinta de la vendida. Lo mismo si se ha comprado la cuota de una comunidad romana y el comprador posee la cosa entera, o, en general, cada vez que alguien cree erróneamente haber comprado o heredado, o que ha sido favorecido por una donación que no fue hecha en su beneficio. Tampoco hay justo título en el heredero aparente que posee los bienes de la herencia sin saber que hay un hijo extramatrimonial cuya sola existencia le posterga en la sucesión (y diga lo que diga en contra la sentencia de 22 de febrero de 2000, *vid. supra*, 1.4, e *infra*, 3.2).

No ofrece el título putativo entidad litigiosa autónoma, pues al no existir más acción para su impugnación que la propia de cada caso, habrá que estar a la situación concreta. Así, si se trata de un testamento revocado, los eventuales problemas de correlación vendrán cuando los verdaderos herederos reivindiquen. Y lo mismo cuando alguien venga a reivindicar lo que alega como suyo y es poseído por otro en virtud de un contrato con causa putativa, y como tal, radicalmente nulo. Si en cambio el error del heredero está en la ignorancia de un vicio capaz de anular ese testamento por el que él entendía haber heredado, el problema se traslada a la determinación qué plazo ha de ser el aplicable a las acciones impugnatorias de los testamentos, y a partir de ahí reconducir el problema a su lugar oportuno.

Aunque la ley solamente se refiera a la nulidad del testamento (así, en el artículo 673 para los casos de violencia, dolo o fraude, o en los artículos 687, 705 y 715 para la falta de formalidades legales), no debe deducirse sin más que en materia testamentaria estamos siempre ante la máxima sanción⁶¹. Tampoco en sede de contratos se maneja jamás en el Código, *expresis verbis*, la noción de anulabilidad, y no por ello dejan de distinguirse las dos modalidades de invalidez. Cree Albaladejo que son nulos: el testamento del incapaz (arts. 663 y 688), el otor-

para la usucapión, pero no porque lo califique como putativo, sino porque le otorga la condición de título inválido. *Derecho civil*, cit., t. III, vol. 1.º, p. 205. También en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXV, vol. 1.º, Madrid, 1993, p. 323.

⁶⁰ HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, Madrid, 1980, p. 522.

⁶¹ Así, ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, t. V, Barcelona, 1991, p. 367.

gado por medio de comisario o mandatario (art. 670), el mancomunado (art. 669), el testamento al que le faltan los requisitos de forma (arts. 687, 705 y 715) y el que se otorga desconociendo qué es el testamento (caso encajable en el art. 673). Reserva en cambio la sanción de anulabilidad para los testamentos otorgados por vicio de la voluntad (encajable igualmente en el art. 673). Entiende imprescriptible la acción para impugnar el testamento radicalmente nulo, y cree aplicable al testamento anulable el plazo de quince años⁶², sin duda argumentando sobre la base de que la acción es de naturaleza personal, como hicieron las sentencias de 29 de octubre de 1926 (Col. Leg. núm. 74) y 30 de junio de 1928 (Col. Leg. núm. 81)⁶³.

La cuestión es ciertamente opinable. Lacruz se muestra partidario de distinguir tres grados de invalidez, a semejanza de lo que sucede en materia de contratos, y siempre desde la consideración de que hay unos defectos que merecen un tratamiento más severo que otros. Según esto, existiría⁶⁴:

a) *La nulidad insubsanable*, próxima a la inexistencia, y que sería la sanción propia de los casos de ausencia de la forma fundamental (así, un ológrafo escrito a máquina), o cuando se infringe la prohibición de testar a través de mandatario o se hace mancomunadamente. La acción es imprescriptible, con independencia de que pueda ser inútil su ejercicio si los interesados hacen valer la usucapión.

b) *La nulidad por vicios de forma* de menor importancia, de los que hacen que el testamento no sea simple apariencia (éste existe, pues se trata de infracción de solemnidades que no destruye la forma esencial del testamento), y ante los cuales no puede haber confirmación del negocio, pero sí prescripción de la acción (quince años). Tal vez –dice– convenga incluir aquí los casos de ilicitud del motivo que no caigan en el campo del artículo 792 (institución condicional imposible, ilícita o inmoral).

c) *La anulabilidad*, para los supuestos de vicios materiales o defecto no sustancial de capacidad del otorgante, y que, en consonancia con el régimen de impugnabilidad de los contratos, permite que el testamento despliegue sus efectos mientras no sea impugnado en el plazo de cuatro años⁶⁵.

⁶² *Ibidem*, p. 368. De la misma opinión, ESPÍN CÁNOVAS, *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991, p. 1694, y RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones, común y foral*, t. I, Madrid, 1989, p. 361.

⁶³ Sentencias éstas que califica ESPÍN, en apoyo de su tesis, como «recientes». Además, lo cierto es que la de 1928 apenas sí toca la cuestión. Con anterioridad, la acción impugnatoria fue considerada como acción mixta en las sentencias de 20 de febrero de 1893 (Col. Leg. n.º 68) y 11 de mayo de 1898 (Col. Leg. n.º 54).

⁶⁴ LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho civil*, t. V, Barcelona, 1988, pp. 305, 306 y 308. Era ésta la opinión de DÍAZ COBEÑA, *Dictámenes*, Madrid, 1919, p. 154.

⁶⁵ Prefieren el plazo de quince años también para estos casos OSSORIO, *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, p. 474, y CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, t. VI, vol. 2.º, Madrid, 1979, p. 455. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN parecen preferir el sistema de la imprescriptibilidad para los casos de defectos esenciales y el plazo de quince años para los restantes, aunque reconocen que la distinción «llevaría a una inseguridad manifiesta por su casuismo». *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Madrid, 1989, p. 448.

A juicio de Lacruz, la solución de los quince años para los casos *b*) y *c*) resulta acaso simplista, tanto si se tiene en cuenta la analogía existente entre el contrato y el testamento (que debería llevar a la aplicación del art. 1301 CC), como si se comprueba la endeblez de algunos prejuicios, tales como el pretendido mayor respeto que se debe a los intereses del contratante a título oneroso (porque también el art. 1301 se aplica a los gratuitos) o la aparente mayor facilidad que tiene el contratante para conocer los vicios materiales del título (pues en materia testamentaria tal facilidad la tuvo también el propio testador). Por otra parte, el artículo 762 prevé un plazo de caducidad⁶⁶ de cinco años para instar la declaración de incapacidad del instituido o de su indignidad para suceder. Puede entonces darse la paradoja de que la acción para declarar la indignidad⁶⁷ de quien mediante dolo o intimidación obliga al causante a hacer testamento expire a los cinco años, y en cambio los instituidos en el testamento viciado tengan sobre sí la amenaza de la impugnación durante quince⁶⁸, salvo, naturalmente, que antes hayan consumado la usucapión de los bienes.

El profesor Capilla Roncero ha puesto de manifiesto en un magnífico trabajo⁶⁹ una serie de datos que han de resultar decisivos para cualquier consideración acerca de las acciones de impugnación de los testamentos. Para empezar, entiende que la anulabilidad no es instituto que quepa en materia testamentaria, pues bien sea porque la facultad de impugnación la tienen una amplia gama de sujetos (tantos como posibles afectados: los instituidos en el testamento objeto de impugnación, los beneficiarios del testamento que resulte vigente si triunfa la impugnación, etc.), bien porque no cabe en el testamento hablar de convalidación, sino de renuncia a la acción o pérdida de la misma por actos propios, el caso es que hay poderosas razones para que la nulidad relativa

⁶⁶ Efectivamente, la idea de la naturaleza preclusiva del plazo es pacífica en la doctrina. Por todos, ARECHEDERRA, «Capacidad para suceder y Constitución», *ADC*, 1984, p. 666. VALLET DE GOYTISOLO, *Las legítimas*, Madrid, 1974, p. 793. Lo que parece dejar claro el precepto es que el plazo corre desde la toma de posesión de los bienes por parte del indigno o del incapaz, pero es sin duda más lógica la idea de que la acción se puede ejercitar desde la muerte del causante hasta la toma de posesión, y cinco años más, y sin que se deba tener en cuenta a estos efectos la *possessio civilissima*. Así, DÍAZ ALABART, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 1.º, Madrid, 1987, pp. 294 y 295, y últimamente en *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. I, *cit.*, p. 1872. También LACRUZ-SANCHO (p. 84): el precepto está pensando en el incapaz que ya ha tomado posesión de los bienes (*cfr.* art. 760), pero no excluye que la acción pueda proponerse una vez deferida la herencia, sin necesidad de que acepte.

⁶⁷ Sobre si el precepto es aplicable sólo a los casos de indignidad o también a las llamadas incapacidades relativas, DÍAZ ALABART, *cit.*, pp. 300 ss.

⁶⁸ LACRUZ-SANCHO, *Elementos*, t. V, *cit.*, p. 308. De hecho, en la edición de 1976 de su *Derecho de sucesiones* se defendía de manera decidida (p. 535) la mayor proximidad con el artículo 762 que con el genérico 1964, que habla «con peligrosa generalidad, de *acciones que no tienen señalado plazo especial*», pero que por lo mismo no obliga a entender que tales plazos especiales deban estar necesariamente señalados de modo expreso para que no se deba entonces aplicar el de quince años. Este es supletorio, y cabe que por medio del expediente de la analogía *legis* o de la analogía *iuris* (y no por medio de un precepto especial) se evite la aplicación del régimen común.

⁶⁹ CAPILLA RONCERO, «Nulidad e impugnabilidad del testamento», en *ADC*, 1987, pp. 3 ss.

no tenga nada que decir en este ámbito. Además, ¿desde cuándo comenzaría a contar el plazo de cuatro años? ¿Desde que se produjo la violencia o intimidación (pudiendo ocurrir que la acción haya expirado antes de que lo hiciera el causante)? ¿Desde que se tuvo conocimiento de la violencia (con lo que la acción puede estar viva para unos y extinguida para otros)?⁷⁰

De las tesis de Albadalejo o Lacruz, advierte Capilla que «da la sensación de que la distinción se intenta fundamentar, no en razones desarrolladas, valoradas y sometidas a posible contradicción, sino en motivos que descansan en la intuición o en la pretendida evidencia de la disparidad de situaciones». Pero si se tiene en cuenta que cada autor, como arriba vimos, acaba identificando diferentes supuestos como causas de anulabilidad, el planteamiento comporta «que la calificación de la ineficacia de los testamentos como nulidad o anulabilidad acaba constituyendo un apriorismo, del que se extraen importantísimas consecuencias prácticas, sin base legal suficiente para ello», y entre ellas, el plazo aplicable⁷¹.

Creo, con este autor, que pesan mucho los inconvenientes que presenta el traslado a la sede de la ineficacia del testamento del régimen contractual de las nulidades. La diferencia entre el tratamiento que los vicios del consentimiento recibe en sede de contratos y el que ha de recibir en materia testamentaria «se justifica –indica Roca Sastre– por la inadecuación de la impugnabilidad al testamento. La impugnabilidad es una facultad de quien es parte del negocio viciado y en cuanto víctima del vicio, titular de unos efectos que pueden ser no queridos (art. 1302); como derecho, queda sometida al arbitrio de la parte perjudicada. Por tanto, a través del mecanismo impugnación-confirmación (art. 1310) dicha parte puede tomar *a posteriori* la decisión que más le convenga sobre la subsistencia del negocio. Este mecanismo es intransferible al testamento, en el que no coinciden parte negocial y titularidad de los efectos»⁷². Sin embargo, sí hay una idea común a ambos regímenes: si se trata de una acción de nulidad, su naturaleza es declarativa (tanto como vimos lo era en materia de contratos), y como tal, imprescriptible. Pero pudiera ocurrir que el interés en impugnar haya decaído porque los bienes hayan sido usucapidos por el demandado o porque hayan prescrito las acciones materiales de condena (aunque no haya mediado usucapión). Lo mismo que sucede en la nulidad de los contratos, la posibilidad de actuar no está sujeta a plazo alguno para su ejercicio, pero ello no significa que pasado un siglo desde la realiza-

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 34 ss. Sigue aquí CAPILLA a DE CASTRO (*vid.* sobre todo notas 94 y 99), pero desvinculando la conclusión del dato manejado por éste de que el testamento otorgado con vicios del consentimiento no fue verdaderamente querido por el testador (nota 100, *in fine*), pues no ocurre así en los supuestos de defecto no sustancial de capacidad en el otorgante.

⁷¹ CAPILLA, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

⁷² «En materia sucesoria –concluye– habrá que distinguir lo referente al título sucesorio (de heredero o legatario) que sí es impugnable (por indignidad del art. 762) y lo referente a su fundamento testamentario, consistente en una declaración de voluntad del causante, a la que el artículo 762 no puede aplicarse». ROCA SASTRE, en KIPP, *Tratado de Derecho civil*, t. V, vol. 1.º, Barcelona, 1976, pp. 274 y 275.

ción del acto nulo siga inalterado el interés en accionar. Ello puede no ser así, bien porque los afectados por la impugnación hayan poseído los bienes de la herencia en concepto de dueño y de forma pública, pacífica e ininterrumpida durante el tiempo de la usucapión *extraordinaria*⁷³, o bien porque la pretensión restitutoria haya prescrito ya⁷⁴.

Claro, que el problema es entonces saber qué plazo de prescripción tiene asignada tal pretensión restitutoria. Podrá tratarse de una auténtica reivindicación, con lo que volvería a reproducirse aquí la polémica que extensamente traté en otro lugar de la prescripción o no prescripción autónoma de la acción reivindicatoria⁷⁵; pero como la principal acción material que en materia de nulidad testamentaria, se esconde detrás de la acción declarativa es la acción de petición de herencia, el problema es aquí más grave que en materia de contratos. Si el esfuerzo en defender la imprescriptibilidad de la acción de nulidad o de anulabilidad del contrato puede ser estéril si el demandado opone el transcurso de los plazos de las acciones restitutorias, sucede que al menos sabemos cuáles son éstos: quince años para la nulidad y cuatro para la anulabilidad. En cambio, está aún por ver la unanimidad doctrinal a la hora de saber la duración del plazo de la acción de petición de herencia. Parece que si se opta por que el plazo sea el de treinta años es más bien por consideraciones de comodidad que por conclusiones que no admitan réplica⁷⁶.

Naturalmente, si se aglutan en la petición de herencia, como hace Lacruz, todas aquellas acciones que tienen por objeto recuperar los bienes de la herencia, articuladas a través del mejor derecho del demandante, es claro que no puede hablarse de un plazo unitario, sino de diversos plazos según los casos: desde los cinco años para declarar la indignidad del artículo 762 CC, hasta los términos de prescripción de las acciones impugnatorias del testamento⁷⁷. Pero obsérvese que el discurso lógico se encuentra vuelto del revés en relación con el que aquí se ha seguido⁷⁸: he partido, con Capilla y Delgado, de que las acciones de invalidez testamentaria no prescriben al ser acciones declarativas; lo que puede prescribir es la pretensión restitutoria que acompañará a la

⁷³ La ordinaria no cabría por mucha buena fe que hubiese, pues faltaría el justo título en todo caso, al haber excluido del ámbito testamentario a la anulabilidad. Además, como se verá, hablar de anulabilidad en sede de usucapión no implica que pueda ésta (en su versión corta u ordinaria) hacerse valer frente a las acciones de anulabilidad. Antes bien, cuando se dice que el título anulable es justo a efectos de usucapión, es para que pueda ser opuesto frente al verdadero dueño, y no frente al disponente en quien concurrió la causa de anulabilidad. *Vid. infra*, 4.2.2.

⁷⁴ CAPILLA, *loc. cit.*, p. 59.

⁷⁵ YZQUIERDO, *Las tensiones entre usucapión...*, *cit.*, pp. 39 y ss. Allí tomé partido por la tesis de ALBALADEJO, según la cual la prescripción de la acción reivindicatoria se produce por el simple transcurso del tiempo, sin necesidad de que exista una usucapión contraria al derecho del reivindicante.

⁷⁶ Así lo traté de hacer ver en *Las tensiones...*, pp. 105 ss.

⁷⁷ LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, *cit.*, t. V, p. 206.

⁷⁸ Sin que ello deje de significar, efectivamente, que la acción para declarar la incapacidad del sucesor dura cinco años, o que también pueda quedar inoperante el plazo, cualquiera que sea éste, de la acción de petición de herencia, si el testamento ológrafo no ha sido protocolizado dentro de los cinco años siguientes a la muerte del causante.

impugnación... y el problema viene ahora al querer averiguar cuál es el plazo de la acción de petición, que será normalmente la pretensión que se encuentre en el fondo de la acción de impugnación del testamento. No convence tampoco a Díez-Picazo el argumento, pues, a su juicio, confunde la prescripción de la acción de petición con la caducidad de las acciones de impugnación del testamento (con lo que, obviamente, tampoco participa este autor de la idea aquí mantenida, desde el instante en que se está hablando de caducidad de la acción de impugnación).

En resumen, puestos a aceptar, como hicimos, que el plazo sea el de treinta años, cabe señalar que las acciones para impugnar el testamento son imprescriptibles, pero su ejercicio vendrá a verse obstaculizado: *a*) si con anterioridad al ejercicio de la acción se han usucapido los concretos bienes; y *b*) si ha prescrito por el transcurso de treinta años la pretensión de restitución implícita en la *petitio hereditatis*.

No añade, pues, el título putativo, más problemas al sistema de los que ya existen en sede de acciones reales o de acciones impugnatorias. Así, un testamento revocado que, a pesar de serlo, generó para el legatario la entrega entrega de la cosa legada que el testador ignoraba no ser suya, quita al legatario el justo título, pues la revocación produjo su inexistencia. Y lo mismo si el testamento es declarado nulo. Con todo, los problemas del título putativo se comprenderán mejor acometiendo directamente el estudio del título hereditario.

3.2 Los títulos «*pro herede*» y «*pro legato*»

La adquisición del usucapiente ha de ser a título particular, no valiendo por ello el título de heredero. En la usucapión ordinaria hay un adquirente que está *desvinculado* del patrimonio del transmitente: un comprador, un permutante o un donatario, por ejemplo. El heredero sustituye al causante en su posición jurídica general, subrogándose en la relación que éste tenía respecto de las cosas transmitidas por herencia⁷⁹.

Tenemos en primer lugar el caso del heredero que sí lo es: éste viene a tomar posesión de las cosas que creía formaban parte del haber hereditario. Las que sí formaban parte de él, las adquiere por la sucesión testada o por la intestada (art. 609, párrafo 2.º CC). Y las que no, podrá usucapirlas si, sumando su tiempo de posesión al de su causante, ha completado el tiempo de la usucapión cuando el que era dueño intente la recuperación (art. 1960, 1.ª CC). ¿Y qué tiempo habrá que completar? Eso ya dependerá de la buena o mala fe del heredero. Lo que el artículo 442 CC dispone, con muy poca

⁷⁹ Así, LACRUZ, *Elementos...*, cit., t. III, vol. 1.º, p. 209.

fortuna, es que se tratará de usucapión extraordinaria u ordinaria según se demuestre o no (respectivamente) que él conocía que la cosa no pertenecía a la herencia. Así, si el causante tenía un estupendo cuadro de Picasso en su casa, que fue comprado a un no dueño, lo de menos es que el causante lo supiera o no: él ha muerto, y con él, su buena o mala fe. Si el heredero sabe que la cosa no pertenecía al difunto, necesitará seis años; si lo ignoraba, sólo tres. Y para completar uno u otro plazo, sumará su tiempo de posesión al tiempo que duró la posesión del causante. Y si éste poseyó lo suficiente, habría usucapido ya él, y entonces la cosa fue transmitida al heredero como perteneciente a la herencia.

No me parece afortunado el ejemplo que utiliza Albaladejo del heredero que toma posesión, como si pertenecieran a la herencia, de cosas ajena que guardaba el difunto en depósito o tenía en préstamo⁸⁰. No, porque si ésa era la situación, la posesión del difunto no era apta para usucapir, pues su posesión derivaba de un título no transmisible de la titularidad dominical. Si el heredero las toma poseyéndolas como propias, comenzará a poseer en concepto de dueño, comenzando entonces a usucapirlas; si las considera propias, tendrá además buena fe, pero no le valdrá de nada: esa posesión en concepto de dueño sigue desprovista de título justo (que ni lo era el depósito o el préstamo ni lo es la herencia), y sólo podrá beneficiarse de la usucapión extraordinaria.

Pero lo que no vale es considerar al título hereditario como título autónomo para comenzar a contar desde la toma de posesión por el heredero. Una cosa es que, si el causante poseía, sin ser dueño, los bienes comprados al *non dominus*, pase a continuar el heredero en el curso de la usucapión (abreviada), y otra bien distinta que consideremos a la sucesión como un título autónomo que se atribuye al sucesor.

Menos todavía vale el caso del heredero aparente, el de ese heredero que comienza a poseer bienes de la herencia creyendo que tiene título de heredero (o aun teniéndolo *de momento*), cuando lo cierto es que el testamento ahora abierto fue revocado por otro que aparece algunos años más tarde. O el de ese otro a quien se instituyó como heredero fideicomisario en el testamento a condición de que el fiduciario muriera sin descendencia y sólo en ese caso. Si toma posesión y el fiduciario dejó hijos, éstos serán los herederos, que podrán ejercitar la acción de petición de herencia sin que el heredero aparente pueda oponer la usucapión ordinaria. Éste solamente podrá hacer uso de la extraordinaria, pues le faltó siempre el justo título, y posiblemente hasta la buena fe. No se trata, pues, del heredero real que cree como parte de la herencia el objeto que no

⁸⁰ ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., p. 315.

formaba parte de la misma porque nunca perteneció al causante, sino el del que toma posesión de los bienes que sí son de una herencia a la que él no estaba llamado. Podrá tener buena o mala fe, pero lo que no tiene nunca es justo título para usucapir ningún bien.

Es esto justo lo que no ha entendido el Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 22 de febrero de 2000. Como hemos visto (*supra*, 1.4), cuando la fideicomisaria tomó posesión de los bienes todavía se había pronunciado la sentencia en la que se reconocía la filiación de la hija del fiduciario, cosa que sucedió después. Una vez ésta ejercitó la acción de petición de herencia, la poseedora alegó la usucapión ordinaria (llevaba poco más de diez años poseyendo), y le dieron la razón Juzgado, Audiencia y Supremo. Otro caso, pues, en el que erraron las instancias y erró también el Supremo.

Más no se piense que la inhabilidad del título *pro herede* es algo predicable en cualquier título por causa de muerte, pues el título *pro legato* puede valer para la usucapión ordinaria. No me refiero al caso en que el causante viniera poseyendo *ad usucaptionem* una cosa propiedad de otro, pues si la viniera a legar, el legatario continuaría por *successio possessionis* la usucapión que aquél comenzó. Tampoco al supuesto de la cosa que el testador poseía en concepto de dueño sabiendo que no lo era: si la lega, el artículo 861 CC dispone que ese legado es válido, quedando el heredero obligado a adquirirla para entregarla al legatario (o su valor, de no ser ello posible). No hay aquí tema de usucapión, pues el derecho del legatario no recae sobre la cosa en cuestión, sino sobre la obligación del heredero de adquirirla (con lo que la cosa dejaría de ser ajena) o sobre su justa estimación, en su caso.

Pero ¿y si el testador ignoraba la ajenidad de la cosa? El problema no se planteará, desde luego, si la cosa se encontraba en poder de su dueño (vgr., el testador creía que heredó de su padre algo que en realidad heredó y posee su hermana), pues entonces ni habrá siquiera entrega de la posesión. Tampoco si el testador adquiere la cosa después de otorgado el testamento, pues entonces, a su muerte, la adquirirá el legatario en virtud de la sucesión testamentaria, y por legado válido (art. 862, párrafo 2.º). Pero si la cosa estaba siendo poseída por el testador y el heredero cumple la manda y hace entrega de la misma al legatario, está claro que éste no adquiere en virtud del legado, y también lo está que sumará su tiempo de posesión al de su causante (art. 1969, regla 1.º), pero esa suma, ¿lo es para completar cuánto tiempo? O lo que es lo mismo, ¿podrá usucapir ordinariamente, sobre la base de un justo título *pro legato*?

El artículo 862, párrafo 1.º, establece para el supuesto de ignorancia por el testador de que la cosa que legaba era ajena una solución tajante: la nulidad del legado. Si ello es así, no hay justo título

por no haber título válido (art. 1953), y el legatario precisará completar los plazos de la usucapación extraordinaria (seis años si es cosa mueble y treinta si es inmueble, artículos 1955, párrafo 2.º, y 1959). Pero prefiero pensar que las cosas no han de suceder de tal modo. No tiene sentido afirmar que la nulidad del legado opera frente al verdadero dueño, pues lo que el artículo 862 pretende es solamente liberar al heredero de la obligación de entrega de una cosa que no pertenece a la herencia, y al mismo tiempo ampararle frente a una demanda de saneamiento por evicción, llegado el caso de que el propietario reivindicara con éxito frente al legatario. Por ello puede el heredero demandar la nulidad del legado, y si consigue la declaración de nulidad, el legatario no podrá oponer la usucapación ordinaria frente a la reivindicatoria del *dominus*. Pero si el heredero no lo intenta o no lo consigue, hay que afirmar el justo título del legatario para la usucapión. El caso –dice Albaladejo– no es «distinto de la venta de cosa que no es del vendedor, que también es ineficaz para transmitírsela al comprador. Y, sin embargo, lo mismo que tal venta es título válido para la usucapión de la cosa no adquirida por quien la compró, el legado es título válido para la usucapión de la cosa no adquirida por aquel a quien se legó»⁸¹. El legatario viene así a adquirir lo mismo que tenía el causante: la posibilidad de usucapir. Y la posibilidad la adquiere con título propio y distinto del que su causante tuviera (si lo tenía)⁸².

3.3 El título simulado

Afecta a la vez al requisito de la verdad y al de la validez el supuesto de la simulación, pero su especial fisonomía recomienda un tratamiento separado de los restantes títulos nulos. Existe absoluta unanimidad en considerar inepto para la usucapión al título simulado, si bien parece claro que puede valer el disimulado cuando en él se reúnen las condiciones exigidas por la ley (art. 1276 CC)⁸³, pero la habitual falta de matizaciones deja con frecuencia oculto entre los autores el problema añadido que se da en la simulación absoluta. Y es que, en efecto, decir que «no es justo título el simulado

⁸¹ ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., p. 318.

⁸² Es más, si el causante no tenía justo título, el que el legatario tenga título justo «*pro legato*» le posibilitará para, añadiendo a su posesión la de su causante, poder completar los plazos abreviados de usucapión (el causante, en la hipótesis, siempre habría necesitado completar los plazos de la usucapión extraordinaria).

⁸³ Así, ALAS, DE BUEN y RAMOS, *De la usucapión*, cit., pp. 203 y 204. HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., p. 522. LACRUZ, *Elementos...*, cit., t. III, vol. 1.º, p. 209. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. III, p. 736. ESPÍN CÁNOVAS, «Función del justo título en la adquisición de derecho por usucapión», *RDP*, 1968, p. 837.

absolutamente pero sí el disimulado u oculto en la simulación relativa» parece llevar directamente a la conclusión de que en la simulación absoluta podrá haber una usucapión extraordinaria si, pretendida la reivindicación por el verdadero dueño, o simplemente la anulación por cualquier interesado, el poseedor demandado alega el transcurso de treinta años (seis en bienes muebles). Es ésta la opinión de Gentile, para quien el falso adquirente ha conseguido la detentación posesoria suficiente para la usucapión larga⁸⁴.

Sin embargo, creo con Lacruz que no sólo en la simulación absoluta falta título⁸⁵, al carecer éste por completo de existencia jurídica, sino que la entrega consecutiva a tal contrato se efectúa sin ánimo de transmitir o adquirir la posesión civil: «el falso *accipiens* carece de *animus domini*, aunque pueda aparentarlo frente a los terceros, y esta carencia *inter partes* me parece suficiente para impedir la usucapión»⁸⁶. Como la verdadera voluntad posesoria es otra, dice Morales Moreno que el *animus* es sólo aparente, tan aparente como el propio negocio, y ello es razón suficiente para negar a la posesión su virtualidad *ad usucaptionem*⁸⁷. La situación del poseedor, sin ser la misma, es equivalente en sus consecuencias de cara a la usucapión a la que se da cuando la adquisición de la posesión viene motivada por un título de naturaleza no traslativa (así, sentencia de 29 de diciembre de 1959, RAJ 1212 del Repertorio de 1960), o cuando las cosas se poseen en virtud de un negocio fiduciario, que nunca puede atribuir una posesión en concepto de dueño (sentencias de 3 de mayo de 1955, RAJ 1561, y dos sentencias de la misma fecha: 10 de noviembre de 1958, RAJ 3087 y 3776), o en virtud de licencia por mera tolerancia del dueño (sentencias de 30 de septiembre de 1964 y 19 de noviembre de 1969, RAJ 4101 y 5311, respect.). Otra cosa será, por supuesto, que el *accipiens* realice un acto de intervención posesoria y comience en algún momento a poseer en concepto de dueño.

Nada hay que objetar en cambio a la habitual consideración del título disimulado como justo. El *accipiens* puede ampararse en él y en la posesión correspondiente para adquirir por usucapión el derecho en cuestión.

¿Qué problemas de correlación entre la usucapión y la prescripción extintiva plantea el título simulado? La acción de simulación,

⁸⁴ GENTILE, *Il possesso*, Torino, 1965, p. 389, aunque reconoce que no es una idea generalmente compartida.

⁸⁵ De esto no cabe duda. Por todas, puede verse la sentencia de 14 de octubre de 1960 (RAJ 3172), que rechaza un título que adolecía de simulación absoluta.

⁸⁶ LACRUZ, *Elementos...*, cit., t. III, vol. 1.º, p. 212, en nota 27.

⁸⁷ MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, pp. 145 y 146. También DE LA CUESTA SÁENZ, *La acción publiciana*, Madrid, 1984, p. 417.

como acción de nulidad, es imprescriptible, tanto si se trata de simulación absoluta como si el caso es de simulación relativa, ya que se trata con la acción hacer patente una realidad: la divergencia entre lo querido y lo declarado y la inexistencia del negocio aparente (sentencia de 23 de mayo de 1956, RAJ 2435). Pero, como podremos ver con más detalle en 4.1, lo que prescriben son las pretensiones de restitución incorporadas a la demanda de nulidad, aparte, naturalmente, de que puedan haberse usucapido las cosas que fueron objeto del contrato simulado (otra cosa es frente a quién se puedan usucapir y frente a quién no). Veamos las distintas hipótesis:

a) *Simulación absoluta.* Ticio, dueño del inmueble, y Cayo celebran un contrato simulado absolutamente. Si se diera el caso de que Ticio desease instar la declaración de nulidad del contrato, Cayo no podría en ningún caso oponer la usucapición, ni tan siquiera la extraordinaria, pues le ha faltado en todo momento posesión en concepto de dueño⁸⁸. Pero como, a pesar de la imprescriptibilidad de la acción, lo que sí prescriben son las pretensiones de restitución (*infra*, 4.1), Cayo podrá oponer el transcurso de la prescripción extintiva si la acción de nulidad se ejercita habiendo pasado ya quince años (prescripción general de las acciones personales, art. 1964). Y en todo caso, si Ticio, mal asesorado, ha preferido optar por la reivindicatoria (ya que en ningún caso ha dejado de ser dueño, por más que la posesión pueda estar físicamente en manos de Cayo), no olvidemos que ésta prescribe a los treinta años (seis para la reivindicatoria mobiliaria)⁸⁹. Estaremos entonces en una situación semejante a la que se da cuando una acción reivindicatoria está prescrita pero el demandado no ha usucapido la cosa: posibilidad negada rotundamente por Díez-Picazo y admitida por Albaladejo⁹⁰.

⁸⁸ Dice ESPÍN que además, falta buena fe (*Función del justo título...*, cit., p. 837), pero lo dice desde su posición de concebir la usucapición como vehículo que purga tanto los vicios del modo (falta de titularidad del transmisor) como los del propio título. No comparto la idea por lo ya apuntado: la buena fe en la usucapición va referida a la creencia en la titularidad y poder de disposición del *tradens*.

⁸⁹ Y no se diga que, como para reivindicar es preciso instar la anulación del título del poseedor, el plazo prescriptivo de la pretensión es el de quince años, pues si lo que se ejerce es la reivindicatoria, el plazo de ejercicio es el propio de las acciones reales. Instar la declaración de nulidad del título en la reivindicatoria es no más que una herramienta al servicio de la acción principal, y no desvirtúa para nada la naturaleza de la acción ejercitada.

⁹⁰ Me remito a lo que traté en *Las tensiones entre usucapición...*, cit., pp. 39 ss., y a los trabajos allí citados de uno y otro autor. En síntesis, la tesis de DÍEZ-PICAZO consiste en entender que mientras no exista una posesión contraria al dominio, esto es, una posesión en concepto de dueño, no nace la acción reivindicatoria: el propietario tiene acción mientras sea propietario, y deja de tenerla cuando pierda la propiedad por la usucapición de la cosa que otro consuma. Si el poseedor no posee en concepto de dueño, no sólo no está usuca-

b) ¿Y si la cosa entregada bajo contrato simulado absolutamente no pertenecía a Ticio? Pienso que nada cambia. A pesar de ser la acción de nulidad de naturaleza personal, no cabe duda de que, aun no siendo uno de los contratantes el que la intente, cabrá oponer la prescripción de la acción de restitución de aquello que se entregó en cumplimiento del contrato nulo. Entiendo que así es, pues si en la nulidad la legitimación activa la tiene cualquier persona interesada, y si para que se encuentre correctamente formada la relación jurídico-procesal es necesario que la acción se ejerza contra todos los intervenientes en el contrato, sería absurdo pretender que la excepción de prescripción solamente pudiera ser oponible *inter partes*. Por lo tanto, cuando Sempronio, *verus dominus*, ejerza la acción de nulidad o la reivindicatoria, Cayo no podrá alegar la usucapión (ni siquiera la extraordinaria, por la falta de posesión *ad usucaptionem*) pero sí la prescripción por quince años de la pretensión de restitución, y en su caso, la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria.

c) *Simulación relativa*. Si la simulación sólo fuese relativa, a Cayo no le hace falta para nada la usucapión (recuérdese que en esta hipótesis de trabajo la cosa pertenecía realmente al *tradens*). Simplemente alegará la verdadera causa del contrato disimulado para que éste aflore. Problema distinto, naturalmente, es el de decidir si realmente el contrato disimulado reunía las condiciones legales para su validez (art. 1976). De no ser así, el problema es el mismo que trataremos al examinar los problemas de correlación en los títulos nulos.

Un caso concreto y frecuente es el de la donación de inmuebles camuflada por medio de una compraventa celebrada en escritura pública. Ya que el artículo 633 CC exige como requisito *ad sustitutam* el otorgamiento de la donación en escritura pública, ¿cabe dar la exigencia por cumplida cuando la disimulación de la donación a través de compraventa tiene lugar por medio de escritura pública? ⁹¹ Dice Poveda Díaz que desde un punto de vista teórico la solución es clara: «si es la donación lo que debe recogerse en escritura pública y es la causa el elemento que diferencia la compraventa de la donación, no parece caber duda de que, al no recoger la causa la escritura, no recoge la donación y, en consecuencia, tal donación no se ha hecho

piendo, sino que tampoco ha nacido la acción reivindicatoria. Para ALBALADEJO, la repulsa de la acción reivindicatoria nace cuando existe cualquier posesión, apta o no para usucapir, lo que provoca que el comienzo del cómputo de la acción y el de la usucapión no coincidan. La situación es, desde luego, poco gratificante: no es que la cosa devenga *nullius*, sino que su propietario sigue siéndolo, pero sin poder imponer al poseedor el respeto de su dominio, pues ha prescrito la acción reivindicatoria.

⁹¹ Una clara exposición de los argumentos a favor y en contra, en DURÁN RIVACOBIA, *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Pamplona, 1995, pp. 89 ss.

en escritura pública, siendo por tanto, nula por falta de uno de sus requisitos esenciales: la forma»⁹². Por tanto, al ser nula también la donación, tampoco constituirá justo título para la usucapión. Así, para una nulidad por defecto de forma, la sentencia de 26 de enero de 1988 (RAJ 146)⁹³.

No faltan las opiniones contrarias, y que, aunque minoritarias, van ganando terreno en la jurisprudencia. Algunos, como Vallet de Goytisolo, dan validez a la donación simulada bajo escritura de compraventa basando la argumentación en la consideración inicial de que la donación no es en absoluto contrato, sino sólo *modo de adquirir*⁹⁴. Otros llegan a la misma conclusión, sin partir en cambio de premisas tan cargadas de dogmatismo. A mí me parece que la donación intervivos es un contrato, pero que no precisa, como la compraventa, de tradición para consumar el efecto atributivo, sino que ella en sí misma es a la vez contrato y tradición. Por ello, si nos fijamos en el aspecto puramente traditorio, la donación inmobiliaria camuflada en escritura pública de venta vale como donación: «la esencia del negocio jurídico (la transferencia) –dice Giménez Duart– consta en documento público y es indubitable la voluntad del *tradens* de transmitir y la del *accipiens* de recibir. Que la causa haya sido “mentida” determinará la aplicación de las disposiciones generales de las obligaciones y contratos (art. 621), es decir, la norma general sobre las consecuencias de la simulación contenida en el artículo 1276. Cualquier otra interpretación no es más que la prevalencia de la forma por la forma, sin consideración alguna a la *ratio* del artículo 633, que no puede ser otra que evitar la incertidumbre acerca de la realidad de la donación (ya que al no haber mediado un pago es mucho más problemático probar si ya se ha donado o no) y, sobre todo,

⁹² POVEDA DÍAZ, «Comentario de la sentencia de 17 de diciembre de 1984», *CCJC*, n.º 7, p. 2267 (aunque precisamente se trata de un comentario en el que el autor intenta localizar supuestos en que el móvil no parece reprobable). La opinión se encuentra en numerosos estudios monográficos. Entre ellos destacan los de DE CASTRO, «La simulación y el requisito de la forma en la donación de cosa inmueble», *ADC*, 1953, pp. 1003 ss. (también en *El negocio jurídico*, *cit.*, pp. 353 y ss.). Interesantísimo el de DÍAZ ALABART, «La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública», *RDP*, 1980, pp. 1101 ss., del que destaco esta cita: «lo que se requiere cuando se impone una forma para la donación, no es que haya por un lado forma, y por otro donación, sino que la donación se haga en esa forma, y evidentemente no hace donación en escritura pública quien en ella aparece vendiendo, ni acepta donación en escritura pública quien en ella aparece comprando. La forma que se pide es para el acto de donar; no vale la de otro acto, el de vender, porque no es forma de aquél acto, sino de éste (...). Admitir la validez de una tal donación oculta porque haya una forma en la que se encierra otro contrato, sería como considerar que cumple su deber de ir de uniforme quien, debiendo llevarlo puesto, se presenta de paisano con un maniquí uniformado» (pp. 1108 y 1109). Últimamente puede verse ALBALADEJO, en *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), *cit.*, t. I, p. 1608, aunque su opinión y apareció recogida en extenso en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2.º, Madrid, 1986, pp. 175 ss.

⁹³ Pueden verse también las de 19 de diciembre de 1960 (RAJ 4112), 10 de octubre de 1961 (RAJ 3293), 17 de febrero de 1966 (RAJ 1531) y 7 de marzo de 1980 (RAJ 845).

⁹⁴ VALLET DE GOYTISOLO, «Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 612 ss.

obligar al donante a una decisión más meditada en torno al empobrecimiento que su patrimonio va a sufrir»⁹⁵.

d) Y si la cosa propiedad de Sempronio fue transmitida por Ticio a Cayo en virtud de contrato simulado relativamente, ante la pretensión del dueño podrá Cayo oponer la usucapión abreviada, al ser justo título el disimulado (y además, y a mayor abundamiento, la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria si ésta viene a ejercitarse fuera de plazo).

3.4 El título sometido a condición suspensiva

A diferencia de lo que sucede con la condición resolutoria, en los casos de condición suspensiva, no estamos, obviamente, ante acciones de resolución⁹⁶. Si Ticio dona una finca a Cayo a condición de que termine sus estudios de Derecho antes de determinada fecha, y la misma es entregada ya al donatario condicionado, no se le transmite ningún derecho: el donatario posee en realidad en nombre del transmitente, que puede *en cualquier momento* repetir lo pagado (art. 1121 CC), sin que pueda oponérsele la usucapión, al no poder borrar ésta el carácter condicionado del título y al no existir por lo dicho posesión en concepto de dueño. Llegado que sea el caso en que la condición no se cumpla, Ticio no ejercitará acción resolutoria alguna, sino, al contrario, acción de cumplimiento de contrato en su sentido más puro, y acaso tenga también acción reivindicatoria (propietario no poseedor contra poseedor no propietario que posee indebidamente). Ni existe posesión apta para usucapir ni justo título alguno en el que poder ampararse. Le sucede a ese título posesorio, en definitiva, lo que le sucede a cualquier título de posesión que no sirve para transmitir la propiedad, como puede ser el arrendamiento, el comodato o el depósito.

Si la cosa era en realidad de un tercero, habrá que distinguir:

a) Conditio pendet. Mientras la condición se encuentra pendiente, la posesión que pueda tener el adquirente no le sirve para la usucapión, salvo que acabe siendo él el favorecido por el cumplimiento de la condición suspensiva. Si el contrato condicionado no

⁹⁵ GIMÉNEZ DUART, «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge», *AAMN*, t. XXVIII, p. 350, en nota 119. Así, las sentencias de 16 de octubre de 1965 (RAJ 4467), 31 de mayo de 1982 (RAJ 2614), 9 de mayo de 1988 (RAJ 4048), 23 de septiembre de 1989 (RAJ 6352).

⁹⁶ El contraste se encuentra perfectamente descrito en el artículo 4014 del Código Civil argentino: «el título subordinado a una condición suspensiva, no es eficaz para la prescripción, sino desde el cumplimiento de la condición. El título sometido a una condición resolutoria, es útil desde su origen para la prescripción».

tiene aptitud para hacer adquirir la cosa antes de que la condición se cumpla, tampoco se le puede dar carácter de justo título de cara a la usucapión contra tercero. En este período, no vale el título a los efectos de la usucapión. Pero además, «el poseedor –indica Morales– tiene la cosa para aquel que resulte favorecido por el cumplimiento o incumplimiento de la misma»⁹⁷. Su situación es la propia de la posesión precaria, en la medida en que está reconociendo la propiedad de otro, faltando así el *animus rem sibi habendi*⁹⁸.

b) *Conditio existit*. Dice Albaladejo que al tiempo que transcurra desde el cumplimiento de la condición hasta que la reivindicación tenga lugar se le podrá sumar el tiempo de posesión transcurrido desde que el *acciens* recibió la cosa (sin tener derecho dominical sobre ella por no haberse cumplido todavía la condición) hasta el cumplimiento del suceso condicionante⁹⁹. Creo que, en efecto, tal *accessio possessionis* es perfectamente defendible, sin que sirva para defender lo contrario el argumento de que la retroactividad no puede ser invocada por tratarse de algo que opera solo entre contratantes, pero no en perjuicio de tercero¹⁰⁰, ni el que se centra en la idea de que la retroactividad opera sólo en el orden de las relaciones jurídicas, pero no en relación con situaciones de carácter físico, las cuales *iure civili mutari non possunt*¹⁰¹. Un título condicionado que ha dejado de serlo, y al que el Derecho suministra, sin matizaciones, efecto retroactivo, pide para sí las *bendiciones* desde el mismo instante de la creación del mismo, y las pide igualmente para la posesión disfrutada a su amparo.

Pienso que no es conveniente distinguir entre los efectos de la retroacción en cuanto al título y los efectos en cuanto a la posesión y a la buena fe, como hace Albaladejo cuando dice: «si, por ejemplo, se dona algo sometido para adquirirlo a la condición de que ocurra cierto suceso, ni el título tiene fuerza para hacer adquirir la cosa antes de que la condición se cumpla, ni justifica hasta entonces tomarla en posesión, ni ésta, si se aprehende, podrá serlo, a la vista del título, ni en concepto de dueño ni de buena fe»¹⁰². Más adelante, cuando razona en favor de que la retroactividad de la condición permita computar el tiempo transcurrido entre la creación

⁹⁷ MORALES MORENO, *cit.*, p. 151.

⁹⁸ MENGONI, *L'acquisto a non domino*, Milano, 1949, p. 201.

⁹⁹ ALBALADEJO, *Comentarios...*, *cit.*, p. 321.

¹⁰⁰ Así, PUGLIESE, *cit.*, pp. 551 y 552. En contra, GENTILE, *Il possesso*, *cit.*, pp. 389 y 390.

¹⁰¹ MENGONI, *cit.*, pp. 202 y 203. Con todo, se trata de una cuestión enormemente polémica (tanto, lógicamente, como ocurre con la condición resolutoria. En favor de la no retroactividad, TROPLONG, *Droit civil expliqué. De la prescription*, *cit.*, t. II, p. 497, AUBRY y RAU, *Cours*, t. II, Paris, 1935, p. 513, nota 12.

¹⁰² ALBALADEJO. *loc. cit.*

del título y el cumplimiento de la condición, advierte: «creo que esto es así por lo que toca al título. Pero por lo que toca a la buena fe y a la posesión como dueño, no pudo tenerlas»¹⁰³. Entiendo, por contra, que sí: *a*) tuvo buena fe, por la sencilla razón de que, como tantas veces se ha dicho, va ésta en la usucapión referida a la ignorancia, no de los vicios del título (aunque aquí no podamos hablar en rigor de vicios, claro está), sino de la ausencia de poder de disposición del donante: el que toma posesión de la cosa en el ejemplo propuesto sabe que la misma pertenece al donante, que lo mismo podía haberla donado de forma pura, o vendido o alquilado. El donatario sabe (si lo sabe) que su título se encuentra condicionado, pero eso no significa que posea de mala fe; y *b*) en cuanto a la posesión –aunque esto pueda ser más discutible–, el efecto retroactivo de la condición cumplida creo debe tener también a esa posesión que se ha tenido precisamente en función de un título que, siendo condicionado, ha visto retroactivamente desaparecido tal carácter. Ello, tanto en la usucapión ordinaria como en la extraordinaria, pero al menos en la segunda, parece ello incuestionable¹⁰⁴.

c) Conditio deficit. Si en cambio la condición no se cumple, la posesión disfrutada por el *acciens* aprovecha a su transmitente para poder usucapir frente al *vetus dominus*.

3.5 El título «*pro derelicto*»

Si el justo título viene a equivaler a la causa de la tradición, de tal manera que lo que el título unido a la tradición no consigue, lo puede conseguir el título unido a la usucapión, está claro que no puede ser justo título cualquier causa originadora de una posesión en concepto de dueño. Luego quien ocupa una cosa mueble por considerarla abandonada por su dueño, pero que en realidad fue perdida, no ostenta un título válido para la usucapión ordinaria. Y lo mismo si hubo abandono, pero no fue el propietario quien abandonó la cosa. Otra cosa es que quepa la usucapión extraordinaria de seis años.

Y durante muchos años en nuestro país ni siquiera podía haber una usucapión extraordinaria que operase con los plazos propios de ésta. Comoquiera que el que se apropia de una cosa perdida tiene que restituirla a su anterior poseedor (art. 615), y, si no lo hace, comete delito de apropiación indebida cuando el valor de lo apropiado excede de cincuenta mil pesetas (art. 153 CP), no es aplicable el artículo 1956 CC, que establece: «*Las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser*

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 321 y 322.

¹⁰⁴ Así, MORALES, *cit.*, p. 153.

prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta». No es aplicable porque en él solamente hay referencia a los delitos de hurto y robo, y el supuesto es de apropiación indebida. Pero hasta la reforma del Código penal introducida por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, apropiarse de la cosa perdida constituía delito de hurto. El caso entonces constituía uno más de los que provocaba dudas alrededor del artículo 1956: ¿significa este precepto que quedan ampliados los plazos de la usucapión, que no empiezan a correr hasta que no haya prescrito el delito¹⁰⁵, o más bien que, si completados los plazos de la usucapión extraordinaria, aún no ha prescrito las consecuencias de la infracción penal, hay que aguardar a que éstas prescriban para que la usucapión valga? A mí me parece más correcta esta segunda solución: la finalidad del artículo 1956 no parece ser alargar el plazo de usucapión, sino más bien corregir el breve plazo de usucapión de bienes muebles cuando pudiera producirse la usucapión antes de la extinción de las responsabilidades derivadas de la infracción penal¹⁰⁶.

Una buena demostración de la invalidez del título *«pro derelicto»* es deducida por Hernández Gil del artículo 1950 CC: si en el ámbito específico de la usucapión la buena fe descarta el dato de la ignorancia de los vicios del título y se concentra en la creencia de que la persona de quien se recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir el dominio, una cosa está clara: la cosa abandonada y de la que se apodera el hallador no *«se recibe»* de nadie: *«la buena fe del artículo 1950 está montada sobre un entramado que no admite la presencia de la ocupación sin provocar una grave desarmonía»*¹⁰⁷.

4. EL REQUISITO DE LA VALIDEZ DEL TÍTULO

El título ha de ser válido en cuanto título, en cuanto contrato originador de obligaciones. Si lo es, no logrará su cometido transmisor por fallar la tradición, y eso es lo que viene entonces a purificar el instituto de la usucapión. No es cierto lo que dice la sentencia de 25 de febrero de 1991 (RAJ 1595), reproducida por la de 23 de junio de 1998 (RAJ 4744): *«es doctrina de esta sala la de que, si bien el artículo 1952 entiende por tal el que legalmente basta para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate, aun cuando pudiese existir algún defecto o vicio originario en el*

¹⁰⁵ Así lo entiende LUNA SERRANO, *Comentario...*, cit., p. 2140.

¹⁰⁶ De esta manera entienden el precepto LACRUZ, *Elementos...*, cit., t. III, p. 197, MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, cit., pp. 186 y 187, y ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil*, cit., t. XXV, vol. 1.º, p. 371. Les seguí en *Las tensiones...*, cit., pp. 46 y 47.

¹⁰⁷ HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., p. 510.

mismo, ello no sería obstáculo para que opere la prescripción adquisitiva, pues para subsanar tales vicios o defectos existe la prescripción que de otro modo sería una institución inútil. Será doctrina de esta Sala, pero lo cierto es que la usucapión ordinaria no cumple la función de subsanar los «vicios o defectos del título», sino los vicios o defectos de la tradición: los del *modo* de adquirir, no los del *título* de adquisición. Lo nulo o lo anulable sigue siendo nulo o anulable por mucha usucapión que haya.

Pero, por lo pronto, el título ha de ser válido, lo que excluye la usucapión ordinaria cuando se trate de un título radicalmente nulo. Y aquí voy a mantener también, contra la doctrina dominante, que el contrato anulable es contrato inicialmente inválido (*infra*, 4.2.1), pero que, a pesar de ello, valdrá para la usucapión cuando, entregada una cosa por quien no era su dueño, en cumplimiento de un contrato anulable, éste va a valer también de cara a la usucapión opuesta frente al verdadero dueño, dado que la legitimación para impugnar es en la anulabilidad, y a diferencia de lo que ocurre en la nulidad radical, algo limitado a las partes del contrato (y no a ambas), no existiendo legitimación para el verdadero dueño que, por definición, no era parte (*vid.* 4.2.2).

4.1 El título radicalmente nulo

4.1.1 LA USUCAPIÓN NO PURIFICA EL TÍTULO NULO

Es absolutamente indudable que no constituyen justo título para la usucapión abreviada los títulos radicalmente nulos. Para nada afecta en cambio tal nulidad a la usucapión extraordinaria, al venir cobijada la usucapión en datos derivados de la simple posesión revestida de los requisitos del artículo 1941. No basta, como señala Luna Serrano, que el título sea idóneo para transmitir, pues es preciso además que al título no le afecten defectos que comporten su nulidad radical: «validez del título e idoneidad del mismo para transmitir son conceptos distintos o no coincidentes que además no son opuestos, y en consecuencia pueden intercambiarse –el título válido de arrendamiento no es apto para transmitir un inmueble y el título idóneo de donación para transmitirlo es inválido si no se formaliza en escritura pública– de manera que el primero es lógicamente anterior y técnicamente previo, por referirse a una nota del título de carácter general, y el segundo ulterior, porque atañe a una connotación específica del título que tiene carácter particular»¹⁰⁸.

¹⁰⁸ LUNA SERRANO, *Comentario...*, cit., p. 2130.

Creo que, para ser enteramente coherentes con la función auténtica que la usucapión está llamada a cumplir, conviene desterrar definitivamente de su ámbito todo cuanto induzca a pensar que es en el *título* donde se encuentran los defectos o las irregularidades de esa «transmisión que nunca existió». El título, como tal título, es válido, es eficaz, y es idóneo, en cuanto generador de obligaciones. Si no cumple la finalidad que estaba llamado a cumplir es por un defecto –señaladamente, la falta de titularidad del *tradens*– que reside en la tradición, y por lo tanto, fuera del título.

Resulta bastante curioso que la jurisprudencia haya declarado con insistencia que cuando en una donación de inmuebles falta el requisito esencial de la forma en documento público, no es invocable tampoco la usucapión treintenal, por faltar la posesión en concepto de dueño. Así, en la sentencia de 13 de marzo de 1952 (RAJ 808), el recurrente alegaba que «*si bien el título alegado es deficiente, como la posesión de los bienes se ha realizado durante más de treinta años en concepto de dueño, puesto que el carácter de donatario implica tal condición, la Sala de Instancia ha violado el artículo 1959*». Por contra, el Tribunal Supremo entiende que se trata de una inconsecuencia «*el que reconocido por el mismo recurrente haberse probado en autos la imperfección del título de donatario alegado se pretende fundar en esta cualidad precisamente la posesión de los bienes en concepto de dueño*». La argumentación es absolutamente defectuosa, pues la escritura pública de donación en nada ha de afectar al concepto en el que se viene poseyendo. Máxime cuando se podía haber llegado a la misma conclusión si se tiene en cuenta: *a*) que la demanda origen del pleito era de desahucio en precario, alegando los actores que el demandado poseía por mera liberalidad; y *b*) que en el pleito quedó probada la condición de precarista del poseedor. Naturalmente que no había usucapión posible, pero no porque al faltar escritura pública en la donación faltase la posesión en concepto de dueño (lo único que faltaría si sólo hubiese sucedido tal cosa es el justo título, apto para la usucapión abreviada), sino porque, sencillamente, el precarista no había poseído *cum animo dominii* en ningún momento. Dice Morales Moreno que tal vez lo exagerado de las afirmaciones del Supremo «se explique porque no fueron criterio decisivo en el fallo»¹⁰⁹.

Lo malo es que a veces sí son criterio decisivo de los fallos. Así por ejemplo, la sentencia de 13 de mayo de 1963 (RAJ 2515) niega que la posesión adquirida por donación no formalizada en documento público pueda considerarse en concepto de dueño a los efectos prevenidos en los artículos 447 y 1941 CC. Y en la de 25 de

¹⁰⁹ MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, cit., p. 141.

junio de 1966 (RAJ 3550) se puede leer igualmente que en estos casos «*aun la prescripción extraordinaria, que no requiere justo título, pero sí que aquélla se adquiera y disfrute en el concepto expresado, le estaría vedada al recurrente*». Lo mismo se ve en la sentencia de 27 de septiembre de 1989 (RAJ 6384).¹¹⁰

A fin de añadir un argumento al sentir doctrinal común, absolutamente partidario de negar a la donación no formalizada legalmente el carácter de justo título, pero sí de admitir la posesión en concepto de dueño del donatario, y por lo tanto, la usucapión larga, propongo el contraste con el siguiente ejemplo: uno de esos que la terminología de vanguardia denomina «*okupas*» toma posesión de una vivienda. Desde ese día comienzan a pagar los gastos de comunidad, los tributos y tasas municipales, los recibos de luz, gas y teléfono; alquilan la vivienda durante los veranos... poseen creando la apariencia de dominio, en una palabra. A la luz de las tesis mantenidas por el Tribunal Supremo, podría ganar por usucapión quien así se comporta (siempre, naturalmente, que además, concurren en la posesión las exigencias del art. 1941: posesión pública, pacífica y continua), pero no el que recibió la vivienda por donación de un pariente, realizada en documento privado. La diferencia de trato es sonrojante. Se le está dando al donatario en documento privado peor tratamiento que al «*okupa*». Y un tratamiento semejante que a los tradicionales ejemplos de poseedor que, sin *animus res sibi habendi*, no pueden usucapir el dominio: el mandatario (sentencia de 16 de mayo de 1983, RAJ 2825), el aparcero (sentencia de 9 de marzo de 1983, RAJ 1431), el concesionario que satisface un canon (sentencia de 3 de mayo de 1974, RAJ 2011), el que ya enajenó pero sigue poseyendo merced a un *constitutum possessorium* (sentencia de 9 de noviembre de 1971, RAJ 4804), o, en

¹¹⁰ Véase la crítica de LLEDÓ YAGÜE, «Sentencia de 27 de septiembre de 1989 sobre donación de inmuebles en documento privado. La prescripción adquisitiva», *PJ*, n.º 19, septiembre de 1990, pp. 221 ss. Parecidas confusiones entre el requisito del justo título de la usucapión ordinaria y las condiciones generales de la usucapión se leen en la sentencia de 4 de junio de 1979 (RAJ 2929): «...la *Parroquia* recurrida poseyó la casa en litigio, a título de dueña, pública, pacífica e ininterrumpidamente, lo que hace que aunque no se cumplieran todos los requisitos necesarios para la validez de la donación, tales circunstancias serían constitutivas de justo título de dominio...». Crítica de DURÁN RIVACOBA en *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Pamplona, 1995, p. 180. Sólo he encontrado una opinión que apoya este criterio jurisprudencial, aunque sin ninguna argumentación ni construcción personales. Dice, en efecto, CAMY SÁNCHEZ CAÑETE: «De otra parte, aquel documento no puede servir tampoco para una prescripción extraordinaria, pues si bien no se requiere para ella justo título, sí es indispensable el que se tenga la cosa en concepto de dueño; respecto a lo cual ya dijo la sentencia de 13 de marzo de 1952 que la posesión adquirida por una donación de inmuebles que no estaba formalizada legalmente, no puede serlo en concepto de dueño». CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, «Problemas de Derecho privado y sus dictámenes», en *Boletín de Información. Ilustre Colegio Notarial de Granada*, noviembre de 1989, pp. 167 y 168, supuesto 41-B.

general, el servidor de la posesión (sentencia de 19 de junio de 1984, RAJ 3251).

Y es que, si la exigencia de escritura pública en la donación de inmuebles tiene como sentido «proteger al transferente contra sus desordenados impulsos y al donatario de una adquisición *en apariencia precaria*» (sentencia de 22 de febrero de 1940, RAJ 102), no hay que entender tal apariencia de precariedad como si de hecho fuese el donatario un auténtico precarista. Lo será *cuando lo sea*, pero no por el hecho de faltar la escritura pública. Cosa distinta es que, si ni siquiera media documento privado (así, donación verbal) haya un casi insalvable problema de prueba (a pesar de que al poseedor en concepto de dueño nadie le pueda obligar a exhibir su título, conforme a lo que dispone el art. 448), pues al donante le bastará con inscribir su propiedad si aún no lo había hecho, para ejercitar la acción del artículo 41 LH y desahuciar al donatario, que, indefenso en la demanda de contradicción, tampoco podrá hacer mucho en un eventual juicio declarativo posterior.

En definitiva, la existencia de un título nulo, especialmente en los supuestos de donaciones de inmuebles nulas por falta de forma, no sólo no es indicativa de una falta de posesión en concepto de dueño, sino que en más de un caso constituirá, para la usucapión extraordinaria, un dato relevante a la hora de estimar tal posesión en el usucapiente.

4.1.2 IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA NULIDAD RADICAL Y PRESCRIPCIÓN DE LA PRETENSIÓN RESTITUTORIA

En España es común la opinión, tanto en la doctrina¹¹¹ como en la jurisprudencia¹¹², que reconoce la imprescriptibilidad de la

¹¹¹ DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, t. I, Madrid, 1959, p. 316. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, t. I, vol. 2.^o, Madrid, 1958, p. 694. ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. I, vol. 2.^o, Barcelona, 1989, p. 461. También en *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, pp. 405 ss. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, p. 480. MUCIOS SCAEVOLA, *Código Civil*, t. XX, Madrid, 1904, pp. 968 y 989. MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, vol. 2.^o (edición revisada por Moreno Mocholí), Madrid, 1967, p. 850. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. III, Madrid, 1988, p. 648. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1983, p. 162. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, t. I, Madrid, 1993, p. 448.

¹¹² Puede comprobarse en las sentencias de 6 de marzo de 1909 (Col. Leg. n.^o 11), 30 de noviembre de 1909 (Col. Leg. n.^o 73), 31 de octubre de 1922 (Col. Leg. n.^o 89), 24 de febrero de 1927 (Col. Leg. n.^o 145), 11 de enero de 1928 (Col. Leg. n.^o 36), 10 de abril de 1933 (Col. Leg. n.^o 216), 19 de diciembre de 1951 (RA 2777), 23 de octubre de 1954 (RA 2639), 21 de abril de 1958 (n.^o 1489), 25 de octubre de 1958 (RA 3416), 27 de febrero de 1964 (RA 1152), 3 y 31 de marzo de 1964 (RA 1254 y 1762, respect.), 16 de abril de 1973 (RA 1792), 28 de octubre de 1974 (RA 3978), 20 de diciembre de 1975 (RA 4691), 10 de octubre de 1977 (RA 3895), 13 de abril de 1978 (RA 1270), 25 de abril de 1983 (RA 2126),

acción de nulidad¹¹³. Tratándose de nulidad radical –dice la sentencia de 23 de julio de 1993 (RAJ 6475)– nos hallamos en presencia de una «figura de crisis negocial que queda al margen de la prescripción, según constante doctrina de esta Sala». Suele darse como argumento el clásico brocardo romano «*quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*»¹¹⁴ y el hecho de que la posibilidad de confirmación sólo cabe en los contratos anulables (art. 1310), esto es, en aquellos en los que concurren los requisitos expresados en el artículo 1261, acaso realizándose con ello una equiparación no demasiado precisa desde el punto de vista estrictamente técnico-jurídico entre la confirmación y la renuncia a la impugnación que para los contratos anulables manifiesta el transcurso de cuatro años sin impugnar¹¹⁵. Sin embargo, me parece mucho más correcto predicar la imprescriptibilidad de la acción, como hace Delgado Echeverría, sobre la base de ser la acción de carácter meramente declarativo¹¹⁶: es la propia naturaleza meramente declarativa de la acción lo que le otorga su carácter imprescriptible y lo que permite realmente a la doctrina y jurisprudencia decir constantemente que la nulidad no precisa ser demandada: puede ser declarada de oficio por el juez aunque nadie la haya instado formalmente¹¹⁷.

Por esta misma razón, no son tampoco muchos los autores que realizan aquí la necesaria precisión: una cosa es que la acción que

4 y 6 de abril de 1984 (RA 1926 y 1934, respect.), 22 de diciembre de 1987 (RA 9648), 26 de enero de 1988 (RA 146), 19 de junio de 1989 (RA 5726), 23 de octubre de 1989 (RA 6952), 16 de febrero de 1990 (RA 690), etc.

¹¹³ Otras opiniones mantenidas entre nosotros se hallan en YZQUIERDO, *Las tensiones...*, cit., pp. 129 ss.

¹¹⁴ Dice taxativamente la sentencia de 14 de noviembre de 1991 (RA 8241) que «la acción de nulidad de pleno derecho o de inexistencia contractual es imprescriptible de acuerdo con la antigua regla de lo nulo en su inicio no puede ser convalidado por la acción del tiempo».

¹¹⁵ ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Madrid, 1983, p. 464. También en *La nulidad absoluta del negocio jurídico...*, cit., pp. 532 y 533.

¹¹⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ, *Elementos*, t. II, vol. 2.º, Barcelona, 1987, p. 371. También en *Comentarios al Código Civil...*, cit., t. XVII, vol. 2.º, Madrid, 1995, p. 334. La idea, ya mantenida en la edición de 1977 (pp. 269 y ss.) del t. II, vol. 2.º de los *Elementos*, fue expresamente aceptada por LACRUZ BERDEJO en el t. I, vol. 3.º, Barcelona, 1984, p. 288. El carácter declarativo de la acción y del fallo es puesto contundentemente de manifiesto por ALBALADEJO, que se apoya en las sentencias de 16 de mayo de 1945 (RA 687) y 7 de marzo de 1972 (RA 1415), si bien esta segunda trata del matrimonio nulo. Cita también la de 31 de enero de 1973 (RA 100). *Derecho civil*, t. I, vol. 2.º, cit., p. 459. Véase últimamente la de 15 de junio de 1994 (RA 4922): en los casos de nulidad radical, al existir contravenciones «frontales de la legalidad, no opera la prescripción, como sanciona el artículo 6, 3.º del Código Civil (?) y al ser sus efectos *ex tunc*, como consecuencia de la sentencia declarativa que la decreta».

¹¹⁷ Entre otros, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, Madrid, 1993, p. 447.

tiende a declarar nulo un contrato no prescriba y otra bien distinta que tampoco lo hagan las pretensiones de restitución consecutivas a la declaración de nulidad. En efecto, éstas no buscan sino la restitución de las prestaciones eventualmente ejecutadas, y deberán entonces verse sometidas a las reglas generales en materia de prescripción. Señalaba De Castro que el término «acción de nulidad» puede originar confusiones, pues no se trata de ejercitar «un poder concreto, sino el general de pretender que se declare lo que ya existe por sí mismo, el carácter contra ley de que adolece un negocio jurídico». No siendo propiamente un derecho subjetivo, es fácil entender que no se extinga por el transcurso del tiempo. Pero la acción de restitución o, en su caso, la reivindicatoria, deberá ser ejercitada junto a la declarativa (operando ésta como preparatoria de aquéllas), y puede entonces suceder que las pretensiones de restitución hayan prescrito ya cuando la acción de nulidad se ejercitó¹¹⁸.

De hecho –indica Delgado– es la pretensión de que las cosas entregadas o las prestaciones realizadas se restituyan lo único que nuestro legislador ha previsto en el Código Civil (fundamentalmente, arts. 1300 ss.), pues las acciones meramente declarativas no fueron importadas en España hasta bastante después de 1889. Más aún: el Código se preocupa de los casos en que el contrato haya sido consumado, que será por definición cuando nazca la pretensión de restitución¹¹⁹. Por tanto, si esta pretensión se encuentra prescrita, seguirá en pie la posibilidad de solicitar la declaración de nulidad, pero lo que ya no va a haber es interés en obtener tal declaración.

La cuestión se ve con meridiana claridad en el Código Civil italiano de 1942, que recibió cumplidamente la doctrina alemana de la «*Anspruch*» y de la entidad autónoma de las acciones meramente declarativas¹²⁰. Dispone el artículo 1422: «*L'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione*». Indica Messineo que la segunda parte del precepto es una novedad legislativa que fue incorporada en el último momento, sin que exis-

¹¹⁸ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, p. 481. De ahí que la mejor doctrina en materia de acción reivindicatoria aconseje solicitar la nulidad del título que ostenta el demandado.

¹¹⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 323. La idea ya la vio DE CASTRO: «El término de acción usado en el artículo 1301 no pudo referirse a la acción declarativa, término técnico que no se empleará hasta mucho después de publicado el Código Civil». *El negocio jurídico*, cit., p. 511, en nota 41. Insiste en ello PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.^º, Barcelona, 1988, p. 308.

¹²⁰ CHIOVENDA, «*Azioni e sentenze di mero accertamento*», *Riv. Dir. Proc.*, 1933, pp. 3 ss. TOMMASINI, voz «*Nullità* (Diritto privato)», en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1978, p. 889.

ta constancia clara de precedente alguno en su elaboración¹²¹. Se distingue con claridad la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de los efectos prácticos de la misma, que pueden no llegar a obtenerse si ha mediado usucapión o si ha tenido ya lugar la prescripción de la acción de repetición de lo indebido. Podrá entonces obtenerse la declaración de nulidad, pero las naturales consecuencias restitutorias encontrarían el obstáculo de la prescripción¹²². Y es que entender de otro modo la imprescriptibilidad llevaría a la absurda consecuencia, contraria además a la seguridad jurídica, de que «las situaciones de hecho creadas al amparo de un contrato radicalmente nulo quedarían pendientes, por los siglos y los siglos, de una eventual reclamación»¹²³.

Por tanto, la restitución se ve sometida a la regla general por la cual se extinguen por prescripción los derechos y las acciones (art. 1930, párrafo 2.º), y, al no existir una expresa previsión legal, deberá aplicarse el genérico de quince años propio de las acciones personales¹²⁴, y acaso el de la acción reivindicatoria si la acción de nulidad va implícita en la argumentación del impugnante de considerarse dueño del objeto de la restitución¹²⁵. Naturalmente, todo ello no quita para que jueguen a la vez los plazos propios de la prescripción adquisitiva, y pueda así suceder, como se verá, que no se encuentre prescrita la pretensión restitutoria pero exista una *posses-*

¹²¹ MESSINEO, «Imprescrittibilità dell'azione di nullità ed effetti compatibili con essa», *Riv. Trim. Dir. e Proced. Civile*, 1966, p. 2. También en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, vol. XXI, t. II, Milano, 1972, pp. 378 ss.

¹²² Claramente, en este sentido, GALLARDO, aludiendo al artículo 1422 del Código italiano: «la disciplina de la repetición puede frustrar la de nulidad: la acción de repetición está sujeta al plazo ordinario de prescripción de diez años; por ello, si esta acción ya ha prescrito, no servirá para nada la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, y la sentencia que haya declarado nulo el contrato no permitirá la repetición de la prestación realizada». *El negocio jurídico* (trad. de Blasco Gascó y Prats Albertosa), Valencia, 1992, p. 321. Véanse también MIRABELLI, «Dei contratti in generale», en *Commentario del Codice civile*, I. IV, tomo II (tit. II), Torino, 1967, pág 450, CARRESI, «Il contratto», en el *Trattato dir. or Cicc Y Messineo*, vol. XXI, t. 2, Milano, 1987, pp. 615 ss., y CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giurídico*, Nápoli, s.f., pp. 344 y 345.

¹²³ Así, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, p. 245.

¹²⁴ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. I, Madrid, 1993, p. 448. Últimamente, RODRÍGUEZ MORATA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXV, vol. 1.º, Madrid, 1993, p. 182.

¹²⁵ Repárese ahora, a la espera de cuanto se verá en 4.1.3., en el diverso sentido que tiene el pretender recuperar la cosa por la vía de la nulidad o hacerlo por la vía de la reivindicación independiente: de la declaración de nulidad (para cuya obtención ha de hacer uso el demandante de un distinto material probatorio) surgirá un derecho de crédito a la restitución de lo entregado merced al contrato nulo; con la reivindicación, el demandante alega la existencia de un derecho real. Véase la sentencia de 4 de noviembre de 1991 (RA 7931): una vez declarada la nulidad, la restitución «no es consecuencia de que la sentencia les reconozca la propiedad sobre las mismas, sino por la ineficacia del instrumento usado para el intercambio, *abstracción hecha del derecho real que ostentan sobre lo transmitido*».

sio ad usucaptionem que haya convertido al poseedor en *dominus* (eventualidad expresamente prevista, como sabemos, para la acción reivindicatoria en los artículos 1962 y 1963-2.º CC, y que aquí cabrá en términos de usucapión extraordinaria mobiliaria¹²⁶).

Constituye en este sentido un buen ejemplo de técnica la sentencia, bastante citada por los autores, de 27 de febrero de 1964 (RA 1152). Se demandaba contra el Banco de España la nulidad de un contrato de constitución e hipoteca y de la adjudicación y ocupación por el demandado de la casa hipotecada. El quinto Considerando de la sentencia recuerda que el instituto de la prescripción intenta «dar fijeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida, aún cuando éstas no se ajusten siempre a estricta justicia», pero acto seguido dice:

«(...) de esta doctrina se deduce que, si bien el mero transcurso del tiempo no puede cambiar la naturaleza de los actos que han de evaluarse en Derecho, por lo que lo inexistente no alcanza realidad ni lo ilícito, inmoral o dañoso al interés público, se purifican de sus defectos, de lo que es consecuencia que no cabe accionar sobre la base de que lo originalmente inválido cobró eficacia por la acción del tiempo, ya que es principio de Derecho que lo nulo o vicioso no convalece por su transcurso, ello es cuestión aparte de la que se plantea en el caso de que, por voluntad de las partes, aunque sea al socaire del negocio viciado, se hayan creado situaciones de hecho y que, al no reaccionar contra ellas oportunamente, terminen enroladas en el ímpetu de la prescripción que actúa confirmando las situaciones de hecho al liberarlas de sus reparos jurídicos».

Más adelante se insiste en que la cuestión aparece clara en el Código Civil, cuyo artículo 1930, párrafo 2.º, declara la prescripción de los derechos y acciones de cualquier clase que sean, y que en ningún lugar declara la imprescriptibilidad de las acciones restitutorias, pues tal carácter sólo se reconoce a las acciones enumeradas en el artículo 1965. El Supremo participa de la opinión de la Sala sentenciadora acerca de la inexistencia de la nulidad radical que se invocaba, pero aprovecha para, hablando en condicional, afirmar que el resultado habría sido en todo caso el mismo, pues «no escaparían las consecuencias fácticas ya producidas (...) a la

¹²⁶ No comprendo que pueda admitirse en general que a la acción de nulidad radical quepa oponer la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria, si en el usucapiente concurren la buena fe y el justo título, como afirma DÍEZ-PICAZO (*loc. cit.*, p. 448), pues si hay contrato radicalmente nulo, difícilmente en el usucapiente puede concurrir dicho justo título. Sólo extraordinaria, pues, y sólo mobiliaria, porque es el único caso en el que cabe que no esté prescrita la restitución (quince años) y sí haya transcurrido el plazo de la usucapión (seis años).

eficacia de la prescripción, cuya excepción alegada y admitida en la instancia, por todo lo dicho, no puede quedar sin efecto, a la vista de los preceptos legales cuya infundada infracción el recurrente denuncia».

Impecable, a mi juicio, la argumentación. No es, por tanto, que la acción de nulidad sea imprescriptible, pero «aun en el supuesto de que prescribiera, el cual rechazamos, sería en todo caso dentro del plazo normal de prescripción de las acciones personales», como se puede leer en las últimas ediciones de Manresa¹²⁷. Es que es imprescriptible *sin peros*, y aunque se la desease configurar como prescriptible, y todavía más, aunque en tal hipótesis se le quisiese dar un plazo de igual duración que a las acciones personales, ello no sería porque su plazo de prescripción fuese el propio de tales acciones restitutorias. Por eso la frase transcrita es contradictoria con la que se lee líneas arriba en la misma edición: «no es dable confundir la imprescriptibilidad de la nulidad plena o inexistencia, con la fuerza indiscutida de las situaciones creadas al amparo de la relación nula o inexistente»¹²⁸. Son estas últimas –utilicemos los gráficos términos de la sentencia– las que terminan siendo enroladas en el ímpetu de la prescripción. Y ello –dice Espín– no contradice la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, pues para ella «el tiempo no varía la naturaleza del negocio, que seguirá siendo nulo indefinidamente»¹²⁹.

4.1.3 USUCAPIÓN Y PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA ANTE LA NULIDAD RADICAL

Pasemos a ver ahora los problemas que el título nulo plantea en materia de correlación entre los plazos de la prescripción extintiva y la usucapión. Partiendo de que el título nulo, fuera de los casos de

¹²⁷ MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, cit., t. VIII, vol. 2.º, pág. 854. El contraste que hace entre la imprescriptibilidad de la acción de nulidad y la prescripción de cuatro años de la de anulabilidad no sería correcto desde la posición, que analizaremos en seguida, de quienes, como DELGADO ECHEVERRÍA, entienden lo que prescribe a los cuatro años no es la acción de anulabilidad, de suyo también imprescriptible por ser de naturaleza declarativa, sino las acciones restitutorias deducidas de un contrato anulable (*infra*, 4.2.1.).

¹²⁸ *Ibidem*, p. 853.

¹²⁹ ESPÍN CÁNOVAS, *La nulidad absoluta...*, cit., p. 541. Últimamente, se ha equivocado la sentencia de 19 de mayo de 1995 (RA 4082), en un caso en el que se había renunciado a los derechos hereditarios, declarándose «que faltó no sólo una voluntad no viciada sino la propia voluntad» (de renunciar). La demanda se había ejercitado veintisiete años después de que los contratos hubiesen quedado consumados, y el Tribunal Supremo prefirió recurrir al fetichismo de la acción imprescriptible, con la endeble argumentación de que el plazo del artículo 1301 no resultaba aplicable a contratos radicalmente nulos por inexistencia de consentimiento (cosa ésta indudable; el error estuvo en no aplicar el plazo de quince años).

simulación, sí confiere al *accipiens* la posesión en concepto de dueño, las distintas hipótesis de trabajo manejadas en el apartado anterior al tratar del título simulado se simplifican. Tanto si la cosa era propiedad del *tradens* como si no lo era, la acción que se ejer-cite podrá verse obstaculizada por la usucapión extraordinaria si han transcurrido treinta años, o seis si se trata de bienes muebles (arts. 1957 y 1955 CC) desde la pérdida de la posesión por parte del dueño¹³⁰. A ello añadiremos el único supuesto en que el título nulo puede permitir una usucapión abreviada: el título cobijado en el artículo 35 LH, como se verá *infra*, 4.1.4.

El ejercicio de la acción de nulidad o, en su caso, el de la reivindictoria, permitirá –ahora sí– iguales posibilidades de defensa al demandado en lo que se refiere a la prescripción extintiva. La acción de nulidad es imprescriptible, pero a la pretensión restitutoria del actor, que siempre acompañará a la acción (declarativa) de nulidad, le es aplicable, como reiteradamente se ha indicado, el plazo de quince años (art. 1964); la acción reivindicatoria prescribe a los seis o a los treinta años según la naturaleza mueble o inmueble del objeto (arts. 1962 y 1963). Y dígase lo mismo si Ticio –continuemos con los mismos protagonistas– no era dueño de la cosa que fue entregada a Cayo por virtud del contrato nulo, pues Sempronio (verdadero dueño) se encontrará igualmente legitimado, tanto para la acción de nulidad como para la reivindicatoria, pudiendo el demandado hacer uso de las mismas excepciones, ya que, como se ha dicho, la prescripción de las acciones de restitu-ción, cuando de nulidad radical se trata, no sólo opera en la relación *inter partes*¹³¹.

¿Qué ocurrirá si, una vez producida la usucapión por parte del contratante, está todavía viva la posibilidad de restitución que acompaña a la acción de nulidad contractual? López Beltrán de Heredia entiende que la usucapión solamente neutraliza la acción reivindicatoria, pero no impide el ejercicio de la acción de nulidad del título adquisitivo, ni por lo tanto el de la acción personal encaminada a la restitución¹³². «Puede pensarse –dice– que el transmi-tente podría aún ejercitar la acción personal restitutoria derivada

¹³⁰ Creo que nunca sería oponible la usucapión ordinaria, por razones bien obvias. En contra, sin explicaciones, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. I, p. 448.

¹³¹ Aquí radicarán una de las fundamentales diferencias de trato entre el título nulo y el anulable: como la acción de anulabilidad sólo puede ser ejercitada por una de las partes contratantes (y no por cualquiera de las dos, sino sólo por la que sufrió el vicio de consentimiento o la falta de capacidad), jamás cabrá oponer al verdadero dueño de la cosa, ajeno al contrato, la excepción de prescripción de la restitución (cuatro años): él solamente puede hacer valer la reivindicación de lo que considera suyo, cuestión por completo ajena a las relaciones presididas por el artículo 1301.

¹³² LÓPEZ DE BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, cit., p. 177.

del contrato nulo, que le hará recuperar la posesión de la cosa específica usucapida y con ella readquirir la propiedad perdida»¹³³. «Si la función de la usucapión no es enmendar los defectos del título, no podrá impedir las consecuencias que deriven directamente de esas deficiencias. (...) No existe razón alguna que impida el ejercicio de una acción personal restitutoria mientras esa acción no haya prescrito (...) La usucapión supone para el transmitente pérdida del derecho real (que no transmitió mediante el contrato y, por tanto, conservó hasta la consumación de la usucapión), pero no implica la pérdida del derecho de crédito a la restitución, mientras la acción para hacerlo valer siga viva»¹³⁴.

Personalmente, creo que la usucapión extraordinaria es oponible *erga omnes*. Cuando de anulabilidad se trata, y como se verá *infra*, 4.2.2., si la cosa entregada en cumplimiento del contrato anulable no era propiedad del *tradens* incapaz, cuando el verdadero dueño reivindique y le sea opuesta la usucapión abreviada, aún no sabemos a quién va a acabar favoreciendo la usucapión, pues mientras esté viva la acción impugnatoria, va a poder ser ejercitada entre los contratantes: así podrá ocurrir, por ejemplo, que el menor recupere la cosa ajena que vendió en su minoría de edad, pues para ello cuenta con cuatro años desde que cumpla los dieciocho años. Si el comprador la usucapió antes, será frente al *vetus dominus*, y como oposición a la reivindicatoria que éste intente. Pero el título sigue siendo impugnable, y si se viene a impugnar a tiempo, y a pesar de su probable estupor, habrá que decirle que ha usucapido «para otro». No es que se deshaga la usucapión para hacer prevalecer la impugnación: es que la usucapión termina favoreciendo al contratante que vendió padeciendo vicio del consentimiento o incapacidad¹³⁵.

Sin embargo, pienso que no ocurre lo mismo con la usucapión extraordinaria, basada como está solamente en razones de posesión. Pensemos en el bien mueble entregado en virtud de contrato nulo. Poseído durante seis años por el contratante *acciens* (con buena o mala fe, lo mismo da), éste habrá usucapido. Pero la autora

¹³³ *Ibidem*, p. 199.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 201. «Ambas acciones [la reivindicatoria y la restitutoria derivada de contrato nulo] responden a derechos de diversa índole, que no han de recibir un tratamiento unitario. La usucapión impide el triunfo de una pretensión basada en la titularidad de un derecho real perdido. Sin embargo, no parece que exista razón para que la usucapión impida una pretensión basada en derecho de crédito que se conserva. El artículo 1303 no se preocupa de quien es el propietario de la cosa cuando ordena restituir lo prestado en ejecución de un contrato nulo» (p. 179).

¹³⁵ Así es como creo que debe entenderse la afirmación de MIQUEL, aunque él mismo la califique de dudosa, cuando dice que «en este caso parece que debe decidirse en contra de la usucapión». Voz «Justo título», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, cit., p. 3905.

citada, desde una perspectiva absolutamente coherente, pero que no comparto, piensa que la pérdida del derecho real no comporta la del derecho de crédito a la restitución, sujeto como está al plazo general de quince años del artículo 1964. A mí me parece que no es así: «si al demandado ampara la prescripción adquisitiva del derecho dominical –dice la sentencia de 26 de septiembre de 1927 (Col. Leg. núm. 502)–, (...) no puede prosperar en su perjuicio la acción de nulidad ejercitada en la demanda, aunque no estuviera enervada por la prescripción extintiva de la misma»¹³⁶. Yo pienso que extraer todas las consecuencias de la premisa de la absoluta independencia entre la pérdida del derecho real por la usucapión de otro, y la pérdida del derecho de crédito a la restitución es técnicamente correcto en lo que toca a la usucapión ordinaria, pero no en el terreno de la extraordinaria: una usucapión *basada en título* cae si todavía hay tiempo para que caiga el título que la sustentó, pero ni los orígenes de la *praescriptio longi temporis* ni la función actual de la usucapión extraordinaria permiten decir lo mismo¹³⁷.

Se puede dar también la situación inversa: prescripción de la acción de restitución, estando todavía viva la reivindicatoria. Imaginemos la compraventa radicalmente nula: prescrita la acción de restitución, no sólo no podrá exigir el vendedor la devolución de la

¹³⁶ En Italia, defiende la inutilidad de la acción de nulidad una vez se ha consumado la usucapión extraordinaria ARGIROFFI, «Concorso delle azioni di rivendicazione e di ripetizione», *Riv. Dir. Civ.*, 1976, t. II, pp. 618 y 619. En contra, MESSINEO, «Imprescritibilità dell'azione di nullità ed effetti compatibili con essa», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1966, p. 3.

¹³⁷ PASQUAU LIAÑO entiende que, producida la usucapión, «el derecho real adquirido por usucapión debe prevalecer frente al derecho de crédito restitutorio (...). La acción restitutoria permitirá una readquisición del bien cuando la propiedad del demandado esté basada exclusivamente en el contrato y la entrega; pero si se ha consumado la usucapión, tal propiedad, basada en la usucapión, puede oponerse, evidentemente, frente a un derecho de crédito que sólo autoriza a desmontar los efectos indebidamente producidos por el contrato, y ello porque tal propiedad ya no es efecto del contrato». *Nulidad y anulabilidad del contrato*, cit., p. 298. El autor no distingue entre usucapión ordinaria y extraordinaria, probablemente porque, desde su argumentación, no hace falta hacerlo. Yo sí lo hago, pues creo que: a) que tal propiedad no es efecto del contrato es completamente cierto en la usucapión extraordinaria, basada como está en consideraciones de simple posesión, ajena en todo al mundo de los contratos; pero sólo parcialmente en la ordinaria. Esta es el modo de adquirir que actúa como reverso de la tradición: cuando el título va acompañado de poder de disposición del vendedor, la tradición transmite: nunca es la propiedad un efecto, propiamente dicho, del contrato, sino de una tradición que, eso sí, tiene en el contrato antecedente su justa causa. Cfr. CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, pp. 356 ss.; b) entre las partes de un contrato anulable, no cabe oponer la usucapión ordinaria, sino solamente la extinción de la acción restitutoria: la hipótesis de la usucapión frente al aún vivo derecho de crédito sólo se da cuando además de la irregularidad contractual, la cosa pertenecía a tercero. La usucapión ordinaria consumada frente al verdadero dueño no impide que siga vivo, y sea plenamente ejercitable, el derecho del crédito de restitución, pero *inter partes*, no cabe plantearse la cuestión; y c) la usucapión extraordinaria sí es posible oponerla frente a cualquiera. Mi posición es, pues, coincidente en parte con la de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, y en parte con la de PASQUAU.

cosa, sino que tampoco le será posible al comprador solicitar la restitución del precio; y sin embargo, le sigue quedando al vendedor, desde su *vestimenta* de dueño que no lo ha dejado de ser en ningún momento, la posibilidad de valerse de la reivindicatoria para lograr el mismo efecto, cosa que no le cabe al comprador. Pero, si se salva la disfunción diciendo que «la parte que reivindica el bien [y que no podría exigirlo por la acción personal de restitución, ya prescrita] debe restituir la prestación que recibió en contrapartida a la entrega de la posesión»¹³⁸, y se fundamenta en la doctrina del enriquecimiento injusto¹³⁹, no resulta una solución inverosímil ni insegura.

4.1.4 EL TÍTULO NULO, ANTE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Si con arreglo al Código Civil no es justo título el título nulo, un problema añadido se nos plantea en relación con la legislación hipotecaria. ¿Puede el artículo 35 LH constituir una excepción y ofrecer a su amparo la posibilidad de una usucapión abreviada sobre la base de un título nulo? Dispone tan polémico artículo:

«A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa».

Naturalmente, si el título inscrito es válido, la utilidad del artículo 35 se sitúa en otro lugar distinto del que aquí nos ocupa, que no es otro que el de la facilidad de prueba. Lo ha indicado Badosa Coll: «al título del artículo 35 le es perfectamente aplicable el artículo 1954 CC lo mismo que al (título) material inscrito. Lo que ocurre es que es mucho más fácil probar el título por equivalencia, gracias a la publicidad formal del Registro, que probar el material, por lo que en la mayoría de los casos el título que se alegará para la usucapión será la inscripción»¹⁴⁰.

Pero ¿y si el título inscrito (material) es inválido? «Será» justo título la inscripción contrasta con la expresión «*se presumirá*» que el precepto maneja para referirse a los restantes elementos de la usucapión. Pero indica Luna Serrano que lo que realmente contrasta es

¹³⁸ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *cit.*, pp. 282 y 283, pues «si bien es cierto que desde el momento en que el cocontratante comprador conoció la nulidad del contrato podía haber solicitado la devolución del precio, también es cierto que mientras el vendedor no exigiese la devolución de la cosa el comprador no tenía por qué devolver nada. No es justo que quien reivindica reciba la cosa y además se quede con el precio».

¹³⁹ *Ibidem*, p. 283.

¹⁴⁰ BADOSA COLL, «Justo título», en *NEJ*, t. XIV, Barcelona, 1971, p. 699.

que al lado de la definición que de justo título da el artículo 1952 CC se establezca la bien rotunda afirmación del artículo 35 LH, a cuyo tenor parecería que un título meramente formal como es la inscripción puede venir a sustituir al justo título material exigido para toda usucapación abreviada. Con ello, si la inscripción se practica de manera válida, pero respecto de un título nulo, la literalidad del precepto daría a la inscripción carácter de justo título, desplazando con ello no sólo a las exigencias materiales del Código Civil, sino a los propios criterios del legislador hipotecario: si a tenor del artículo 33 LH «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes», ¿cómo es posible que se pueda invocar la simple inscripción como justo título para usucapir? ¹⁴¹.

No han sido pocas las voces que se han manifestado en contra de esta equiparación ¹⁴², y que entienden que tan enfática declaración de la Ley Hipotecaria debe entenderse como suministradora, no de un título de equivalencia, sino de una presunción de título que admite prueba en contrario. Y aunque, dado el objeto de este trabajo, no sea éste el lugar oportuno para examinar los distintos argumentos que el precepto ha suscitado, sí es precisa una toma de posición. A mi juicio, el precepto es tan terminante como ha señalado Albaladejo: si se mantiene que el artículo 35 no se limita a establecer una presunción sino que va más allá, dándole justo título a quien disfruta de una inscripción a su nombre, no es que con ello se esté defendiendo un sistema puro de usucapación *secundum tabulas*: naturalmente que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a Derecho, pero si el que adquiere de quien no es dueño o de quien carecía de facultades dispositivas (presupuesto –no dejemos de recordarlo– para comenzar a hablar de usucapión) inscribe su derecho, la usucapión se facilita por este simple hecho. Lo mismo dará que el título sea radicalmente nulo, anulable ¹⁴³, o anulable ya anulado, pues a los efectos de la usucapión hay justo título, pudiendo el titular inscrito ampararse en la usucapión abreviada. Lo que no quita para que:

a) la presunción de buena fe que el propio precepto establece pueda ser destruida por prueba contraria, con lo que quedará obs-

¹⁴¹ LUNA SERRANO, *Comentario...*, cit., pp. 2129 y 2132.

¹⁴² SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1947, pp. 532 ss. MORALES MORENO, «La inscripción y el justo título de la usucapión», *ADC*, 1971, pp. 1123 y ss. LACRUZ, *Elementos...*, cit., t. III, vol. 1.º, pp. 212 y 213, nota 29. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. 1.º, Barcelona, 1989, p. 331.

¹⁴³ Equivocadamente, la sentencia de 4 de octubre de 1969 (RAJ 4478) dice que el ámbito del artículo 35 L. Hip. se limita a los contratos anulables. Sólo se trata de un cómodo expediente para salvar el rigor literal del artículo 33, y así pueda éste leerse en la línea de ser posible que la inscripción con valide, no los contratos nulos, pero sí los anulables. Albaladejo critica esta opinión (*Derecho civil*, cit., t. III, vol. 1.º, p. 211, y también en *Comentarios del Código Civil...*, t. XXV, vol. 1.º, pp. 335 y 336).

taculizada la usucapión ordinaria, pero no necesariamente la extraordinaria;

b) las restantes presunciones (posesión pública, pacífica e ininterrumpida¹⁴⁴), o una de ellas, puedan ser igualmente enervadas, imposibilitándose con ello cualquier tipo de usucapión, incluida la extraordinaria;

c) el propio título pueda ser atacado y destruido, si se demuestra que no corresponde a la realidad; pero esto no será propiamente un ataque contra presunción alguna de justo título, que no es lo que dice el artículo 35 LH, sino contra la propia inscripción¹⁴⁵.

No es, pues, que «por el solo hecho de tener inscrito un derecho, lo usucape, cuando transcurre el plazo legal, aquel a cuyo favor está practicada la inscripción (sino que) en nuestro ordenamiento la inscripción sólo *facilita* la usucapión normal, dando a aquélla el papel de título, y presumiendo, a base de ella, que hay posesión y buena fe»¹⁴⁶. Y que no se diga que con ello se está defendiendo que la inscripción convalida el acto nulo, sino que «aun continuando el acto sin convalidar, se da valor de título, no a tal acto, sino a la inscripción»¹⁴⁷.

Si, merced al mecanismo del artículo 35 LH, así entendido, se hubiera consumado la usucapión abreviada y siguiese todavía viva la acción de restitución consecutiva a la de nulidad (y que dura quince años *ex art.* 1964 CC), el recurso que el cocontratante *trādens* tiene, en un contrato bilateral, consiste precisamente en anular el contrato, devolviendo el precio recibido y recuperando a cambio la finca entregada. Es la usucapión extraordinaria la verdaderamente inexpugnable, basada como está en consideraciones exclusivamente posesorias, pero la usucapión ordinaria parte de la existencia de un justo título, que lo es en tanto no haya sido abatido.

En la jurisprudencia, maneja la equiparación inscripción-justo título las sentencias de 11 de noviembre de 1969 (RAJ 5168), 22 de junio de 1972 (RAJ 2748), 3 de mayo de 1974 (RAJ 2011, aunque ésta enten-

¹⁴⁴ Incluida la presunción de posesión en concepto de titular, que, aunque omitida por el artículo 35, hay que entenderla comprendida también en su ámbito. Así, sentencia de 3 de mayo de 1974 (RAJ 2011), aunque se trata de un caso en el que precisamente venía a faltar tal posesión.

¹⁴⁵ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN van más allá, al pensar que hay, además, que solicitar la cancelación de la inscripción. *Sistema de Derecho civil*, Madrid, 1989, p. 328.

¹⁴⁶ ALBALADEJO, *Derecho civil*, *cit.*, t. III, vol. 1.^o, p. 213. Recuerda Albaladejo que entre los partidarios de su tesis se encuentra Porcileos, que, como Director General de los Registros durante la elaboración de la reforma de la Ley Hipotecaria, puede ser considerado el padre del precepto. *Comentarios...*, *cit.*, t. XXV, vol. 1.^o, p. 347.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 211. Se puede decir, con BADOSA, que el título del artículo 35 suple las irregularidades que de cara a la usucapión tiene todo título inválido, creándose un título con virtualidad propia y autónoma.

dió que además no se había dado posesión en concepto de titular), y 28 de marzo de 1980 (RAJ 1231).

Entienden en cambio que sólo se trata de una presunción de título las de 5 de abril de 1961 (RAJ 1248), 13 de mayo de 1970 (RAJ 3583), 26 de noviembre de 1970 (RAJ 4905), 7 de mayo de 1975 (RAJ 1995) y 8 de mayo de 1982 (RAJ 2559).

Restringe el ámbito del precepto sólo a los contratos anulables la sentencia de 4 de octubre de 1969 (RAJ 4478): «el artículo 35 abarca la amplia gama de los contratos meramente susceptibles de invalidación, comprendido a los anulables, rescindibles, revocables o resolubles y a las adquisiciones no derivadas del legítimo dueño, pero no a los actos jurídicos inexistentes o incursos en nulidad radical.» Además parece dar a entender que el artículo 35 opera sólo para terceros hipotecarios, lo mismo que la sentencia de 13 de mayo de 1970 (RAJ 3583), y acaso también, aunque de forma no muy clara, la de 3 de octubre de 1974 (RAJ 3649)¹⁴⁸.

En suma, como dice Albaladejo, «no cabe sino llegar a la conclusión de que globalmente el TS está algo desnortado sobre cuál es el espíritu del “será justo título la inscripción” del artículo 35 LH, y por ello no ha consolidado una jurisprudencia al respecto, sino que, como hemos visto, da bandazos, algunos casi de zozobrar»¹⁴⁹.

4.2 El título anulable

Decir que el título anulable es justo título de cara a la usucapión no ha de significar que la usucapión va a servir para purificar al título de los vicios o defectos que lo cualifican como anulable. Es ésta una verdad a mi juicio incontestable, pero que tampoco parece tener demasiado clara la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos tiempos.

Trataré, en primer lugar, de tomar partido en la polémica acerca de si el contrato anulable es inicialmente nulo –lo mismo que ocurre en la nulidad radical– o es en realidad un contrato inicialmente válido pero sometido a una validez claudicante (4.2.1), para a continuación extraer consecuencias de cara a la consideración del título anulable de cara a la usucapión ordinaria (4.2.2). No abordaré aquí, para no dispersar el discurso, el tema de a partir de qué momento comienza a contar el plazo de cuatro años propio de la acción de anulabilidad (art. 1301 CC), en cada uno de los supuestos

¹⁴⁸ Solución ésta (la de entender que el art. 35 sólo protege a los terceros hipotecarios del art. 34) calificada por ALBALADEJO, y sin exagerar, de disparatada (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones...*, cit., t. XXV, vol. 1.º, p. 354).

¹⁴⁹ ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., t. XXV, vol. 1.º, p. 344. El mismo autor ha dedicado especial atención al precepto en «La inscripción en el Registro de la Propiedad como justo título a efectos de usucapión», *ADC*, 1992, pp. 5 ss.

propios de la figura (error vicio, intimidación, dolo, falta de capacidad...), pero sí mostraré mi parecer acerca de la solución que merece el supuesto del contrato celebrado por un cónyuge sin contar con el preceptivo consentimiento del otro, pues creo que demuestra una vez más las grandes disfunciones del sistema cuando los mecanismos de sus piezas no se comprenden bien (4.2.3).

4.2.1 ¿ES EL CONTRATO ANULABLE INICIALMENTE NULO O INICIALMENTE VÁLIDO CON VALIDEZ CLAUDICANTE?

«*La acción de nulidad sólo durará cuatro años*», indica el artículo 1301 CC. Todo parece indicar, ante tan categórica afirmación, que los problemas que plantea la acción de *anulabilidad* (que es a la que se refiere el precepto, según el parecer común) no consisten, a diferencia de lo que sucede en la nulidad absoluta, en la indeterminación del plazo para su ejercicio, sino en averiguar la naturaleza del plazo de cuatro años que presenta el artículo 1301 (caducidad o prescripción) y en determinar el momento a partir del que comienza su cómputo, todo ello dentro del rico casuismo planteado por el precepto. Sin embargo, y sin hacer de menos a estos últimos problemas, hay que comenzar afirmando que tampoco está clara la duración ni la naturaleza del plazo que la acción de anulabilidad tiene asignado para su ejercicio.

Suele entenderse, a pesar de la escasa seguridad que proporciona el sistema legal codificado¹⁵⁰, que el plazo para instar la nulidad de un contrato que nació con vicio del consentimiento o falta de capacidad de una de las partes (supuestos típicos de anulabilidad) es el de cuatro años del artículo 1301 y que, además, se trata de un plazo de caducidad¹⁵¹. Por contra, se encuentra la tesis, verdadera-

¹⁵⁰ «Basta asomarse –ha dicho recientemente GORDILLO– al complejo mundo de las nulidades para comprobar el notable esfuerzo de clarificación y de sistematización que, desde la Codificación a nuestros días, se ha venido produciendo. Superando un sinsín de dificultades, atendiendo a las exigencias de la realidad, y rebuscando en su memoria histórica, doctrina y jurisprudencia, entre incertidumbres y dudas, han tratado de situarse desde los difuminados parámetros de una regulación legal inicialmente confusa, imprecisa y lagunosa». GORDILLO CAÑAS, «Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)», en *Centenario del Código Civil* (Asociación de Profesores de Derecho civil), t. I, Madrid, 1990, p. 936.

¹⁵¹ PUIG BRUTAU, *Caducidad y prescripción extintiva*, Barcelona, 1986, p. 58, y en *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, Barcelona, 1986, p. 58. GÓMEZ CORRALIZA, *La caducidad*, Madrid, 1990, p. 599. DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, p. 178. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. 2.º, Madrid, 1987, p. 987, aunque se maneja el criterio de la prescripción en el t. III, Madrid, 1987, p. 655. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. 2.º, Madrid, 1988, p. 120. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. I, p. 465. Posteriormente, también en «La anulabilidad de los contratos», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. D. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Barcelona, 1993, p. 1225; ALBALADEJO, *Derecho*

mente sugestiva, que mantiene entre nosotros, prácticamente en solitario, Delgado Echeverría¹⁵²: el plazo de que habla el precepto no es el que la ley marca para el ejercicio de la acción impugnatoria, sino el plazo para que pueda ser exigida la restitución de las cosas entregadas en ejecución de un contrato que adolecía de uno de tales defectos. Propiamente, la acción de anulabilidad, según eso, tampoco prescribe (ni caduca) por el transcurso del tiempo, al tratarse de una acción meramente declarativa. Pero si ha transcurrido el plazo de cuatro años –que se entendería así también de prescripción–, las consecuencias prácticas de la declaración de nulidad (restitución de las prestaciones ya realizadas) no se obtendrán si el beneficiado por la prescripción la invoca en su favor y enerva con ello la pretensión restitutoria. El plazo es, pues, de prescripción, pues va referido, siempre según el professor Delgado, a una acción de restitución y no a la declaración de nulidad en sí¹⁵³.

Es decir, y siguiendo a De Castro, la acción tiene, lo mismo que la de nulidad, un carácter doble: 1. La declarativa, con la que se busca la declaración judicial de que el negocio nació y sigue teniendo un vicio que determina su nulidad. 2. La restitutoria, que origina el deber de las partes de devolverse recíprocamente lo recibido por el negocio. La fundamental es la primera, pero es propiamente la segunda la que ha venido a regularse por el Código Civil¹⁵⁴.

La diferencia con la nulidad estriba, según estas posturas minoritarias y por el momento, en que el plazo previsto para la restitución consecuente a la anulabilidad de un contrato cuyas prestaciones han sido ya realizadas es, a la sazón, mucho más corto que el general de las acciones personales (art. 1964), aplicable, como acabamos de ver, a la restitución en caso de nulidad radical. Por lo demás, y teniendo esta acción también carácter declarativo, es evi-

civil, t. I, vol. 2.º, Barcelona, 1989, pp. 472 y 537, y t. II, vol. 1.º CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia, 1977, p. 28, en nota 12. Más recientemente, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, p. 246.

¹⁵² DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentarios al Código Civil...*, cit., pp. 322 ss., y allí, p. 336. También en el *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, pp. 544 ss.

¹⁵³ El propio DELGADO indica que su trabajo «La anulabilidad» (ADC, 1976, p. 1023), anterior a su colaboración en los *Elementos*, se encontraba más apegado a la doctrina común. Lo dice en la primera edición de *Comentarios al Código Civil...*, cit., t. XVII, vol. 2.º, Madrid, 1981, p. 248, en nota 2. Es indudable que el cambio de pensamiento de DELGADO influyó poderosamente en su maestro LACRUZ, que recogió las ideas de aquél sobre la anulabilidad: «la acción meramente declarativa, por serlo, no prescribe ni caduca, y podrá ejercitarse cuando haya interés legítimo para ello, el cual no surgirá normalmente mientras, aún no iniciado el cumplimiento, tampoco haya sido reclamado; y de otra parte, habrá desaparecido cuando, cumplido el contrato, haya prescrito ya la acción de restitución». *Elementos...*, t. I, vol. 3.º, Barcelona, 1990, p. 287.

¹⁵⁴ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pp. 504 y 505. Le sigue DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios...*, cit., t. XVII, vol. 2.º, p. 323. Y anteriormente, LACRUZ, *Elementos...*, cit., t. I, vol. 3.º, pp. 284 y 285.

dente que puede ejercitarse en cualquier momento. Otra cosa es que, transcurridos los cuatro años que el Código prevé para las acciones de restitución, deje de existir interés en obtener la declaración de nulidad de un contrato que nació viciado.

Pero veamos por partes el estado de la cuestión. Parece claro que cuando hablamos de anulabilidad estamos tratando, *en general*, de anomalías o deficiencias del negocio menos graves de las que producen la nulidad. «En general –dice Betti– se puede decir que la anulabilidad se presenta cuando un elemento esencial del negocio se halle simplemente viciado, mientras que se tiene nulidad cuando falte un presupuesto de validez, o bien cuando un elemento esencial del negocio se halle simplemente viciado, mientras que se tiene nulidad sólo cuando un elemento del negocio está, precisamente, ausente»¹⁵⁵. No sin razón la figura se crea para contratos «en que concurren los requisitos expresados en el artículo 1261» (art. 1300). Dice Labandera y Blanco que en la nulidad está a la vista de todos el defecto radical de que adolece el contrato, pero que en la anulabilidad la anomalía no se manifiesta tan fácilmente, y por ello necesita ser demostrada. En aquélla habrá, por ejemplo, falta de consentimiento o de uso de razón; en ésta, hay consentimiento (principio tomado de la filosofía estoica «*voluntas quam vis coacta, tamen voluntas est*»), pero viciado¹⁵⁶.

Del dato de la mayor o menor relevancia de la irregularidad se deducen entonces ordinariamente las conocidas consecuencias entre nulidad y anulabilidad, bien resumidas sucintamente por Sacco¹⁵⁷, Galgano¹⁵⁸ y tantos otros¹⁵⁹, y que van referidas a las personas legitimadas, la prescriptibilidad de la acción, la insanabilidad del vicio, la posibilidad o no de apreciación de oficio por el juez, y como resultado, la naturaleza de la declaración: sentencia meramente declarativa en el caso de nulidad radical, y sentencia constitutiva en la anulabilidad.

Aunque probablemente no se trate tanto de que se deba llegar a la aplicación de uno u otro régimen sobre la base de preconceptos doctrinales, cuanto de que son razones de política legislativa las

¹⁵⁵ BETTI, *Teoría general del negocio jurídico* (trad. de Martín Pérez), Madrid, 1949, p. 353.

¹⁵⁶ LABANDERA y BLANCO, «Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código Civil (arts. 1261, 1300 y 1290)», *RDP*, 1913-1914, p. 176.

¹⁵⁷ SACCO, «Il contratto», en el *Trattato di Diritto civile italiano* de VASALLI, vol. 6.^º, t. 2.^º Torino, 1975, pp. 875 y 896.

¹⁵⁸ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. 2.^º, t. 1.^º, Padova, 1990, pp. 309 ss. También en *El negocio jurídico* (trad. española de Blasco Gascó y Prats Albertosa), Valencia, 1992, pp. 316 ss.

¹⁵⁹ Puede verse cualquiera de los manuales generales que se citan en estas páginas. Una síntesis sobria de las diferencias, con referencias doctrinales exhaustivas, puede verse en CAPILLA RONCERO, «Nulidad e impugnabilidad del testamento», en *ADC*, 1987, pp. 22 ss.

que llevan al legislador a elaborar los dos regímenes de ineficacia y los catálogos de negocios que han de sujetarse a uno o a otro, como ha dicho Jordano Fraga¹⁶⁰. Resulta significativo, en efecto, que la Ley 19 de la Compilación navarra declare nulas «*las declaraciones de voluntad emitidas por menores no emancipados o personas que no se hallen en su cabal juicio*» (párrafo 1.º), y anulables en cambio «*las declaraciones viciadas de error, dolo o violencia física o moral graves*» (párrafo 2.º), o que el Derecho comparado conozca soluciones distintas ante idéntica anomalía contractual. No deja de llamar la atención que, junto a las sentencias que declaran radicalmente nulos los contratos celebrados por el incapaz natural, las hay también que abren la puerta a la anulabilidad¹⁶¹. O que las enajenaciones de bienes de los hijos menores llevadas a cabo por los padres sin la debida autorización judicial sean declaradas radicalmente nulas en unas ocasiones (sentencias de 28 de mayo de 1965, RAJ 3083, o 26 de junio de 1989, RAJ 4782) y en otras, meramente anulables (sentencias de 30 de marzo de 1987, RAJ 1839, o de 9 de mayo de 1994, RAJ 3894), o hasta ni una cosa ni la otra, o las dos a la vez (sentencia de 21 de mayo de 1984, RAJ 2497¹⁶²). O que el error obstativo sea a veces considerado como claro caso de falta de consentimiento y se le aplique la solución de la nulidad (sentencia de 23 de mayo de 1935, RAJ 1124), y a veces se prefiera asimilar al error vicio y se opte por la anulabilidad (sentencias de 17 de octubre de 1989, RAJ 6928 y 8 de abril de 1995, RAJ 3246). O que el defecto de forma, cuando ésta constituya elemento esencial del contrato, degenera en anulabilidad, a instancia del consumidor, en el artículo 4 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, y no en nulidad, como correspondería según las formulaciones clásicas.

¹⁶⁰ JORDANO FRAGA, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Bolonia, 1988, pp. 21 y 333. En efecto, cabe preguntarse: ¿dónde está la frontera entre el consentimiento viciado por violencia o intimidación y el consentimiento de tal manera violentado que permite hablar de falta absoluta del mismo? ¿Es enteramente cierto que es la naturaleza del interés, público o privado, lo que justifica la aplicación de los regímenes de nulidad y anulabilidad? Nadie duda que un contrato con absoluta indeterminación del objeto es inexistente, y no se ve por ningún lado el interés general (así, CAPILLA, «*Nulidad e impugnabilidad del testamento*», *ADC*, 1987, p. 29). En contra, y más en la postura clásica (como él mismo reconoce), ESPÍN, «*La nulidad en el Derecho civil*», en *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*, Madrid, 1977, p. 238.

¹⁶¹ Véanse las sentencias de 21 de marzo de 1952 (RAJ 504), 17 de marzo de 1961 (RAJ 959), 10 de noviembre de 1969 (RAJ 5134) o 28 de abril de 1974 (RAJ 2107). En cambio parecen apuntarse a la nulidad relativa las de 27 de marzo de 1963 (RAJ 2121) y 1 de febrero de 1986 (RAJ 408), y tal vez la de 4 de abril de 1984 (RAJ 1926).

¹⁶² Véanse las contradicciones de esta resolución en PASQUAU, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, p. 109. Sobre el tema, una excelente síntesis en GUILARTE ZAPATERO, «*De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales*», *Actualidad Civil*, 1992, pp. 443 ss. y 481 ss.

La tendencia expansiva de la anulabilidad ha sido explícitamente puesta de manifiesto por Gordillo Cañas, después de dudar acerca de la nulidad radical como respuesta correcta o conveniente para los casos fronterizos¹⁶³. Actualmente, creo que se puede mantener: a) que es el legislador quien, con base en razones de pura política legislativa, establece el tipo de invalidez propio de cada caso, sin sometimiento dogmático a tipologías preconstituidas; b) que no está nada claro que la nulidad sea el régimen general de la invalidez contractual, o, al menos que la anulabilidad constituya un Derecho excepcional, sino a lo sumo «especial», lo que no cierra la puerta a la aplicación analógica de las normas reguladoras del instituto¹⁶⁴; c) que la concepción bipartita nulidad/anulabilidad, que lleva por inercia a averiguar en primer lugar ante qué defecto nos encontramos para a continuación asignar en bloque las consecuencias que de siempre se ha dicho que existen entre ambas (remedios, legitimación, prescripción, etc.), carece, bien mirada, de apoyo sólido en los textos legales, y menos aún en nuestro Código Civil¹⁶⁵.

En este trabajo, como fácilmente se comprenderá, no es posible entrar con la profundidad que el tema merece en las funciones y

¹⁶³ GORDILLO CAÑAS, «Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual», *RDP*, 1983, pp. 214 ss.; *Capacidad, incapacidad y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986, pp. 249 ss.; «Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)», en *Centenario del Código Civil* (Asociación de Profesores de Derecho civil), t. I, Madrid, 1990, pp. 935 ss.

¹⁶⁴ Así, no puede sorprender que la sentencia de 30 de junio de 1978 (RAJ 2629) prefiera la anulabilidad para los actos llevados a cabo por el quebrado contraviniendo lo dispuesto en los artículos 1914 CC y 878 CCom (una anulabilidad atípica dispuesta en interés de los acreedores, dice DELGADO ECHEVERRÍA, *Nulidad de los actos del quebrado en el periodo de retroacción de la quiebra*, Aranzadi Civil, 1993, II, pp. 2499 ss.). Para CARRASCO PERERA (en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 1.º, Madrid, 1992, en especial, pp. 829 y 830) ni siquiera es correcto decir que el artículo 6.3.º es la regla general en materia de nulidades, con lo que mal puede servir para resolver la preferencia que haya que dar en nuestro sistema a la nulidad o a la anulabilidad. El precepto solamente contiene la sanción propia de los actos contraventores de normas prohibitivas, cosa bien diferente de los problemas relativos a la capacidad de los contratantes o a los defectos de consentimiento.

¹⁶⁵ Últimamente, PASQUAU LIAÑO (*Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997) no se ha limitado a resumir las aportaciones doctrinales, sino a hacer una valiente y decidida apuesta en pro de una superación de la dualidad, que me permite resumir con los siguientes interrogantes: si lo que hay detrás de la expansión de la anulabilidad es una auténtica huída del régimen de la nulidad, considerado en exceso severo para cuestiones que no son *ilicitudes* sino meras *irregularidades* contractuales, ¿no sería mejor un régimen unitario en cuyo seno puedan hacerse las necesarias modulaciones? ¿Es herético decir que puede haber una nulidad de pleno derecho *relativa*? ¿Es inconcebible una nulidad de pleno derecho no apreciable de oficio? Si en esa pseudonulidad de pleno derecho del artículo 1259 cabe que el acto celebrado por un tercero sin poder ser ratificado, ¿no será porque se puede hablar de nulidad de pleno derecho *convalidable*? Esta línea ecléctica se encuentra en la segunda edición de los *Comentarios de DELGADO ECHEVERRÍA*, t. XVII, vol. 2.º, p. 301: «Podría así ocurrir, por ejemplo, que estuviera en manos de cualquier interesado hacer valer una nulidad y, sin embargo, señalarse plazo para ello (...) o, por el contrario, limitar a ciertas personas (o excluir a algunas) el ejercicio de la acción, pero dotar en lo demás a la invalidez de los caracteres de la imprecriptibilidad e inconvalidabilidad (...).».

disfunciones del esquema de la ineficacia del contrato en su, tradicionalmente admitido, frente dual nulidad/anulabilidad. Si el tema se aborda desde su periferia es, como sucede con el resto de las cuestiones, por razón de su conexión con el instituto de la usucapión. Doy por cierta la dicotomía –sin dudar de que el tema dista mucho de encontrarse resuelto–, limitándome a hacer esta toma de partido como un *prius* discutible, pero necesario para deducir después las consecuencias del título nulo y del anulable de cara a la usucapión. Por otra parte, me he limitado a proponer tales tensiones en relación con actos más o menos clara o discutidamente incluibles en el régimen del artículo 1301 (y concordantes) *desde su mismo tenor*, sin que ello signifique que yo piense que en el artículo 1301 se agotan los supuestos de la anulabilidad: antes bien, es difícil no compartir la tendencia doctrinal expansiva del instituto, como lo demuestran los sólidos argumentos en favor de dicha sanción para los actos llevados a cabo por el quebrado en el período de retroacción de la quiebra, o para tantos otros (no así, en cambio y por ejemplo, para los actos dispositivos sobre bienes de hijos menores celebrados por los padres sin la debida autorización judicial, para los que me convence más la solución de la nulidad). No he querido entrar pues, además, de cara a lo que en esta obra se pretende, los esquemas de las tensiones entre prescripción y usucapión serían semejantes a los que aquí se proponen.

La doctrina dominante viene a considerar el contrato anulable como inicialmente válido y eficaz. Tratándose de una sentencia constitutiva –dice Díez-Picazo–, «determina la ineficacia de un negocio que ha sido, hasta el momento en que la acción se ejercita, eficaz, aunque con una eficacia claudicante»¹⁶⁶. También en la opinión de Albaladejo es el contrato anulable provisionalmente válido y, por el momento, plenamente eficaz, pues viene a modificar la situación jurídica preexistente (así, el vendedor adquiere un derecho al precio y el comprador un derecho a la cosa), pero la nulidad se encuentra pendiente del titular del derecho a impugnarlo: hay así, no una *invalidez actual*, sino una *invalidez potencial*, y de ahí que la sentencia tenga carácter constitutivo¹⁶⁷. No de otra manera puede, a su juicio, comprenderse que el régimen de la anulabilidad (a la sazón, el regulado propiamente en el Código Civil bajo la denominación de «nulidad») vaya referido en el artículo 1300 a contratos «en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261»,

¹⁶⁶ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, t. I, *cit.*, pp. 460 ss.

¹⁶⁷ ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. I, vol. 2.⁶, *cit.*, p. 469. También en *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, pp. 415 y 417. Entre los que han defendido el carácter del título anulable como de validez claudicante está LUNA SERRANO, en *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 2131.

esto es, a contratos válidos. También Clavería Gosálbez dice terminantemente que «a diferencia de los negocios nulos, los anulables son provisionalmente válidos y eficaces antes de que adquiera firmeza la sentencia –constitutiva– en la cual se establezca su anulación; producida ésta, se entienden inválidos e ineficaces retroactivamente, es decir, desde el instante de su celebración»¹⁶⁸. Podría también argumentarse en esta línea notando que el artículo 1300 dice que tales contratos «pueden ser anulados», es decir, reducidos a la nulidad, con lo que una interpretación *contrario sensu* permitiría deducir que antes de la impugnación no eran nulos. «La palabra “pueden” –señala Robleda– indica que, dejados dichos actos sin impugnación, continuarian teniendo definitivamente eficacia, validez»¹⁶⁹.

En la doctrina italiana son también muchas las voces que mantienen la eficacia (aunque claudicante) del contrato anulable no impugnado. Por todos, puede citarse a Messineo: si cuando se trata de negocio nulo la sentencia es de *accertamento negativo*, «cuando se trata de negocio (o acto) anulable y anulado, la sentencia es constitutiva, en el sentido de que añade a la situación el efecto de *tocar de lleno* el negocio y privarlo entonces de eficacia»¹⁷⁰. En contra, Galgano hace ver que tal distinción es equívoca¹⁷¹.

Con todas estas consideraciones, es fácil comprender, como veremos, que la doctrina suela entender el plazo de cuatro años como de caducidad, y referido propiamente a la facultad de pedir la anulación, no la restitución. Pero, aun reconociendo que no es opinión común, me parece, siguiendo a Delgado Echeverría, que la configuración del contrato anulable como inicialmente válido y eficaz acaso «debe demasiado a la doctrina alemana e italiana, y acepta sin suficiente comprobación la existencia de un derecho potesta-

¹⁶⁸ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia, 1977, pp. 38 y 39, con abundantes referencias de doctrina española e italiana.

¹⁶⁹ ROBLEDA, *La nulidad del acto jurídico*, Santander, 1947, p. 79. En esta línea pueden verse también las Notas de GETE-ALONSO a ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Derecho civil. Parte general*, t. I-2.º, vol. 2.º, Barcelona, 1981, pp. 768 ss.

¹⁷⁰ MESSINEO, voz «Annulabilità e annullamento (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, t. II, Milano, 1958, p. 480. También en CICU-MESSINEO, *Trattato di Diritto civile e commerciale*, vol. XXI, t. II, Milano, 1972, p. 296. CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto processuale civile*, t. I, Napoli, 1935, p. 180.

¹⁷¹ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. 2.º, t. 1.º, Padova, 1990, p. 313. En *El negocio jurídico*, cit., pp. 320 y 321, puede leerse: «la distinción es equívoca, desde el momento en que la sentencia de anulación, al igual que la de nulidad, tiene efectos retroactivos entre las partes y elimina *ab initio* el contrato. De modo que la posición de quien debe ejecutar un contrato que esté afectado por una causa de invalidez no varía dependiendo de que se trate de una causa de nulidad o de anulabilidad: en ambos casos si se resiste a ejecutar el contrato, deberá promover el juicio para su invalidación, y a él le incumbrá, en igual medida y en ambos casos, el riesgo de ser condenado por incumplimiento si la demanda de nulidad o la de anulabilidad no es estimada».

tivo o de configuración jurídica en manos del legitimado para hacer valer la anulabilidad, así como la naturaleza constitutiva de la correspondiente sentencia»¹⁷². Dice este autor que considerar el contrato anulable como originariamente inválido e ineficaz es más acorde con un Código que regula los contratos anulables bajo una rúbrica que reza «*De la nulidad de los contratos*», designando la anulabilidad como nulidad en numerosos artículos y separándola de la rescisión, propia de los contratos válidamente celebrados¹⁷³. Aunque puede que éste no sea el argumento decisivo, pues lo único que demuestra es que en 1889 no se había importado aún de la práctica foránea el concepto de anulabilidad.

No por ser minoritaria deja de ser muy sólida la tesis de Delgado en defensa de la invalidez originaria del contrato anulable, con la consiguiente consecuencia de la imprescriptibilidad de la acción (y ello a pesar de que no van a ser pocas las dificultades que ofrecerá esta forma de concebir la anulabilidad cuando haya que estudiar el título anulable de cara a la usucapición ordinaria). Creo que existen argumentos suficientemente fundados para participar de ella:

a) En primer lugar, no veo nada claro que la facultad de impugnación represente «un poder para modificar una relación negocial». Si así fuese, sería fácil entender, como hace De Castro, que, al tratarse de una facultad o acción que no tiene carácter de verdadero derecho subjetivo, se encontrase sometida a un plazo de caducidad¹⁷⁴. Lo que no se entiende entonces es que el mismo autor afirme que, declarada la nulidad de un negocio jurídico por sentencia judicial, quedan destruidas «sus posibilidades de confirmación y de sanarse por la caducidad de la acción de nulidad, (y) aparece la *originaria invalidez* del negocio»¹⁷⁵. Precisamente porque la acción impugnatoria puede *no* ser considerada como una facultad de configuración de la situación contractual –como, siguiendo (aquí sí) a De Castro, quiere Díez-Picazo¹⁷⁶– es por lo que el contrato anulable merece ser considerado como originariamente inválido, la sentencia como un pronunciamiento meramente declarativo y la acción

¹⁷² DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios...*, cit., p. 316.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 317. Véase también *Elementos...*, cit., t. II, vol. 2.º, Barcelona, 1987, p. 366. Últimamente, Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA ha restado importancia al argumento: «las imprecisiones terminológicas del Código son conocidas por todos. No es significativo que el Código llame “nulos” a los contratos “anulables”, máxime cuando la distinción entre nulidad y anulabilidad, al modo en que hoy se entiende, es posterior a la redacción del Código, y por lo tanto, no pudo ser prevista por sus autores». *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, p. 42.

¹⁷⁴ DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, p. 178.

¹⁷⁵ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., p. 508.

¹⁷⁶ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., t. I (edic. de 1979), p. 307. También ALBALADEJO: «se advierte en general que se trata de un derecho potestativo por el que se consigue, si se ejerce, la constitución del contrato inicialmente válido en inválido retroactivamente».

como imprescriptible (con independencia de la prescripción –no caducidad– a los cuatro años de las pretensiones de restitución consecutivas a la anulación de un contrato anulable con prestaciones ya ejecutadas) ¹⁷⁷.

Aunque tal vez la distinción entre los llamados derechos potestativos y los derechos subjetivos, valiendo aquí para decidir si existe o no una facultad de configuración del negocio jurídico, no sirve del todo para dar con una nota distintiva entre caducidad y prescripción. Como ha dicho Gómez Corraliza, «nada impediría al legislador someter un derecho de los llamados derechos potestativos no a caducidad sino a prescripción extintiva». Normalmente serán casos de caducidad los que aluden a derechos potestativos, pero el instituto de los derechos potestativos no tiene por qué absorber de modo exclusivo a todas las hipótesis de caducidad, y además puede haber plazos de caducidad impuestos con relación a derechos no potestativos ¹⁷⁸.

b) Por otra parte, el que la legitimación para impugnar resida sólo en cabeza del perjudicado por el negocio no debe confundirnos. Dice Albaladejo que en el contrato nulo la ley no quiere el negocio *en sí*, pero en el anulable no lo quiere en la medida en que daña al perjudicado, y por ello es él y sólo él quien tiene legitimación activa ¹⁷⁹. Y, siendo esto cierto, creo que lo único que significa es, como señala Delgado, que si la parte afectada por la anulabilidad «no la hace valer, todo sucederá como si el contrato fuera válido y eficaz: fenómeno normal en el Derecho privado, en que el ejercicio y defensa de sus derechos se abandona de ordinario al arbitrio del interesado» ¹⁸⁰.

c) Si el artículo 1300 permite la anulación de «los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261» o si, paralelamente, el artículo 1310 permite la confirmación de «los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1261», ello no tiene por qué significar que todos los contratos en que concurran los requisitos del artículo 1261 son inicialmente válidos, sino que, por lo pronto, aquellos en que tales requisitos no se den, son nulos (y por lo mismo, no susceptibles de confirmación). Tal vez convenga recordar que para el típico supuesto de ineficacia sobrevenida en que consiste la rescisión, el artículo 1290 no dice

¹⁷⁷ Más recientemente, parece que en sentido diverso, señala DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, cit., t. I, Madrid, 1993, p. 463): «tampoco puede pensarse que exista un régimen jurídico que haga autónomas a una y a otra acción. Por ejemplo, que la primera sea imprescriptible y sólo la segunda caduque».

¹⁷⁸ GÓMEZ CORRALIZA, *La caducidad*, Madrid, 1990, pp. 203 y 204.

¹⁷⁹ ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. I, vol. 2.º, cit., pp. 471 y 472.

¹⁸⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios...*, cit. (edición de 1981), p. 245.

que «pueden rescindirse los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261», sino —y ahora sí— «los contratos válidamente celebrados». El contraste entre la expresión utilizada para la anulabilidad en el artículo 1301¹⁸¹ y la utilizada para la rescisión en el 1290 bien puede servir, pues, para añadir un argumento más, siquiera sea a mayor abundamiento, en favor de la invalidez inicial del contrato anulable, y para decir que no sólo son nulos los contratos carentes de un requisito esencial, sino también aquellos en que, aun dándose los requisitos esenciales, exista un vicio invalidatorio en el consentimiento o en la capacidad. Reparemos además en cómo concluye el artículo 1300: «siempre que adolezcan de alguno de los vicios *que los invalidan* con arreglo a la ley». Y también en el carácter retroactivo que a la confirmación otorga el artículo 1313 («La confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración»): si el contrato ya fuese válido desde el principio, cabría preguntar: ¿de qué tiene que purificarse desde el principio?¹⁸²

d) Otro argumento que se puede manejar en favor de la tesis que aquí se mantiene es el que hace referencia al carácter perpetuo de la excepción de anulabilidad. Hoy día es bastante común la opinión de que la excepción de anulabilidad es imprescriptible. Parece, en efecto, bastante lógico que si quien contrató con el incapaz o con el que prestó su consentimiento con vicio reclama el cumplimiento del contrato, podrá la parte que se vio afectada por la incapacidad o el vicio hacer valer en cualquier tiempo el carácter anulable del contrato. Como señala De Castro, el paso del tiempo no hace desaparecer la condición viciada del contrato, sino que, antes bien, ha de perdurar la posibilidad de oponer la acción declarativa por vía de excepción¹⁸³.

Es decir, la situación es diametralmente opuesta a la que se da cuando se quiere hacer valer fuera de tiempo la irregularidad o anomalía del contrato por vía de acción: si aquí lo que sucede es que, para que se produzcan las recíprocas restituciones, se desea cuestionar de modo extemporáneo un cumplimiento que ya ha tenido

¹⁸¹ Si éste dijese que «pueden ser anulados los contratos en que concurren los requisitos para su validez», tal vez el presente argumento no tendría la misma solidez. Pero al decir «los requisitos que expresa el artículo 1261», tan necesario para su validez inicial es que se dé el elemento como que el elemento, además de darse, no se encuentre viciado.

¹⁸² Naturalmente, los que piensan en la invalidez inicial del contrato anulable contestarán diciendo que lo que hace la confirmación es consolidar la validez presente, dotándola de una naturaleza de convalidación en sentido amplio. Así, CLAVERÍA, *La confirmación...*, pp. 62 ss. También LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, en expresa contestación a las tesis de DELGADO ECHEVERRÍA, *cit.*, p. 42.

¹⁸³ DE CASTRO, *El negocio...*, *cit.*, p. 511. También PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, Barcelona, 1988, p. 307.

lugar, en el *lenguaje* de la excepción ocurre que un contrato anulable que aún no ha sido consumado se pretende hacer valer para forzar al otro a cumplir. Y por ello el tratamiento ha de ser el de la perpetuidad de la excepción, pues de lo contrario, el resultado sería absolutamente injusto: el que provocó el vicio podrá permanecer en silencio sin exigir el cumplimiento del contrato hasta transcurridos los cuatro años, con lo cual la contraparte no sólo no podría impugnar, sino que además se vería obligado a cumplir si es que todavía no lo había hecho¹⁸⁴.

El texto de Paulo, recogido en el Digesto (44, 4, 5, 6) decía que «*quæ temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*», y aunque no han faltado autores que entendieron inaplicable la regla a los casos de anulabilidad¹⁸⁵, queriendo ver que no hay diferencia entre acción y excepción, parece hoy ya cuestión admitida que ante un contrato anulable todavía no ejecutado, la parte requerida puede hacer valer en cualquier tiempo por vía de excepción la irregularidad del mismo. No sin razón el antecedente del artículo 1301 en el Proyecto de 1851 decía: «no puede reclamarse por vía de acción sino dentro de cuatro años» (art. 1184). Y comentaba el propio García Goyena: «por vía de acción: como excepción podrá oponer-

¹⁸⁴ Así, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., vol. 2.º, p. 167. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. I (edic. de 1979), p. 308. En la edición de 1993 este autor matiza: si en los casos de error o dolo el cómputo comienza desde la consumación del contrato, es difícil de predicar la perpetuidad de la excepción, «porque frente a un contrato consumado sólo cabe el ejercicio de la acción. La excepción es posible si el error o el dolo se desvanecieron pronto, el contrato no estuviera todavía consumado y la otra parte reclamara el cumplimiento» (pp. 466 y 467). La idea se reitera más adelante, al tratar de si la caducidad de la acción de anulación es un tipo de confirmación tácita o no, solución que «tiene que ser contrastada con la admisibilidad del ejercicio de la anulabilidad por vía de excepción, para lo cual es decisivo el hecho de que el contrato haya sido o no ejecutado». Si no lo ha sido, nada impide al interesado poner la anulabilidad por vía de excepción, «si la otra parte reclama el cumplimiento del contrato después del plazo de caducidad» (p. 476, aunque esto último también aparecía en la anterior edición, p. 310). CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La confirmación...*, cit., pp. 53 y 54. También basándose en consideraciones de equidad, ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., t. I, vol. 2.º, p. 473. No parecen simpatizar COLIN y CAPI-TANT: «nada impide al deudor, sin esperar a que le sea pedido el cumplimiento, tomar la delantera y destruir el contrato al que fue llevado fraudulentamente». *Curso elemental de Derecho civil*, cit., t. III, Madrid, 1987, p. 763.

¹⁸⁵ ALAS, DE BUEN y RAMOS eran de esta opinión, pero, como ellos mismos advierten, su conclusión deriva de la previa configuración de la prescripción extintiva como pérdida del derecho mismo, «pues a derecho hacemos equivaler la acción». De ahí que entendiesen que si no se ejercita la acción de nulidad, prescribe el derecho, o lo que es lo mismo, la acción y la excepción. *La prescripción extintiva*, Madrid, 1918, p. 118. Por su parte, MANSERA ve también identidad de razón entre los dos recursos, acción y excepción. La regla del Código alude a la acción, y si se quiere que sólo dure cuatro años, su propósito quedaría desvirtuado si se afirma la perpetuidad de la excepción, pues ha de ser irrelevante la posición que en el pleito mantenga cada parte: si quien pudiendo utilizar la acción, no lo hizo, esta suerte de confirmación tácita le tiene que impedir hacer valer la excepción: «al transcurrir el cuatrienio legal, así como se extinguía aquélla, se acabó también la posibilidad de alegar excepción por idénticos motivos». *Comentarios al Código Civil*, t. VIII, vol. 2.º, Madrid, 1967 (edic. a cargo de Moreno Mocholí), p. 849.

se cuando quiera porque las acciones temporales son perpetuas como excepciones»¹⁸⁶.

Ninguna justificación a la regla de la perpetuidad de la excepción ha sido más gráficamente explicada que la de Mucius Scaevola: «Una cosa es la acción, con la que el contratante que se considera perjudicado en sus derechos afronta el riesgo de un litigio, poniendo a su contrario en la tortura natural de toda demanda, y otra es la excepción, con la que se sacude simplemente el peso del contrato, cuando llega a los hombros, sin propia iniciativa de discusiones judiciales de ninguna clase. No puede negarse que, en el fondo, la acción y la excepción son lo mismo; por ambos medios se ejerce el derecho que se tiene, y por los dos caminos se va a parar igualmente en la declaración legítima propia del caso. Pero la acción puede limitarse, a fin de que, pasado cierto tiempo, ambos contratantes descansen tranquilos, libres de la zozobra correspondiente al peligro del entablamiento de aquélla; la excepción, en cambio, no debe ser limitada, para que, del descuido en tomar la iniciativa de la declaración de nulidad, no se aproveche un contratante astuto, tratando entonces de dar eficacia a lo que no la tenía ni pudo tenerla en ninguna ocasión. Por consecuencia, si pasados cuatro años, nadie puede acudir en demanda de que se anule un convenio, es justo, a la inversa, que no tenga límite alguno su facultad de oponerse a las reclamaciones derivadas del mismo, caso de que alguna vez llegaran a formularse en época posterior»¹⁸⁷.

Pues bien, los mismos autores que hablan del plazo de cuatro años como de caducidad, son los que mantienen al tiempo el carácter perpetuo de la excepción. Personalmente, creo que estaría más en consonancia con su manera de concebir la anulabilidad (derecho protestativo de configuración del negocio válido, o al menos, como eficaz *ab initio*, bien que de manera precaria o claudicante) el defender para la excepción también el imperativo de la sujeción al tiempo. Creo que si se mantiene la perpetuidad de la excepción es precisamente porque a la parte no legitimada para impugnar (ese «contratante astuto» del texto de Scaevola) no se le puede dar la posibilidad de permanecer en silencio cuatro años para luego reclamar convencido de que el incapaz o el contratante con consentimiento viciado no va a poder oponer la excepción (ello, salvo que

¹⁸⁶ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. III, Madrid, 1852 (edic. facsimilar de Barcelona, 1973, p. 194).

¹⁸⁷ MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, t. XX, Madrid, 1904, p. 987. Eso sí, el comentarista es de la opinión de que lo que dura cuatro años no es la acción restitutoria, sino la propia acción dirigida a obtener la declaración de nulidad, lo cual es lógico dado que en la época en que acomete sus comentarios no se conocía en España la entidad de las acciones declarativas.

la acción de cumplimiento hubiera prescrito ya, por el transcurso de los quince años del art. 1964 CC). Las cosas sólo encajan entendiendo que el contrato no era válido, y por lo mismo no puede buscarse ahora su validez exigiendo las prestaciones. Como ha dicho Delgado, admitir la imprescriptibilidad de la excepción es contradictorio con la consideración del plazo como de caducidad¹⁸⁸.

e) En conclusión, no hay un poder de libre configuración del negocio; si la invalidez es originaria y no sobrevenida, y si la sentencia es por lo mismo declarativa y no constitutiva, la acción de anulabilidad es como tal imprescriptible. Lo que sucede es que el plazo para que pueda imponerse la restitución de las cosas prestadas (natural consecuencia de la sentencia) es de cuatro años, a contar desde el *dies a quo* que para cada supuesto marca el artículo 1301. El único interés que tiene entonces el ejercitar la acción cuando tal período ha transcurrido ya consiste en que, al tratarse de un plazo de prescripción (por aludir a una pretensión restitutoria), no podrá ser acogida de oficio, sino que hará falta que la parte demandada oponga la prescripción de la acción. Escaso interés, evidentemente, pues lo normal será que la excepción resulte, efectivamente, opuesta¹⁸⁹.

Distinto parecer ha mantenido últimamente Pasquau Liaño, en la línea de su intento de construcción de un único régimen de invalidez (nulidad de pleno derecho con soluciones funcionalmente distintas en orden a la legitimación activa, la apreciación o no de oficio y la convallidación). Entiende que el impugnante dispone de un derecho a optar por la nulidad del contrato, opción que dura cuatro años. La opción se puede ejercitar de forma extrajudicial si se trata de una causa manifiesta, no requerida de actividad jurisdiccional: falta de capacidad de obrar, falta de forma en los casos en que, siendo precisa una concreta para la validez del acto, su ausencia merezca la sanción de anulabilidad, y ausencia del consentimiento del cónyuge cuando se exija éste. Hará falta el ejercicio judicial de la acción en caso contrario: vicios del consentimiento. Ejercitada la acción dentro del plazo (de caducidad) del artículo 1301, o expresada la voluntad anulatoria de forma extrajudicial, queda, a juicio de Pasquau, integrada la causa de nulidad, y si la otra parte no se aviene a restituir, se dispondrá ahora de la acción de restitución, que por no tener asignado plazo especial, prescribe por el transcurso de quince años (a contar, no desde la declaración de nulidad, sino desde la entrega o cumplimiento). El plazo de cuatro años no es, según este parecer, plazo para la acción de restitución¹⁹⁰.

¹⁸⁸ DELGADO, *Comentarios...*, cit., pp. 340 y 341.

¹⁸⁹ No acabo entonces de entender que DE CASTRO refiera el plazo de cuatro años a la acción de restitución, opte por el carácter declarativo de la sentencia y por la invalidez inicial del contrato anulable, y en cambio diga que se trata de un plazo de caducidad. Acaso se trate de un obsequio a la doctrina dominante, como señala DELGADO, *Comentarios...*, cit., p. 253, en nota 9.

¹⁹⁰ PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, cit., pp. 299 ss., en especial, pp. 302, 305 y 306.

Propongo a Pasquau el siguiente ejemplo: un incapacitado celebra y cumple una venta en 1970. En 1984 recibe una resolución judicial por la que se levanta la incapacitación. Tiene entonces cuatro años para impugnar (cosa que, obviamente, no hizo su representante legal mientras duró la incapacitación): hasta 1988. Pero si se ejercita ahora la acción de restitución entre 1985 y 1988, el contrato, ya nulo, no podrá servir de base a una restitución que ha prescrito extintivamente en 1985. Yo prefiero, siguiendo a Delgado, otra solución: la acción para instar la nulidad es imprescriptible, pero la restitución dura lo que dure la incapacitación y cuatro años más: se podrá intentar hasta 1988. El único obstáculo posible será el de la usucapición extraordinaria (la ordinaria no juega *inter partes*): el comprador habría ganado por usucapición en 1976 si la cosa es mueble (6 años, art. 1955); si es inmueble, habrá que restituir, porque la usucapición extraordinaria (treinta años, art. 1959) no se ha podido producir. Sobre estos temas, *vid. infra*, 4.2.2.

Y todo ello, con independencia de que, aunque no se haya producido la prescripción extintiva de la acción, pueda haber tenido lugar una adquisición del derecho por usucapición. Piénsese, por ejemplo, en el caso de los incapaces, en que el inicio del cómputo lo marca el momento en que se adquiera o recupere la capacidad. Puede suceder que el representante legal no haya ejercitado la acción, con lo que queda abierta la posibilidad de que quien es incapaz actúe cuando deje de serlo, pero también de que la contraparte alegue la usucapición del derecho. Ahora bien: acaso pudiera pensarse que, ya que el título anulable se considera justo título a efectos de usucapición, podría la contraparte oponer la usucapición ordinaria, pero no es así: mientras esté vigente la acción de anulación, la usucapición corta no puede impedir su eficaz ejercicio por el sujeto protegido. Pero cosa bien distinta es que *además* de existir título anulable, faltase en el disponente incapaz la titularidad de la cosa: ahí es donde jugaría la usucapición corta para favorecer al adquirente, pero no frente al incapaz, sino frente al *verus dominus*. Y si, opuesta tal usucapición, la acción impugnatoria viniese luego a ser ejercitada, a quien verdaderamente beneficiaría la usucapición es al impugnante¹⁹¹.

Los pronunciamientos jurisprudenciales acerca de si el plazo de cuatro años es de prescripción o de caducidad no son excesivamente reveladores, debido a lo relativamente reciente que es entre nosotros el concepto de caducidad. La sentencia de 13 de noviembre de 1916 (Col. Leg., núm. 63) declaró correcto no apreciar de oficio el transcurso del plazo de prescripción por no «haber sido debatida en el período de discusión escrita del pleito». También la de 23 de octubre de 1908 (Col. Leg., núm. 41) permite la interrupción del plazo: «la acción de nulidad

¹⁹¹ En cambio sí sería obstáculo frente a la acción de anulabilidad pretendida por el incapaz que dejó de serlo la eventual usucapición extraordinaria, basada como está sólo en razones de posesión y no de cualificación del título.

prescribe con el transcurso de más de cuatro años sin haberse interrumpido la prescripción por reclamación extrajudicial ni por reconocimiento de la parte demandada, como requiere el artículo 1973 del Código Civil». En la de 5 de diciembre de 1927 (Col. Leg., núm. 108) el Supremo declaró improcedente el recurso porque, aunque el plazo había transcurrido, fue alegado como cuestión nueva en casación. Más indirectamente, pero en el mismo sentido, la de 28 de abril de 1931 (Col. Leg., núm. 140) resolvió un caso en el que había mediado querella criminal y juicio ejecutivo, y el Tribunal Supremo consideró que ni una ni otro interrumpen el plazo, pero al concluir decidió que la acción había prescrito porque habían «transcurrido *sin interrupción eficaz* los cuatro años». Con posterioridad, califica el plazo como de prescripción, «susceptible, por tanto, de interrupción por reclamación extrajudicial o reconocimiento del deudor», la sentencia de 23 de octubre de 1989 (RAJ 6952), que cita las de 25 de abril de 1960 (RAJ 2031), 28 de marzo de 1965 (RAJ 3083, aunque en realidad la referencia corresponde a la sentencia de 28 de mayo) y 28 de octubre de 1974 (RAJ 3978). También en esta línea las de 27 de marzo de 1987 (RAJ 1836), que niega que el juez pueda aplicarla de oficio, y la de 27 de marzo de 1989 (RAJ 2201), que entiende que el plazo es susceptible de interrupción.

Entre las que hablan de caducidad, está la de 17 de febrero de 1966 (RAJ 1531), que recuerda que no son aplicables a la nulidad los preceptos sobre anulabilidad, «y por tanto, los que admiten la convalidación por confirmación expresa o tácita o por el simple transcurso del tiempo para la *caducidad* de la acción impugnatoria». Pero, como se puede ver, la afirmación es absolutamente incidental. Igual de poco decisivas son las de 17 de octubre de 1989 (RAJ 6928), 29 de enero de 1991 (RAJ 345) y 25 de julio de 1991 (RAJ 5421). La de 4 de abril de 1984 (RAJ 1926), por ejemplo, habla de «plazo de caducidad», pero no se discutía elemento alguno en torno a la interruptibilidad o no del mismo ni sobre la posibilidad o no de apreciación de oficio. En fin, como dice Delgado, no hay ninguna sentencia clara en la que se califique el plazo como de caducidad y ello haya sido verdaderamente esencial en el fallo. Puede verse también la sentencia de 3 de julio de 1992 (RAJ 6049), que desestima la acción por haber transcurrido el plazo de cuatro años, aunque el hecho de que la resolución ponga en duda que hubiese habido realmente vicio del consentimiento resta también valor a la misma. Las opiniones doctrinales que prefieren tal calificación carecen, pues, de apoyo en la jurisprudencia¹⁹².

4.2.2 CONSECUENCIA DE LA ADOPCIÓN DE UNA U OTRA TESIS, DE CARA A LA USUCAPIÓN

Con todo, es probablemente el título anulable el que plantea mayores problemas en relación con las cuestiones de correlación entre los plazos asignados a la usucapión y a la extinción de las

¹⁹² DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios...*, cit., pp. 338 y 339.

acciones. Es doctrina absolutamente unánime que el título anulable es justo título a efectos de usucapión, bien entendido, como he dicho insistentemente, que lo que purgará la usucapión no es el vicio consistente en la causa que hace impugnable el título, sino la falta de titularidad del transmitente, o de completo poder de disposición. El carácter de *justo* del título anulable es cualidad perfectamente coherente con la opinión común que ve en el acto anulable algo inicialmente válido pero con validez claudicante. En este estudio, sin embargo, he tomado partido por la tesis, por lo demás, nada mayoritaria, de Delgado Echeverría, y he compartido su idea (*supra*, 4.2.1) de que el contrato anulable es también inválido *ab initio*. Pues bien, y por chocante que pueda parecer¹⁹³, creo que también desde esta concepción es perfectamente posible calificar el contrato anulable como justo título *ad usucaptionem*.

1. Desde las posiciones mayoritarias, la configuración del título anulable como justo para la usucapión ordinaria se presenta como una conclusión bien sencilla de obtener. Viéndose el anulable como contrato válidamente celebrado sobre el que «pesa simplemente una posibilidad o amenaza de invalidación que dura cuatro años (más el tiempo anterior al comienzo del plazo) y luego desaparece, quedando firme la validez del contrato y como si el defecto no hubiera existido», Lacruz concluye: «cumple, pues, en principio el contrato anulable, el requisito de ser válido en cuanto título»¹⁹⁴. La jurisprudencia lo ha señalado así en reiteradas ocasiones¹⁹⁵. Naturalmente, se razona de este modo cuando se está ante un título anulable aún no anulado, pues de lo contrario quedaría retroactivamente invalidado, y también a efectos de adquisición del derecho por usucapión.

Vistas así las cosas, el título tiene *validez*. Lo que sucede es que tal validez, que lo es *claudicante* en el terreno puramente obligacional, es precisamente el presupuesto que define la validez (sin adje-

¹⁹³ Así se lo parece a Miquel GONZÁLEZ, voz «Anulabilidad», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (ed. Civitas), Madrid, 1995, p. 478, cuando se pregunta: «Un título anulable es un título válido para la usucapión? Para la primera teoría sí lo será, para la segunda no».

¹⁹⁴ LACRUZ, *Elementos...*, *cit.*, t. III, vol. 1.º, pp. 210 y 211. En el mismo sentido, ALBALADEJO, *Derecho civil*, *cit.*, t. III, vol. 1.º, LUNA SERRANO, *Comentario...*, *cit.*, p. 2131. ALAS, DE BUEN Y RAMOS, *De la usucapión*, *cit.*, p. 212. ESPÍN CÁNOVAS, *Función del justo título...*, *cit.*, p. 841. MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, *cit.*, p. 142. DE LA CUESTA SÁENZ, *La acción publiciana*, Madrid, 1984, p. 416.

¹⁹⁵ Sentencias de 12 de diciembre de 1946 (RAJ 1303), 14 de abril de 1958 (RAJ 1477), 13 de mayo de 1963 (RAJ 2515), 6 de junio de 1969 (RAJ 3281). Aunque, como ya he señalado, todas las resoluciones que dicen tal cosa lo hacen fuera de la *ratio decidendi* (así, la de 12 de diciembre de 1946, la de 13 de mayo de 1963 o la de 6 de junio de 1969), cuando no se equivocan, desde el momento en que la pretendida anulabilidad de que habla el Supremo parece serlo por razón de la falta de titularidad, lo cual es completamente inaceptable (así, la de 14 de abril de 1958).

tivos) en el terreno de la adquisición por usucapión¹⁹⁶. La usucapión no viene así a purificar el título anulable, sino el defecto de la falta de titularidad. Entonces, si antes de que el protegido por el instituto de la anulabilidad (menor, incapacitado o los representantes legales de uno u otro, o el contratantes afectado por vicio del consentimiento) impugne el contrato, el *vetus dominus* reclama la cosa para sí, el demandado podrá alegar en su favor, si tal es el caso, que ha consumado una usucapión cobijada en un título que no ha sido anulado por el único que podía hacerlo.

1. Desde la doctrina (mayoritaria) del título anulable como inicialmente válido y eficaz, éstas son las distintas hipótesis de trabajo y sus soluciones:

a) *Contrato anulable celebrado por el verus dominus*. Ticio, contratante afectado por un vicio del consentimiento o por falta de capacidad, vende a Cayo una finca de su propiedad. Si se tiene en cuenta que el plazo de cuatro años del artículo 1301 se cuenta de distinto modo según en cuál de los casos del artículo 1301 nos hallemos¹⁹⁷, puede ocurrir que cuando se intente la impugnación por Ticio (único legitimado para anular), quiera Cayo ampararse en la usucapión ordinaria ya consumada. En tal caso, dice Morales Moreno que la prescripción adquisitiva no puede impedir la anulación, pues «la usucapión no puede borrar el carácter protector del negocio (...). En consecuencia, mientras esté vigente la acción de anulación, la usucapión no puede impedir su eficaz ejercicio por el sujeto protegido»¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Según LACRUZ, lo que falta en el título, considerando ahora la totalidad del fenómeno traslativo, es la eficacia, al tener el obstáculo de la falta de titularidad o de poder de disposición del transmitente, que es realmente lo que importa. *Elementos*, cit., t. III, vol. 1.^º, p. 210. Digo «considerando la totalidad del fenómeno traslativo» porque entiendo que, desde su idea, el *contrato* como tal es, no sólo válido, sino también eficaz. A lo que se alude con la idea de ineficacia es a que el contrato, colocado ya en el *iter transmisiivo* del derecho real, no logra el propósito que lograría si la cosa perteneciese al *tradens*. Es, pues, ineficaz, el *acto transmisiivo* en bloque, por no haber mediado tradición traslativa. En la usucapión, dicho llanamente, «al contrato no le pasa nada». En sentido semejante a LACRUZ, aunque expuesta la idea de una forma un tanto oscura, BADOSA relaciona también la idea de eficacia con la titularidad del *tradens*, con lo que el título anulable que procede del auténtico dueño no será justo título para la usucapión, pero no para decir que entonces será necesaria la usucapión extraordinaria, sino para sentar que es que realmente no hace falta usucapión alguna, al ser el título eficaz. «Justo título», en *NEJ*, t. XIV, cit., p. 711.

¹⁹⁷ Ver mi *Las tensiones entre prescripción...*, cit., pp. 152 ss.

¹⁹⁸ MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., p. 143. También LACRUZ (cit., p. 211): «mientras viva la acción de nulidad, ésta podrá ejercitarse entre los contratantes. Tal acción, en efecto, tiene su propio plazo de prescripción extintiva, y no podrá desaparecer por la adquisición de la propiedad del objeto transferido mediante la usucapión. De donde ésta, aun la consumada, está pendiente de la eventual nulidad del título, que actuaría retroactivamente sobre la transmisión». Algo hay, sin embargo, de contradictorio: tégase en cuenta que en la hipótesis de trabajo la cosa es propiedad del que la transmite, luego la usucapión no interviene para nada. No es que la usucapión consumada esté pendiente de la eventual nulidad del título, sino que el único problema es que éste se encontró en todo momento abierto a la posibilidad de ser impugnado.

En suma, la vida de la acción no se acorta por esa pretendida usucapión. Como indica Hernández Gil, siempre podrá ser opinable la fijación cuantitativa de los plazos de la prescripción, «pero una vez determinado el tiempo se obtiene una formulación absolutamente rígida e inmodificable, de tal suerte que choca ver sometido el perecimiento de la acción o del derecho a un tiempo distinto del establecido. La determinación temporal no sólo por venir expresada en términos lingüísticos y aritméticos que escapan a toda posibilidad de corrección, sino también por obvias razones de seguridad jurídica, ha de ser siempre fija y uniforme, por lo que un cambio en la duración, haciéndola variable o, al menos, haciéndola variar, pugna con la razón de ser de la institución y hasta con la naturaleza de las cosas (...). Si, según insistentemente hemos dicho, la buena fe y la usucapión actúan con base siempre en una disposición *a non domino*, faltando ésta no es posible aducirlas ni siquiera a través del rodeo –tal vez próximo al fraude de ley– de hacerlas intervenir encubiertas en la prescripción o en la caducidad»¹⁹⁹. «Si el título anulable procede de un propietario no hay cuestión de usucapión –dice Miquel–, porque entre las partes del contrato operan los plazos del artículo 1301 que no se pueden excluir aunque el de usucapión haya transcurrido. Esto es así porque la usucapión exige que el título sea válido y ello no sucede cuando se trata de un contrato anulable que se anula o que todavía se puede anular. Si el contrato anulable no se anula en el plazo, el poseedor es propietario por tradición y no por usucapión. Si se anula no es propietario ni por tradición ni por usucapión. Pero la usucapión subsana un defecto de propiedad del tradente y no un defecto del título»²⁰⁰.

Cosa distinta sucede cuando, estando viva la acción, se haya podido consumar ya la *usucapión extraordinaria*. Como ésta se basa exclusivamente en razones de posesión, en nada relacionadas con la buena fe ni el justo título, la impugnación, a pesar de no ser extemporánea, podrá verse obstaculizada por la alegación de posesión en concepto de titular, pública, pacífica e ininterrumpida. Lo que tampoco es propiamente un acortamiento de la vida de la acción de anulabilidad, sino una usucapión propiamente dicha²⁰¹. Puede parecer contradictorio que no admitamos la posibilidad de usucapión ordinaria mientras, según las reglas del artículo 1301,

¹⁹⁹ HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., p. 529. Igual línea en DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. III, p. 739.

²⁰⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, voz «Justo título», cit., p. 3905.

²⁰¹ Esto, siempre que la usucapión extraordinaria se haya consumado ya. De no ser así, la anulación del título ni siquiera le puede valer para completar más tarde tal usucapión, pues, obligado como está a restituir, se ha interrumpido la posesión en curso, que, por otra parte, difícilmente tendrá aspecto de posesión en concepto de dueño.

esté viva la acción de impugnación, y no hagamos lo mismo con la usucapión extraordinaria. Imaginemos al loco que recupera la cordura cuarenta años después de que haya tenido lugar la venta. Con arreglo a lo que dice el Código, siempre tendría cuatro años para impugnar (además de los de que dispuso el representante legal mientras duró la incapacidad). Pues bien, parece que aquí la cosa debe merecer una respuesta diferente: tanto si la finca vendida es propia como si es ajena, si el adquirente la ha poseído durante treinta años (seis, naturalmente, para bienes muebles), podrá oponer la usucapión treintenal frente a cualquiera que intente su recuperación. Ya lo haga el (ex) loco, ya lo haga el verdadero dueño, quiebra la regla del cómputo del plazo si se ha dado la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.

Entiendo así que en la usucapión extraordinaria no procede que distingamos entre los defectos o irregularidades atinentes al título (vicios del consentimiento, falta de capacidad, etc.) y los atinentes a la transmisión mirada desde el modo de adquirir (ajenidad total o parcial de la cosa, prohibiciones de disponer, falta de poder de disposición sobre la misma). «La usucapión es inatacable y purifica el derecho del usucapiente de cualquier obstáculo procedente de la situación anterior, no ya sólo de la no titularidad del transmitente que pudiera haber, sino de toda otra circunstancia adversa posible, que no importando, ya que basta la sola posesión hasta sin título ni buena fe, da lugar a que más que de purificación pueda hablarse de irrelevancia inicial de aquello de lo que habría que purificar»²⁰².

En cualquier caso, este juego que propongo de la usucapión extraordinaria es más fácilmente defendible desde la visión del contrato anulable mantenida por Delgado (como contrato inicialmente inválido) que desde la postura mayoritaria. Si para el sentir general el contrato anulable es inicialmente válido pero con validez claudicante, siempre que esté viva la acción impugnatoria va a poder ser ejercitada, sin que quepa oponerle tipo alguno de usucapión. El loco que recobra la cordura cuarenta años después de la venta de la finca, va a tener otros cuatro para anular el contrato, sin que valgan para nada los cuarenta y cuatro años de posesión del comprador, pues habrán sido cuarenta y cuatro años en que se ha poseído «en concepto de dueño eventual, de dueño en tanto no se impugne el contrato en el plazo establecido al efecto. Si el contrato se confirma o no se impugna, el poseedor habrá sido dueño desde el principio, sin necesidad de usucapir. Si el contrato se impugna en plazo, no habrá sido nunca poseedor en concepto de dueño, pues la anulación

²⁰² ALBALADEJO, en *Comentarios...*, cit., t. XXV, vol. 1.º, p. 254.

opera con efectos retroactivos»²⁰³. Y yo prefiero creer que las cosas favorecen al comprador, lo que se logra más fácilmente viendo en la anulabilidad una invalidez originaria que supuso que su posesión lo fue de cosa ajena.

Es, pues, prevalente el interés del impugnante, de modo que la declaración judicial de nulidad actúa retroactivamente sobre la de todo punto improcedente alegación de usucapión consumada. Trayendo a colación las concluyentes citas de Gómez-Acebo, cabe concluir: «piénsese en la enajenación de cosa inmueble basada en título viciado de nulidad relativa; no será la usucapión la que a los diez años convalide el vicio, sino la prescripción de la acción de nulidad a los cuatro. *Reducir además la usucapio a mero instrumento de convalidación de nulidades relativas, sobre ser un absurdo, implica la sentencia de muerte de esta institución*»²⁰⁴. Mientras no ha sido impugnado, el contrato anulable es, desde la posición doctrinal mayoritaria, justo título en cuanto contrato válido, y una vez consumada la usucapión, el *tradens*, que ha visto por ello mismo perder su derecho real, sigue manteniendo su derecho de crédito a la restitución *in natura* del objeto usucapido por el *acciens*²⁰⁵.

Es imaginable que el legitimado para impugnar, víctima de un mal asesoramiento letrado, no intente la acción de anulabilidad, sino la reivindicatoria. Al fin y al cabo, si alega la invalidez del título es porque sigue considerándose dueño de lo entregado, y ve en el demandado a un poseedor indebido. Podrá en tal caso suceder que el plazo prescriptivo de la acción real, al comenzar a contar desde la pérdida de la posesión, se haya cumplido ya aunque siga viva la acción de impugnación (*v. gr.*, el declarado incapaz vendió y entregó la cosa, recuperando la capacidad muchos años después de la venta)²⁰⁶.

²⁰³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual...*, *cit.*, p. 215. La idea es absolutamente coherente con la premisa de partida: «la posesión en concepto de dueño basada en una titularidad claudicante, es tan claudicante como la titularidad en la que se apoya».

²⁰⁴ GÓMEZ-ACEBO, «La buena y la mala fe en el Código Civil», en *RDP*, 1952, p. 202. En contra últimamente, LUNA SERRANO, que ve en la solución contraria razones de justicia y de sencillez práctica, junto a la posible negligencia de quien, legitimado para impugnar, no lo hace. *Comentario...*, *cit.*, pp. 2131 y 2132. También ESPÍN, *Función del justo título en la adquisición de derechos...*, *cit.*, p. 841.

²⁰⁵ Así, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, p. 215.

²⁰⁶ Y es que aunque en toda reivindicación es normalmente preciso alegar la invalidez del título que ostenta el demandado (configurándose entonces la impugnación como un *petitum* accesorio o cuando menos preliminar), el hecho de optar por la acción reivindicatoria tiene el peligro de que, si el demandado opone la prescripción extintiva, ya no le hará falta al Juez entrar a conocer sobre la posible invalidez del título.

b) Si ha transcurrido el plazo de cuatro años, no es que el plazo para la usucapión se acorte (si es que resultaba ser superior), ni que la usucapión que pudiese alegarse después añada un *plus* sanatorio a la situación sanada por la caducidad, ni que la usucapión que se hubiese querido hacer valer antes configure ahora una situación todavía más inmóvil. Desde la consideración del acto anulable como válido, lo que ocurre es que quien era dueño pero con una posición atacable durante cuatro años (más el plazo anterior al nacimiento de la acción), ve cómo «el derecho que se adquirió bajo la amenaza de destrucción por anulabilidad del título procedente del titular del derecho, deviene definitiva e inatacablemente del adquirente, que lo habrá hecho suyo derivativamente por razón del título adquisitivo, y no originariamente por usucapión»²⁰⁷.

c) *Contrato anulable celebrado por un «non dominus».* ¿Qué ocurre si, además de ser anulable el título, Ticio no era dueño del objeto? Evidentemente, ésta es la típica situación en la que prosperará la usucapión ordinaria cuando Sempronio, *verus dominus*, intente reivindicar frente al *acciens* Cayo. Entre estos dos, a diferencia de lo visto en la hipótesis anterior, juegan exclusivamente los plazos de la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria o los de la prescripción adquisitiva, pero nunca el de cuatro años del artículo 1301, pensado para la restitución *inter partes* en una acción que, como la de anulabilidad, tiene sólo a Ticio como legitimado activamente. Podrá entonces ocurrir que Cayo se ampare en la usucapión consumada o que, sin que haya mediado usucapión²⁰⁸, haya prescrito la acción reivindicatoria. Esto último, siempre que admitamos, como hago yo, la tesis de Albaladejo de la prescripción extintiva autónoma de la acción reivindicatoria, sin necesidad de usucapión.

Se entenderá que es estadísticamente improbable que una transmisión tenga, a la vez, defectos de título capaces de integrar las causas de anulabilidad (incapacidad de obrar, vicios del consentimiento), y al mismo tiempo, problemas en el modo de adquirir (falta de titularidad, disposición por comunero aislado, etc.). Preci-

²⁰⁷ ALBALADEJO, «El título anulable en la usucapión», *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1965, p. 56.

²⁰⁸ Por ejemplo, porque no quepa usucapión alguna por haber faltado la posesión pública (imposible usucapión); o porque Cayo era conocedor de la falta de titularidad de Ticio (no necesariamente de su condición de incapaz, pues, como he dicho repetidamente, la buena fe en la usucapión no consiste en la ignorancia del carácter anulable del negocio, sino en la ignorancia de que Ticio no era dueño de lo transmitido), no pudiendo al faltar la buena fe (justo título sí hay, al no haber sido posible impugnarlo) acogerse a la usucapión abreviada, ni tampoco a la extraordinaria por haberse accionado antes de su completo transcurso.

samente por ello quiero insistir en que en ninguna de las sentencias del Tribunal Supremo que se refieren al anulable como justo título para la usucapión se trataba de casos en los que se diese tal acumulación de irregularidades: son pronunciamientos ajenos a la cuestión suscitada, no constitutivos de *ratio decidendi*.

Todo lo anterior es la visión del problema del título anulable desde la perspectiva, mayoritariamente compartida, de los negocios anulables como inicialmente válidos, si bien con validez claudicante. Desde luego, hay que reconocer que admitir desde este posicionamiento el título anulable como justo a efectos de usucapión es sumamente cómodo: aparece el anulable como un contrato con una invalidez que, mientras no sea provocada, transmite correctamente, y en ese sentido no se diferencia para nada de los contratos que fueron celebrados con absoluta y total corrección. La usucapión ordinaria juega en ambos contratos sobre la base de un título válido (válido por no haber sido provocada su invalidez, en los primeros, o válido *per se* en los segundos), apto para ser opuesto al verdadero dueño que ahora viene a reivindicar, por hipótesis persona ajena al contrato en cuestión: éste se encuentra ante una amenaza de invalidación que desaparece pasados cuatro años, quedando la situación como si el defecto no hubiera existido. Y sólo por ello cumple el contrato anulable con la exigencia de ser *válido* como título *ad usucaptionem*.

Situémonos a continuación en la tesis del contrato anulable como inválido *ab initio*²⁰⁹. ¿Es posible mantener la misma solución?

a) Si el *tradens* era dueño, partir de la noción contraria de la anulabilidad configura la acción como meramente declarativa, y como tal, imprescriptible. Sólo que Cayo, ante la pretensión impugnatoria de Ticio, puede oponer la prescripción extintiva de la restitución (cuatro años). El demandante obtendrá la declaración de nulidad, y con ello la declaración de que la cosa no es de quien la posee, pero habrá decaído su interés porque Cayo no puede verse obligado a devolverla. Este no puede alegar nunca una inexistente usucapión ordinaria, pretendidamente consumada con anterioridad, porque la declaración de nulidad opera con efectos retroactivos²¹⁰, pero sí podrá haber devenido dueño por usucapión extraordinaria

²⁰⁹ No hay propiamente contradicción en los *Elementos* de LACRUZ cuando, habiéndose ocupado DELGADO (con su peculiar visión del contrato anulable) del capítulo correspondiente a la «Ineficacia e invalidez de los contratos» (cap. VIII del t. II, vol. 2.º), se acomete el estudio de la usucapión bajo la consideración habitual del contrato anulable como inicialmente válido (§ 15 del t. III, vol. 1.º, particularmente en las citadas páginas 210 y 211), pues aquí es LACRUZ quien firma como autor.

²¹⁰ Así, GENTILE, *Il possesso*, Torino, 1965, p. 389.

en el caso de que ésta se encuentre consumada antes de que haya transcurrido el plazo de cuatro años de la restitución.

b) Si el *tradens* no era dueño de la cosa transmitida por medio de contrato anulable, ¿qué sucederá? Pues simplemente que Sempronio, por mucho que entendamos que existe invalidez inicial, no puede hacerla valer por no encontrarse legitimado para ello. La única acción de que dispone es de la reivindicatoria (o la real de que se trate), y ésta podrá verse obstaculizada, bien a través de la usucapión ordinaria basada en un título que, siendo anulable, no ha sido anulado *por quien podía hacerlo*, o bien a través del juego independiente de la prescripción de la acción real. Sigue, pues, presente por doquier, la premisa inicial: «la posesión en concepto de dueño, la buena fe y el justo título, que no cuentan en la contienda con el *non dominus* transmitente, lo son todo si quien acciona es el *verus dominus*»²¹¹.

Últimamente, ha dicho Albaladejo que «da lo mismo que el acto anulable se estime válido que inválido»²¹². La frase da título a su más reciente aportación sobre el particular, y demuestra la inutilidad de la discusión, que viene a ser, a su juicio, como si entre dos personas de diferente altura «se discutiese si la verdad es decir que aquélla es más alta o si lo que debe mantenerse es que ésta es más baja»²¹³. Y yo me permito añadir esta reflexión a las argumentaciones del autor: también de cara a la usucapión da lo mismo decir que el contrato anulable es inicialmente inválido –como quiere Delgado– que afirmar que es inicialmente válido pero con validez claudicante: el que recibe del incapaz una cosa que no es propiedad de éste logrará usucapir frente al verdadero dueño si el representante legal del incapaz (o él mismo, cuando deje de serlo) no ha ejercitado con éxito la acción impugnatoria antes de que la usucapión abreviada opere. La posesión se tiene en virtud de un título anulable cuya invalidez no se ha hecho valer por quien podía hacerlo, y esa posesión, investida de las condiciones propias de la usucapión, sirve para usucapir frente a quien era el verdadero dueño de la cosa. Eso sí, si después de lograda la usucapión, la acción impugnatoria se ejercitase, la cosa debería ser devuelta como efecto restitutorio de la anulabilidad.

He dicho insistentemente, citando a Hernández Gil, que lo que la usucapión *ordinaria* no hace es acortar la vida de la acción impugnatoria. Obsérvese que el autor siempre involucra en sus afirmacio-

²¹¹ HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., p. 530.

²¹² ALBALADEJO, «Da lo mismo que el acto anulable se estime válido que inválido», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 84, curso 1993/94, p. 9.

²¹³ *Ibidem*, p. 12.

nes a los elementos *buena fe* y *justo título*. Nada se dice de la usucapión *extraordinaria*. Creo que si el loco que vendió lo que no era suyo intentase impugnar el contrato una vez conseguida o recobrada la capacidad de obrar mucho tiempo después de la venta, es cierto que la acción dura cuatro años desde tal recuperación de la cordura, pero la eventual oposición del demandado de una posesión de treinta años sí prosperaría. La posesión en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida, parafraseando a Hernández Gil, lo es todo, pero también *frente a todos*, incluido el contratante que impugna.

No se diga, pues, que resulta contradictorio considerar, con Delgado y acaso también con De Castro, el contrato anulable como inicialmente inválido y, a renglón seguido, calificarlo como válido a los efectos de la usucapión ordinaria. Con ello no hago sino poner de manifiesto que, además de la diferencia entre nulidad y anulabilidad en lo que hace referencia a los plazos propios de las pretensiones de restitución que una y otra acción intenta (15 y 4 años, respectivamente, arts. 1964 y 1301 CC), la verdadera diferencia estructural radica en que «la anulabilidad es una clase de invalidez dirigida a la protección de un determinado sujeto –por lo general, una de las partes del contrato–, de manera que únicamente él pueda alegarla, y asimismo pueda optar por convalidar el contrato anulable mediante su confirmación»²¹⁴. Si ese sujeto (o su representante) no impugna, nadie lo podrá hacer por él: ni (por supuesto) el otro contratante, ni el verdadero dueño del objeto entregado por quien, víctima del vicio o de la incapacidad, es el único protegido por el instituto. Cosa que no ocurre en la nulidad radical, en la que cualquier persona que acrelide un interés puede instar la oportuna declaración. Y, desde luego, el *verus dominus* lo puede acreditarse, casi mejor que nadie; no debe extrañar por ello que se exija como condición de ejercicio de la acción reivindicatoria que el demandante pida y obtenga la declaración de invalidez del título dominical que se le opone por el demandado.

De este modo, no ya sólo es que el contrato anulable «puede ser plenamente eficaz, originando las correspondientes obligaciones y sirviendo de fundamento a las atribuciones patrimoniales si, quien puede, no hace valer la causa de anulación»²¹⁵. No ya sólo es que «hecha valer ésta, el contrato será desde siempre y para siempre ineficaz con la misma amplitud que si se tratara de nulidad de pleno derecho»²¹⁶. Es que hay más: puesto en relación con los casos en

²¹⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ, *Elementos...*, cit., t. II, vol. 2.º, p. 356.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 357.

²¹⁶ *Ibidem*, pp. 357 y 358.

que, además de la irregularidad del *título* en que la anulabilidad consiste, se da la circunstancia de que la cosa no era propiedad del transmitente (irregularidad del *modo*), el contrato anulable, aun desde su consideración de inicial invalidez, resulta eficaz también desde el principio, pues nunca va a poder ser alegado por el (ex) dueño que intente la reivindicación. La invalidez originaria no es, pues, obstáculo para esta consideración de eficacia que, de cara a la usucapión, proporciona al contrato anulable el hecho de encontrarse limitada la legitimación activa en la acción de anulabilidad única y exclusivamente a la persona del contratante protegido.

Se dirá, no sin razón, que el esquema no encaja en los casos de enajenación de bien ganancial llevada a cabo por un cónyuge sin el consentimiento del otro, actos a los que va referido, junto con otros, el último párrafo del artículo 1301. Que no encaja porque, aquí sí, el que pretende la restitución no es un *verus dominus* ajeno al contrato celebrado entre el cónyuge y el comprador, sino precisamente el cónyuge preterido: ahora concurren en la misma persona quienes, en todos los casos propuestos en el juego del título anulable como justo de cara a la usucapión, eran por hipótesis dos personas diferentes: el reivindicante y el que, afectado por la incapacidad o por el vicio, está exclusivamente legitimado para anular. El que contrató con éstos no puede oponer, ante estas acciones *paradigmáticas* de anulabilidad, que se ha consumado una usucapión ordinaria anterior al transcurso del plazo de cuatro años del artículo 1301 (cosa que sí puede hacer ante la reivindicatoria intentada por el verdadero dueño si el contrato anulable no fue antes anulado por quien podía hacerlo). En cambio, el comprador que se ve demandado por el cónyuge impugnante sí puede oponer la usucapión. Pero como se verá (*infra*, 4.2.3), el supuesto es completamente distinto si se entiende que la anulabilidad lo es del acto dispositivo y no del contrato: lo que pretende echar por tierra el cónyuge preterido no es el contrato celebrado por el otro cónyuge, sino una *disposición* que pecaba en su aspecto traditorio, por falta de legitimación dispositiva. Y para estas situaciones es precisamente para las que tiene algo que decir la usucapión.

Precisamente por el carácter «triangular» que, a diferencia de lo que sucede en sede de acciones reales, tienen las tensiones entre prescripción y usucapión en las acciones de que ahora tratamos, hay que plantearse lo que ocurrirá cuando el *accipiens* ha consumado la usucapión frente al verdadero dueño y, por seguir viva la acción impugnatoria (lo mismo para la rescisión, *infra*, 4.3), viene a ser ésta ejercitada por el contratante legitimado (no olvidemos: el que padeció el vicio del consentimiento, la falta de capacidad de obrar o la circunstancia considerada apta por el legislador para inte-

grar causa de anulabilidad): la usucapión que eventualmente consume el *accipiens* frente al auténtico dueño (para la que puede añadir a su posesión el tiempo de posesión del *tradens*) sólo le favorecerá si el contratante protegido por la anulabilidad no entabla la acción impugnatoria a tiempo; la usucapión consumada por el *accipiens* favorecerá a su causante si éste impugna el contrato con posterioridad. La retroacción de los efectos de la nulidad trae consigo la necesidad de restituirse los contratantes aquello que fue objeto del contrato, con lo que tal usucapión lo único que decide por el momento es que la cosa ha dejado de pertenecer al hasta ahora *verus dominus* (y a quien el Derecho, en gráfico juego de palabras, llama por lo mismo «*vetus*») pero el beneficio definitivo será para el *tradens* que después impugne o, si tal impugnación no tiene lugar, para el propio *accipiens* que la opuso²¹⁷.

4.2.3 PARTICULAR ATENCIÓN AL CASO DEL CONTRATO CELEBRADO POR UN CÓNYUGE SIN EL CONSENTIMIENTO DEL OTRO, CUANDO FUERA NECESARIO

Cierra la lista el artículo 1301 sentando el inicio del plazo para invalidar los «*actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato*». Es evidente que el supuesto en cuestión constituye todo un elemento extraño al sistema de la anulabilidad, desde el momento en que la legitimación para impugnar la tiene precisamente el cónyuge que no prestó el consentimiento, y que, por definición, no fue parte en el contrato²¹⁸. Además, el plazo comienza a correr desde que el cónyuge que no prestó el consentimiento conozca la realización de un acto que recae sobre un objeto ganancial y la identidad del otro contratante, con lo que el sistema de cómputo casa mejor con la regla general del artículo 1969 que con la que especialmente para la anulabilidad sientan los diferentes párrafos del artículo 1301. Sin embargo, a mi entender no son sólo tales puntos (legitimación e inicio del cómputo del plazo para entablar la acción) los que hacen del supuesto un cuerpo extraño.

²¹⁷ MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, p. 144. Este autor distingue según el *tradens* fuese o no poseedor *ad usucaptionem* de la cosa transmitida por medio de contrato anulable, pero en realidad la solución es exactamente la misma.

²¹⁸ Así, en relación con el artículo 1322, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. IV, vol. 1º, Barcelona, 1990, p. 289.

Correspondería aquí tratar de los supuestos del contrato celebrado por un cónyuge sin el consentimiento del otro si, en efecto, hubiera yo creído que se trata de *un contrato anulable más*, o incluso si pensase que su especialidad radica únicamente en esos dos extremos mencionados. Pero si lo que hay en este párrafo del artículo 1301 o en los preceptos que hacia él parecen apuntar (arts. 1320, 1322 y 1377) fuese una sanción contra *contratos traslativos del dominio*²¹⁹, ello haría que todos estos supuestos compusiesen una suerte de excepción al sistema de tal envergadura práctica y teórica, que acaso lo haría quebrar, o cuando menos perder parte de su coherencia interna. Dígase lo mismo si la nulidad radical de los artículos 1322, párrafo 2.º, y 1378 se entiende como nulidad *del contrato*. Si en cambio entendemos que las sanciones van referidas, no al contrato en cuanto título de atribución sino a la atribución o disposición en sí, las piezas van a continuar en su sitio en un sistema general de *traditio/usucapio* bastante sólido y que habría resistido a la reforma de 1981 sin sacudidas violentas.

El que confiadamente contrató con ese cónyuge que no contó con el consentimiento de su consorte es, en un trabajo científico sobre usucapión ordinaria, el verdadero protagonista; por decirlo así, es el *sujeto de las oraciones*, mientras que en los estudios sobre regímenes económicos matrimoniales y, en general, en los tratados y manuales de Derecho de familia, no deja de ser un personaje, si no secundario, sí cercano a lo que en clave de sintaxis es el *complemento* (directo y hasta a veces circunstancial). Ello no es criticable, sino antes bien, completamente lógico en el ámbito de un hilo discursivo que ve las cosas desde la organización jurídica de la economía matrimonial. Vistos entonces estos preceptos como una simple prolongación del artículo 1301 (todo lo extraña que se quiera, pero prolongación al fin y al cabo), y entendiendo, con la mayoría de la doctrina, que la sanción a que se refieren es la propia de las situaciones que configuran a los contratos anulables (nulos, en caso de donaciones), son demasiadas las contradicciones, si se ponen las cosas en relación con quien contrató con el cónyuge. Pero si el problema se contempla desde la perspectiva general del sistema de transmisión derivativa de los derechos reales, creo que afirmar que estamos en presencia de cuestiones de ineficacia *contractual* hace saltar por los aires más de uno de los principios generales del sistema.

²¹⁹ Utilizo esta expresión por mera comodidad y no porque simpatice con su adecuación técnica. Creo que si en Derecho español la compraventa o la permute no transmiten el dominio por sí solas (no entro ahora en la naturaleza de la donación), la expresión «contrato traslativo del dominio», válida desde un aspecto puramente coloquial y hasta económico, no lo es en sentido jurídico. Mejor sería hablar de «contratos preparativos de la transmisión», porque el contrato no traslada nada.

En efecto, y como tantas veces he dicho a lo largo de este trabajo, si la usucapión breve u ordinaria sirve para purificar a los actos dispositivos de la falta de (completo) poder de disposición, esto es, precisamente de aquello que les faltó *ab initio* para ser dispositivos; si la usucapión no purga al contrato de nada, porque nada faltaba al contrato, sino al acto atributivo aprehendido en bloque; si viene, en definitiva, la *usucapio* a lograr lo que no logró la *traditio*²²⁰, porque le faltó lo que había de tener para ser efectiva *traditio*..., entonces no encaja ninguna pieza si, en un sistema de régimen económico matrimonial como el instaurado en la reforma de 1981 decimos que, cuando al acto dispositivo le falta el poder de disposición de uno de los esposos, estamos ante un problema de *título* nulo o anulable. Es el acto dispositivo lo impugnable, exactamente igual que ocurre en la venta de cosa ajena o en la venta por comunero aislado, porque nadie *da* lo que no tiene.

Naturalmente, sigue valiendo la doctrina de la anulabilidad *del contrato* construida alrededor del artículo 1301 para los contratos que estén requeridos de consentimiento dual aunque no tengan propósito atributivo (y que, por lo mismo, no interesan a los cometidos de este trabajo). Y sigue habiendo, en la misma línea, problema de *título* cuando un cónyuge se presenta contratando en nombre del otro, atribuyéndose, como *falsus procurator*, una representación que no ostenta. Pero ello, igual que ocurre en la contratación en nombre de otro cuando hablamos de venta de cosa ajena o de venta por comunero aislado *desde* el artículo 1259: contratación en nombre de otro, en donde ese *otro* aparece como parte del contrato sin serlo realmente, y dando todo ello lugar a un problema de ausencia de consentimiento contractual. En tal caso, y entre otros efectos, nunca podrá el adquirente ampararse en la inscripción registral de un contrato nulo respecto del cual no es tercero sino parte (art. 33 LH), ni podrá tampoco invocar una usucapión abreviada, al faltar el justo título.

Comencemos viendo qué actos dispositivos se hallan sometidos a la regla del artículo 1301, para lo que debe el precepto ser puesto en conexión con determinadas normas del régimen económico conyugal. Y obsérvese que en ningún caso utiliza el legislador la palabra «contrato», pues prefiere usar de términos como «actos de disposición», «disponer», etc.

a) Importa primeramente el artículo 1322. En la reforma de 2 de mayo de 1975 se introdujo en el artículo 65 una norma a tenor de la cual «cuando la Ley requiera para actos determinados que

²²⁰ Y vuelvo a insistir: no se diga que ese contrato era válido pero ineficaz (para transmitir el derecho real): era, antes bien, válido y eficaz para producir lo único que en Derecho español están los contratos llamados a cumplir: la generación de obligaciones. Porque ni siquiera la venta de cosa propia transmite, por sí sola, la propiedad.

cada uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del otro cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos». El actual artículo 1322 se refiere expresa y solamente a los actos «*de administración o disposición*», dejando así fuera los actos jurídicos de carácter extrapatrimonial.

b) Importante es también la conexión con el artículo 1320: «*Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.*»

c) Ya en sede de sociedad de gananciales, el artículo 1301 casa también con el principio de actuación conjunta proclamado en el artículo 1375: «*En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges...*» Y con el artículo 1377: «*Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges...*»

d) Encuentra también el artículo 1301 lógica aplicación a los supuestos de enajenación o gravamen por el casado menor de edad de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales o bienes de extraordinario valor que sean comunes, si en el acto no se ha contado con el consentimiento del otro cónyuge (o si es menor, con el de los padres o tutores de uno y otro). No se trata de un complemento de capacidad, sino del lógico engarce de la norma con las previsiones de la gestión conjunta de los artículos 1375 y 1377²²¹.

Si tomamos como base de pruebas al artículo 1322, desde luego, la apariencia externa del supuesto y de la sanción prevista demuestran una vez más que lo nulo o lo anulable no son nociones que dependan de los juicios o conceptos previos que se tengan de los respectivos institutos de la ineficacia. Decía Amorós Guardiola al comentar el artículo 65 en la reforma de 1975, que podría defenderse desde un punto de vista teórico si la realización individual de un acto para el que la ley requiere el consentimiento de ambos cónyuges entra más bien de lleno en la nulidad radical por tratarse de un acto falto de un requisito esencial. Sin embargo –añade– la norma dice «*podrán ser impugnados*», limita la legitimación al cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido o a sus herederos, y por si esto fuera poco, se permite la confirmación²²². La argumenta-

²²¹ Así, PUIG FERRIOL, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, t. II, Madrid, 1984, p. 1255.

²²² AMORÓS GUARDIOLA, en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, t. II, Madrid, 1977, pp. 951 ss. Le sigue DÍEZ-PICAZO, *Comentarios a las reformas del Derecho de fami-*

ción de Amorós, hecha en 1977, encontraría hoy, a mayor abundamiento, el contraste con lo dispuesto en el párrafo 2.º del propio artículo 1322 y del 1378, que sancionan con la nulidad radical si el acto tuvo lugar a título gratuito²²³.

a) Creo que no suceden así las cosas después de la reforma de 1981. Comencemos viéndo qué ocurre con los «actos a título oneroso». Explica Giménez Duart que al amparo del antiguo artículo 1413 (versión de la reforma de 24 de abril de 1958) era cómodo acudir a la solución de la anulabilidad: el matrimonio restringía la capacidad de obrar de la mujer, y la situación entraba de lleno, como la de los «auténticos» incapaces, en el ámbito del artículo 1301. Por su parte, el marido tenía, además de sus facultades como administrador, el poder de disposición sobre los bienes gananciales, aunque precisaba el consentimiento de la mujer para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles. «Forzando un poco los conceptos, la anulabilidad constituyó una solución discutible pero indudablemente útil. Mas, desde la reforma de 1975, se produce la paradoja: el matrimonio ya no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, así lo declaró expresamente el artículo 65 y se deduce hoy del contexto de las leyes; luego ya no hay base para la anulabilidad; mas, hé ahí la paradoja, es en ese momento cuando expresamente se introduce para los casos de falta de asentimiento. El legislador no repara en que las reformas (la de 1981 sobre todo) suponen un vuelco en el sistema anterior, trasladándose la falta de asentimiento desde el terreno de la capacidad al del poder de disposición, de modo que hoy el marido o la mujer cuando venden en solitario celebran un contrato válido porque, a diferencia de antes, son personas totalmente capaces. Mas ese contrato válido es atributivamente ineficaz porque cada uno de ellos carece individualmente de poder de disposición, siendo el posterior asentimiento del cotitular de dicho poder lo que dotará al negocio de toda su eficacia atributiva»²²⁴. Abunda Rams Albesa en la impropiedad de las soluciones arbitradas por la reforma de 1981, al acusar al legislador de haber utilizado «términos e instituciones civiles no adecuadas para el supuesto de hecho sobre el que tiene que operar la norma», y de haber partido de una especie de tácita premisa, incorrecta a todas luces, cual es la de

lia, t. II, *cit.*, p. 1509, que discute si es ésta una auténtica confirmación o más bien una simple integración de un acto que es todavía incompleto. Puede verse también HERRERO GARCÍA, en *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 594.

²²³ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. IV, vol. 1.º, Barcelona, 1990, p. 288.

²²⁴ GIMÉNEZ DUART, «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge», *AAMN*, t. XXVIII, p. 329.

que el «gobierno de los gananciales tiene que materializarse en la actuación del uno con el otro, verdaderamente conjunta»²²⁵.

Y es que si el matrimonio no afecta a la capacidad, cuando un cónyuge, aisladamente, celebra contratos con finalidad traslativa sobre bienes gananciales, *contrata válidamente*, porque lo hace exclusivamente en nombre propio, generando precisamente eso que el contrato está llamado a generar: obligaciones. No precisa para ello tipo alguno de complemento de capacidad. En cambio, contemplando el acto atributivo en su totalidad, la cosa cambia por completo: no se produce el resultado transmisivo porque el poder de disposición (cuestión por completo ajena al contrato) no está completo, y falla con ello el *modo de adquirir*. Si cuenta con el consentimiento o asentimiento del cónyuge, ocurrirá que uno sólo vende, pero que ambos disponen (igual que, si fuese al revés, uno sólo compra, pero ambos adquieren): siempre hay codisposición, aunque no haya cocontratación, porque, así como se vende (o compra) *nomine proprio*, se transmite (o adquiere) *nomine proprio et nomine alieno*²²⁶. La falta de consentimiento o asentimiento, que en los actos de *obligación* determinaría, como dice Lacruz, que el vínculo se formase sólo con el esposo promitente²²⁷, tiene aquí una consecuencia semejante: el aspecto obligacional del acto no necesita más consentimiento que el del cónyuge promitente, y en ese sentido, es él quien *vende* (o compra), y la obligación de entrega de la cosa vendida (o de pago del precio) nacen válidamente, como cuando se vende cosa ajena; si hay anuencia del esposo, ambos *disponen* (o adquieren), y si no, no hay transmisión, pero, como el contrato valía, la responsabilidad por el incumplimiento, con semejantes consecuencias a las que tiene la venta de cosa ajena, va a poder ser exigida al cónyuge que contrató²²⁸.

²²⁵ RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1992, p. 291. Cosa que, según él, sólo es cierta en las transmisiones a título gratuito.

²²⁶ GIMÉNEZ DUART, *cit.*, pp. 240, 330 y 333. Es ésta la idea básica del interesantísimo trabajo de este autor. Desde el punto de vista, no de las transmisiones, sino de las adquisiciones, señala LACRUZ que «celebrado el matrimonio, los bienes que desde entonces adquieren los esposos en tales condiciones [hechas con fondos cuyo origen privativo no se pueda demostrar] pasan a integrar la masa consorcial, en lugar de pertenecer de modo exclusivo al adquirente. Tampoco se exige que la adquisición se haya realizado con el esfuerzo de ambos cónyuges; basta con que la realice uno de ellos, aunque el otro la desconozca». *Cit.*, p. 390.

²²⁷ LACRUZ, *Elementos...*, t. IV, vol. 1.^o, p. 463. LACRUZ, sin embargo, participa de la idea de la anulabilidad de los contratos, aunque no excluye que se trate de una anulabilidad anómala, muy lejos de la «común» del resto del artículo 1301. Todo lo cual hace que no parezca su posición, al fin y al cabo, tan lejana de la que mantiene GIMÉNEZ DUART, pues advierte: «la enajenación es inoponible al que no la consintió, pudiendo dicho esposo considerar el bien como subsistente en el patrimonio consorcial mientras no prescriba la acción de impugnación». Claro, que ello supone que «frente a él, el acto, más que inválido, es inexistente, consecuencia discordante de la anulabilidad típica».

²²⁸ En tales términos, MERINO GUTIÉRREZ, «Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial», *La Ley*, 7 de febrero de 1995, p. 1.

Obsérvese la diferencia que existe entonces entre las titularidades obligacionales y las atribuciones reales. Las primeras no son propiamente gananciales, sino que, al ser titular de las mismas el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren, valen los actos de disposición de dinero y títulos valores realizados por él (art. 1384). Pero cuando se habla de la titularidad de las atribuciones, la cosa cambia por completo: «el cónyuge a cuya iniciativa se produjo la entrada del bien será el titular *ex contractu*, de manera que todas las relaciones obligatorias derivadas del título formal de adquisición se entenderán con él; pero el consorte es titular *ex lege*, en tanto la ley le concede título al determinar la comunicación actual del bien. Luego ambos cónyuges tienen el título de dominio y ambos son cotitulares sustanciales del bien»²²⁹.

Vistas así las cosas, no puedo entender que cuando el cónyuge viene, después de celebrado el contrato, a asentir al mismo, se produce entonces una *confirmación* del contrato anulable: el que que contrata aisladamente, lo hace de manera válida en cuanto al aspecto obligacional del acto, pero atribuyéndose la representación del otro *en cuanto a la disposición* (que es precisamente en relación con lo que necesita de la misma). Luego la posterior aprobación, lejos de constituir una confirmación (art. 1309), es un acto de *convalidación* (y no de la obligación, sino) de la disposición, siquiera se trate de una convalidación en un sentido ciertamente impropio. Contundentemente, indica Rams Albesa que «si el artículo en cuestión [1322-1], en vez de emplear el término “confirmación”, arrastre del tratamiento del negocio como si de una anulabilidad por defecto de la voluntad se tratase, hubiera empleado los de “consentimiento posterior expreso o tácito” estoy convencido de que nos hubiéramos ahorrado la mitad del problema doctrinal planteado en torno al mismo»²³⁰.

Creo, con Giménez Duart, que si la venta de cosa ajena, o la de cosa en comunidad ordinaria celebrada por comunero aislado, son válidas en nuestro Derecho²³¹, no es lógico, una vez derogado el

²²⁹ GIMÉNEZ DUART, *La adquisición...*, cit., p. 250. Naturalmente, y como dice este autor, los partidarios de la naturaleza de la sociedad de gananciales como *comunidad diferida* no pueden entender, desde sus posicionamientos, estas maneras de ver las cosas. Si la adquisición es de ambos cónyuges aunque uno sólo sea el contratante, la comunicación es inmediata, en cambio los que participan de la tesis de la comunidad diferida no dirán que ambos cónyuges son condueños (por más que la titularidad formal sea de uno sólo), sino que los bienes sólo se comunicarán al disolverse la sociedad, perteneciendo, mientras tanto, a quien haya actuado exteriormente para generar la atribución de que se trate. A los efectos, entonces, de una posterior disposición, el poder de disposición lo tendrá –según esta tesis de la que yo también disiento– el esposo titular, y su consorte únicamente podrá dar un *consentimiento-control*, no un *consentimiento-iniciativa-disposición*. *Cit.*, pp. 251 ss., con bibliografía y alguna jurisprudencia acerca de la comunidad diferida.

²³⁰ RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, cit., p. 291.

²³¹ GIMÉNEZ DUART, *cit.*, p. 273. Califica este autor a la venta de cosa ajena de *válida aunque ineficaz*, aunque matiza más adelante en la línea ya aludida de Miquel González, y

sistema del antiguo artículo 1413, que sea anulable (en sentido rigurosamente propio o técnico, es decir, alusivo a la falta de capacidad) la venta celebrada por alguien que tiene plena capacidad de obrar pero que comparte el poder de disposición con su consorte. El consentimiento o asentimiento de éste supone ejercitar ese poder de disposición y por tanto, no implica participar en una venta que ya era válida por sí misma, sino en la disposición para que sea efectiva *codisposición*, que es lo que el legislador quiere. «En definitiva –remata el autor– el Código no obliga a compartir el título pero sí a compartir el modo»²³². Si, con posterioridad a la celebración del contrato, tiene lugar el asentimiento del cónyuge no contratante, con anterioridad a las reformas del Código Civil ello significaba levantar las restricciones del poder del marido, pero «ahora el asentimiento implica el ejercicio del propio poder de disposición»²³³. La reforma no ha pretendido, ni muchísimo menos, bilateralizar la restricción de la capacidad de obrar que antes sufría la mujer, para extenderla al marido, sino culminar el camino emprendido por la Ley de 2 de mayo de 1975 hacia la equiparación de los cónyuges en el matrimonio sobre la premisa de que éste no modifica en nada la capacidad de obrar de la persona²³⁴.

Llama la atención que en un sistema de transmisión *solo consensu* como es el italiano, en el que, lógicamente, la frontera entre el aspecto puramente obligacional y el real de los contratos es difícil de percibir, la doctrina considere que la anulación no lo es del contrato sobre bienes comunes celebrado por un solo cónyuge, sino de los «efectos reales del negocio dispositivo». Se habla allí de contratos válidos, pero que no comprometen a la sociedad conyugal²³⁵. La idea, trasladada al Derecho español, se corresponde perfectamente con la calificación del asentimiento posterior del cónyuge no contratante como «ratificación», y no como «confirmación». La construcción es clara: si el Juez puede autorizar la disposición solamente *a priori* (art. 1377, párrafo 2.º), no es porque esté prestando el consentimiento contractual por otro, sino porque está atribuyendo al cónyuge contratante «la mitad del poder», que le falta. «Por

que con tanta frecuencia es ignorada: esa ineficacia no se predica de la venta, sino de la atribución: «si el marido vende un bien privativo de su mujer, o del vecino, la venta es válida aunque ineficaz desde una perspectiva traslativa» (p. 325); por tanto, añado yo por enésima vez, la venta es válida y eficaz como tal venta, esto es, en cuanto generadora de obligaciones, pues esa perspectiva traslativa no la tienen los contratos consensuales. Véase CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, pp. 381 ss.

²³² *Cit.*, p. 273.

²³³ *Cit.*, pp. 332 y 333.

²³⁴ Así, en relación con el artículo 1320, ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, 1992, p. 136.

²³⁵ Véanse las referencias que contiene GIMÉNEZ DUART en la nota 95 de su trabajo.

eso —señala Giménez Duart— la falta de poder de disposición ya no se puede sanar *a posteriori*, sino por ratificación del cotitular del poder. De ahí también que la mal llamada impugnación por el otro cónyuge se reduzca a una mera negativa. Si fuera de otra manera, el Juez podría entrar *a posteriori* a valorar la disposición (la oportunidad o inoportunidad de la misma) y negar la “impugnación” en base a las alegaciones del cónyuge que contrató. En cambio, no es eso lo que entiende la generalidad de la doctrina, que considera que al cónyuge le basta con alegar su falta de asentimiento, con independencia de lo oportuno o no del acto, lo cual, más que una anulación, constituye una pura negación de efectos»²³⁶.

«Podrán ser anulados», en suma, significa «podrán ser privados de efectos reales». No funciona aquí la categoría lógico-conceptual de la anulabilidad de los contratos, como tampoco funciona en rigor la idea de nulidad en el campo de los actos llevados a cabo por el *falsus procurator*, lo que se demuestra con claridad meridiana si se comprueba que esa «nulidad» puede ser purificada por medio de la ratificación, acto que se aproxima, sin llegar a ser lo mismo, a la previsión del artículo 1259, párrafo 2.^o²³⁷, y que desde luego tiene muy poco que ver con la *confirmación* del contrato anulable de los artículos 1309 y siguientes. Como demuestra Giménez Duart, si fuese auténtica anulabilidad, no podría invocarla el comprador, persona «capaz» que estaría alegando «la incapacidad de aquel con quien contrató» (art. 1302), y está claro que no es así; si fuese auténtica anulabilidad, sólo podría invocarla el cónyuge interviniénte, pero nunca el comprador, persona capaz que estaría alegando la incapacidad de aquel con quien contrató (art. 1302); y está claro que aquí quien goza de legitimación activa es el cónyuge preterido, un auténtico tercero respecto de la relación contractual entabladada. Y en lo que más interesa a este trabajo, si fuese auténtica

²³⁶ *Cit.*, pp. 338 ss.

²³⁷ No llega a ser lo mismo porque lo que tenemos en el artículo 1.259 es una contratación en nombre de otro por quien no tiene autorización o representación, que lleva a la nulidad del contrato por aparecer como parte en el mismo alguien que no presta el consentimiento (nulidad ciertamente atípica, por cuanto el propio precepto permite la ratificación sin necesidad de *sanatio in radice*). En cambio lo que tenemos en el artículo 1322 no es una exigencia de prestación de consentimiento dual *en el contrato* sino en el acto dispositivo, *para que pueda seguir siendo cierto que cualquiera puede vender lo que no tiene, pero no así dar lo que no tiene*. En relación con la disposición de la vivienda familiar, dice ESPIAU ESPIAU que «aunque la expresión «consentimiento» que utiliza el artículo 1320 CC es ambigua, parece que —en el ámbito del precepto— desempeña una función de complementación que no cabe predicar de una insuficiente capacidad de obrar del cónyuge que celebra el negocio (...). El consentimiento del cónyuge no titular se relaciona, en cambio, con el poder de disposición que corresponde a su consorte, titular de la vivienda familiar: el artículo 1320 reconoce en éste la facultad dispositiva, pero, al mismo tiempo, pone de manifiesto su carácter limitado y la necesidad de complementarla». *La vivienda familiar...*, *cit.*, p. 139.

anulabilidad, el adquirente sería parte en ese contrato, lo cual «impediría el juego del artículo 464 del Código Civil respecto de muebles y de los artículos 32, 34 y 40, *in fine*, de la LH respecto de inmuebles, pues provocará la entrada del artículo 33 de la citada Ley («*la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*»), ¡incluso en el caso de publicar el Registro la titularidad privativa del transmitente!»²³⁸. Parecería injusto –dice Merino Gutiérrez– «que se protegiera por la fe pública registral a quien adquiere de un completo no-dueño y no se protegiera a quien adquiere con apariencia de dueño siendo en realidad titular del bien como integrante de un matrimonio sujeto al régimen de gananciales»²³⁹.

Y, puestos a impedir, ello también impediría –añado yo– la posibilidad de que el adquirente invocase, llegado el caso, la usucapión ordinaria. Si de anulabilidad se trata no habría *terreno de juego* para la usucapión ordinaria, pues frente a la acción de anulabilidad no cabe oponer tal suerte de usucapión: de llevar los supuestos en examen al terreno de las patologías contractuales, y tanto si se sigue la habitual configuración del contrato anulable como si se prefiere la idea de Delgado (recuérdese: contrato anulable como contrato también inicialmente inválido), la usucapión no purifica a la transmisión de los vicios de que pueda adolecer el contrato, sino sólo de los atinentes al poder de disposición, con lo que quedaría de todas maneras precluido este modo de adquirir, pues «mientras viva la acción de nulidad, ésta podrá ejercitarse entre los contratantes»²⁴⁰. Piénsese en el caso de la venta del inmueble ganancial, celebrada por el marido y descubierta por la mujer después de diez años: si el

²³⁸ *Cit.*, pp. 325 y 326. En relación con la norma especialísima del artículo 1320, que requiere el consentimiento de ambos cónyuges para la disposición de la vivienda y ajuar familiar, cualquiera que sea la titularidad de la misma, aclara muy bien Gordillo Cañas la nomenclatura de *tercero y parte*. Si, por ejemplo, vende el marido la vivienda de la que es titular exclusivo, pero resulta que es en ella donde tiene la familia fijado su domicilio, el adquirente es tercero en relación con la mujer que no asiente, y ésta lo es en relación con un acto en el que no ha participado. GORDILLO CAÑAS, «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia», en *ADC*, 1982, pp. 1135 y 1136. El razonamiento es perfectamente trasladable al ámbito general del artículo 1322. Lo que no es coherente es decir que el comprador de la vivienda familiar no es tercero, sino parte, y en cambio, entender que si la venta es de los muebles que componen el ajuar familiar, rige en todo caso el artículo 464, como hace BELDA SÁENZ, «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español», en *RDP*, 1985, p. 348. Creo que el lenguaje del artículo 464, el de la usucapión ordinaria o el del artículo 34 LH es siempre el mismo: un lenguaje de terceros, ajenos a las irregularidades que pueda padecer el título de su transmitente, y en esa medida, protegidos. El que, por ejemplo, adquiere de buena fe un bien mueble, pero lo hace por medio de un contrato nulo, anulable o rescindible, encuentra su situación regulada en los respectivos institutos de la nulidad, anulabilidad o rescisión, mas no en el artículo 464, y verán por lo mismo caer su situación cuando las acciones se ejerziten.

²³⁹ MERINO GUTIÉRREZ, «Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial», en *La Ley*, 7 de febrero de 1995, p. 3.

²⁴⁰ LACRUZ, *Elementos..., cit.*, t. III, vol. 1.º, p. 211.

contrato fuese lo anulable, la acción seguiría viva entre los contratantes (cuatro años desde el conocimiento de la venta), y para nada le valdrían al adquirente que desconocía el carácter ganancial de la finca los diez años de posesión civil que quisiese hacer valer.

Que las cosas no son así cae por su propio peso: es precisamente el justo título, tan justo como lo es la venta de cosa ajena o la de cosa común celebrada por comunero aislado (y justos todos ellos porque legalmente bastan para transmitir el dominio de cuya prescripción se trata, artículo 1952), lo que permite al que contrató con el marido invocar, para sí y para siempre, la usucapición ordinaria consumada, sin que tal consumación sea claudicante ante una eventual reclamación posterior de la mujer, como sucedería en cambio si se tratase de una auténtica situación de anulabilidad *del contrato*²⁴¹. La acción prevista en el último párrafo del artículo 1301 es una acción atípica, extraña al resto del precepto, que pretende, no la impugnación del contrato, sino del acto dispositivo: en éste no falla el título, sino la tradición, por ausencia de completo poder de disposición sobre la cosa vendida, y que, cualquiera que sea el momento en que situemos el *dies a quo*, podrá encontrar el obstáculo de la usucapión anterior, a imagen y semejanza de lo que sucede en los artículos 1962 y 1963.

En suma, lo que hay en el acto dispositivo celebrado por un cónyuge sin el consentimiento del otro cuando éste sea necesario, no es un problema de presencia o ausencia de elementos del contrato: no es un problema de capacidad contractual sino de legitimación dispositivo. La anulabilidad del contrato será buena solución para los actos de mera administración, pero en los de disposición se trata de arbitrar una fórmula que haga irrelevante el acto para el cónyuge no interviniente²⁴². Pero la fórmula debe estar lo suficientemente bien construida como para que no choque frontalmente con piezas importantes del resto del sistema.

Se podrá decir que hay contradicción entre estas aseveraciones y la línea argumental general del presente trabajo. He mantenido que, cuando se consuma una usucapión con base en un título anulable o rescindible, estamos ante dos irregularidades distintas, por cuanto que el *tradens* no sólo lo era de cosa ajena, sino que además se encontraba incursa en una causa de anulabilidad o rescisión. He dicho, y volveremos sobre ello, que las eventuales acciones impugnatoria o rescisoria deshacen la usucapión consumada, provocando que el éxito de las mismas sea total: la usucapión sólo resolvió la

²⁴¹ Naturalmente, parto por hipótesis del desconocimiento del comprador, configurativo de la buena fe.

²⁴² Así, MERINO GUTIÉRREZ, *loc. cit.*

contienda entre el poseedor y el *vetus dominus*, pero ello no impide que cuando el titular de las aludidas acciones venga luego a ejercitárlas alegando la causa de nulidad o rescisión del contrato, se encuentre con que sea él el auténticamente favorecido por la usucapión que el accipiens consumó. Y sin embargo, mantengo ahora que, cuando el cónyuge que no intervino en el *contrato* viene a impugnar la *disposición*, sucede que, aunque lo haga dentro del plazo previsto en el artículo 1301, puede ver obstaculizada su acción por medio de la usucapión opuesta por el adquirente. Pues bien, creo que no hay contradicción porque los supuestos son bien distintos: esa acción que intenta el cónyuge ex artículo 1322 se basa precisamente en una irregularidad en el poder de disposición de su consorte contratante, mientras que el incapaz que impugna en la anulabilidad ordinaria no alega otra cosa que su incapacidad, sin discutirse para nada que fuese él o no titular de la cosa entregada. El cónyuge no impugna el contrato, sino el acto dispositivo.

Y es que puede que haya que decir que la anulabilidad es instituto que tiene un campo de juego más grande del propio de los contratos, valiendo para la impugnación de otros actos jurídicos²⁴³. No ha habido inconveniente, en general, para admitir que el pago hecho por un incapaz es meramente anulable: que el problema afecta al *pago* en cuanto acto dispositivo, no al contrato antecedente (que, por lo demás, puede haber sido perfectamente válido si la incapacidad ha sobrevenido al pago). Ello demuestra que, por principio, no cabe decir que la anulabilidad sólo vale para contratos y no para los actos dispositivos.

b) Por lo que respecta a las «transmisiones a título gratuito», la polémica es todavía mayor, dadas las tradicionales controversias acerca de la naturaleza jurídica de la donación. La posición mayoritariamente compartida, que acaso cuente a su favor con el tenor literal de los preceptos del Código Civil, entiende que se trata de actos radicalmente nulos, en los que no cabe siquiera que el cónyuge del donante asienta *ex post facto*. Si en los actos a título oneroso los textos exigen que se «actúe con el consentimiento del otro» (art. 1322), o se limitan a decir que «se requerirá el consentimiento de ambos» (arts. 1320 y 1377), pero se prevén expresamente las posibilidades de alternativa autorización judicial y de ratificación

²⁴³ Véanse, entre otros, HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1976, p. 321, DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. II, Madrid, 1952, p. 187, BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVI, vol. 1º, Madrid, 1980, p. 56, PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, Barcelona, 1986, p. 146 y CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, p. 45. Ultimamente, CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, pp. 508 ss. (y allí, especialmente en nota 1395, con abundante referencia bibliográfica).

posterior, desde luego que en los actos gratuitos las expresiones son más concluyentes y rotundas, sin que haya suavizaciones ni paliativos: «*No obstante, serán nulos los actos a título gratuito (...) si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge*» (art. 1322, párrafo 2.º); «*serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges*» (art. 1378).

De ello suele deducirse que en los actos a título gratuito ha de haber efectiva cocontratación: es la doble prestación del consentimiento contractual la que debe tener lugar («*si no concurre*»), de modo que no sólo no cabe la autorización judicial supletoria, sino que la donación es radicalmente nula, sin posibilidad de convalidación posterior. Lo que cabrá es repetir el acto nuevamente, pero no el asentimiento posterior del cónyuge del donante, porque se trata de nulidad absoluta e insubsanable. «En nuestro sistema de gananciales tan sólo se exige [la cocontratación] para los negocios dispositivos de gananciales a título gratuito (art. 1378) excluyéndose en ellos, así mismo, la concurrencia extemporánea de consentimientos (...), bajo la sanción de nulidad de lo actuado por un cónyuge sin el concurso activo y directo del otro (no se pueden donar gananciales sino de consuno)», dice Rams Albesa, haciendo suya la opinión mayoritaria en nuestra doctrina²⁴⁴.

Efectivamente, no puede ser otra la solución si se parte de la premisa de que la donación no participa de la naturaleza de la venta, es decir, si se conviene inicialmente que la donación es ella misma *modo de adquirir*, como podría deducirse de la propia ubicación del instituto en el Código Civil (Libro III, y no Libro IV). «La nulidad de lo actuado por un cónyuge sin el concurso activo y directo del otro» a que se refiere Rams iría así referido a la donación como negocio directamente dispositivo. *Nadie da* por compraventa (seguida de tradición) ni por donación (sin más) *lo que no tiene*. En cambio, si como prefiere pensarse, la donación intervivos se califica como contrato, pero que no precisa, como la compraventa, de tradición para consumar el efecto atributivo, sino que ella en sí misma es a la vez contrato y tradición, no hay inconveniente para decir que la solución de la nulidad radical no encaja como respuesta al caso de la celebrada por un cónyuge aisladamente²⁴⁵.

²⁴⁴ RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, cit., pp. 286 y 287. Así, LACRUZ (*Elementos...*, t. IV, vol. 1.º, p. 465), ALBALADEJO (*Curso de Derecho civil*, IV, Barcelona, 1989, p. 162). HERRERO GARCÍA, en *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), cit., t. II, p. 596.

²⁴⁵ Naturalmente, no es éste el lugar indicado para tratar de la cuestión de la naturaleza jurídica de la donación. Un magnífico resumen se encuentra en LACRUZ, *Elementos...*, t. II, vol. 3.º, Barcelona, 1986, p. 127: «En suma, la donación puede presentarse, ya transmitiendo al perfeccionarse ella misma la titularidad de las cosas donadas, ya creando un derecho de crédito en el donatario y la correspondiente deuda en el donante, y por tanto,

Sucederá entonces que, al igual que en las ventas, no vale el aspecto traditorio del acto (y con ello, no vale «*lo actuado*»), y, una vez más, por el mismo defecto: la falta de poder de disposición. Pero es que, además, la nulidad radical, a pesar del tenor literal del artículo 1378, es excesiva, pues no se encuentra razón para que una donación no pueda ser convalidada o ratificada por el cónyuge que no asintió cuando se celebró²⁴⁶. «Si el interés jurídicamente protegido es el del otro cónyuge y éste dice vale, debe valer»²⁴⁷.

La diferencia entre la impropia «nulidad» de los actos a título gratuito y la impropia «anulabilidad» de los actos onerosos está, entonces, en que en aquéllos no cabe que el juez atribuya poder de disposición al cónyuge donante, supliendo con ello el poder de disposición del no donante. Y, por otra parte, si, una vez transcurridos los cuatro años desde que el cónyuge tuvo conocimiento del acto oneroso, se presume la ratificación, ello no ocurre en las disposiciones gratuitas, en las que solamente podrá darse la convalidación expresa²⁴⁸. Por lo demás, en ambos tipos de enajenación se observa

sirviendo de título a la ulterior transferencia. En ambos casos es *contrato*, es decir, acuerdo de voluntades, título que justifica la adquisición del donatario y estatuto que gobierna la suerte ulterior de lo adquirido, pero en el primero es, además, *modo de adquirir*, concepto que no debe oponerse al de *contrato*, pues no es contradictorio con él, y simplemente se refiere a un orden distinto de ideas: el de las transferencias de cosas y derechos, frente al de la creación de vínculos justificativos y regulativos de una prestación no exigible todavía o sólo desde la fecha del contrato. Si pretendiéramos establecer una antítesis entre las categorías de *contrato* y *modo de adquirir* resultaría que en el Derecho francés o italiano la venta de cosa cierta propia del vendedor, por cuanto atribuye la titularidad al comprador inmediatamente, y por tanto es modo de adquirir, no sería contrato». Un impecable análisis de las diferentes posiciones se halla en ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2.º, Madrid, 1986, pp. 3 ss., con toma de posición decidida en favor de la tesis contractualista. No vale como argumento en contra de lo expuesto el hecho de que el art. 624 diga que «podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes», pues ello no significa que, en el momento de donar, haya que tener efectivo poder de disposición de los bienes que se donan, sino poder de disponer de la clase de bienes que se donan (no dice el Código «disponer de los bienes (que done)», sino «de sus bienes» (pp. 97 y 98). Véase también el comentario del mismo autor del artículo 609, en los mismos *Comentarios*, t. VIII, vol. 1.º, Madrid, 1987, pp. 14 ss.

²⁴⁶ Así lo hacen ver DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, aunque sugiriendo la *anulabilidad* y la *confirmación*. *Sistema...*, cit., t. IV, Madrid, 1992, p. 202. No se entiende muy bien, sin embargo, que DÍEZ-PICAZO diga, en referencia al segundo párrafo del artículo 1322, que el acto a título gratuito «permite el consentimiento posterior del otro cónyuge, con lo cual resulta en nuestra opinión convalidado» (en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, p. 1510), y en cambio, al comentar el artículo 1378, hable de nulidad radical y absoluta, sin ambages ni matizaciones, casi dando con ello a entender que la situación es insubsanable *a posteriori* (p. 1765).

²⁴⁷ GIMÉNEZ DUART, *cit.*, p. 242. No sirve como réplica contra este argumento, como señala el autor, alegar que los artículos 1378 y 1322 califican de nulo el negocio, pues también hace lo mismo el art. 1259 con el contrato llevado a cabo por el *falsus procurator*, y se trata de una «nulidad sanable». «Lo que el Código Civil quiere significar cuando utiliza el término nulidad es que el negocio «por sí solo» nunca producirá efectos, no que el negocio sea insubsanable».

²⁴⁸ Y acaso sólo si el acto validatorio se hace revestir de la misma forma que la disposición gratuita que se convalida. *Vid.* DÍEZ-PICAZO, *Comentarios a las reformas...*, *cit.*, p. 1510.

una perfecta identidad estructural: siempre que un cónyuge vende o dona bienes comunes, hay codisposición aunque sólo uno contrate.

Si se considerara que tal donación configura un título radicalmente nulo, como quiere la mayoría de la doctrina, la situación del donatario sería ciertamente poco deseable: no entraría en la protección del artículo 34 LH al no ser considerado tercero sino parte de un contrato nulo²⁴⁹, tampoco, llegado el caso, en la del artículo 464 CC. Y, por si fuera poco, sólo la usucapición extraordinaria tendría algo que decir, pues la ordinaria nunca podría ser invocada, al existir título radicalmente nulo. En cambio, de entender que la irregularidad de la situación se da en el aspecto traditorio de la disposición y no en el contrato en sí, la situación no es, de cara a la usucapición, diferente de la que se da cuando se dona cosa ajena o parcialmente ajena: habrá justo título. Y es que sería ciertamente contradictorio decir que tiene justo título para usucapir el que compró al cónyuge que contrató sólo y no decir lo mismo del donatario. Por más que el tratamiento registral sea distinto, las patologías que la usucapición está llamada a subsanar son las mismas en ambos casos: falta de poder de disposición del cónyuge que contrata.

En definitiva, tanto en las enajenaciones onerosas como en las gratuitas llevadas a cabo por un cónyuge sin el consentimiento del otro, ante la acción impugnatoria *de la transmisión*; cabrá que el adquirente oponga el transcurso de los cuatro años del artículo 1301, a contar desde la disolución de la sociedad conyugal o, en su caso, desde el momento en que el cónyuge hubiera tenido conocimiento de la enajenación. Cabrá también, en su caso, oponer la usucapición abreviada u ordinaria conseguida con anterioridad. Lo que no cabe es que se reproduzca aquí el dilema estudiado en sede de acciones reivindicatoria y de nulidad radical (a saber, la situación de la acción prescrita sin usucapión consumada): si la acción se ejerce de manera extemporánea, no se puede hablar de un demandado no obligado a restituir a pesar de no haber usucapido. Antes bien, el transcurso de los cuatro años actúa *a modo de confirmación*: el demandado habrá adquirido *ex contractu* (más tradición), no teniendo la sentencia que declare la nulidad ningún efecto práctico en forma de restitución. No ha usucapido, pero es que no le hace ninguna falta.

c) Dije antes que tomaríamos como banco de pruebas el artículo 1322, precepto que hemos estudiado someramente en relación con los artículos 1377 y 1378. Pero no ha de perderse de vista

²⁴⁹ Aunque, de todos modos, no olvidemos que la protección de ese eventual tercero (si lo fuera) que adquiere a título gratuito no deja de ser de mucha menor intensidad: «*no gozarán de más protección que la que tuviese su causante o transferente*» (art. 34, p.º 3.º).

que si de lo que se dispone es de la «vivienda habitual» o de los «muebles de uso ordinario», el artículo 1320 suministra un régimen con importantes especialidades. Muy escaso juego tienen aquí las tensiones entre prescripción y usucapión, pero decir esto requiere una mínima explicación. Desde luego, de las especialidades destaca la poco afortunada descripción del lugar que ocupa el adquirente, pues señala el párrafo segundo que «*la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe*», norma de la que ha podido decir Gordillo Cañas que es «técnicamente defectuosa en su redacción, posiblemente fuente de no pocos problemas en orden a su aplicación e, incluso, finalmente, dudosa en su oportunidad»²⁵⁰.

El artículo 1320 constituye una importante novedad de la reforma del Derecho de familia de 1981, y fue su fuente de inspiración, como recuerda Espiau, el artículo 215, párrafo 3.º del Código francés (Ley de 13 de julio de 1965)²⁵¹. El precepto –indica Díez-Picazo– «extrae la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de las reglas generales de disposición de los patrimonios conyugales y les otorga un rango especial. La razón es la íntima relación que estos bienes tienen con las más importantes necesidades familiares y vitales»²⁵². Evidentemente, no hay aquí tampoco una restricción de la capacidad de obrar, sino una limitación del poder de disposición, aunque esta vez no precisamente impuesta por razones de cotitularidad.

Es revelador que el artículo 215 del *Code* no se encuentre entre las normas reguladoras del régimen económico del matrimonio,

²⁵⁰ GORDILLO CAÑAS, «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia», *ADC*, 1982, p. 1133. DE LOS MOZOS señala que se trata de una «norma inútil que no añade nada a la protección de los intereses que trata de proteger», «norma superflua y que se podía, muy bien, haber suprimido», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 1.º, Madrid, 1982, p. 133, donde llega a sugerir, a fin de que no quede vacío de contenido el párrafo primero y la protección de la familia, que sólo sea aplicable el párrafo segundo al subadquirente, y no, por tanto, a quien contrata con el propietario de la vivienda. En el Derecho comparado tampoco han faltado las críticas. Por ejemplo, y para el Derecho suizo, véase STEINAER, en *Mariage et famille en question*, dir. por Nerson y Schwarz-Lieberman von Wahrendorf, Lyon, 1980, p. 26.

²⁵¹ Artículo 215-3.º: «Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation: l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous».

²⁵² DÍEZ-PICAZO, en *Comentarios a las reformas...*, cit., Madrid, 1984, pp. 1505 y 1506. En el mismo sentido, HERRERO GARCÍA, en *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), cit., t. II, p. 587. Por ello mismo, la sanción –dice LACRUZ– «no puede extenderse más allá del interés protegido, y por tanto el adquirente podría optar por conservar el negocio en lo que no choque con el interés familiar, esto es, el devenir dueño del piso una vez que éste pierda su carácter de vivienda familiar». *Elementos*, cit., t. IV, vol. 1.º, p. 292.

sino dentro del capítulo dedicado a las relaciones personales entre los cónyuges: después de establecer el deber de fidelidad (art. 212), la dirección moral y material de la familia (art. 213) y el deber de contribución a las cargas (art. 214), los dos primeros párrafos del artículo 215 establecen la obligación de la «*communauté de vie*» y la necesidad de que la residencia de la familia se sitúe «*au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord*». Y, casi sentando una consecuencia, el párrafo tercero exige a renglón seguido el consentimiento mutuo para la enajenación de la vivienda. De lo que se trata, pues, no es de que la titularidad se halle incompleta, sino de que si de mutuo acuerdo fijaron la residencia familiar, también de mutuo acuerdo será como únicamente pueda producirse la desafectación. El problema no se sitúa en la titularidad de la vivienda sino en su condición de residencia habitual de la familia, condición que da al cónyuge no titular un *ius possidendi* cuya violación choca incluso con derechos protegidos por principios constitucionales²⁵³.

Es importante destacar que en el régimen del artículo 1320 la solución no depende de que el negocio en concreto sea oneroso o gratuito. Naturalmente, si se trata de vivienda de titularidad compartida, la situación se regirá por las normas generales acerca de las disposiciones onerosas o gratuitas de bienes comunes, con las diferencias propias entre unas y otras (arts. 1322, 1377 y 1378)²⁵⁴. Pero si se trata de vivienda privativa del cónyuge que dispone (presupuesto de aplicación del precepto²⁵⁵), la ley exige contar con el asentimiento del cónyuge no titular: «el *ius possidendi* que corresponde al cónyuge no titular sobre la “vivienda habitual de la familia” es suficiente para generar un instrumento de protección y, en definitiva, para justificar su intervención en un negocio jurídico que recae sobre un bien ajeno»²⁵⁶.

En suma, si conforme a lo que dispone el párrafo 2.º del precepto encuentra protección el adquirente que no conocía ni podía conocer el carácter familiar de la vivienda²⁵⁷, ello hace su situación inataca-

²⁵³ Para el estudio completo del precepto es imprescindible la consulta de ESPIAU, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, 1992, pp. 132 ss.

²⁵⁴ Así, ESPIAU, *cit.*, p. 146. Véase en esta línea RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificación)», en *RCDI*, 1982, pp. 1610 ss.

²⁵⁵ Además, y para evitar problemas, el artículo 91 RH presume que toda vivienda perteneciente a uno de los cónyuges tiene el carácter de vivienda habitual de la familia. Para desvirtuar la presunción es preciso que el disponente manifieste expresamente que la vivienda no tiene tal condición. ESPIAU, *cit.*, p. 153.

²⁵⁶ ESPIAU, *cit.*, p. 154.

²⁵⁷ Y pese a que, desde luego, ello convierte en papel mojado la protección familiar del párrafo primero, como destaca DE LA CUESTA en «La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español. Estudio de Derecho comparado», en *RDN*, 1983, p. 170.

ble, de tal modo que es la familia la que resultará perjudicada²⁵⁸. Pero, a los efectos que interesan a este trabajo, ¿tiene algún papel la usucapión y sus relaciones con la acción impugnatoria del cónyuge no asintiente? Pienso que no: si la situación no le perjudica, la adquisición es firme, y no ha de verse perjudicada ni la titularidad, ni el uso y disfrute, ni ninguna otra facultad dominical. Y si le perjudica, porque no ignoraba la condición familiar de la vivienda o podía fácilmente conocerla, el perjuicio no puede consistir en algo que escapa del interés protegido: ahí sí será cuando quepa decir, con Lacruz, que «aunque el negocio podrá ser anulado por el otro cónyuge, tal nulidad de protección no puede extenderse más allá del interés protegido, y por tanto el adquirente podría optar por conservar el negocio en lo que no choque con el interés familiar, esto es, el devenir dueño del piso una vez que éste pierda su carácter de vivienda familiar»²⁵⁹. O, matizando más, hasta puede mantenerse que el adquirente fue dueño desde el principio, si bien no puede hacer uso de la vivienda hasta que no se produce esa «desafectación» (algo así como una propiedad gravada con derecho de uso forzoso)²⁶⁰.

Ni siquiera aunque el adquirente hubiera tomado posesión de la vivienda encontraría juego el instituto de la usucapión. El cónyuge podrá impugnar en el transcurso de cuatro años, contados desde su conocimiento del acto dispositivo (art. 1301, último párrafo, *in fine*), y no cabe que el adquirente se parapete en una usucapión anterior: obviamente, nadie puede usucapir algo que es suyo. Como mucho, se podría entender teóricamente posible que su posesión, contraria como es al *ius possidendi* de la familia, podría dar lugar, si no a una adquisición de la propiedad por usucapión, sí a una suerte de *usucapio libertatis*, pues un tiempo de posesión tan dilatado, lo que desde luego pone de manifiesto es que la familia hacía ya mucho tiempo²⁶¹ que fijó su residencia habitual en otro lugar.

El que el artículo 1320, párrafo 2.º, sólo mencione el caso de la vivienda y no el de los muebles deja sin resolver qué sucede si se

²⁵⁸ No se le puede negar a la familia un derecho a solicitar indemnización al cónyuge que dispuso de la misma originando la creencia errónea del adquirente. ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, t. IV, Barcelona, 1989, p. 157. También LACRUZ, t. IV, vol. 1.º, Barcelona, 1990, p. 293. ESPIAU (*cit.*, p. 181) no ve obstáculos a la imposición al cónyuge titular de la obligación de proporcionar una vivienda de similares características a las de la que constituía la habitual de la familia.

²⁵⁹ LACRUZ, *Elementos...*, *cit.*, t. IV, vol. 1.º, p. 292.

²⁶⁰ ESPIAU prefiere, en cambio, la solución expeditiva (*cit.*, p. 126): la impugnación va a hacer prevalecer, no tanto la legitimación posesoria de la familia, como la propia subsistencia de la titularidad del disponente.

²⁶¹ Como mínimo, treinta años, dado que en estos casos la mala fe consiste en el conocimiento de la condición familiar del inmueble, que es el obstáculo con el que cuenta el supuesto en examen.

enajenan éstos y hay buena fe por parte del adquirente: ¿prosperaría la acción no obstante la ignorancia por el tercero del carácter familiar del objeto o se aplicaría el régimen común del artículo 464? Viendo la continua asimilación que en el Código se hace entre la vivienda y los muebles de uso familiar, se puede entender que el legislador tuvo un olvido en el segundo párrafo del artículo 1320, y decidir que el tercero de buena fe consuma una adquisición inatacable; y si es aplicable el artículo 464, párrafo 1.º, en su versión germanista²⁶², el resultado sería el mismo, al interpretar que el título aludido en el precepto es título de propiedad.

²⁶² Que, dicho sea de paso, es la interpretación que siempre me ha parecido correcta del precepto, a la vista de sus precedentes, de su interpretación sistemática y de las opiniones mayoritarias, y a pesar de los vacilantes pronunciamientos jurisprudenciales. Con todo, no es muy de recibo que las tesis doctrinales mayoritarias –a las que me sumo– pasen por alto las reflexiones de quien más se ha ocupado entre nosotros de estudiar el precepto: MIQUEL GONZÁLEZ (sobre todo, en *La posesión de los bienes muebles*, Madrid, 1979 y «Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia», *ADC*, 1999, pp. 565 ss.). Si no se comparte el parecer del máximo especialista en la materia, lo que no se puede hacer es ignorarle. Veamos: el sentir mayoritario consiste en afirmar que: a) Cuando A confía a B la posesión de una cosa mueble, si B la vende a C, y éste cree estar comprando a un verdadero dueño, C adquiere, a *non domino* pero en firme. B ha cometido delito de apropiación indebida, pero la responsabilidad civil no podrá tener lugar por medio de la restitución de una cosa que ya pertenece a C, desde el primer momento y sin precisar usucapión, sino sólo por medio del pago por parte de B del valor de la cosa (indemnización, no restitución, art. 111 CP, y lo mismo ocurrirá si la pretensión se actúa en proceso civil); b) Si B roba o hurta la cosa a A (o se la encuentra abandonada y no la devuelve o la lleva a la Oficina de Objetos Perdidos, art. 615 CC), y la vende a C, A podrá intentar la recuperación del objeto mientras C no la haya usucapido, pues C no ha adquirido en firme. Según esta interpretación, la «privación ilegal» de la proposición 2.ª del artículo 464, p.º 1.º, sólo se da en los casos de robo o hurto, que, junto con la apropiación de la cosa hallada y no devuelta, comprenden la totalidad del ámbito de la proposición: A puede recuperar la cosa perdida, robada o hurtada, pero no en los supuestos de apropiación indebida normal (art. 252 CP), esto es, de apropiación de la cosa confiada por A a B a título de arrendamiento, depósito, comodato, comisión, etc.

Sin embargo, el profesor MIQUEL entiende que en todos los casos en que B vende lo que no es suyo, sea cual fuere el título por el que posea, A puede intentar la recuperación (no solamente cuando a A le hayan robado o hurtado, o la cosa que perdió fue vendida a tercero de buena fe por el hallador: en estos casos está toda la doctrina de acuerdo). Luego si el artículo dice «La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título», está dando a entender, aunque no lo consiga con la claridad que sería de desechar, que esa posesión adquirida por C de buena fe equivale al «título en sentido estricto» (no título y modo): C no tiene que probar que compró, pues si tiene la cosa que tomó de buena fe, es como si tuviera ya probado el título (de compra), pero le sigue faltando el modo. Tiene título, pero no titularidad. Como el modo de adquirir no concurre en forma de tradición, precisará *siempre del purgatorio* de la usucapión.

Según este autor, el artículo 464, párrafo 1.º, no es propiamente un precepto destinado a resolver si quien compra de buena fe una cosa mueble adquiere o no en firme. Ello, a diferencia de lo que sucede para los inmuebles en el artículo 34 LH: éste sí puede originar una adquisición a *non domino* a favor de quien compró de buena fe a quien aparecía como dueño en el Registro, siempre que, a su vez, inscriba él. El cometido del artículo 464 es otro, a saber, distribuir la carga de la prueba en el ámbito de la reivindicación mobiliaria: si en un sistema de adquisición derivativa por título y modo como es el español, «tener título» no significa «ser titular» (para eso hace falta también modo de adquirir), el precepto sólo quiere decir que si el poseedor es de buena fe, se le supone que tiene título de adquisición. Si éste procede de un dueño, habrá adquirido la propiedad; si no, su título le vale para usu-

Y si el adquirente de muebles conocía su condición de ajuar familiar (cosa que deberá presumirse si se trataba de objetos ubica-

capir frente al verdadero dueño. Y mientras tanto, todo el que se considere dueño y quiera reivindicar se verá obligado a abatir ese título que ostenta el poseedor. Si es así, el precepto no contiene en su párrafo 1.º más que una regla probatoria, que además se compagina con el artículo 463, a cuyo tenor un acto de enajenación llevado a cabo por aquel en quien el propietario confió la posesión de la cosa, no perjudica a éste.

La tesis es valiosa, pues logra una perfecta colocación de las piezas más importantes del sistema: no es que el «sin embargo» de la segunda proposición del artículo 464, párrafo 1.º, opere como auténtica conjunción adversativa, sino más bien como una partícula explicativa: a lo que equivale la posesión de buena fe es al *título*, no a la *titularidad*. El poseedor de buena fe tiene a su favor un título por equivalencia, una prueba preconstituida de su contrato, de manera que si él tiene la posesión de la cosa, el ordenamiento supone que será porque, por ejemplo, la compró (título). Pero como la compra no es de por sí suficiente para adquirir en un sistema de título y modo, la tradición (modo), que sería correcta si el que vendió la cosa hubiera sido dueño de ella, tendrá que purificarse por medio de la usucapión: mientras ésta no se consolide, podrá el dueño recuperar la cosa, y para ello tendrá que destruir el título por equivalencia del actual poseedor probando su título de dominio (como ocurre en cualquier reivindicación). Y si no reacciona a tiempo, la usucapión habrá actuado como modo de adquirir subalterno, como un auténtico reverso de la tradición, en términos de CUENA CASAS (*Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, pp. 356 ss.).

En resumidas cuentas, el precepto, conforme a lo que MIQUEL propone, se ha de leer en esta clave: la posesión vale como título, pero (o mejor, por lo tanto) quien se considera propietario podrá reivindicar, para lo cual tendrá que hacer lo que ha de hacer todo reivindicante, esto es, cargar con la prueba de destruir el título del poseedor demostrando que, aunque el poseedor tenga *título*, él tiene la *titularidad*.

Claro, que entonces, si a lo que equivale la posesión de buena fe no es a la propiedad o titularidad, sino al título, válido *ad usucapiónem* (lo que explicaría por qué no hay mención al justo título en el artículo 1955, párrafo 1.º, regulador de la usucapión mobiliaria ordinaria, y por qué sí la hay en el artículo 1957 para la usucapión de inmuebles, donde la posesión no equivale al título), resultaría que el artículo 464, párrafo 1.º, no añade nada al sistema: resultaría redundante, pues para lograr sus propósitos ya tenemos el artículo 448, que no sólo presume el título de quien posee en concepto de dueño, sino que establece que nadie puede obligar al poseedor a exhibirlo. Y como nadie le puede obligar, tendrá que ser el reivindicante quien destruya la presunción, probando que la cosa que el poseedor compró no la compró de su propietario. Es éste un obstáculo serio que yo encuentro en la tesis del profesor MIQUEL. Ciento que un obstáculo menor, pues, para ser sinceros, nada tiene de particular que un precepto resulte redundante, cosa que no resulta insólita en el nuestro ni en ningún otro Código Civil. El obstáculo principal lo constituye el argumento literal-sistématico de que privación ilegal = hurto o robo (resultante del trípode formado por los arts. 464, 1955 y 1962), y ello me induce a preferir la tesis germanista.

En efecto, si los artículos 464, p.º 1.º, y 1955, p.º 3.º, se refieren a la cosa de que A ha sido «privado ilegalmente», el 1962 (que, por cierto, se remite a lo dispuesto en el 1955, párrafo 3.º) utiliza, en cambio, la expresión «hurto o robo», cosa que ha servido a la mayoría de la doctrina para interpretar el precepto *al estilo germánico* (como yo mismo lo hice en *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 87 ss., y en *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, Madrid, 1998, p. 115, nota 5): hurto, robo y pérdida son los únicos casos en que A puede dirigirse con éxito contra C. No me resulta convincente que el obstáculo del artículo 1962 pretenda ser derribado diciendo que «es una mera artimaña exegética» (MIQUEL, «Notas sobre el artículo 464...», *cit.*, p. 595). Ciento que es paradójico que se quiera decir que los delincuentes castigados por el artículo 1956 con el alargamiento de los plazos (*vid. supra*, 3.5.) no sólo son los que cometen hurto y robo, sino también, por analogía, los que cometen apropiación indebida o estafa, y que en cambio se interprete que en la expresión «hurto o robo» del artículo 1962 no quepa la analogía para extender sus efectos a esos otros delitos. Pero es que yo creo que también en el artículo 1956 sólo cabe el hurto y el robo, como se deduce de su tenor literal.

dos en la vivienda²⁶³), la acción impugnatoria dura lo mismo (cuatro años) y con idéntico inicio del cómputo (disolución de la sociedad conyugal o conocimiento por el cónyuge no asintiente de la disposición). Aunque se trate de un caso de laboratorio, no es teóricamente impensable que la posesión haya durado ya seis años cuando la acción se ejercita (aunque cuesta trabajo pensar que el cónyuge no se haya apercibido de la falta de un mueble de uso ordinario de la familia), y que ello permitiese pensar, si no en una «usuacapación de cosa propia», sí en una especie de usuacapación liberatoria.

4.3 El título rescindible

En relación con el título rescindible son menores los problemas, pues es evidente que sus características de validez inicial y posibilidad de declaración de ineeficacia sobrevenida son absolutamente incuestionables. No he logrado encontrar pronunciamientos juríspudenciales acerca de la consideración del título rescindible como justo para la usuacapación, pero ello no quita para que se pueda plantear la cuestión, sin que sirva de obstáculo el hecho de que el plazo de caducidad de la acción de rescisión (cuatro años, art. 1299 CC) sea generalmente más corto que los plazos previstos para la usuacapación ordinaria, pues no es así en materia de bienes muebles (tres años, art. 1955), y además hay que pensar que, si en la rescisión por lesión el plazo para rescindir comienza cuando las personas sujetas a patria potestad o tutela hayan salido de la misma o cuando sea conocido el domicilio de los ausentes, puede darse el caso de que con anterioridad el adquirente, en virtud del contrato susceptible de rescisión, alegue la prescripción adquisitiva. Veamos si ello es posible.

a) Naturalmente, la usuacapación no interviene en absoluto cuando la única irregularidad que padeció la transmisión hubiese sido aquella que precisamente provoca la rescisión del acto, pues no ocioso es recordar que hablar de contratos rescindibles es hablar de contratos válidamente celebrados (art. 1290). Así, si el plazo para rescindir ha transcurrido ya, la caducidad de la acción vendrá a ser opuesta (o mejor, apreciada de oficio), sin que en tal caso quepa decir que se ha adquirido por usuacapación lo que verdaderamente se adquirió válidamente desde el principio; y en el otro extremo, ejercitada a tiempo la acción por el perjudicado (incapaz o ausente que han dejado de serlo, acreedor víctima del fraude, etc.), nunca podrá

²⁶³ GIMÉNEZ DUART, La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981, en *RDN*, 1981, p. 97.

el *accipiens* alegar la usucapión abreviada ni la extinción de una acción que estaba viva, por muy duradera que haya podido ser su posesión. Por eso, no entiendo la razón que lleva a a afirmar que «la usucapión consumada gracias a la posesión en concepto de dueño, que se obtiene al amparo de la validez inicial del título rescindible, supondrá un límite a las acciones revocatoria y resolutoria»²⁶⁴. Y es que, utilizando el mismo ejemplo que él sugiere, si se trata de un negocio celebrado por el tutor de quien permanece en el estado de locura aún durante cuarenta años, la acción de rescisión vendrá a nacer en el mismo momento en que el loco salga de su estado, y si se ejercita dentro de los cuatro años a contar de tal momento, no habrá posibilidad alguna de que el adquirente pueda ver prosperar la usucapión *corta* que invoque. Ni a la acción de rescisión ni a la pauliana le son oponibles las reglas de la usucapión abreviada²⁶⁵.

Cosa distinta es que, estando viva la acción de rescisión y ejercitada a tiempo, la declaración judicial no impida que, aunque no podamos ya hablar de justo título, pueda ya haberse consumado la usucapión *extraordinaria* con anterioridad. Éste es el único caso en que creo que se puede discutir si cabe que la acción de rescisión se pueda ver obstaculizada por la usucapión, lo mismo que, como vimos, sucede con la anulabilidad (aunque por diferente razón, si se admite, como yo hago, que el contrato rescindible no rescindido es válido pero que, en cambio, el anulable es inicialmente inválido). Una vez rescindido el contrato, cae retroactivamente, y podría admitirse que, por ejemplo, treinta años de posesión de la finca basada en un título *ahora* invalidado, derrotan a cuantas acciones que pretendan recuperar la posesión cupiese imaginar.

b) En cambio, tendrá interés la usucapión si *además* de haberse tratado de un contrato celebrado en fraude de acreedores, resultaba que aquello de lo que dispuso fraudulentamente el deudor no formaba en verdad parte de ese patrimonio que intentaba empobrecer; o si *además* de haberse celebrado un contrato en representación del incapaz o del ausente por el que uno u otro resultaron víctimas de lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas objeto del contrato (art. 1291, números 1.^º y 2.^º), resultaba que verdaderamente tales cosas eran propiedad de tercero. Será entonces cuando, ante la reivindicación por parte de éste, podrá en su caso el contratante adquirente escudarse en la usucapión ordinaria, basán-

²⁶⁴ MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, cit., p. 145. También parece defenderlo DE LA CUESTA, *La acción publiciana*, Madrid, 1984, p. 417. No entiendo que se defienda que en caso de anulabilidad la usucapión no sea alegable *inter partes* frente a la impugnación del transmitente y sí lo sea en cambio en los supuestos de rescisión.

²⁶⁵ En este sentido, y muy claramente, WEILL y TERRE, *Droit civil. Les obligations*, 1986, p. 890.

dose en un contrato que, siendo rescindible pero no habiendo sido rescindido por quien lo podía intentar, es justo título a efectos de usucapión.. Ha habido, evidentemente, un título válido que, como siempre que hablamos de usucapión, no logra su cometido, y no lo logra por no ser la cosa propiedad de quien de ella disponía. El que además se trate de un título que puede ser atacado por vía de rescisión en nada afecta a la consabida regla general.

c) En caso de que la usucapión abreviada no haya podido consumarse todavía, no es que la ineficacia sobrevenida del título haga que éste decaiga a efectos de usucapión: es que ni siquiera podrá llegar a completarse la usucapión extraordinaria, pues, como dice Morales, «pronunciada una sentencia rescisoria que declare la invalidez del título, se interrumpirá la usucapión que aún esté en curso por interversión del concepto en que se posee, pues el título que potenciaba la usucapión queda invalidado, con la consecuencia automática de interrumpirse el curso de la misma»²⁶⁶.

En suma, en las acciones de anulabilidad o de rescisión no interesa la usucapión ordinaria que se pretenda hacer valer como ganada con anterioridad a los cuatro años de los artículos 1301 y 1299; ni tampoco cabrá la usucapión extraordinaria si no ha sido completada ya cuando las respectivas acciones se ejercitaron. Cuestión distinta es el juego que tengan los respectivos títulos cuando se aleguen como base de la usucapión abreviada, no frente al contratante, sino frente al verdadero dueño de la cosa.

4.4 El título revocable

En los supuestos de revocación y resolución, el acto cae con efectos *ex nunc*, y si se trata de títulos merced a los cuales se entregó lo que no era propiedad del *tradens*, la consideración de justo título decae también, una vez revocado o resuelto el contrato, frente a la reivindicación del verdadero dueño²⁶⁷.

1. En materia de revocación de donaciones, ya ha quedado dicho que no se plantean problemas de correlación entre los plazos de caducidad de las respectivas acciones y los de la prescripción adquisitiva. Como la revocación no tiene lugar *ipso iure* y sus efectos se producen *ex nunc*, el donatario continúa siendo dueño mientras no se ejercite y prospere la acción de revocación. Su título fue válido en todo momento, y la cosa formaba parte de su patrimonio. La supervenencia o sobrevivencia de hijos, la ingratitud del dona-

²⁶⁶ MORALES MORENO, *loc. cit.*

²⁶⁷ GENTILE, *Il possesso*, cit., p. 391.

tario o el incumplimiento de cargas no convierten la situación poseitoria en concepto alguno diferente del que había con anterioridad al advenimiento de la causa de revocación. Su única defensa de este tipo será, pues, la excepción de caducidad de la acción, pero nunca la de prescripción adquisitiva. Si se pretendiese alegar una posesión lo suficientemente prolongada como para consumar la prescripción adquisitiva, la respuesta es fácil: no pudo ganar por usucapión lo que ya era suyo desde que la donación se consumó.

Desde el momento en que la donación se revoca, si el donatario sigue poseyendo no sólo carece de buena fe, sino que además no posee en concepto de dueño, lo que, unido a los efectos interruptivos de la sentencia de revocación, impiden igualmente –aunque ahora por razones distintas– que si esta situación precaria continúa pueda en su día alegarse usucapión alguna. De hecho, lo mismo ocurría en los casos de nulidad, anulabilidad o rescisión: si el impugnante que triunfó en la acción permite que el derrotado siga poseyendo, no lo hace precisamente porque le esté otorgando una posesión en concepto de titular.

Puede haber ocurrido que el hecho que constituye causa de revocación haya sido revestido por el donante de carácter resolutorio automático, pero entonces sucederá que la donación se encontraba en realidad sometida a condición resolutoria²⁶⁸. Pero para que la cosa se encuentre adscrita al patrimonio del donante, deberá éste accionar, y aunque la ausencia de reacción por parte de éste haga peligrar su recuperación si el poseedor opone la extinción de la acción (en cuyo supuesto la adquisición por donación ya no tiene amenaza alguna de resolución), lo que no cabe es que éste se ampare en una usucapión anterior a la declaración de extinción del título (sobre la base de una posesión de algo cuya adquisición se resolvió, pero sin que fuese solicitada la resolución), ya que el solo cumplimiento de la condición resolutoria hace de la situación –utilizando los términos de Morales Moreno– la propia de los actos de *mera tolerancia imprópria*²⁶⁹.

Por supuesto, el caso en que la usucapión reviste interés es el que tiene como protagonista al auténtico dueño de la cosa entregada en virtud de contrato revocable o resoluble por quien no era dueño de la misma. Si la donación fue de cosa ajena, el donatario puede escudarse en la usucapión abreviada si, producido el hecho

²⁶⁸ Señaladamente en la revocación por incumplimiento de cargas, porque a pesar de que del artículo 647, 1.º, se deduce que la revocación no es automática («será revocada a instancia del donante», puede haberse establecido que el incumplimiento del modo determine la resolución. Así, ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2.º, p. 376.

²⁶⁹ MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, cit., p. 138.

que motiva la revocación, ésta no ha sido intentada por el donante, jugando entonces como justo título la donación revocable no revocada, para ser opuesto al verdadero dueño que intente su recuperación. Nada ha ocurrido, en lo que a los intereses que se dan cita en la usucapión ordinaria se refiere, que altere las reglas generales.

Ocioso es decir que si, una vez consumada la usucapión, tiene lugar la revocación de la donación, nada habrá que objetar para que tal revocación opere. Si, en cambio, la revocación se pretende estando la usucapión en curso, la cosa volverá al donante, que, de cara a una eventual reivindicación, se beneficiará del tiempo que haya durado la posesión del donatario. De esto no ha de caber duda, pues, ¿qué mejor forma de demostrar que se ha poseído en concepto de dueño que la de haber realizado con la cosa actos de dominio?

4.5 El título resoluble

Veamos que sucede con los títulos resolubles. Pensemos, por ejemplo, en la resolución por incumplimiento en las obligaciones recíprocas, en el advenimiento del suceso que constitúa la condición resolutoria o en la llegada del término final. Llegados a este punto, la primera afirmación casi tiene auténtico carácter de corolario: entre las partes del contrato existe la posibilidad de que opere la prescripción extintiva, pero nunca la adquisitiva.

Así, el demandado podrá oponer en su caso la prescripción de la acción resolutoria (quince años), pues por mucho que el evento que motiva la resolución provoque ésta de manera automática, si el afectado no reacciona llegará a perder la posibilidad de que se declare la extinción del título si la prescripción extintiva es convenientemente opuesta. Tampoco cabe aquí alegar entre partes la usucapión anterior: si Ticio vende su vivienda a Cayo, declarándose que si aquél vuelve a ser destinado a Madrid dentro de los quince años siguientes, quedaría la venta resuelta, lo que no cabe es que Cayo alegue la usucapión cuando Ticio vuelva a residir en Madrid doce años después, y ello por dos razones evidentes: *a*) mal puede alegar que ganó por usucapión aquel que era dueño efectivo de la cosa, pues no hay que olvidar que la venta sometida a condición resolutoria es, *pendente conditione*, plenamente eficaz, aunque sea con carácter claudicante; y *b*) además, la usucapión no puede borrar nunca el carácter condicionado del título²⁷⁰. Y que ni siquiera se diga que, una vez resuelto el contrato, la renuencia del poseedor a

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 156.

restituir supone colocarle en situación apta para usucapir el dominio resuelto, porque es obvio que tampoco es así.

Ahora bien, si la cosa entregada en cumplimiento de un contrato sometido a condición resolutoria no pertenece al *tradens*, cuando el verdadero dueño intente reivindicar, ¿qué suerte correrá la reclamación? El interrogante obliga a distinguir las distintas etapas de la obligación condicional:

a) *Conditio pendet*. Si la condición todavía no se ha cumplido cuando la reclamación del dueño tiene lugar, es claro que si la obligación condicional transmite el derecho cuando la cosa era propiedad del enajenante, transmite, en caso de que no lo fuera, la posesión apta para usucapir frente al *vetus dominus*²⁷¹. Hay, obviamente, título, y habrá buena fe si el *acciens* confió en la titularidad del *tradens*, pues el hecho de conocer que su situación se encontraba sometida a condición es algo por completo ajeno a lo que nos ocupa. Para un supuesto por completo asimilable, como es el de la venta con pacto de retro, disponía el artículo 1521, párrafo 1.º del Código italiano de 1865 que «el comprador con pacto de retro ejercita todos los derechos del vendedor. La prescripción corre a su favor, tanto contra el verdadero propietario, como contra quienes pretendieren tener derechos o hipotecas sobre la cosa vendida».

b) *Conditio existit*. Cabe distinguir según el momento en el que tiene lugar el cumplimiento de la condición. Si, una vez consumada la usucapión, la condición viene a cumplirse y con ello, el título a resolverse, debe entenderse que en realidad el usucapiente no ha ganado para sí, sino para su transmitente. «Lo mismo –dice Hernández Gil– que habría quedado resuelto el derecho generado por otro modo de adquirir, lo mismo ocurrirá también al que sea consecuencia de la usucapión»²⁷². En una palabra –y siguiendo con el ejemplo antes propuesto– la titularidad que a través de la usucapión consigue Cayo frente a Sempronio sigue condicionada a que Ticio vuelva a ser destinado a Madrid y resuelva con ello la venta. La posible usucapión consumada con anterioridad aprovecha a Ticio²⁷³.

²⁷¹ Así, AUBRY y RAU, *Cours*, t. II, París, 1935, p. 514.

²⁷² HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, *cit.*, p. 516.

²⁷³ Piensan ALAS, DE BUEN y RAMOS que si la condición se realiza, la retroactividad de la resolución arrastra la usucapión que ha sido consecuencia del título. *De la usucapión*, *cit.*, p. 213. Ciento que cuando se cumple la condición la resolución tiene, por lo que dispone el artículo 1123, efecto retroactivo sobre el título, pero no, como parece decir ALBALADEJO, para que quede precluida toda usucapión (*Comentarios al Código Civil...*, *cit.*, t. XXV, vol. 1.º, p. 322). No es que la usucapión no valga, sino que le vale únicamente a Ticio en cuanto *tradens*, y no al *acciens*. En contra, PUGLIESE: «la risoluzione del negozio giuridico, se è titolo sufficiente all'accessione del possesso dell'acquirente con quello dell'alienante a cui ritorna la cosa, non è invece titolo di successione giuridica da questo a

¿Qué ocurre si la condición se cumple estando la usucapión en curso? Ello viene a privar a Cayo del título, lo mismo que ocurre cuando prospera una acción impugnatoria o rescisoria. Además, la condición cumplida convierte a la posesión de Cayo en meramente tolerada, siendo ahora su situación la propia del poseedor en nombre ajeno²⁷⁴. Por lo tanto, ni tan siquiera va a ser posible la usucapión extraordinaria.

c) *Conditio deficit*. Naturalmente, y por contra, es perfectamente consolidable en manos del *accipiens* la usucapión consumada cuando la condición ya no pueda cumplirse²⁷⁵.

Naturalmente, todo lo anterior opera con absoluta independencia del juego *inter partes* de la prescripción extintiva de la acción resolutoria, y de la posibilidad de que la acción reivindicatoria, se ejercente contra una u otra parte del contrato, haya prescrito o no.

Parecidamente, la acción resolutoria por incumplimiento de las obligaciones recíprocas no puede nunca verse repelida por una usucapión pretendida por el comprador. Si la cosa vendida no pertenece al vendedor, podrá el comprador usucapirla frente al verdadero dueño, llegado el caso de que éste intente la reivindicación y lo haga cuando ya han transcurrido los plazos de la usucapión ordinaria. Y si, usucapida la cosa frente al *vetus dominus*, el precio de la compraventa no se satisface, podrá el vendedor intentar la resolución del contrato, sucediendo entonces que el comprador no la acabó usucapiendo para sí.

Pero si la cosa era propiedad del vendedor, y éste quiere resolver el contrato por impago del precio (para lo que cuenta con quince años, art. 1965 CC), el comprador no puede parapetarse en la usucapión, pues la cosa ya era de su propiedad desde el mismo instante de la tradición, y nadie puede usucapir lo que ya es de su propiedad.

Y si el Código Civil no resuelve el posible choque entre el plazo para resolver una compraventa y el plazo de la usucapión, ello no es porque hubiera en sus redactores ningún tipo de descuido o de imprevisión. Lo mismo que ocurre con las acciones de anulabilidad, las de rescisión o las revocatorias, el problema no lo plantea el

quello; e per tanto l'alienante non può invocare né l'usucapione decennale compiutasi medio tempore a favore dell'acquirente, poiché nella ipotesi egli non ha i requisiti necessari, né la cosa giudicata, che ha per suo fondamento un'eccezione personale dell'acquirente, a lui non comunicabile». *La prescrizione nel Diritto civile. La prescrizione acquisitiva*, Torino, 1911, p. 551, en nota 3. Cfr. TROPLONG, *Droit civil expliqué. De la prescription*, t. II, Paris, 1857, p. 498. Curiosamente, este autor no admite que el donante se valga de la prescripción conseguida por el donatario, y en cambio admite que pueda añadir a su posesión la que haya tenido el éste, para así completar la usucapión (p. 499).

²⁷⁴ MORALES, *cit.*, pp. 155 y 156, nota 197. HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*

²⁷⁵ Única que parece admitir ALBALADEJO, *loc. cit.*

Código porque en realidad no existe: se trata de plazos que tiene cada uno su ámbito, y que no pueden interferir el uno en la vida del otro. Como bien dice Gordillo, la usucapión ordinaria no tiene su juego *inter partes*: la adquisición derivativa, mientras nos mantenemos en la relación entre los contratantes, «quedará pendiente de la suerte del contrato que como causa o título la justifica». «Mientras que el contrato relaciona a quienes en él son partes, la usucapión [al menos la ordinaria, añado yo] enfrenta a quienes entre sí son terceros»²⁷⁶. «Resolución contractual y usucapión ordinaria no pueden convivir en un mismo ámbito abocadas a enfrentarse y tener que prevalecer una sobre otra»²⁷⁷.

No lo quiere entender así la curiosísima sentencia de 17 de julio de 1999 (*supra*, 1.2), que contiene una doctrina verdaderamente asombrosa. Merece la pena transcribir parte del Fundamento Sexto:

...[S]egún tiene declarado esta Sala (...) la buena fe, en el campo de los derechos reales, no es un estado de conducta, como ocurre en las obligaciones y contratos (arts. 1269 y siguientes del Código Civil), sino de conocimiento, según se evidencia con las dicciones de los artículos 433 y 1950 del citado Código, que nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la titularidad dominical del transferente era o no exacta. Por lo que respecta al concepto positivo de la buena fe que proclama el artículo 1950 del Código Civil («creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio»), no hay duda alguna de que la buena fe así entendida concurre en los demandados-reconvinientes (aquí recurrentes) pues siempre estuvieron en dicha creencia con respecto al que les vendió la finca litigiosa, extremo que, por otro lado, nadie ha cuestionado en este proceso. En lo que atañe a la faceta negativa de dicha buena fe que contempla el artículo 433 del mismo Código (ignorancia de que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide), también es evidente que la buena fe así entendida igualmente concurre en los demandados-reconvinientes (aquí recurrentes), pues su título adquisitivo (contrato de compraventa de fecha 30 de noviembre de 1979) no adolece de ningún vicio invalidante del mismo, careciendo de dicha condición el hecho de no haber pagado los compradores el precio total de la compraventa, pues dicha falta de pago (que afectaría, más que a la buena fe en los sentidos antes expuestos, al requisito del justo título), si bien hubiera podido dar lugar a una resolución del contrato (si la misma hubiera sido ejercitada oportunamente), no impide que se pueda consumar la usucapión ordinaria en favor del comprador, ya que por justo título ha de entenderse el que legalmente baste para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate y en este concepto podrán

²⁷⁶ GORDILLO CAÑAS, «Sobre el ámbito de la usucapión ordinaria. ¿Usucapión *inter partes* frente a la pretensión de resolución por incumplimiento contractual? Comentario a la STS de 17 de julio de 1999», en *ADC*, 2000, p. 719.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 721.

comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles (Sentencias de esta Sala de 25 de Junio de 1966, 5 de Marzo de 1991), cuyos respectivos vicios o defectos vienen a quedar subsanados por el transcurso del tiempo necesario para que se produzca la usucapión, que de otro modo vendría a ser una institución inútil (Sentencia de 25 de febrero de 1991), ello sin perjuicio, como es obvio, de que el vendedor pueda ejercitar su acción contra el comprador usucapiente en reclamación del pago del precio de la venta, en tanto dicha acción se mantenga subsistente (extremo que aquí no nos corresponde examinar, por no haber sido objeto del litigio), pero que, por sí sólo, no puede impedir, volvemos a decir, que se produzca la usucapión en favor del comprador, siempre que concurran todos los demás requisitos exigidos para la misma, como ocurre en el presente supuesto litigioso. Por todo lo expuesto, el presente motivo cuarto ha de ser estimado, con lo que deviene improcedente e innecesario el examen de los cuatro restantes motivos del recurso, mediante los cuales, como ya tenemos dicho, los recurrentes vienen a impugnar el pronunciamiento por el que la sentencia recurrida declara resuelto el contrato de compraventa de la finca rústica litigiosa, cuya resolución contractual es totalmente improcedente, desde el momento en que se ha producido la usucapión ordinaria entre presentes de la expresada finca en favor del comprador.

Una doctrina que se resume en tres ideas:

- a) El comprador ha usucapido una cosa que ya era propia por haberla adquirido por compra (y tradición) celebrada con su anterior propietario, y cuyo precio nunca llegó a pagar, dándose en este caso la buena fe. La afirmación es incalificable. Al menos no es calificable en un trabajo científico, si no quiere su autor incurrir en algo parecido al desacato. Es cierto que «la buena fe en el campo de los derechos reales no es un estado de conducta sino de conocimiento, que nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la titularidad dominical del transferente era o no exacta». Pero decir a continuación que, como el comprador no dudó nunca de que don Justino fuese dueño de lo que vendía, pues dueño era, se da en él entonces el requisito de la buena fe para poder usucapir lo que compró, es verdaderamente asombroso. El razonamiento valdría si, creyendo que compraba al dueño, éste no lo era en verdad, y viniera el verdadero dueño a reivindicar lo indebidamente vendido. Entonces, y sólo entonces, tendría algo que decir esa buena fe que consiste en la creencia del poseedor de haber recibido la cosa de quien tenía poder de disposición sobre ella. Pero cuando don Justino quería resolver el contrato por impago, no estaba en ningún momento alegando ser dueño de lo vendido: él era bien consciente de que dejó de serlo tan pronto como la tradición de la finca tuvo lugar. Sólo quería, por medio de la resolución contractual, *volver a serlo*. Y ante una pre-

tensión tan simple, no hay usucapión que valga: no es que no haya buena fe, es que no ha lugar para plantearse si la hay o no la hay. Y decir, como hace la Audiencia y reafirma el Supremo, que el comprador tuvo posesión en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida, es sólo una verdad a medias, o si se quiere, una verdad completa, pero que nada tiene que ver con el caso: ninguna de tales condiciones hace falta evaluar cuando el litigio consiste en una pretensión de resolución de contrato por impago. Si se dan o no los requisitos de la usucapión sólo interesa cuando la litis consiste en dilucidar quién es el dueño de una cosa. Lo más que podría ocurrir, relacionado con la prescripción, es que el comprador alegara la prescripción *extintiva* de la acción resolutoria. Pero, teniendo ésta asignada una prescripción de quince años (art. 1964 CC), tampoco había transcurrido el plazo.

b) El vendedor que intentó la resolución no podía, por la razón anterior, ver prosperar su pretensión, pero sí habría podido intentar exigir el pago del precio. O sea, que *ahora resulta que las meras facultades también prescriben*. La cuestión excede del cometido de estas páginas, pero no deja de llamar la atención, pues «*in facultatis non datur praescriptio*».

c) Dice la sentencia que el título adquisitivo del comprador «no adolece de ningún vicio invalidante del mismo, careciendo de dicha condición el hecho de no haber pagado los compradores el precio total de la compraventa, pues dicha falta de pago, si bien hubiera podido dar lugar a una resolución del contrato, no impide que se pueda consumar la usucapión ordinaria en favor del comprador, ya que por justo título ha de entenderse el que legalmente baste para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate y en este concepto podrán comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles cuyos respectivos vicios o defectos vienen a quedar subsanados por el transcurso del tiempo necesario para que se produzca la usucapión, que de otro modo vendría a ser una institución inútil».

Rotundamente falso. Por justo título, el artículo 1952 CC entiende el que legalmente baste para transmitir el dominio o derecho real... si el transmisor es dueño. Una compraventa es título suficiente para transmitir si va seguida de un acto traditivo eficaz. Y para que la tradición sea eficaz se necesita que el vendedor tenga pleno poder de disposición de la cosa. Si la cosa no es de su propiedad, la compraventa sigue siendo válida²⁷⁸, pero no logra ese natu-

²⁷⁸ Podrá plantearse que no lo sea cuando el vendedor sea consciente de que la cosa no es suya y, a pesar de todo, la vende, pues en tal caso podrá darse un problema de vicio del consentimiento en su modalidad de dolo (art. 1269 CC), además, naturalmente, de haber un más que probable delito de estafa (art. 251 CP).

ral cometido transmisivo que, unida a la tradición, está llamada a cumplir, y no porque la venta en cuanto título tenga problema alguno, sino porque la transmisión *padece en el modo de adquirir*. Lo que la tradición no consigue podrá entonces conseguirlo la usucapión ordinaria: ésta viene a ser el reverso de la tradición²⁷⁹.

4.6 Colofón

O lo que es lo mismo, y ya como colofón, los títulos anulables, rescindibles, revocables o resolubles no dejan de serlo porque la usucapión los pueda purificar. Cuando se dice que esos títulos son aptos para la usucapión, sólo se quiere decir que si quien los pudiera anular, rescindir, revocar o resolver no lo hace, y la cosa enajenada, además, no pertenecía a quien la vendió, el comprador podrá ampararse en semejantes títulos no anulados, rescindidos, revocados ni resueltos para oponerlos como justos títulos frente a la reivindicación intentada por el verdadero dueño. Veámoslo más despacio, aunque sea descendiendo a un detalle que pecaría en exceso de didactismo de no ser porque sentencias como la de 17 de julio de 1999 consiguen enturbiar por completo lo que está bastante claro. Cuando leemos en esta resolución que los vicios o defectos de los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles «vienen a quedar subsanados por el transcurso del tiempo necesario para que se produzca la usucapión, que de otro modo vendría a ser una institución inútil», lo que sucede es que, o se transcribe mal lo que el Supremo dijo correctamente en otras sentencias más antiguas (añadiendo *adornos* por completo distorsionantes), o se interpreta mal el sentido de las mismas. Lo mismo le pasa a la sentencia de 25 de febrero de 1991 (RAJ 1595) o a la de 23 de junio de 1998 (RAJ 4744), que se mantienen en la línea de hacerse lo que Gordillo Cañas califica de pregunta atolondrada que justifica injustificado desconcierto²⁸⁰: si el título tiene que ser justo, verdadero y válido, ¿qué añade la usucapión, si lo que el título necesita, ya lo tiene?

En efecto, lo que dijo, por ejemplo, la sentencia de 30 de marzo de 1943 (RAJ 410) es, no que la usucapión sería una institución inútil si no sirviera para subsanar los vicios de los contratos anulables, rescindibles, etc., sino que «el justo título que para la prescripción se requiere es aquel que por su naturaleza es capaz de producir la transmisión del dominio aunque exista *algún defecto o vicio originario que afecte a la facultad de disponer del transmitente*, pues

²⁷⁹ Ver nota 15.

²⁸⁰ GORDILLO, *Sobre el ámbito...*, cit., p. 709.

precisamente para subsanar tales vicios o defectos existe la prescripción, que de otro modo sería inútil» lo que es bien distinto. Más recientemente, la sentencia de 20 de octubre de 1992 (RAJ 8088) dijo claramente que lo que la usucapión purga es «precisamente el vicio de no ser propietario quien transmite». Ha dicho Gordillo Cañas que esa equivocadísima doctrina jurisprudencial de los últimos tiempos que dice que si la usucapión no sanara los vicios que provocan la anulabilidad, rescindibilidad, revocabilidad o resolubilidad del título, entonces la usucapión no sirve para nada, procede precisamente de una mala comprensión de la acertada sentencia de 30 de marzo de 1943²⁸¹. Resulta enternecedor que la sentencia de 25 de junio de 1966 (RAJ 3550) diga que en el concepto de justo título caben los contratos anulables, rescindibles, etc., «*e incluso los otorgados por quien no ostente la disponibilidad jurídica de la cosa*». En fin, que de «*e incluso*», nada: la usucapión ordinaria está precisamente, y sólo, para eso.

Lo deseable habría sido que la sentencia de 22 de julio de 1997 (RAJ 5805), una de las pocas sentencias auténticamente sensatas que el Supremo ha dictado en los últimos tiempos en materia de usucapión ordinaria (su Ponente fue alguien que en estos temas sí tiene las cosas muy claras: el Excmo. Sr. Gullón Ballesteros, autor también de la citada de 20 de octubre de 1992), hubiera provocado que la jurisprudencia enderezase la comprensión de un instituto cuyo funcionamiento viene siendo el mismo desde los romanos. En ella se puede leer que «una cosa es la falta de eficacia de los repetidos contratos en cuanto a la finalidad que persiguen, y otra que no sirvan de títulos que legitimen una prescripción adquisitiva. La nulidad declarada judicialmente no es porque a aquéllos les faltase ninguno de los requisitos del artículo 1261, esenciales para que exista un contrato, sino porque el vendedor no era propietario (...). Pero precisamente ese vicio de la adquisición es el que subsana la prescripción adquisitiva».

Pero el Tribunal Supremo, con sentencias como la de 17 de julio de 1999, que ignoran por completo la teoría del título y el modo y que lo mezclan todo conformando una amalgama incomprensible, sólo consigue enturbiar el sistema y que un vendedor que estaba a tiempo para resolver la venta por impago del precio se quede sin finca y sin precio. Es así que el comprador lleva diez años sin pagar lo que compró, pues entonces lo ha usucapido, y ya es suyo lo que ya lo era pero no pagó, solo que ahora sin resolución posible. Ante semejante tropelía cabría pensar en un recurso de amparo, pues no sé yo qué tutela judicial efectiva hay cuando uno plantea una recla-

²⁸¹ GORDILLO, *cit.*, pp. 710 y 711, y allí, especialmente, en nota 19.

mación, el demandado reconviene con una alegación que nada tiene que ver con lo planteado y logra despistar a todas las instancias jurisdiccionales, que terminan dando respuesta a algo que no era precisamente el contenido de la litis. Pero seguramente el recurso no sería ni siquiera admitido a trámite, pues suele entenderse que la tutela judicial efectiva consiste en la obtención de una sentencia, cualquiera que sea su contenido. Claro, que habría que comenzar a preguntarse si cuando una resolución judicial aplica una normativa de manera torcida, absurda, ridícula y en clara desconexión con los datos normativos, eso es tutela judicial o qué es. Hay sentencias, como las cuatro que han servido de presentación inicial de este trabajo, que poco tienen de tutela judicial. Más que sentencias son despropósitos. Y lo peor es que no son todas ellas obra de un solo Magistrado Ponente que mantenga una tesis equivocada: las cuatro muestras de este extrañísimo muestrario proceden de distinto autor²⁸². Aunque tampoco hay que pasar por alto que en él también participan, como hemos podido comprobar en estas páginas, la doctrina de algunos (pocos) autores y, sobre todo, una muy generalizada falta de matizaciones ante esa afirmación, aparentemente tan simple, de que los títulos anulables, rescindibles, etc., son justos para la usucapión.

Otra posibilidad sería una acción de responsabilidad por daños y perjuicios provocados por tan clamorosos errores judiciales, pero ello no parece muy viable, pues si la doctrina jurisprudencial exige para que tales reclamaciones prosperen que la resolución sea absurda y esperpéntica, está claro que no habría juez en España que entendiese que, por ejemplo, la sentencia de 17 de julio de 1999 lo sea, máxime cuando la competencia para entenderlo habría de ser del propio Tribunal Supremo.

Dice, en efecto, repetida jurisprudencia, y de cualquier Sala del Tribunal Supremo (aquí sí hay, ¡cómo no!, unificación de doctrina), que para que exista un error judicial capaz de generar la responsabilidad por daños y perjuicios es preciso que exista la aplicación de un precepto legal inequívocamente inadecuado o interpretado de forma absolutamente inidónea, una equivocación palmaria por

²⁸² Y eso que sólo he escogido cuatro sentencias en la presentación. Pero resulta que la de 14 de marzo de 1983, que, como vimos, también se equivoca de medio a medio (*vid. supra*, 2), es obra de otro Ponente distinto: el Excmo. Sr. Santos Briz. También se equivoca la de 25 de febrero de 1991 (RAJ 1595) o la de 23 de junio de 1998 (RAJ 4744), si bien en ambas el desacierto no fue decisivo en el fallo, al constituir sólo *obiter dicta*. El Ponente de la primera fue el Excmo. Sr. Albácar López; el de la segunda, el Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz. Por lo tanto, al menos siete Magistrados del Tribunal Supremo yerran, en un período de menos de diecisiete años, en la concepción del funcionamiento de la usucapión. Si excluimos del cómputo la sentencia de 1983, el error lo han padecido al menos seis Magistrados entre febrero de 1991 y febrero de 2000.

aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido (sentencia de la Sala Cuarta de 20 de diciembre de 1999, El Derecho 48386). A diferencia de lo que sucede con la responsabilidad civil del común de los mortales, para que un juez responda civilmente se precisa algo más que mera negligencia: es necesario que haya tenido en cuenta en su sentencia «normas inexistentes, caducadas o con su integración palmaria y bien expresiva en su sentido contrario o con oposición frontal a la legalidad» (sentencia de la Sala Primera de 12 de marzo de 1996, El Derecho 2889). Que se haya, en suma, desatendido datos de carácter indiscutible, generando una «resolución esperpéntica, absurda, que rompe la armonía del orden jurídico» (Sala Primera, sentencia de 24 de enero de 1997, El Derecho 88, o la de 24 de febrero de 2000, El Derecho 1061), dando lugar a una interpretación «absurda o insensata del Derecho» (Sala Cuarta, sentencia de 10 de diciembre de 1999, El Derecho 43986).

En los últimos años he leído con estupor bastantes sentencias –las citadas son sólo unas pocas– de las que sólo cabe extraer una conclusión: cuando un juez yerra, si el error no es esperpéntico, no es error. Si el criterio de atribución de la responsabilidad del juez es el dolo y la culpa (art. 413.1 LOPJ), el Supremo prefiere pensar que sigue vigente el artículo 903 LEC, que exigía «*negligencia o ignorancia inexcusables*», situando con ello el criterio o factor de atribución en el dolo, o al menos en la culpa grave, cuando lo más sensato era pensar que se trata de un precepto que quedó derogado por la LOPJ²⁸³. Pero es que, además, se ha trasladado el régimen previsto para la responsabilidad *personal* de Jueces y Magistrados al ámbito de la responsabilidad *del Estado*, al exigirse que el reconocimiento del error judicial tenga lugar sólo cuando se dé esa misma condición. Que no fue eso lo querido por el legislador lo demuestra el hecho de que, en el régimen de la responsabilidad del Estado, el dolo y la culpa grave aparece solamente en el artículo 296, a efectos de permitir la acción de regreso del Estado contra el Juez o Magistrado. Y lo demuestra también el que el artículo 297 concluya el régimen de la responsabilidad estatal diciendo que «*Lo dispuesto en los artículos anteriores no obstará a la exigencia de responsabilidad civil a los Jueces y Magistrados, por los particulares, con arreglo a lo dispuesto en esta ley*».

El resultado de esta manera de entender las cosas está siendo que el artículo 121 de la Constitución sólo se está cumpliendo en

²⁸³ La LEC de 2000 viene ahora a exigir de nuevo «dolo, culpa o ignorancia inexcusable» (arts. 266.1.^o y 403.2), lo que trae consigo una urgente necesidad de armonización legislativa.

parte, esto es, cuando el daño es consecuencia del funcionamiento del servicio público (dilaciones excesivas en las tramitaciones, prisones preventivas indebidas, daños producidos por el resto del personal judicial, etc.), pero no cuando lo ha originado un error judicial. Si es esto segundo, y dejando a salvo los casos graves, no responde nadie.

Pero estos temas de responsabilidad por error judicial constituyen solamente un infructuoso y estéril *derecho al pataleo* del justiciable, del que, desde luego, no era propósito mío ocuparme aquí.

BIBLIOGRAFÍA

- ALAS, DE BUEN Y RAMOS: *De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918.
 — *De la usucapión*, Madrid, 1916.
- ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil*, t. I, vol. 2.º, Barcelona, 1989.
 — *Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, Barcelona, 1983.
 — *Derecho civil*, t. II, vol. 2.º, Barcelona, 1989.
 — *Derecho civil*, t. III, vol. 1.º, Barcelona, 1989.
 — *Curso de Derecho civil*, t. V, Barcelona, 1991.
 — *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958.
 — «El título anulable en la usucapión», *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1965, pp. 47 ss.
 — «La prescripción de la acción reivindicatoria», *ADC*, 1990, pp. 25 ss.
 — «La inscripción en el Registro de la Propiedad como justo título a efectos de usucapión», *ADC*, 1992, pp. 5 ss.
 — *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Barcelona, 1991, pp. 1602 ss.
 — *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 1.º, Madrid, 1987; y vol. 2.º, Madrid, 1986.
 — *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXV, vols. 1.º y 2.º, Madrid, 1993.
- ALONSO PÉREZ: «El error sobre la causa», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobería*, t. III, Pamplona, 1969, pp. 7 ss.
- ÁLVAREZ CAPERCHIPI: *Curso de derechos reales*, t. I, Madrid, 1986.
- ÁLVAREZ VIGARAY: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1986.
 — *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, pp. 74 ss.
- AMORÓS GUARDIOLA: *Comentarios a las reformas del Código Civil*, t. II, Madrid, 1977, pp. 951 ss.
- DE ÁNGEL YÁGUEZ: *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993.
- ARANGIO RUIZ: *La compravendita in Diritto romano*, t. I, Napoli, 1956.
- AREÁN DE DÍAZ DE VIVAR: *Juicio de usucapión*, Buenos Aires, 1984.
- ARECHEDERRA: «Capacidad para suceder y Constitución», *ADC*, 1984, pp. 641 ss.
- ARGIROFFI: «Concorso delle azioni di rivendicazione e di ripetizione», *Riv. Dir. Civ.*, 1976, t. II, pp. 608 ss.
- AUBRY Y RAU: *Cours de Droit civil français*, t. II, Paris, 1935.
 — *Cours de Droit civil français*, t. IX, Paris, 1917.
 — *Cours de Droit civil français*, t. XII, Paris, 1922.
- AURICCHIO: *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971.
- AZPIAZU RUIZ: «Algunas ideas en torno a los problemas surgidos con ocasión de la delimitación de perfiles del proceso establecido en el art. 41 de la Ley Hipotecaria (conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 22 de mayo de 1951)», en *AAMN*, t. IX, Madrid, 1957, pp. 378 ss.

- AZZARITI Y SCARPELO: *Comentario del Codice civile de Scialoja y Branca*, L. VI (Tutela dei diritti), Bologna-Roma, 1953, comentario del art. 2934.
- BADOSA COLL: «Justo título», en *NEJ*, t. XIV, Barcelona, 1971, p. 699.
- «Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar (un estudio sobre el artículo 1263 del Código Civil)», en *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho civil, t. I, Madrid, 1990, pp. 191 ss.
- BALBI: *Tractatus præscriptionum*, 1.^a pars. princ., Venezia, 1574.
- BALLESTER GINER: *Derecho de sucesiones. Aspecto civil y fiscal*, Madrid, 1988.
- BANDRAC: *La nature juridique de la prescription extintive en matière civile*, Paris, 1986.
- BAUDRY-LACANTINERIE: *Traité théorique et pratique de Droit civil*, t. XXV (De la prescription), Paris, 1905.
- BELDA SÁENZ: «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español», en *RDP*, 1985, pp. 331 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Albaladejo), t. XV, vol. 1.^a, Madrid, 1989.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por Albaladejo), t. XVI, vol. 1.^a, Madrid, 1980.
- BETTI: *Teoría general del negocio jurídico* (trad. de Martín Pérez), Madrid, 1949.
- BEUDANT: *Dalloz periodique*, 1880, 1, 145.
- *Cours de Droit civil français*, t. IV, Paris, 1938.
- BIGIAVI: «Regolamento di confini e rivendica», en *Riv. Dir. proc. civ.*, 1929, pp. 224 ss.
- BIONDI: *Las servidumbres* (con anotaciones al Derecho español de González Porras), Madrid, 1978.
- BONFANTE: *Instituciones de Derecho romano* (trad. de Bacci y Larrosa), Madrid, 1979.
- «La buona fede nell'acquisto dei frutti e per l'esercizio del ius retentionis», en *Scritti Giuridici vari*, t. II, Torino, 1926, pp. 759 ss.
- BORRELL Y SOLER: *Nulidad de los actos jurídicos según el Código Civil español*, Barcelona, 1947.
- BORSARI: *Commentario del Codice civile italiano*, vol. 3.^a, parte prima, Roma, 1874.
- BRANCA: *Istituzioni di Diritto privato*, Bologna, 1956.
- BRAUER: *Der Eigenschaftsirrtum*, 1941.
- BRUNELLI: Voz «Azione imprescrittibile», en *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1957, p. 62.
- BUEN, DE: *Notas a Colin y Capitant, Curso elemental de Derecho civil* (trad. española y notas de De Buen, revisada por Marín Pérez y Gómez Ysabel), t. II, vol. 2.^a, Madrid, 1984.
- *Notas a Colin y Capitant, Curso elemental de Derecho civil*, t. III (trad. española y notas de De Buen, revisada por Batlle Vázquez), Madrid, 1987.
- *Rescisión de los contratos (Derecho civil común)*, Enciclopedia Jurídica Española Seix, vol. XXVII, Barcelona, 1926, p. 330.
- BUFNOIR: *Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Paris, 1900.
- CABRERA HERNÁNDEZ: «Reivindicación y deslinde: sus diferencias», *ADC*, 1962, pp. 743 ss.
- CAMY SÁNCHEZ CAÑETE: «Problemas de Derecho privado y sus dictámenes», en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, noviembre de 1989, pp. 167 y 168, supuesto 41-B).
- CÁNOVAS COUTIÑO: «Crónica de la conferencia de Azpiazu Ruiz, Algunas ideas en torno a los problemas surgidos con ocasión de la delimitación de perfiles del proceso establecido en el art. 41 de la Ley Hipotecaria», en *RCDI*, 1951, pp. 553 ss.
- CAPILLA RONCERO: «Nulidad e impugnabilidad del testamento», *ADC*, 1987, pp. 3 ss.
- CAPITANT: *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, 1904.
- CARBONNIER: «Notes sur la prescription extintive», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1952, pp. 171 ss.
- *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1990.
- CARCABA FERNÁNDEZ: *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986.
- CARIOTA-FERRARA: *Il negozio giuridico*, Napoli, s.f.
- CARNELUTTI: *Teoria generale del Diritto*, Roma, 1951.
- CARRASCO PERERA: «Comentario de la sentencia de 20 de enero de 1983», en *CCJC*, núm. 1, 1983, pp. 51 ss.

- CARRESI: *Il contratto, en Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. por Cicu y Messineo y continuado por Mengoni), vol. XXI, t. 2, Milano, 1987.
- CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. 2.º, Madrid, 1987.
- *Derecho civil español, común y foral*, t. III, Madrid, 1988.
 - *Derecho civil español, común y foral*, t. VI, vol. 2.º, Madrid, 1979.
- CASTRO Y BRAVO, DE: *Derecho civil de España*, t. II, Madrid, 1952.
- «La simulación y el requisito de la forma en la donación de cosa inmueble», *ADC*, 1953, pp. 1003 ss.
 - *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.
 - «La prescripción», en *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972.
- CHIVENDA: «Azioni e sentenze di mero accertamento», *Riv. Dir. Proc.*, 1933, pp. 3 ss.
- *Istituzioni di Diritto processuale civile*, t. I, Napoli, 1935.
- CIMBALI: *Del possesso per acquistare i frutti*, Torino, 1912.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ: *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia, 1977.
- COLIN Y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, t. II, vol. 2.º (trad. española y notas de De Buen, revisada por Marín Pérez y Gómez Ysabel), Madrid, 1984.
- *Curso elemental de Derecho civil*, t. III, (trad. y notas de De Buen y revisada y puesta al día por Batlle), Madrid, 1987.
- CRISTÓBAL MONTES: *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986.
- CUENA CASAS: *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996.
- CUESTA SÁENZ, DE LA: «La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español. Estudio de Derecho comparado», en *RDN*, 1983, pp. 129 ss.
- «Notas sobre la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria», en *Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*, t. VI, Madrid, 1988, pp. 63 ss.
 - *La acción publiciana*, Madrid, 1984.
- DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, t. I, Madrid, 1959.
- *Instituciones de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1969.
 - *Instituciones de Derecho civil español*, t. III, Madrid, 1932.
- DE DIEGO Y POSADA: «Consulta. Prescripción adquisitiva. Artículo 3999 del Código Civil». Publicado en *Foro y Notariado*. Bahía Blanca, Argentina, 1913, y transcrita en la sección «Revista de revistas», de la *RDP*, 1913-1914, pp. 51 ss.
- DELGADO ECHEVERRÍA: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart), t. XVII, vol. 2.º, Madrid, 1995. Consultada también la edición de 1981.
- «La anulabilidad», *ADC*, 1976, pp. 1023 ss.
 - *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, pp. 241 ss.
 - «Comentario a la sentencia de 14 de marzo de 1983», en *CCJC*, núm. 2, pp. 465 ss.
 - «Comentario a la sentencia de 4 de abril de 1984», en *CCJC*, núm. 5, pp. 1569 ss.
 - Ver LACRUZ: *Elementos*, t. II, vol. 2.º
 - «Nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción de la quiebra», *Aranzadi Civil*, 1993, II, pp. 2499 ss.
- DERNBURG: *Pandette*, vol. I, parte 2.ª, Torino, 1907.
- DÍAZ ALABART: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Albaladejo), t. VIII, vol. 2.º, Madrid, 1986.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Albaladejo), t. X, vol. 1.º, Madrid, 1987.
 - «La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública», *RDP*, 1980, pp. 1101 ss.
 - *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. I, pp. 1637 ss. y 1872 ss.
- DÍAZ COBEÑA: *Dictámenes*, Madrid, 1919.
- DÍEZ-PICAZO: *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964.
- *Curso de Derecho civil. Derecho de bienes*, Madrid, 1972.
 - *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. 1.º, Madrid, 1973.
 - *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, (Introducción. Teoría del contrato), Madrid, 1993. También consultada la edición de 1979 (Introducción. La teoría del contrato. Las relaciones obligatorias).

- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II (Las relaciones obligatorias), Madrid, 1993 (materia comprendida en el t. I de la edición de 1979).
 - *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. III (Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión), Madrid, 1995 (corresponde a la materia comprendida en el t. II, edición de 1978).
 - *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, t. II, Madrid, 1984, pp. 1505 ss.
 - «Las relaciones entre usucapión y prescripción extintiva y la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria (reflexiones en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1987)», en el *Libro homenaje al profesor Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 221 ss.
 - *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, pp. 2082 ss.
 - «La anulabilidad de los contratos», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Professor Dr. D. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Barcelona, 1993, pp. 1221 ss.
- DÍEZ PICAZO y GÜLLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho civil*, vol. 1.º, Madrid, 1988.
- *Sistema de Derecho civil*, vol. 2.º, Madrid, 1983.
 - *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, Madrid, 1989.
- DOMAT: *Lois civiles dans leur ordre naturel*, Libro IV, Paris, 1977.
- DORAL GARCÍA: en *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991, pp. 1055 ss.
- DUNOD DE CHARNAGE: *Traité des prescription, de l'aliénation des biens d'eglise et des dix-mes suivant les droits civil et canon*, Paris, 1753.
- DURÁN RIVACOBIA: *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Pamplona, 1995.
- EGEA FERNÁNDEZ: *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Madrid, 1994.
- ENNECCERUS, KIPP y WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, t. I-2.º, vol. 2.º, Barcelona, 1981.
- *Derecho de obligaciones*, t. II, vol. 1.º, Barcelona, 1954.
 - *Derecho de obligaciones*, t. III, vol. 1.º, Barcelona, 1971, p. 575.
 - *Apéndice al Tratado de Derecho civil*, a cargo de Melón Infante, Barcelona, 1955.
- ESPIAU ESPIAU: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, 1992.
- ESPÍN CÁNOVAS: «Función del justo título en la adquisición de derecho por usucapión», *RDP*, 1968, pp. 833 ss.
- «El justo título y la buena fe en la usucapión», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969, t. I, pp. 159 ss.
 - «La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión», *ADC*, 1970, pp. 519 ss.
 - «La nulidad en el Derecho civil», en *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*, Madrid, 1977.
 - «Algunos aspectos de la rescisión por causa de lesión», *RDP*, 1988, pp. 211 ss.
 - *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991, pp. 1692 ss.
 - *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Madrid, 1983.
- FADDA y BENSA: Notas a WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, vol. 1.º, Torino, 1930.
- FERNÁNDEZ ARROYO: *La acción de petición de herencia y el heredero aparente*, Barcelona, 1992.
- «El problema de la calificación jurídica de la venta de cosa ajena», *RDP*, 1992, pp. 639 ss.
- FERRUCCI: Voz «Prescrizione estintiva (Diritto civile)», en *Novissimo Digesto italiano*, t. XIII, Torino, 1957.
- FRAGA IRIBARNE: *La acción meramente declarativa*, Madrid, 1951.
- GALGANO: *Diritto civile e commerciale*, vol. 2.º, t. 1.º, Padova, 1990.
- *El negocio jurídico* (trad. española de Blasco Gascó y Prats Alibentosa), Valencia, 1992.
- GALVÁN GALLEGOS: «Los plazos para repudiar la herencia», *Actualidad Civil*, 1995, núm. 20, pp. 369 ss.
- GARCÍA GARCÍA: «Sentencias comentadas del Tribunal Supremo». *Derechos reales e hipotecario*, Madrid, 1982, pp. 23 ss.
- «Comentario de la sentencia de 18 de abril de 1974», en *RCDI*, 1975, pp. 686 ss.
- GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. III, Madrid, 1852 (edic. facsimilar de Barcelona, 1973, p. 194).
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Barcelona, 1992.

- GARCÍA VALDECASAS: *La posesión*, Madrid, 1987.
- «La posesión incorporal del despojado y la posesión de año», en *RDP*, 1946, pp. 336 ss.
 - GENTILE: *Il possesso, en la colección Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, dir. por Bigiavì, Torino, 1965.
 - GETE ALONSO CALERA: Notas a ENNECCERUS, KIPP y WOLFF: *Derecho civil. Parte general*, t. I-2.º, vol. 2.º, Barcelona, 1981.
 - *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991.
 - *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986.
 - «Comentario a la sentencia de 13 de julio de 1995», en *CCJC*, 1996, núm. 40, pp. 77 ss.
 - GIMÉNEZ DUART: «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *RDN*, 1981, pp. 73 ss.
 - «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge», *AAMN*, t. XXVIII, pp. 233 ss.
 - GIMÉNEZ ARNAU Y GRAN: «La acción pauliana y la ley hipotecaria», *AAMN*, 1953, pp. 191 ss.
 - GIMENO GAMARRA: «La oposición del poseedor en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria», en *RCDI*, 1947, pp. 674 ss.
 - GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. II (trad. de Dato Iradier), Madrid, 1977, pp. 304 y 305.
 - GIUSIANA: «Appunti sulla prescrizione», *Rivista di Diritto Civile*, 1957, pp. 424 ss.
 - GÓMEZ ACEBO: «La buena y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el Código Civil», en *RDP*, 1952, pp. 101 ss.
 - «La buena y la mala fe en el Código Civil», en *RDP*, 1952, pp. 192 ss.
 - GÓMEZ CORRALIZA: *La caducidad*, Madrid, 1990.
 - GÓMEZ LAPLAZA: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por Albaladejo y Díaz Alabart), t. XVII, vol. 1.º B, Madrid, 1993.
 - GONZÁLEZ PÉREZ: «Los problemas de admisibilidad en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria», en *RCDI*, 1951, pp. 119 ss.
 - GORDILLO CAÑAS: «Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual», *RDP*, 1983, pp. 214 ss.
 - «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia», en *ADC*, 1982, pp. 1111 ss.
 - «Compra de cosa ajena cuyo precio no llegó a pagar el vendedor *non dominus. Traditio sine causa*. ¿Adquisición de buena fe? (Comentario a la sentencia de 5 de mayo de 1983)», en *ADC*, 1984, pp. 564 ss.
 - *Capacidad, incapacidad y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986.
 - «Comentario de la sentencia de 1 de febrero de 1986», en *CCJC*, 1986, núm. 10, pp. 3405 ss.
 - «Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)», en *Centenario del Código Civil* (Asociación de Profesores de Derecho civil), t. I, Madrid, 1990, pp. 935 ss.
 - «Sobre el ámbito de la usucapión ordinaria. ¿Usucapión *inter partes* frente a la pretensión de resolución por incumplimiento contractual? Comentario a la STS de 17 de julio de 1999», en *ADC*, 2000, pp. 703 ss.
 - GROPALLO: *Contributi alla teoria generale della prescrizione*, Milano, 1930.
 - GUASP: «La pretensión procesal», *ADC*, 1952, pp. 5 ss.
 - *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid, 1973.
 - GUILARTE ZAPATERO: «De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales», en *Actualidad Civil*, 1992, pp. 443 ss. y 481 ss.
 - GULLÓN BALLESTEROS: «La confirmación», *ADC*, 1960, pp. 1195 ss.
 - Ver DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS.
 - EDEMANN: *Derechos reales* (trad. por Díaz Pastor y González Enríquez), Madrid, 1955.
 - HERNÁNDEZ GIL: «Comentario de la sentencia de 30 de marzo de 1943», *RGLJ*, 1944, pp. 330 ss.
 - *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1976.
 - *La posesión*, Madrid, 1980.
 - *Lecciones de Derecho sucesorio*, Madrid, 1969.

- HERNÁNDEZ MORENO: Notas a ENNECKERUS-NIPPERDEY: *Derecho civil* (parte general), t. I-2.º, vol. 2.º, Barcelona, 1981.
- HERRERO GARCÍA: *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, pp. 594 ss.
- HOLDER: «Anspruch und Klagerecht», en *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, XXXI, pp. 66 ss.
- HUALDE SÁNCHEZ: «Comentario de la sentencia de 18 de abril de 1984», en *CCJC*, núm. 5, pp. 1613 ss.
- HUC: *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. XIV, Paris, 1902.
- IGLESIAS: *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1972.
- JORDANO FRAGA: *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Bolonia, 1988.
- «El *dies a quo* para el cómputo de la acción revocatoria o Pauliana (con motivo de una jurisprudencia reciente)», *RCDI*, 1995, pp. 71 ss.
- JOSSERAND y BRUN: *Derecho civil*, t. I, vol. 3.º, trad. española, Buenos Aires, 1950
- KASER: *Derecho romano privado*, Madrid, 1982 (trad. de Santa Cruz Teijeiro), p. 116.
- LABANDERA Y BLANCO: «Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código Civil (arts. 1261, 1300 y 1290)», *RDP*, 1913-1914, pp. 171 ss.
- LACRUZ BERDEJO: «Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes», en *Estudios de Derecho civil*, 1958, pp. 37 ss.
- *Elementos de Derecho civil*, t. I, vol. 3.º, Barcelona, 1990.
- *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, Barcelona, 1987.
- *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 2.º, Barcelona, 1987.
- *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 3.º, Barcelona, 1987.
- *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 1.º, Barcelona, 1990.
- *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 2.º, Barcelona, 1991.
- *Elementos de Derecho civil*, t. IV, vol. 1.º, Barcelona, 1990.
- *Elementos de Derecho civil*, t. V, Barcelona, 1988. Consultada también la edición de 1976.
- LARENZ: *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1983.
- *Derecho civil. Parte general* (trad. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea), Madrid, 1978.
- LAURENT: *Principes de droit civil français*, t. XXXII, Paris, 1893.
- LETE DEL RÍO: *Protección del derecho de propiedad*, Santiago de Compostela, 1975.
- LLEDÓ YAGÜE: *Derecho de sucesiones. La adquisición de la herencia y la sucesión testamentaria*, vol. II, primera parte, Bilbao, 1991.
- «Sentencia de 27 de septiembre de 1989 sobre donación de inmuebles en documento privado. La prescripción adquisitiva», *PJ*, núm. 19, septiembre de 1990, pp. 221 ss.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA: *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995.
- LÓPEZ JACOSTE: *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991, pp. 2395 ss.
- LUNA SERRANO: *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, pp. 2095 ss.
- Ver LACRUZ: *Elementos*, t. III, vol. 1.º.
- MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, t. IV (edic. revisada y puesta al día por Pou de Avilés), Madrid, 1972.
- *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, vol. 2.º (edición revisada por Moreno Mocholí), Madrid, 1967.
- *Comentarios al Código Civil español*, t. XII, (edic. revisada y puesta al día por Gómez-Ysabel), Madrid, 1973.
- MARCHETTI: «Azione confessoria e negatoria», en *Enciclopedia del Diritto*, t. IV, Milano, 1959, pp. 844 ss.
- MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ: *La acción negatoria*, Madrid, 1993.
- MARTÍN PÉREZ: *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, 1995.
- MARTINO, DE: *Commentario del Codice civile* (dir. por Scialoia y Branca), I. III, Della proprietà, Bologna-Roma, 1962.

- MARTY y RAYNAUD: *Droit civil*, t. II, vol. 1.º, Paris, 1962.
- MAYER y MALY: *Das putativititelproblem bei der usucapio*, Graz-Köln, 1962.
- MAYNZ: *Cours de Droit roman*, t. I, Bruxelles, 1876.
- MAZEAUD y CHABAS: *Leçons de Droit civil*, t. II, vol. 1.º, Paris, 1991 (consultada también la edición de 1956).
- MENGONI: *L'acquisto «a non domino»*, Milano, 1949.
- MERINO GUTIÉRREZ: «Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial», *La Ley*, 7 de febrero de 1995, pp. 1 ss.
- MESSINEO: Voz «Annulabilità e annullamento (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, t. II, Milano, 1958, p. 480.
- «Imprescritibilità dell'azione di nullità ed effetti compatibili con essa», *Riv. Trim. Dir. e Proced. Civile*, 1966, pp. 2 ss.
 - «Il contratto», en el *Trattato di Diritto civile e commerciale*, vol. XXI, t. II, Milano, 1972.
- MIGUEL TRAVIESAS, DE: «Extinción y reivindicación del derecho de propiedad», *RDP*, 1920, pp. 193 ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ: *La posesión de los bienes muebles*, Madrid, 1979.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, vol. 2.º, Madrid, 1985.
 - «Comentario a la sentencia de 5 de mayo de 1983», en *CCJC*, núm. 3, 1983, pp. 719 ss.
 - «Comentario a la sentencia de 29 de abril de 1987», en *CCJC*, núm. 14, 1987, pp. 4591 ss.
 - «La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho civil», en *AAMN*, t. XXIX, 1990.
 - «Presunción de propiedad y exhibición del título», en *Centenario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, pp. 1333 ss.
 - Voz «Justo título», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (ed. Cívitas), Madrid, 1995.
 - Voz «Anulabilidad», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (ed. Cívitas), Madrid, 1995.
 - «Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia», *ADC*, 1999, pp. 565 ss.
- MIRABELLI: *La rescissione del contratto*, Napoli, 1951.
- «Dei contratti in generale», en *Commentario del Codice civile*, l. IV, tomo II (tit. II), Torino, 1967.
- MONTEL: *Il possesso di buona fede*, Padova, 1935.
- «Il possesso», en el *Trattato di Diritto civile italiano de Vasalli*, vol. 5.º, t. 4.º, Torino, 1962.
- MONTÉS PENADÉS: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Albaladejo), t. V, vol. 1.º, Madrid, 1990.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Albaladejo), t. XV, vol. 2.º, Madrid, 1983.
 - *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980.
 - *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991, pp. 950 ss.
 - «La defensa del derecho de crédito», lección 12 de Valpuesta Fernández (coord.): *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1994, p. 215.
- MORALES MORENO: *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972.
- «La inscripción y el justo título de la usucapión», *ADC*, 1971, pp. 1123 ss.
 - *El error en los contratos*, Madrid, 1988.
- MORENO QUESADA: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart), t. XVII, vol. 2.º, Madrid, 1995 (consultada también la edición de 1981).
- *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, pp. 520 ss.
- MOZOS, DE LOS: «La inexistencia del negocio jurídico», *RGLJ*, 1960-1.º, pp. 463 ss.
- «La nulidad de los actos jurídicos», en el *Libro homenaje a Martín Ballesteros*, Zaragoza, 1983, pp. 481 ss.
- MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, t. X, Madrid, 1895.
- *Código Civil*, t. XX, Madrid, 1904.
 - *Código Civil*, t. XXXII, vol. 2.º, Madrid, 1965 (edic. a cargo de Reyes Monterreal).
 - «Código Civil, La acción de petición de herencia». Apéndice único, en *Código Civil*, t. XVII, Madrid, 1900.

- NÚÑEZ LAGOS: «Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», *RGLJ*, 1950, pp. 563 ss.
- «Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles», separata de *RGLJ*, 1953.
- OLIVA Y FERNÁNDEZ, DE LA: *Lecciones de Derecho procesal*, t. I, Barcelona, 1984.
- *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid, 1990.
- ORDUÑA MORENO: *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1987.
- OSSORIO: *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957.
- PABLO CONTRERAS, DE: *La prescripción de la acción reivindicatoria*, Madrid, 1992.
- «Prescripción de las acciones reales y usucapión», en el colectivo (Consejo General del Poder Judicial), Madrid, 1995.
- PACIFICO MAZZONI: *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. II, parte 2.^a, Firenze, 1915.
- *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. III, parte 1.^a, Firenze, 1915.
- PAGE, DE: *Traité élémentaire de Droit civil belge*, t. II, Bruxelles, 1948.
- PANZA: *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984.
- PASCUAL ESTIVILL: *El pago*, Barcelona, 1986.
- PASQUAU LIAÑO: *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982.
- PERDICES HUETOS: *Usucapión y prescripción extintiva: aproximación al problema de su correlación* (inédito), Madrid, 1990.
- PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECCERUS, KIPP y WOLFF: *Derecho civil* (parte general), t. I, vol. 2.^o, 2.^a parte, Barcelona, 1981, y en ENNECCERUS-WOLFF: *Derecho de cosas*, t. III, vol. 1.^o del Tratado de Derecho civil, Barcelona, 1971.
- PESCATORE, ALBANO y GRECO, *Della proprietà*, en *Commentario del Codice civile*, Libro III, t. 1.^o, Torino, 1968.
- PLANIOL-RIPERT: *Traité pratique de Droit civil français*, t. III, Paris, 1926.
- POTHIER: «Traité du droit de domaine de propriété», en *Oeuvres*, t. 8, Paris, 1835.
- *Traité de la procedure civile*, t. XIII, .
- POVEDA DÍAZ: «Comentario de la sentencia de 17 de diciembre de 1984», *CCJC*, núm. 7, pp. 2261 ss.
- PRATS ALBENTOSA: *Deslinde y reivindicación. Criterios distintivos en la doctrina y la jurisprudencia*, Valencia, 1990.
- PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho procesal civil*, vol. 1.^o, Madrid, 1978.
- PUGLIESE: *La prescrizione nel Diritto civile. La prescrizione acquisitiva*, Torino, 1911.
- *La prescrizione nel Diritto civile. La prescrizione estintiva*, Torino, 1914.
- «Il possesso di buona fede», en *Riv. del Dir. Com.*, 1935.
- *Voz Azione* (Diritto romano), en *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1957, p. 29.
- PUIG BRUTAU: *Caducidad y prescripción extintiva*, Barcelona, 1986.
- *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. I, 2.^a parte, Barcelona, 1979 (edición a cargo de Puig Ferriol).
- *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.^o, Barcelona, 1988. Consultada también la edición de 1986.
- *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. 1.^o, Barcelona, 1989 (consultada también la edición de 1971).
- PUIG FERRIOL: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, t. II, Madrid, 1984, pp. 1254 ss.
- PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, t. I, vol. 2.^o, Madrid, 1958.
- REGLERO CAMPOS: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart), t. XXV, vol. 2.^o, Madrid, 1993.
- RICA Y ARENAL, DE LA: «Las anotaciones de demanda y el procedimiento de efectividad de derechos reales inscritos», en *RDP*, 1954, pp. 447 ss.
- RIPERT y BOULANGER: *Traité de Droit civil d'après le Traité de Planiol*, t. II, Paris, 1957.
- RIVAS MARTÍNEZ» *Derecho de sucesiones, común y foral*, t. II, Madrid, 1992.
- RIVERO HERNÁNDEZ: «La voluntad negocial y la representación (Ensayo sobre la participación del representante y representado en el negocio representativo)», en *Homenaje a Roca Sastre*, vol. II, Madrid, 1976, pp. 229 ss.
- «Naturaleza y situación del contrato del *falsus procurator*», en *ADC*, 1976, pp. 1047 ss.
- ROBLEDA: *La nulidad del acto jurídico*, Santander, 1947.

- ROCA JUAN: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Albala-dejo), t. V, vol. 1.º, Madrid, 1990.
- ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1954.
- *Derecho hipotecario*, t. II, Barcelona, 1979.
- En KIPP: *Tratado de Derecho civil*, t. V, vol. 1.º, Barcelona, 1976.
- ROCA TRÍAS: «Las relaciones entre la posesión y el Registro de la propiedad», en *RCDI*, 1979, págs 9 ss.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ: «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificación)», en *RCDI*, 1982, pp. 1599 ss.
- RODRÍGUEZ MORATA: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Albala-dejo y Díaz Alabart), t. XXV, vol. 1.º, Madrid, 1993.
- «Comentario a la sentencia de 16 de febrero de 1993», en *CCJC*, núm. 31, 1993 pp. 211 ss.
- ROGEL VIDE y VATTIER FUENZALIDA (coord.): *Manuel Alonso Martínez (vida y obra)*, Madrid, 1991.
- ROJO AJURIA: *El dolo en los contratos*, Madrid, 1994.
- RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º (trad. y notas de Serrano Súñer y Santa Cruz Teijeiro), Madrid, 1977.
- RUPERTO: *L'usucapione*, Milano, 1992.
- SACCO: *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949.
- «Il contratto», en el *Trattato di Diritto civile italiano*, de Vasalli, vol. 6.º, t. 2.º, Torino, 1975.
- «Il possesso», en *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. por Ciccu y Messineo y continuado por Mengoni), t. VII, Milano, 1988.
- SAILEILLES: *De la possession des meubles*, Paris, 1907.
- SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, t. VI, vol. 1.º, Madrid, 1910.
- SANCHO REBULLIDA: Ver LACRUZ: *Elementos*, t. II, vol. 1.º, y t. V.
- «Las acciones de petición de herencia en el Derecho español», en *RGLJ*, 1962, pp. 261 ss.
- SANTAMARÍA: *Comentarios al Código Civil*, t. II, Madrid, 1956
- SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945.
- *Instituciones de Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1947.
- SAVIGNY: *Sistema del Derecho romano actual*, trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley, t. IV, Madrid, s.f.
- SCHLOSSMANN: «Anspruch, Klage, Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolges», en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, 1945, pp. 57 ss.
- SCHMIDT-RIMPLER: «Eigenschaftsirrtum und Erklärungsirrtum», en el libro homenaje *Festschrift H. Lehmann*, t. I, Berlin, etc., 1965.
- SERNA MEROÑO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1.º-A, pp. 463 ss.
- STEINAER: *Mariage et famille en question*, dir., por Nerson y Schwarz-Lieberman von Wahrendorf, Lyon, 1980.
- TEDESCHI: *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, 1948.
- TOMMASINI: Voz «Nullità (Diritto privato)», en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1978, pp. 866 ss.
- TORRALBA SORIANO: «La incapacidad contractual», en el *Libro homenaje al profesor Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, pp. 703 ss.
- «La llamada incapacidad natural», en el *Libro homenaje al profesor Martín-Ballester*, Zaragoza, 1983, pp. 574 ss.
- TRABUCCHI: *Istituzioni di Diritto civile*, Padova, 1977.
- TROPLONG: *Droit civil expliqué. De la prescription* (dos tomos), Paris, 1857.
- VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, t. I, Valladolid, 1909.
- VALLET DE GOYTISOLO: «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», en *RDP*, 1947, pp. 931 ss.
- *Las legítimas*, Madrid, 1974.
- «Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 612 ss.

- VILLARES PICO: «La posesión y el Registro», en *RCDI*, 1947, pp. 409 ss.
- VITUCCI: *La prescrizione e la decadenza*, t. 20, vol. 2.º de RESCIGNO: *Trattato di Diritto Privato (Tutela dei diritti)*, Torino, 1985.
- WEILL y TERRÉ: *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1986.
- WEILL, TERRÉ y SIMMLER: *Droit civil. Les biens*, Paris, 1984.
- WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette* (trad. y notas de Fadda y Bensa), vol. 1.º, Torino, 1930.
- *Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*, 1856.
- YZQUIERDO TOLSADA: «El perturbador artículo 1092 del Código Civil: cien años de errores», en *Centenario del Código Civil* (Asociación de Profesores de Derecho civil), Madrid, 1990, pp. 2128 ss.
- «Comentario de la sentencia de 1 de abril de 1990», en *CCJC*, núm. 23, pp. 583 ss.
- *Aspectos civiles del nuevo Código penal (responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, cuestiones de Derecho de familia y otros extremos)*, Madrid, 1997.
- *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, Madrid, 1998.
- «¿Usucapión de cosa propia? El más difícil todavía del Tribunal Supremo (o la asombrosa sentencia de 17 de julio de 1999)», *La Ley*, 27.03.2000.
- ZAVALÍA: *Código Civil (argentino), con abundantes referencias doctrinales*, Buenos Aires, 1987.

El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales¹

ALMA M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN

Profesora Titular Interina de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Delimitación de la cuestión.*—II. *Normativa reguladora del desistimiento en el contrato de servicios de profesionales liberales de duración determinada:* 2.1 Aplicación de la normativa del mandato. Dos tesis contrapuestas: 2.1.1 Los servicios de profesionales liberales se ubican dentro del mandato. 2.1.2 Los servicios de profesionales liberales no se ubican dentro del mandato pero cabe su aplicación analógica. 2.2 Aplicación de otras normativas: 2.2.1 Contrato de trabajo. 2.2.2 Contrato de obra. 2.3 Breve alusión a la regulación de la materia en los ordenamientos más próximos.—III. *Régimen jurídico del desistimiento en los contratos de servicios de profesionales liberales de duración determinada:* 3.1 ¿Desistimiento *ad nutum* o con justa causa? 3.2 Medidas tutivas del contratante frente al que se desiste: 3.2.1. ¿Necesidad de preaviso u otra figura similar? 3.2.2 Deber de indemnización en sentido amplio: 3.2.2.a) Deberes de liquidación. 3.2.2.b) Deber de indemnización en sentido estricto. 3.2.2.c) Régimen de la responsabilidad en caso de pluralidad de sujetos de la relación contractual. 3.3 Ante un incumplimiento contractual, ¿cabe el ejercicio del desistimiento o sólo la resolución por incumplimiento contractual? 3.4 Tiempo y forma del desistimiento. 3.5 ¿Cabe la renuncia por cliente y profesional al desistimiento?—IV. *Bibliografía.*—V. *Selección cronológica de resoluciones judiciales.*

I. DELIMITACIÓN DE LA CUESTIÓN

La naturaleza jurídica de la relación contractual por medio de la cual el profesional liberal presta sus servicios al cliente ha sido y es

¹ Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de investigación PB 95-0194 sobre «Responsabilidad de los profesionales», dirigido por el catedrático de Derecho Civil doctor don José María Miquel González, concedido por la Resolución de la Dirección General de Investigación Científica y Técnica de 11 de octubre de 1996. El artículo se cerró en noviembre de 1999.

un tema enormemente debatido por la doctrina². En este trabajo sólo me voy a ocupar de aquella relación contractual civil por la que el profesional liberal se compromete frente al cliente a desarrollar de modo exclusivo una actividad diligente, es decir, su único objeto son los llamados contratos civiles de servicios en sentido estricto. Excluyo, por consiguiente, la relación contractual civil en la que el profesional liberal debe lograr un determinado resultado (el llamado contrato de obra)³ y la relación contractual laboral, en la que el profesional liberal presta sus servicios de forma dependiente, dentro de una empresa (contrato de trabajo)⁴.

Como regla general el contrato por el cual al profesional le basta con desplegar una conducta diligente para estimar cumplida su obligación suele ubicarse dentro del contrato de arrendamiento de servicios (arts. 1583 a 1587 del Código Civil⁵). La idea que cons-

² Por profesional puede entenderse aquella persona física poseedora de un título habilitante que ejerce con carácter autónomo e independiente una actividad intelectual o técnica retribuida, al servicio de un cliente, previa su incorporación a un Colegio profesional. *Vid.* tal definición en LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentario a los artículos 1583 a 1587 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirección por Manuel Albaladejo, tomo XX, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986, p. 27.

³ Para la distinción entre el contrato de obra y el contrato de servicios he acudido al criterio del objeto de la obligación de hacer. Este criterio, que se basa a su vez en la diferenciación entre obligaciones de medio y de resultado, es el acogido por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia españolas en la actualidad, siguiendo el ejemplo, sin duda, de casi todos los juristas alemanes. Así, ESSER, J., y WEYERS, H.-L.: *Schuldrecht*, II, Besonderer Teil, 7. neubearbeitete Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 1991, pp. 232 ss., y THOMAS, H., en Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 52. neubearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, Múnich, 1993, pp. 693-694. No obstante, existen otros criterios de distinción entre el contrato de obra y el de servicios también apuntados por doctrina y jurisprudencia: forma de fijar la remuneración, subordinación o dependencia, contenido del trabajo e imputación de riesgos, entre otros. Un análisis pormenorizado de todos estos criterios en SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La relación de servicios del abogado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 84-147, y SOLÉ RESINA, J.: *Los contratos de servicios y de ejecución de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 11-33.

⁴ La diferencia entre el contrato civil de servicios y el contrato de trabajo también ha sido objeto de estudio amplio por parte de la doctrina, tanto civilista como laboralista. Siguiendo a ALONSO PÉREZ, M. T.: *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 89-91, dos son las notas que permiten calificar un contrato como laboral, que se desprenden del artículo 1.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo: la dependencia y la ajenidad. De manera que se está ante un contrato de trabajo cuando el profesional liberal está sometido a la disciplina y al poder de dirección del empleador, a causa precisamente de la preenajenación de las utilidades patrimoniales que se derivan de su trabajo. Entre los laboralistas pueden consultarse, entre otros, RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 71, 1966, pp. 147-167 (especialmente 158-161), y ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5.^a edición, Civitas, Madrid, 1994, p. 61 (este último pone de relieve la nota de la ajenidad en los frutos, ya que a su juicio el criterio de la dependencia presenta ciertas deficiencias).

⁵ Art. 1583: *Puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo.*

Art. 1584: *El criado doméstico destinado al servicio personal de su amo, o de la familia de éste, por tiempo determinado, puede despedirse y ser despedido antes de expirar el*

tantemente se repite en la jurisprudencia es que, a pesar de que estos preceptos se refieran de modo expreso a los servicios de criados y trabajadores domésticos, en su ámbito de aplicación han de entenderse incluidos también los servicios desempeñados por profesionales liberales, debido sobre todo a la amplitud de los términos del artículo 1544 del Código Civil, que abarca los servicios de cualquier clase y jerarquía⁶. Sin embargo el esfuerzo de la jurisprudencia por calificar como arrendamiento de servicios la relación contractual entre profesional y cliente tiene como único resultado resolver el problema de la naturaleza jurídica del contrato pero deja sin solucionar la normativa aplicable, de manera que tal contrato posee un *nomen iuris* pero es atípico⁷. Porque el problema que poseen estos preceptos del Código Civil no es ya únicamente que no mencionen de forma expresa los servicios de los profesionales liberales, sino que además se trata de una normativa que en la actualidad no puede aplicarse con carácter general a ningún otro servicio, ya que la materia regulada en los mismos se halla sometida a las disposiciones del Derecho del Trabajo, especialmente al Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y al Real Decreto 1424/1985 de 1 de agosto dedicado a la relación laboral especial del servicio del hogar familiar. Quizá el problema era ya previo: La regulación prevista en los artículos 1583 a 1587 del Código nace en buena medida obsoleta, pues en tiempos de la redacción del Código Civil el trabajo asalariado había adquirido ya gran trascendencia y necesitaba de una regulación que atendiera a la realidad del trabajador inmerso en la Revolución Industrial⁸. Nuestro codificador desde luego no responde a estas necesidades de la época y se limita a

término; pero, si el amo despidie al criado sin justa causa, debe indemnizarle pagándole el salario devengado y el de quince días más.

El amo será creído, salvo prueba en contrario:

- 1.º *Sobre el tanto del salario del sirviente doméstico.*
- 2.º *Sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente.*

Art. 1585: *Además de lo prescrito en artículos anteriores, se observará acerca de los amos y sirvientes lo que determinen las leyes y reglamentos especiales.*

Art. 1586: *Los criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados por cierto término para cierta obra, no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato, sin justa causa.*

Art. 1587: *La despedida de los criados, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados a que se refieren los artículos anteriores, da derecho para desposeerles de la herramienta y edificios que ocuparen por razón de su cargo.*

⁶ Vid. a título ilustrativo la STS 2.6.1960 (RJ 1960, 2072). El artículo 1544 del Código Civil se expresa en los siguientes términos: *En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto.*

⁷ Por todos FERRANDIS VILELLA: *Prólogo a La responsabilidad civil del profesional liberal*, de Yzquierdo Tolsada, Reus, Madrid, 1989.

⁸ SOLÉ RESINA, J.: *Arrendamiento de obras o servicios (Perfil evolutivo y jurisprudencial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 130-131.

seguir el Código Civil francés a través del Proyecto de 1851. Es indudable que en la actualidad se precisa una regulación adecuada, no sólo del contrato de servicios de profesionales liberales, sino de todos los contratos de servicios, ya que se trata de una institución que sirve de cauce a una gran parte de la actividad económica de nuestros días. Por consiguiente, hasta que no exista una reforma del legislador en este punto (que sería lo más deseable), es obligado reconstruir el régimen jurídico de la relación contractual civil de servicios sobre normas distintas de las contenidas en la sección 1.^a del capítulo III del libro IV del Código Civil, tal y como señala Capilla Roncero⁹.

De todas las posibles cuestiones que plantea la relación contractual por la que el profesional liberal desarrolla una actividad determinada para el cliente creo que posee un gran interés la materia del desistimiento, principal forma de extinción de este tipo de contratos. Se trata de una declaración de voluntad por la que uno de los contratantes da por finalizada la relación contractual antes del tiempo previsto. Las opiniones doctrinales se dividen en torno a si el desistimiento por definición ha de consistir en un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en una causa especial¹⁰ o bien cabe el desistimiento con justa causa como figura autónoma de la resolución por incumplimiento contractual¹¹.

Ahora bien, ha de concretarse aún más la materia objeto de estudio. No parece haber obstáculos en admitir el desistimiento en los contratos duraderos en general con duración indeterminada. Ante la necesidad de compatibilizar la validez de las relaciones obligatorias duraderas de duración indeterminada con la imposibilidad de que tales relaciones sean perpetuas, se ha propuesto como uno de los criterios para solucionar el conflicto la posibilidad de conceder a cada una de las partes la denuncia del contrato¹². El desistimiento encuentra su fundamento en la inconveniencia de mantener indefinidamente a las partes vinculadas y además no puede decirse que sea una idea extraña en nuestro ordenamiento. Así se permite el desistimiento en el contrato de sociedad (arts. 1700.4 y 1705 del Código Civil¹³), en el contrato de manda-

⁹ Voz «Arrendamiento de servicios», *EJB*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995, p. 576.

¹⁰ En este sentido CAPILLA RONCERO, F.: «Desistimiento (Derecho Civil)», *EJB*, II, Civitas, Madrid, 1995, p. 2438; DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Civitas, Madrid, 1993, p. 891, y RODRÍGUEZ MARÍN C.: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Montecorvo, Madrid, 1991, pp. 174 y 176.

¹¹ Partidario de esta segunda tesis KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral del contrato*, 1.^a edición, Civitas, Madrid, 1997, pp. 60-63.

¹² DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, II, cit., pp. 323-324.

¹³ Art. 1700.1.4.^º: *La sociedad se extingue... por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1705 y 1707.*

to (arts. 1733 y 1736¹⁴) y en el propio contrato de arrendamiento de servicios (art. 1583¹⁵). Por tanto, si de nuestro ordenamiento puede extraerse el principio general que establece la existencia de esta facultad de desistir en todos los contratos celebrados por tiempo indeterminado¹⁶, es evidente que no hay problema en entender que profesional y cliente en la relación contractual de servicios de duración indeterminada gozan también de la posibilidad de dar por terminada de forma unilateral la relación¹⁷. Este tipo de desistimiento es *ad nutum*, no requiere en principio indemnización y debe ejercitarse de acuerdo con el principio de la buena fe (lo que exige normalmente un preaviso)¹⁸.

La cuestión más polémica y, por tanto, en la que merece la pena centrarse es precisamente la admisión del desistimiento en los contratos de servicios de duración determinada y, cuál es, en caso afirmativo, su régimen jurídico. Por una parte, la doctrina no se ocupa del tema; por otra, la inmensa mayoría de las resoluciones judiciales se ocupan del desistimiento en los contratos de servicios de duración indeterminada. López y López¹⁹, cuando comenta el Proyecto de Ley 121/000043 de 12 de abril por el que se modificaban los artículos del Código Civil relativos al contrato de servicios y de obra («BOCG» de 12 de abril de 1994), proyecto que queda paralizado en 1996 tras la convocatoria de elecciones generales, señala que es necesario «levantar acta de un problema que el Proyecto no ha tenido en cuenta, y es especialmente agudo: ¿Sólo

Art. 1705: *La disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio.*

¹⁴ Art. 1733: *El mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato.*

Art. 1736: *El mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante. Si éste sufriere perjuicios por la renuncia, deberá indemnizarle de ellos el mandatario, a menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimiento suyo.*

¹⁵ Art. 1583: ... *El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo.*

¹⁶ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos, II, cit.*, pp. 891-893 y, KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral..., cit.*, p. 16.

¹⁷ Así lo ha entendido la jurisprudencia. Entre otras, las SSTS 12.5.1997 (*RJ* 1997, 4121), comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. en *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1029 ss.; 20.7.1995 (*RJ* 1995, 5726) y 30.3.1992 (*RJ* 1992, 2306).

¹⁸ Véase ampliamente sobre el desistimiento unilateral en los contratos por tiempo indeterminado KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral..., cit.*, pp. 121-255, y ESPAU ESPAU, S.: «La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial», *Aranzadi Civil*, 1998, I, pp. 113-130 (en el artículo este autor trata de ofrecer, de forma ordenada y sistemática, los aspectos más relevantes de la jurisprudencia sobre la materia).

¹⁹ «La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código Civil», *Contratos de servicios y de obra, Proyecto de ley y Ponencias sobre la reforma del Código Civil en materia de contratos de servicios y obra*, Coordinador: González García, Jornadas organizadas por la Asociación de Profesores de Derecho Civil y el área de Derecho Civil de la Universidad de Jaén, días 28-30 de septiembre de 1995, p. 46.

cabe desistimiento unilateral cuando se trate de prestación por tiempo indefinido?: ¿quid de los servicios que suponen una especial relación de confianza?». El artículo 1587 de este proyecto establecía la posibilidad del desistimiento para los servicios sin plazo de duración, señalando como único requisito para el mismo un preaviso de seis meses, salvo que del pacto o de los usos resultare otra menor. Sin duda la lectura de las palabras de López López me animaron a acercarme a este problema, a pesar de las dificultades existentes.

Una última puntuación sobre el significado de la expresión contratos de duración determinada. Con esta expresión no sólo me refiero a aquellos contratos en que las partes han pactado una fecha fija de duración, sino también a aquellos en que, sin haber pactado una fecha expresa de duración, el contrato no deja de tener una certeza respecto a la misma. Por ejemplo, aquellos contratos en que la duración del mismo queda establecida de forma implícita en cuanto derivada de la misma naturaleza y circunstancias de la prestación de servicios. Así, el profesor contratado para dar clase a un alumno de una asignatura, en el que la aprobación de la asignatura por el alumno significa el fin del contrato²⁰. Este tipo de hipótesis son supuestos intermedios entre la determinación temporal máxima (fecha fija) y la absoluta indeterminación (por tiempo indefinido). Pienso que tanto los contratos con fecha fija como los contratos cuya fecha de duración deriva de las circunstancias y naturaleza de la prestación deben recibir el mismo tratamiento respecto al régimen jurídico del desistimiento.

II. NORMATIVA REGULADORA DEL DESISTIMIENTO EN EL CONTRATO DE SERVICIOS DE PROFESIONALES LIBERALES DE DURACIÓN DETERMINADA

Antes indicaba cómo, aunque se considere que los servicios de profesionales liberales pueden ubicarse dentro del contrato de arrendamiento de servicios del Código Civil, esto no viene a resolver el problema de su regulación jurídica. De ahí que a continuación se examinen las principales propuestas sobre la normativa que serviría para regular la relación contractual de servicios entre profesional y cliente y, en concreto, en materia de desistimiento.

²⁰ Este ejemplo y otros en CASALS COLLDECARRERA, M.: «Arrendamiento de servicios», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo II, Seix, Barcelona, 1950, p. 923.

2.1 Aplicación de la normativa del mandato. Dos tesis contrapuestas

La postura que cuenta con mayor predicamento en la doctrina es la aplicación de la normativa del contrato de mandato a los servicios desempeñados por profesionales liberales. En concreto y para el tema que aquí interesa el artículo 1733 del Código Civil, dedicado a la revocación del mandante, y el artículo 1736 del Código, referido a la renuncia del mandatario. La tesis más aceptada es la que entiende que ambos términos (revocación y renuncia) pueden introducirse perfectamente en la noción amplia de desistimiento, explicándose tal diversidad terminológica en la configuración tradicional del mandato como negocio estipulado en el interés de una sola de las partes²¹. Puede definirse, tanto la renuncia del mandatario como la revocación del mandante, como un derecho potestativo reconocido por el ordenamiento jurídico, cuyo ejercicio se traduce en una declaración de voluntad unilateral, dirigida, o bien a retirar o bien a retirarse de la gestión encargada, mediante la denuncia del vínculo contractual²².

No obstante, hay dos tesis contrapuestas, cuyo denominador común es la aplicación de la normativa del mandato a los servicios de profesionales liberales, pero que se diferencian en función del alcance de la aplicación: una primera tesis parte de que, ante la ausencia de una referencia expresa de los servicios de profesionales liberales dentro de los artículos 1583 a 1587 del Código Civil, el legislador quiso introducir tales servicios dentro del contrato de mandato y, por el contrario, una segunda tesis entiende que las normas del mandato sólo son aplicables por analogía al contrato de servicios de profesionales liberales.

2.1.1 LOS SERVICIOS DE PROFESIONALES LIBERALES SE UBICAN DENTRO DEL MANDATO

Esta postura, que mantiene que tales servicios pueden incardinarse perfectamente dentro del contrato de mandato, es minoritaria en la actualidad. La mantuvo la jurisprudencia a principios de siglo en alguna resolución aislada. Así, en la STS 14 junio de 1907 (*CL* 1907, núm. 103) el Supremo ha lugar al recurso de casación interpuesto por la viuda de un letrado que había prestado como tal sus servicios a los albaceas de una testamentaría. Entiende el tribu-

²¹ Por todos CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 150.

²² DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «La revocación del mandato y del poder», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IV, 1948, p. 598.

nal que la sentencia de la Audiencia ha infringido el artículo 1711 del Código Civil al estimar que la demandante no ha justificado de forma debida ni la importancia de los servicios ni la existencia de éstos al presentarse como prueba de los mismos una nota sin firma. El Supremo establece que el letrado tiene derecho a ser retribuido como mandatario de los servicios. A continuación la STS 27 diciembre de 1915 (*CL* 1915, núm. 159) representa una postura intermedia en cuanto califica los servicios prestados por un letrado tanto como mandato como arrendamiento de servicios. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la viuda del letrado, que demanda en representación de sus hijos (herederos abintestato) los honorarios que dicho letrado debía cobrar por los servicios prestados a una cliente. El TS señala la obligación del procurador del cliente de pagar tales honorarios, ya que los servicios ejercitados por un letrado han de ser, salvo pacto en contrario, necesariamente retribuidos por constituir la ocupación habitual de aquél, y este derecho a exigir la retribución deriva tanto del artículo 1711 del Código, en calidad de mandatario, como del artículo 1544 del Código, en razón de su condición de arrendador. A partir de entonces [STS 25.2.1920 (*CL* 1920, núm. 72), 22.1.1930 (*RJ* 1930, 598) y 16.2.1935 (*CL* 1935, núm. 106)] el Supremo siempre concibe al profesional liberal que desempeña servicios para un cliente como arrendador, basándose en la amplia definición del contrato de servicios que da el artículo 1544 del Código Civil [recientemente STS 28.1.1998 (*RJ* 1998, 357), 3.2.1998 (*RJ* 1998, 614) y 25.6.1998 (*RJ* 1998, 5013)].

La doctrina española por su parte no deja de ser contraria en general a la tesis del mandato. Una excepción clara la constituye Alonso Pérez²³. Algunos autores, sin embargo, entienden que en ciertos casos aislados, de forma eventual y accesoria, determinados profesionales liberales pueden considerarse como mandatarios. Así ocurre con los arquitectos, en el supuesto de que estuvieran facultados en el momento de la verificación de la obra para aprobar o desaprobar en nombre del cliente la prestación ejecutada por el contratista²⁴, o cuando se les contrata para la venta de unos terrenos o de un edificio en atención a su formación profesional que le permite conocer mejor el valor y características de la cosa a vender²⁵. O con el médico, cuando, por ausencia de hecho, enfermedad o causa obs-

²³ *Los contratos de servicios...., cit.*, pp. 112 ss. y 165-168.

²⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 67-68.

²⁵ GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: «Apuntes para el estudio del contrato profesional del arquitecto», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 167.

tativa análoga, encarga temporalmente a otro colega que lo reemplace y sustituya con su clientela²⁶.

Sin perjuicio de que se trate de una tesis poco difundida y descartada por doctrina y jurisprudencia, creo que es posible mantener que el codificador del XIX quiso regular la relación contractual entre profesional y cliente dentro de la normativa del contrato de mandato del Código Civil, mientras que dentro del contrato de arrendamiento de servicios solamente quiso dejar el trabajo manual retrabuado. Son tres fundamentalmente los argumentos en que me baso para sostener tal tesis:

Primero. La razón más importante es que nuestro Código Civil reproduce el esquema romano de las relaciones de trabajo²⁷. En cuanto a la prestación de servicios los romanos seguían criterios diversos: algunos servicios, los más cualificados (como, por ejemplo, los de abogados) se desempeñaban por medio del mandato²⁸, otros en cambio, el trabajo subordinado más bajo, mediante la *locatio conductio operarum*²⁹. Precisamente nuestro arrendamiento de servicios de los artículos 1583 ss del Código Civil es una fiel reproducción de la *locatio conductio operarum*, de ahí que tales preceptos sólo tengan por objeto los servicios de los trabajadores asalariados y de los criados domésticos (y que pertenece hoy en día al ámbito del Derecho Laboral). Los romanos despreciaban el trabajo, en especial el trabajo remunerado, por ello los trabajos más bajos (manuales, que en principio eran desempeñados además por esclavos) tuvieron como molde contractual el arrendamiento. ¿Por qué es tan pobre el derecho clásico de arrendamiento? La explicación

²⁶ GITRAMA GONZÁLEZ, M.: «Configuración jurídica de los servicios médicos», *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al Profesor Serrano y Serrano*, I, Universidad de Valladolid, 1965, p. 351.

²⁷ Idea compartida por GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, 1.^a edición, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995, p. 64.

²⁸ El *mandatum* tiene su origen en los deberes morales de actuación, en interés de los parientes, impuestos por las normas sociales romanas al individuo. Su objeto podía ser cualquier clase de actividad, tanto fáctica como jurídica. Se trataba de prestaciones que en las clases elevadas no eran objeto de retribución contractual. Aunque se mantiene su carácter gratuito, desde el punto de vista social había obligación de corresponder al servicio recibido mediante un *honorarium*. *Vid.* KASSER, M.: *Derecho Romano Privado*, versión de la 5.^a edición alemana por Santa Cruz Teijeiro, 2.^a edición, Reus, Madrid, 1982, p. 206.

²⁹ La *locatio conductio operarum* es un contrato consensual por el que una de las partes (*locator*) prometía servicios de cierta especie (por ejemplo, trabajo doméstico), a cambio de una remuneración que debía ser pagada por la otra parte (*conductor*). Una apreciación que creo debe hacerse: los romanos en principio sólo hablaban de la figura unitaria de la *locatio conductio* y aplicaban las mismas reglas a las variedades de este contrato. Fue fruto del escolasticismo jurídico continental la tripartición del arrendamiento romano en tres figuras contractuales distintas: *locatio conductio rei*, *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis*. Véase al respecto ARANGIO-RUIZ, V.: *Istituzioni di Diritto Romano*, 14.^a edición, Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1968, pp. 345-347.

de tal pobreza sin duda ayuda a comprender la actual pobreza de las normas del Código Civil en materia de arrendamiento de servicios. El Derecho romano clásico de arrendamiento no es más que un reflejo de las características de su época, es decir, de las condiciones sociales y económicas de Roma. Los contratos con los trabajadores libres no eran tan frecuentes como ahora, pues el trabajo de los esclavos superó en importancia al mercenario. Los obreros de las fábricas eran, por lo general, esclavos. Las personas acomodadas tenían sus artesanos (zapateros, sastres, etc.) que eran sus propios esclavos. El problema actual del derecho del trabajo no pudo, por tanto, plantearse entonces³⁰.

Qué ocurre, en concreto, con las profesiones liberales. En un momento dado la guerra de Roma, el servicio militar obligatorio, el estado de necesidad que obliga a desatender la agricultura y destruye la posición financiera de gran parte de los ciudadanos son causas que originan en la época Imperial una serie de cambios que afectan a la concepción del trabajo, que hasta entonces se había considerado como algo indigno, propio de esclavos o de gente de baja condición. De manera que, por una parte, ciertas profesiones que hasta el momento se incardinaban dentro de la *locatio conductio operarum* (como la arquitectura o la medicina), al empezar a ejercitarse por ciudadanos romanos de alto status, pasan a necesitar un molde contractual distinto. Y por otra parte ciertas profesiones (como la abogacía o las propias artes liberales), que en un primer momento se realizan de forma gratuita, a finales de la época clásica se admite que las partes puedan estipular de antemano una remuneración (*honorarium*) y que el mandatario pueda exigir judicialmente su pago, no por medio de la *actio mandati* sino a través del proceso *extraordinaria cognitio* (D. 50, 13, 1 pr. ss.)³¹.

Segundo. No puede atribuirse a un olvido del codificador del XIX la no mención de los servicios de profesionales liberales dentro de los artículos 1583 a 1587 del Código Civil, ya que en otros preceptos del Código los nombra de forma expresa. Así, en el artículo 1967, párrafos 1 y 2, que establece el plazo de prescripción de tres años para las acciones que se dirigen al cumplimiento de las obligaciones contraídas con determinados profesionales liberales. En estos preceptos hay que señalar también cómo utiliza el término honorarios en vez del término salario o sueldo. Sin embargo no se ha dejado de señalar por algún autor cómo la locución honorarios

³⁰ SCHULZ, F.: *Derecho Romano Clásico*, traducción directa de la edición inglesa por Santa Cruz Teijeiro, Bosch, Barcelona, 1960, p. 520.

³¹ Véase ALEMÁN MONTERREAL, A.: *El arrendamiento de servicios en Derecho Romano*, Universidad de Almería, 1996, pp. 57-68.

resulta un eufemismo, ya que se trata de un concepto sin entidad jurídica al ser tan exigible hoy en día como cualquier otra retribución³².

Tercero. Durante mucho tiempo se mantiene en España el prejuicio romano de que el trabajo intelectual era superior al manual retribuido, de ahí que no es extraño que tal prejuicio se manifieste en que ambos tipos de trabajos se regulen por moldes contractuales diversos en el Código Civil (mandato el primero y arrendamiento de servicios el segundo). Muestra de que pervive más allá de Carlos III la consideración romana de que el trabajo manual es un trabajo menos digno es una resolución que dicta este rey afirmando que el trabajo manual no envilece a la persona que lo realiza ni mucho menos a su familia. Se trata de una Real Cédula de 18 marzo de 1783³³.

Algunas voces doctrinales alaban la decisión del Tribunal Supremo de considerar los servicios desempeñados por profesionales liberales como arrendamiento de servicios, ya que a su juicio la postura contraria supone perpetuar ciertos prejuicios históricos que deben circunscribirse al Derecho Romano³⁴. Pero esta consideración no creo que suponga un argumento que permita negar la idea de que el legislador del XIX introdujo las profesiones liberales dentro de un molde contractual distinto (el mandato) al previsto para el trabajo manual (arrendamiento de servicios). Una cosa es la realidad de lo que hizo el legislador en el XIX y otra diferente el juicio que nos mereza tal solución. Cuando afirmo que en el Código Civil los servicios desempeñados por profesionales liberales se introdujeron dentro del mandato no significa que esté de acuerdo con la idea de que el trabajo manual es menos digno que el trabajo intelectual.

³² GITRAMA GONZÁLEZ, M.: «Configuración jurídica...», *cit.*, p. 350.

³³ Véase Novísima Recopilación de las Leyes de España, libro VIII, título XXIII, Ley VIII («Habilitación para obtener empleos de Repùblica a los que exercen artes y oficios, con declaración de ser estos honestos y honrados»): «Declaro, que no sólo el oficio de curtidor, sino también los demás artes y oficios de herrero, sastre, zapatero, carpintero y otros á este modo son honestos y honrados: que el uso de ellos no envilece la familia ni la persona de que los exerce; ni la inhabilita para obtener los empleos municipales de la Repùblica en que están a vecindad los artesanos ó menestrales que los exerciten...». «Y mando, se observe inviolablemente esta mi Real Resolución, sin embargo de lo dispuesto en las leyes 6 y 9. Tit. 10.lib.4. del ordenamiento Real, la 2 y 3. Tit.1.lib.6, y la 9.tit.15.lib.4 de la Recopilación que tratan de los oficios baxos, viles y mecánicos y todas las demás que hablen de este punto, aunque aquí no se especifiquen; pues las dero-go y anulo en cuanto traten y se opongan á lo referido y quiero, que en esta parte queden sin ningún efecto...». A juicio de GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *La influencia del Derecho Romano...*, *cit.*, p. 64, la superación de este prejuicio, mantenida casi hasta nuestros días por una clase formada por aristócratas terratenientes, no supuso la equiparación, ni social ni jurídica, entre los distintos tipos de actividades laborales.

³⁴ En este sentido BONET RAMÓN, F.: «Naturaleza jurídica de los servicios prestados por los médicos y demás personas que ejercen profesiones liberales», *RDP*, 1941, p. 161.

Por consiguiente, el Código Civil acoge la idea romana de que el trabajo intelectual es superior y lo ubica dentro del contrato de mandato, de ahí la falta de referencia expresa al mismo en sede de arrendamiento de servicios. Ahora bien, el legislador se encuentra con el problema de que, por un lado, el contrato de mandato en el Derecho Romano es esencialmente gratuito y, por otro, que de acuerdo con la realidad social del momento histórico en que se vive, los servicios desempeñados por profesionales liberales han de retribuirse³⁵. Ante semejante dificultad el codificador decide renunciar al carácter esencialmente gratuito del mandato e introducir la posibilidad de un mandato retribuido en el artículo 1711 del Código. El párrafo que interesa de forma especial en este punto es el segundo, en cuanto señala una presunción de onerosidad del mandato si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, ya que a través de él se da cabida dentro del mandato a los servicios desempeñados por los profesionales liberales³⁶.

El problema que, sin embargo, trae consigo la adopción de la idea romana acerca de la distinción entre el trabajo manual y el intelectual y la inclusión del mandato retribuido es precisamente la diferenciación entre el contrato de arrendamiento de servicios y el contrato de mandato. En principio tanto el artículo 1544 del Código como el artículo 1709³⁷ pueden albergar las mismas realidades fácticas: en cuanto a su contenido los servicios realizados por los profesionales liberales son susceptibles de incluirse tanto en uno como en otro. De hecho la jurisprudencia, que antes de la promulgación del Código Civil, considera la esencial gratuitad del mandato como rasgo definidor del mismo que lo diferencia del arrendamiento de servicios³⁸, después de su promulgación se ve en la necesidad acuciante de encontrar un criterio de distinción entre ambos contratos, de manera que sostiene tras la entrada en vigor del Código Civil el carácter esencialmente representativo del mandato³⁹. Claro que después en reiterada jurisprudencia rectifica la

³⁵ De hecho, el propio GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, IV, Madrid, 1852, p. 55, es consciente de que al ser el mandato esencialmente gratuito no pueden incluirse los servicios de profesionales liberales dentro de este contrato, pero a la vez piensa que no deben considerarse tampoco como arrendamiento. Por ello él los califica como contratos innominados.

³⁶ En este sentido ALONSO PÉREZ, M. T.: *Los contratos de servicios...*, cit., pp. 166-167.

³⁷ Artículo 1709: *Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.*

³⁸ STS 23 octubre 1860 (CL 1860. 223).

³⁹ SSTS 25 junio 1902 (CL 1902, 195), 1 julio 1924 (CL 1924, 69) y 1 junio 1927 (CL 1927, 83). TRAVIESAS, M.: «El mandato retribuido y el arrendamiento de servicios o de obra», *RGLJ*, núm. 132, 1918, pp. 99-100 constituye una excepción en cuanto sigue mante-

línea doctrinal sostenida a principios de siglo y establece la separación entre mandato y poder⁴⁰. No obstante, hoy en día todavía algunos autores se muestran partidarios de que la distinción fundamental entre mandato y arrendamiento de servicios se encuentra en que el mandato es siempre representativo, al menos de manera tendencial⁴¹. Pero es evidente que el Código Civil no parece contrario a la posibilidad de un mandato sin representación, ya que el artículo 1717, por ejemplo, admite de forma explícita la hipótesis de que el mandatario actúe en nombre propio.

En la actualidad el criterio de distinción que con reiterada frecuencia maneja el Supremo es el de la sustituibilidad⁴². Este criterio fue acogido por primera vez por García Valdecasas⁴³, para quien la sustitución es la causa específica del contrato de mandato, de manera que cuando, por cualquier causa una persona no quiere o no puede realizar por sí misma actos que normalmente ejecutaría en persona, le queda la posibilidad de acudir a una persona de su confianza para que le sustituya en la ejecución de tales actos. No parece ser éste un criterio adecuado, porque la sustituibilidad o insustituibilidad del hacer depende entonces de la persona, de manera que si un abogado contrata para sí los servicios de otro abogado no habría nunca arrendamiento de servicios sino mandato. Otros criterios de distinción se han apuntado también por la doctrina. Así, para ciertas opiniones doctrinales el mandato tiene por objeto la celebración de actos jurídicos, mientras que el arrendamiento de servicios la celebración de actos manuales e intelectuales⁴⁴. Para otros autores lo característico del mandato es que el mandatario actúa por cuenta del mandante y se ocupa del negocio como de algo que le es

niendo, tras la promulgación del Código Civil, que la diferencia entre el arrendamiento de servicios y el mandato retribuido se encuentra en la gratuidad. A su juicio el primero se distingue del segundo según que la retribución se proponga o no como pago del servicio retribuido. En el mandato retribuido la remuneración u honorarios no constituyen ningún salario (*merces*) que corresponda a un valor de cambio del servicio en el mercado, sino una muestra de honor y de agradecimiento por el beneficio recibido.

⁴⁰ SSTS 2 febrero 1925 (*CL* 1925, 62), 17 octubre 1932 (*RJ* 1932, 1233), 16 febrero 1935, 1 febrero 1941 (*RJ* 1941, 133), 22 mayo 1942 (*RJ* 1942, 634), 6 marzo 1943 (*RJ* 1943, 306), 1 diciembre 1944 (*RJ* 1944, 1272), 27 enero 1945 (*RJ* 1945, 257), 21 marzo 1946 (*RJ* 1946, 272) y 10 julio 1946 (*RJ* 1946, 938). Una descripción del cambio de jurisprudencia en BONET RAMÓN, F.: «La naturaleza jurídica del contrato de mandato, y el carácter del contrato de servicios celebrado por los Abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDP*, 1935, p. 394.

⁴¹ López y López, A. M.: «La proyectada nueva regulación...», *cit.*, p. 37, y HERNÁNDEZ MORENO, A.: «Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 del Código Civil», *RJC*, 1980, pp. 101 ss.

⁴² SSTS 14 marzo 1986 (*RJ* 1986, 1252), 25 marzo 1988 (*RJ* 1988, 2429) y 27 noviembre 1992 (*RJ* 1992, 9596).

⁴³ «La esencia del mandato», *RDP*, 1944, p. 770.

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, 6.^a edición, Tecnos, 1990, p. 475.

ajeno. En cambio en el arrendamiento de servicios es el cliente quien gestiona sus propios asuntos, aunque asistido por la labor y actividad de otras personas⁴⁵. A mi juicio el problema no es, pues, hallar un verdadero criterio de distinción entre el contrato de mandato y el contrato de arrendamiento de servicios cuanto de conocer la causa originaria por la que, al querer introducir los servicios de profesionales dentro del mandato y tener que retribuirlos, se eliminó la esencial gratuitad del mandato y con ello el criterio de diferenciación entre los dos contratos.

La dificultad real que surge a continuación no es tanto la de probar de forma teórica si los servicios de profesionales liberales se ubican dentro del contrato de mandato (que ha quedado argumentada antes), cuanto, como dice Lenel⁴⁶, la de demostrar que en la práctica es posible y conveniente aplicar los principios del mandato a tales relaciones contractuales. Las mayores objeciones que se han alegado por la doctrina a dicha aplicación son dos: primera, el mandatario ha de seguir las instrucciones del mandante y segunda, el mandato puede ser revocado libremente por el mandante sin tener que indemnizar al mandatario. Respecto a la primera objeción Lenel⁴⁷ argumenta: «*¿Necesita, por ventura, seguir el médico en su tratamiento las instrucciones del paciente, o el profesor en su enseñanza las del alumno? ¿Puede estar ligado a semejantes instrucciones el sacerdote? ¿Tienen que dar cuenta?*»⁴⁸. Creo que es perfectamente compatible la independencia que en todo caso posee el profesional a la hora de desempeñar el servicio con el seguimiento o la atención que este último ha de tener a las instrucciones que le da el cliente. Estas instrucciones no sólo surgen en el momento en que se le hace el encargo al profesional, sino también pueden existir a lo largo del tiempo en que se desempeña el trabajo. De hecho, en el fracasado Proyecto de reforma del Código Civil en materia de arrendamiento de servicios, en su artículo 1584.4, segundo inciso, se entendía que era una obligación del profesional el seguir durante la ejecución del servicio las instrucciones que reciba del cliente, siempre con un límite, claro: que tales instrucciones no supongan una intromisión en el ámbito profesional.

La segunda objeción planteada por la doctrina es la no conveniencia de la aplicación del artículo 1733 del Código Civil a la rela-

⁴⁵ PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil*, vol. II, 2.ª edición, Bosch, Barcelona, 1994, p. 474.

⁴⁶ «El mandato retribuido», *RDP*, 1928, p. 371.

⁴⁷ *Idem, cit.*, p. 371

⁴⁸ En el mismo sentido LLAMAS POMBO, E.: *La responsabilidad civil del médico*, 1.ª edición, Trivium, 1988, p. 120, e YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil....*, *cit.*, p. 27.

ción contractual entre cliente y profesional, ya que el mandante puede desistir libremente del contrato sin tener que indemnizar al mandatario⁴⁹. Es cierto que tal norma resulta inadecuada para una relación contractual semejante a la establecida entre cliente y profesional, pero ha de tenerse en cuenta que el artículo 1733 del Código Civil, como la inmensa mayoría de los preceptos reguladores del mandato, están pensando en un contrato gratuito y no en un contrato oneroso⁵⁰. Se examina esta objeción en profundidad más adelante, pero he de decir aquí que es adecuado aplicar la normativa del mandato al contrato entre profesional y cliente, lo único que determinadas normas del mandato, pensadas para un contrato gratuito, como el libre desistimiento del mandante sin indemnización, han de matizarse cuando se está delante de un contrato oneroso como es el establecido entre profesional y cliente.

2.1.2 LOS SERVICIOS DE LOS PROFESIONALES LIBERALES NO SE UBICAN DENTRO DEL MANDATO PERO CABE SU APLICACIÓN POR ANALOGÍA

La segunda tesis parte de la idea de que contrato de servicios profesionales y contrato de mandato son realidades distintas, pero que en determinadas cuestiones (como en la relativa al desistimiento) sí es posible aplicar por analogía la normativa del mandato del Código Civil al contrato entre profesional y cliente. A mi juicio tal postura cae en una cierta incongruencia: Si califica el contrato entre profesional liberal y cliente como arrendamiento de servicios pero no pueden aplicarle ninguna de las normas de éste por obsoletas y como remedio aplican analógicamente normas del mandato, ¿no llegan a idéntica conclusión que los que pensamos que directamente se ubican dentro del mandato tales servicios?

No obstante es conveniente exponer tal tesis. La aceptación de esta teoría exige estudiar de modo previo si cabe en general la aplicación analógica de los supuestos legales de desistimiento a otros contratos en los que la ley no regula tal cuestión y, en segundo lugar, en caso afirmativo de la cuestión anterior, qué razones permiten la aplicación por analogía de la normativa del mandato acerca del desistimiento al contrato de prestación de servicios de profesionales liberales.

Analicemos la primera cuestión. El ordenamiento autoriza el desistimiento en contratos con duración determinada sólo en

⁴⁹ LENEL, O.: «El mandato retribuido...», *cit.*, pp. 370 y 373, y FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1984, p. 26.

⁵⁰ En este sentido ALONSO PÉREZ, M. T.: *Los contratos de servicios...*, *cit.*, p. 64, nota 20, y 139.

casos específicos, en concreto, dentro del Código Civil en el contrato de mandato (Artículos 1733 y 1736), en el contrato de obra (art. 1594⁵¹), en el contrato de depósito (art. 1775⁵²) y en el contrato de sociedad (art. 1707⁵³). Este hecho, junto con otros dos, como son el que el artículo 1156 del código no enumera como causa de extinción de las obligaciones el desistimiento y el hecho de que la doctrina suele estudiar el desistimiento como una excepción al artículo 1256 del código (principio de irrevocabilidad del contrato)⁵⁴, pueden llevar a pensar que el desistimiento en los contratos de duración determinada es una figura excepcional y que, sin duda, tales supuestos legales en que se prevé el desistimiento deben interpretarse de forma restrictiva y que no cabe su aplicación por analogía a otros supuestos no regulados por ley (como podría ser la relación contractual entre profesional y cliente). De todas formas ninguno de las dos afirmaciones anteriores conduce a tal conclusión:

Primero. Respecto al artículo 1156 del código, es posible justificar por varias razones la ausencia en el mismo del desistimiento que no tienen nada que ver ni con el carácter excepcional de esta forma de extinción del contrato ni, por tanto, con una interpretación restringida del desistimiento. Es opinión mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia el carácter no exhaustivo del artículo 1156, ya que este precepto tampoco menciona otras causas de extinción de las obligaciones⁵⁵. Por otro lado su carácter sistematizador hace que su incorporación sea superflua (es decir, este precepto no añade nada que enriquezca el contenido normativo de esta materia) y está ausente también en otros ordenamientos (su antecedente, el artículo 1234 del Código de Napoleón tampoco incluía el desistimiento dentro de las causas de extinción)⁵⁶.

⁵¹ Art. 1594: *El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella.*

⁵² Art. 1775: *El depósito debe ser restituido al depositante cuando lo reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo o tiempo determinado para la devolución.*

⁵³ Art. 1707: *No puede un socio reclamar la disolución de la sociedad que, ya sea por disposición del contrato, ya por la naturaleza del negocio, ha sido constituida por tiempo determinado, a no intervenir justo motivo, como el de faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales, u otro semejante, a juicio de los tribunales.*

⁵⁴ Art. 1256: *La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.*

⁵⁵ Por todos BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario al artículo 1156 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, II, 2.^a edición, Madrid, 1993, p. 162.

⁵⁶ Véase estas razones en RODRÍGUEZ MARÍN C.: *El desistimiento unilateral...*, cit., pp. 257-258.

Segundo. Respecto al argumento de la excepcionalidad del desistimiento al ir en contra de las disposiciones generales del artículo 1256 del Código Civil, puede decirse que, a pesar de que muchos autores incluyen el desistimiento desde el punto de vista sistemático dentro del capítulo dedicado a los efectos del contrato y, en concreto, dentro de la irrevocabilidad del contrato⁵⁷, no se deduce de ahí automáticamente que estén de acuerdo con la incompatibilidad entre la concesión de la denuncia unilateral a las partes contratantes y el artículo 1256 del código. Son especialmente clarificadoras las palabras de Albaladejo⁵⁸ cuando comenta el precepto: Una cosa es que según el 1256 del Código Civil el cumplimiento de las obligaciones contraídas no pueda dejarse al arbitrio de ninguna de las partes y otra muy distinta que, firmes las obligaciones contraídas y debiendo cumplirse las nacidas del contrato, quede en manos de una de las partes o de las dos el poner fin al contrato. Entonces lo que queda al arbitrio de una o de ambas, sin necesidad de que estén de acuerdo, es la duración del contrato, no el cumplimiento de las obligaciones ya nacidas de éste. Es decir, lo que se deja en manos de los contratantes es que a partir del momento en que desee uno u otro, el contrato cese y, por consiguiente, deje de producir nuevas obligaciones desde entonces. Lo que es posible únicamente en los contratos de trato sucesivo⁵⁹.

De todas formas la admisión de una compatibilidad entre el artículo 1256 del Código Civil y el desistimiento de cada una de las partes contratantes no conduce en absoluto a admitir una aplicación absoluta del desistimiento a todo supuesto contractual de duración determinada⁶⁰. Cada uno de los supuestos en que el ordenamiento permite el desistimiento en contratos de duración determinada tiene un fundamento distinto. Si se extrae la *ratio unitaria* por la cual se permite el desistimiento en el contrato de mandato debemos concluir la aplicación por analogía de esta normativa a la relación con

⁵⁷ Así ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil*, II, 3.^a edición, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 251-252 y LACRUZ BERDEJO, J. L. (y otros): *Elementos de Derecho Civil*, Derecho de Obligaciones, tomo II, vol. 1.^º, 3.^a edición, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 544-545. Una excepción la constituye DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, II, cit., p. 891-893.

⁵⁸ *Curso de Derecho Civil*, II, cit., p. 251, nota 1.

⁵⁹ En el mismo sentido de que no hay incompatibilidad entre el desistimiento unilateral y el artículo 1256 del código DÍEZ-PICAZO, L.: «Comentario al artículo 1256 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, II, 2.^a edición, Madrid, 1993, p. 433. Qué sentido ha de darse, pues, al precepto. Hay dos posibilidades según que la expresión «validez» se utilice en un sentido técnico preciso o según que se refiera simplemente al comienzo de la obligatoriedad del contrato. Si se utiliza en este segundo sentido ha de valorarse desde el punto de vista causal la posibilidad de otorgar a una de las partes contratantes la facultad de poner en vigor el contrato. Si, en cambio, se usa en el primer sentido, el precepto prohíbe que una de las partes pueda modificar unilateralmente el régimen de la ineffectuación contractual.

⁶⁰ En sentido similar RODRÍGUEZ MARÍN, C.: *El desistimiento unilateral...*, cit., p. 380.

tractual profesional-cliente ya que ambos comparten esta misma *ratio*.

La razón fundamental por la que se permite tanto la renuncia de mandatario como la revocación del mandante es que el contrato de mandato se basa en la confianza entre las partes. Se trata de un contrato *intuitu personae*, es decir, la esencialidad de la persona del mandatario es dato constante en la confianza que induce al mandante a confiar en el mandatario precisamente sus intereses. Cuando se pierde tal confianza puede resolverse el contrato por cualquiera de las partes. Las mismas características (contrato *intuitu personae*, relación de confianza) están presentes en el contrato de servicios entre profesional liberal y cliente y ello conduce a aplicar por analogía la normativa del mandato acerca del desistimiento a aquel contrato⁶¹.

Surge, sin embargo, una última duda: alguna opinión doctrinal empieza a constatar cómo en ciertos contratos de servicios entre profesionales y clientes se va perdiendo el elemento de la confianza y el carácter *intuitu personae* (que van íntimamente unidos, como he indicado antes). Es decir, si ya no se escoge al profesional por sus específicas cualidades y habilidad técnica, ya no existe realmente la confianza que puede conducir al profesional o al cliente a desistir del contrato libremente. En caso de ser ésta la nueva realidad en ciertas profesiones, ya no sería posible mantener la aplicación analógica de la normativa del mandato al no haber la misma *ratio iuris* entre uno y otro contrato. Ataz López⁶² afirma que en algunos casos de contratos de servicios médicos el *intuitus personae* llega incluso a desaparecer. No es difícil hoy en día que el paciente no conozca personalmente al médico que le trata, quedando además muy limitada su posibilidad de elegir al médico. La única confianza que subsiste en quien llama al médico de urgencias, por ejemplo, es la que le inspire en general la medicina en sí

⁶¹ Partidarios de esta idea DÍEZ-PICAZO, L.: «Comentario a la STS 2 junio 1960», *EJC*, I, Tecnos, Madrid, 1966, p. 608; GITRAMA GONZÁLEZ, M.: «En la convergencia de dos humanismos (sobre el contrato de servicios médicos)», *ADC*, 1977, p. 332; LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentario a los artículos 1583 a 1587 del Código Civil...», *cit.*, p. 96, y PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: Traducción y comentarios del *Derecho de Obligaciones*, de ENNECERUS, 2.ª edición, Bosch, Barcelona, 1950, p. 252. GARCÍA VICENTE, J. R.: «Comentario a la STS 30.5.1998», *CCJC*, núm. 48, 1998, p. 1230, aun siendo partidario de esta misma idea, matiza que la integración de la laguna del desistimiento existente en el contrato de servicios de profesionales liberales con el contrato de mandato ni exige la aplicación general del régimen de éste último, ni tan siquiera la aplicación analógica del régimen de sus consecuencias indemnizatorias, porque no hay semejanza entre los supuestos de hecho en este punto: onerosidad frente a gratuitad. Recientemente la STS 28 enero 1998 ha entendido que las normas del mandato pueden integrar el contrato de servicios profesionales (se trata de un abogado), pero no porque se trate de contratos basados en la confianza sino porque son dos contratos de gestión y en concreto el mandato es el contrato de gestión típico.

⁶² Los médicos y la responsabilidad civil, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 152-153.

misma. Pero a juicio de este autor incluso en estos casos la posibilidad del paciente de poner fin a la relación subsiste, porque el derecho de desistir del paciente no depende tanto de ser éste un contrato basado en la confianza cuanto de que los actos médicos tienen lugar sobre el cuerpo del paciente, lo que exige una libertad absoluta del mismo para en cualquier instante abandonar la relación y negarse a someterse a un determinado tratamiento.

2.2 Aplicación de otras normativas

A continuación examino otros contratos en los que el ordenamiento permite el desistimiento a pesar de ser de duración determinada. En este análisis se concluye cómo el fundamento que posee el desistimiento en cada uno de estos contratos es muy específico y no cabe extenderlo al contrato de servicios civil entre profesional y cliente.

2.2.1 CONTRATO DE TRABAJO

Tiene interés el estudio del desistimiento en el contrato laboral al menos por tres razones: regula relaciones de trabajo, es un contrato basado en la confianza entre las partes contratantes y, en tercer lugar, es –al menos en origen– un contrato de servicios desempeñado en régimen de dependencia. Sus raíces se encuentran en los artículos 1583 a 1587 del Código Civil, hoy obsoletos al quedar regulada esta materia por el Estatuto de los Trabajadores.

Cómo se regula el desistimiento en el Derecho del Trabajo: Respecto al trabajador, el artículo 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores admite el desistimiento *ad nutum* con período de preaviso, incluso en contratos por tiempo determinado. También el artículo 49.1.j) establece la posibilidad de que el trabajador desista por su sola voluntad con causa justificada (por incumplimiento contractual del empresario). A diferencia de lo que ocurre con el trabajador, la legislación laboral no reconoce a la voluntad del empresario como causa suficiente por sí sola para dar por terminado el contrato. Siempre que el empresario decida extinguir el contrato de forma anticipada ha de justificar su decisión en base a algunas de las razones enumeradas por la propia legislación⁶³.

Esta especialidad de la concesión de un derecho al desistimiento *ad nutum* al trabajador frente al empresario radica precisamente

⁶³ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 6.^a edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pp. 955 ss., y SALA FRANCO, T. (dir.): *Derecho del Trabajo*, 11.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 665 ss.

en el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, que trata de proteger a la parte más débil: el trabajador. De ahí que a mi juicio no pueda extenderse la normativa del contrato de trabajo sobre desistimiento al contrato civil de servicios profesionales, ya que en el derecho civil en principio y como regla general debemos partir de la igual situación de las partes⁶⁴.

2.2.2 CONTRATO DE OBRA

Estudio el desistimiento en el contrato de obra en la medida en que este contrato regula también relaciones de trabajo como el de servicios. Parte de la doctrina considera que la normativa del desistimiento del contrato de obra no puede aplicarse por analogía al contrato de servicios de profesionales liberales, en la medida en que el fundamento de la facultad extintiva en el contrato de obra del artículo 1594 del Código Civil posee un específico fundamento que no permite la extrapolación de esta figura a otros contratos⁶⁵.

Cuál es el específico fundamento del desistimiento del dueño de la obra en cualquier momento, antes o durante la ejecución de la misma. El desistimiento del artículo 1594 del Código Civil, que

⁶⁴ No obstante, algunos autores, como GITRAMA GONZÁLEZ: «En la convergencia de dos humanismos...», *cit.*, p. 281, han hablado de desigualdad entre las partes vinculadas por este tipo de relaciones contractuales civiles, debido a la formación técnica del profesional y que a veces se traduce en el proceso de formación del acuerdo contractual dando lugar a contratos necesarios. Frente a ello ALONSO PÉREZ, M. T.: *Los contratos de servicios...*, *cit.*, p. 315, considera con acierto que la desigualdad en estos casos va referida a cualidades subjetivas internas de las partes y no a cualidades de carácter externo que repercuten sobre la posición –de mayor poder en la negociación– de un sujeto, y este tipo de desigualdad primera no permite adentrarse en el problema de los contratos de adhesión. De todas formas, aún considerando que en la relación contractual entre profesional liberal y cliente hay una cierta desigualdad, a mi juicio han de realizarse dos apreciaciones: Primera, la desigualdad entre las partes es muy diferente a la que se da en el contrato laboral: en éste último la parte débil necesitada de protección es el trabajador, en cambio en el contrato civil de servicios la parte débil es precisamente el que contrata los servicios del trabajador (el cliente). De manera que en cualquier caso no es posible entender que hay una misma *ratio iuris* entre el contrato laboral y el civil de servicios. Segundo, tales contratos de adhesión particulares podrían encontrar tutela si poseen cláusulas abusivas, siempre que tales clientes puedan calificarse como usuarios según las modificaciones introducidas por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

⁶⁵ En este sentido KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral...*, *cit.*, p. 88. GARCÍA VICENTE, J. R.: «Comentario a la STS 30.5.1998...», *cit.*, p. 1232, se pronuncia en el mismo sentido del anterior autor y añade además otro argumento: la radicalidad de las consecuencias indemnizatorias del artículo 1594 del Código Civil, idénticas a la resolución del contrato por incumplimiento, que comprende el interés contractual positivo y negativo. A favor de la aplicación de la normativa del artículo 1594 del Código a las relaciones contractuales de servicios de profesionales liberales LACRUZ BERDEJO (y otros): *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. 2.º, 3.ª edición, Bosch, Barcelona, 1995, p. 223, nota 5. Prácticamente las razones que alega el autor para tal aplicación analógica radican en la ausencia de regulación normativa del contrato de servicios profesionales y en que la normativa acerca del desistimiento en el artículo 1594 del Código es el régimen más completo sobre la materia.

encuentra su precedente en el artículo 1793 del Código francés de 1804, trata de evitar posibles perjuicios o situaciones económicas desfavorables en que podría encontrarse el comitente después de la celebración del contrato. De continuar con la ejecución de la obra correría el peligro de arruinarse con gastos extremadamente grandes, incluso la obra podría no serle ya útil ni necesaria. La facultad de desistimiento permite al dueño de la obra perseguir una asignación más eficiente de sus recursos de la que hubiera resultado de la finalización de aquella⁶⁶.

Sólo cabría aplicar la normativa del contrato de obra a la relación contractual entre profesional y cliente si se sostiene que la razón del desistimiento del comitente en el artículo 1594 del Código Civil radica también la confianza, de manera que el dueño de la obra posee la facultad de resolver de forma unilateral el contrato, bien por no quererla continuar, bien por querer cambiar de constructor⁶⁷. Pero a mi juicio, éste no es el fundamento originario del artículo 1594 del Código Civil, ya que de constituir el fundamento del desistimiento unilateral la pérdida de confianza, tal precepto tendría que haber reconocido este derecho no sólo al dueño de la obra sino también al constructor.

2.3 Breve alusión de la regulación de la materia en los ordenamientos más próximos

Es posible clasificar los ordenamientos más próximos en tres grupos distintos de acuerdo con la regulación que poseen de la relación contractual de servicios entre profesional y cliente:

1) Ordenamientos que incluyen la relación contractual entre profesional y cliente dentro del contrato de mandato. Ésta es la solución a la que llegan tanto la Compilación del Derecho Civil Foral navarro como el ordenamiento suizo.

En cuanto al Fuero Nuevo de Navarra la Ley 562 prevé que el contrato de prestación de servicios se rige por las disposiciones del mandato en la medida en que no esté regulado por disposiciones especiales. En su exposición de motivos aclara que la figura del arrendamiento de servicios es una figura ya superada y que en la medida en que no se regula como contrato de trabajo se somete a las reglas del mandato. Incluso se insiste en que con tal solución se

⁶⁶ SALVADOR CODERCH, P.: «Comentario al artículo 1594 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, 2.^a edición, Madrid, 1993, pp. 1202-1203.

⁶⁷ En este sentido, la STS 20 mayo 1998 (RJ 1998, 3380).

solventa «una ociosa discusión de los autores, que hace tiempo debiera haber sido olvidada»⁶⁸.

En el ordenamiento suizo la regulación de los servicios desempeñados por profesionales liberales ha sido fruto de una lenta evolución. En el año 1911 el legislador realiza dos tipos de cambios en el Código Suizo: por una parte, amplía la definición del mandato, de manera que éste comprende no sólo la gestión de asuntos sino también todos los servicios (es decir, los contratos de servicios simples). Por otra parte, la modificación del mandato es acompañada de la revisión del «*louage de services*», contrato que es reemplazado por el «*contrat de travail*». Los contratos de servicios desarrollados por profesionales liberales, que tradicionalmente se consideraban como servicios nobles realizados por personas independientes y que reposan en un saber científico, pasan a ser regulados según el artículo 348 del Code de 1911 por las disposiciones del «*contrat de travail*», siempre y cuando, claro está, presenten los elementos constitutivos de tal contrato. A pesar de esta disposición legal en la práctica siguen vigentes dos ideas en la doctrina: una, la idea romana de que dentro del mandato se encuentran los servicios de los profesionales liberales; dos, a partir de 1911 la doctrina empieza a mantener que la característica fundamental del contrato de trabajo es que se refiere a los servicios subordinados.

En el año 1971 parece que se acogen por el legislador las ideas antes mencionadas. Por un lado, se extiende el mandato a todos los contratos duraderos cuyo objeto sean los servicios realizados de manera independiente. El artículo 394 al.2 del Código de las Obligaciones señala que «*Les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats*». Por su fisonomía el legislador parte de la idea de que el mandato no debe ser más que un pequeño contrato, de manera que en la práctica únicamente se aplica a las relaciones de confianza privilegiadas, como son aquellas que ejercen los profesionales liberales. Por otro, el contrato de trabajo queda restringido a los contratos de servicios subordinados y de esta forma se consa-

⁶⁸ Sin embargo en la práctica hay una cierta precaución en la aplicación indiscriminada del precepto. Tendencia que desde luego estimo acertada, ya que como se ha indicado antes la normativa del mandato a veces requiere una matización puesto que no puede olvidarse que en su origen es un contrato esencialmente gratuito. Así una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 2 de julio de 1998 (RJ 1998, 7073) ha señalado, en un caso de un contrato de prestación de servicios por parte de un determinado gestor a una sociedad civil cuyo objeto es la promoción y construcción de viviendas por sus asociados, que, aunque de acuerdo con la Ley 562 del Fuen se aplican al contrato de prestación de servicios las normas del mandato, sin embargo «*ello no debe implicar una aplicación mecánica e indiscriminada de esta normativa*». En concreto, entiende aplicable al caso la Ley 559.2 del Fuen que establece que el mandato puede extinguirse por la sola voluntad del mandante o del mandatario.

gra por el legislador la evolución doctrinal y jurisprudencial que se fue apuntando desde el año 1911⁶⁹.

Dentro de la normativa del mandato el artículo 404 del Código de las Obligaciones permite la revocación o repudiación del contrato en todo momento tanto por mandante como por mandatario⁷⁰. En páginas posteriores se analiza cómo la aplicación de este precepto a los servicios desempeñados por profesionales liberales es discutida desde el punto de vista doctrinal.

2) Ordenamientos que siguen con fidelidad el Derecho Romano y reproducen el esquema de las relaciones de trabajo existente en Roma: es decir, vinculan los servicios con la figura del arrendamiento, en concreto, los servicios de trabajo subordinado. Es el caso ya estudiado de nuestro ordenamiento (arts. 1583 a 1587 del Código Civil) y del precedente de nuestro código en esta materia, el Código Civil francés.

El desempeño de los servicios, pues, se liga también en Francia con la figura del arrendamiento, en concreto, en el título VIII del libro III del *Code Civil* (arts. 1708-1831). El artículo 1708 distingue dos tipos de arrendamiento: el de cosas y el de trabajo en sentido amplio (*louage d'ouvrage et d'industrie*). El arrendamiento de trabajo en sentido amplio a su vez contiene tres modalidades: el arrendamiento de trabajadores que se obligan al servicio de alguien, el de transportistas por tierra o por agua y el de contratistas de obras a presupuesto o ajuste (la redacción de esta última modalidad es modificada por ley núm. 67 de enero de 1967 por la que se establece: «*el de los arquitectos, contratistas y técnicos por estudios o presupuesto o ajuste*»). En concreto, en la modalidad primera que aquí interesa, el arrendamiento de trabajadores (*gens de travail*), cuando el *Code* habla de trabajadores se refiere exactamente a la misma realidad que el nuestro cuando menciona el arrendamiento de trabajadores y criados domésticos: es decir, se refiere también a criados domésticos, obreros, trabajadores, en resumen, al trabajo asalariado.

De ahí que la doctrina francesa tenga la misma discusión que la nuestra: si los servicios desempeñados por profesionales liberales deben regularse por el contrato de arrendamiento de trabajo o bien por el contrato de mandato. Troplong⁷¹ es firme partidario de que los servicios de los profesionales liberales sólo pueden ser objeto

⁶⁹ Una exposición detenida de esta evolución legislativa en WERRO, F.: *Une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations. Analyse critique et comparative*, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1993, pp. 13-28.

⁷⁰ (1) *Le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps*.

(2) *Celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause*.

⁷¹ «L'Échange et du louage», in *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, Paris, 1840, pp. 29 ss.

del contrato de mandato y nunca del arrendamiento, en cuanto son inestimables y «*l'homme ne travaille pas seulement pour l'argent, il travaille aussi pour la gloire, pour la patrie, pour l'humanité*». A su juicio el *Code* no adopta un sistema diferente al romano, ya que el mandato conserva su noble carácter de gratuidad.

De todas formas existe una diferencia entre nuestro ordenamiento y el francés: según la normativa del *Code Civil* mandato y arrendamiento se distinguen por la nota de la representación (presente en el primer contrato), de manera que mayoritariamente la doctrina entiende que los servicios prestados por profesionales liberales han de ubicarse en el contrato de arrendamiento, ya que como regla general los profesionales liberales cuando realizan su encargo no representan al cliente (salvo en algunos casos aislados el abogado y el notario)⁷².

3) Por último, existe un tercer grupo de ordenamientos que se desvinculan del Derecho Romano y entonces al regular de forma autónoma el contrato de prestación de servicios, desligado ya de la figura del arrendamiento, no tienen ningún tipo de problema a la hora de incluir en tal contrato los servicios desempeñados por profesionales liberales. Así ocurre en Italia y en Alemania⁷³.

En Italia se regula el desempeño de servicios por parte de los profesionales liberales dentro del libro Quinto (*Del lavoro*) y en concreto en el título III (*Del lavoro autonomo*) del *Codice Civile*. Se regulan, pues, de forma separada el trabajo subordinado y el trabajo independiente. El título III se ocupa de forma general del *contrato d'opera* (arts. 2222- 2228), cuyo objeto son los servicios o las obras manuales realizados de forma autónoma y en particular del *contrato d'opera intellettuale* (arts. 2229-2238). Aunque en el propio artículo 2230 párrafo primero, en el que se define el *contrato d'opera intellettuale*, hay un reenvío general a las disposiciones del *contrato d'opera manuale*, ciertas normas difieren mucho en ambos contratos debido al carácter más estrechamente fiduciario del con-

⁷² En este sentido LAURENT, F.: *Principes de Droit Civil*, t. 27, 3.^a edición, Bruxelles, 1878, pp. 378-383; ROUAST, A.: «*Contrat de travail*», y SAVATIER, R.: «*Mandat*», en Planiol, M., y Ripert, G., *Traité pratique de Droit Civil Français*, tomo XI, 2.^a edición, Paris, 1954, pp. 21-22; 854-856 y 863-865 (respectivamente); COLIN, A., y CAPITANT, M.: *Curso elemental de Derecho Civil*, tomo IV, reimp. de la 3.^a edición, con traducción y notas de De Buen, Reus, Madrid, 1981, pp. 483-485, y HUET, J.: *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, sous la dirección de Jacques Ghestin, L.G.D.J., 1996, p. 1157.

⁷³ De hecho así lo expresa claramente GIERKE, O. VON: *Las raíces del contrato de servicios*, traducción y estudio crítico de Germán Barreiro, 1.^a edición, Civitas, Madrid, 1982, pp. 36-37. Para este autor la extensión conceptual del contrato de servicios respecto al arrendamiento de servicios romano tiene su causa en que el contrato de servicios del derecho alemán actual se origina, no en el derecho romano, sino en el derecho germánico, en concreto, en una apenas conocida institución del derecho germánico incluida en el derecho de las personas: el contrato de servicio fiel.

trato *d'opera intellettuale* y en virtud de la naturalera especial de su objeto⁷⁴. Es sin duda una decisión adecuada la regulación del contrato de servicios desempeñado por el profesional liberal de forma separada debido a las específicas características de éste último, tan diferentes al resto de los servicios (incluso de los desempeñados también de forma autónoma).

Dentro del contrato de obra intelectual existe un precepto, el artículo 2237, que se dedica al *recesso*, tanto del cliente como del profesional, que estudio ampliamente a lo largo del trabajo y a raíz de cada una de las cuestiones relativas al desistimiento⁷⁵.

El *BGB* regula el contrato de servicios en el libro segundo (derecho de las relaciones obligatorias), sección séptima (relaciones obligatorias en particular), título sexto (parágrafos 611 a 630). Lo primero que llama la atención del parágrafo 611 párrafo segundo es la declaración de que pueden ser objeto del contrato de servicios los servicios, eso sí, remunerados, de cualquier tipo. Por tanto, los manuales y los intelectuales. Dentro de la regulación del contrato de servicios se encuentran mezcladas normas dedicadas al trabajo subordinado y normas dedicadas al trabajo autónomo (al revés sucede en el derecho italiano, que se ocupa de separar ambas modalidades de trabajo).

Interesa resaltar la atención que el *BGB* dedica a la denuncia, que es la causa más importante de extinción del contrato de servicios. A ella se dedican los parágrafos 620 a 630. La doctrina ha tratado de agrupar tal causa de extinción en tres clases: Primero, la denuncia ordinaria para los contratos de servicios de duración indeterminada (parágrafos 620-622). Segundo, la denuncia especial para los contratos contraídos por más de cinco años o para todo el tiempo de la vida de una persona (parágrafo 624). Y, por último, la denuncia extraordinaria que presenta dos modalidades: una, la denuncia inmediata por cualquiera de las partes por una causa seria sin la exigencia de un plazo de preaviso (parágrafo 626) y dos, la denuncia inmediata en caso de una relación de confianza (parágrafo 627⁷⁶). Es precisamente este último tipo de denuncia el que aquí interesa,

⁷⁴ Al respecto MUSOLINO, G.: *L'opera intellettuale*, Cedam, Padova, 1995, pp. 73-74.

⁷⁵ (1) *Il cliente può recedere dal contratto, rimborsando al prestatore d'opera le spese sostenute e pagando il compenso per l'opera svolta.*

(2) *Il prestatore d'opera può recedere dal contratto per giusta causa. In tal caso egli ha diritto al rimborso delle spese fatte e al compenso per l'opera svolta, da determinarsi con riguardo al risultato utile che ne sia derivato al cliente.*

(3) *Il recesso del prestatore d'opera deve essere esercitato in modo da evitare pregiudizio al cliente.*

⁷⁶ (*Außerordentliche Kündigung bei Vertrauensstellung*).

Bei einem Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 626 bezeichnete Voraussetzung zulässt, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete, ohne in einem

ya que la doctrina considera que tal desistimiento está pensado para los contratos de servicios de condición superior que suelen basarse en una relación de confianza entre las partes. Está especialmente indicado para médicos, abogados, consejeros, fiscales, interventores de cuentas, arquitectos, artistas, comadronas (en cambio el Tribunal Supremo alemán ha discutido que dentro de él se incluya la enseñanza)⁷⁷.

Ahora bien, para la aplicación del parágrafo 627 se exigen una serie de requisitos. Además de los ya mencionados de que se trate de servicios de condición superior y de que estén basados en una especial confianza, se requiere que no se trate de contratos que se hayan pactado por tiempo indeterminado, que no sean contratos laborales y además que no se haya fijado un salario regular⁷⁸. El análisis de este parágrafo se hace posteriormente a lo largo del trabajo.

III RÉGIMEN JURÍDICO DEL DESISTIMIENTO EN EL CONTRATO DE SERVICIOS DE PROFESIONALES LIBERALES DE DURACIÓN DETERMINADA

3.1 ¿Desistimiento *ad nutum* o con justa causa?

Respecto al desistimiento del cliente la regla general en la doctrina es que ha de tratarse de un desistimiento *ad nutum*, es decir, el cliente no debe alegar ninguna causa para motivar su decisión de extinguir el contrato de forma anticipada⁷⁹. El fundamento de este

dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen zu stehen, Dienste höherer Art zu leisten hat, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen.

Der Verpflichtete darf nur in der Art kündigen, daß sich der Dienstberechtigte die Dienste anderweit beschaffen kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er dem Dienstberechtigten den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen.

⁷⁷ ENNECCERUS, L.: *Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. II, traducción de la 35.^a edición alemana con estudios de comparación y adaptación por Pérez González y Alguer, 2.^a edición, Bosch, Barcelona, 1950, p. 272, y MEDICUS, D.: *Schuldrecht*, II, Besonderer Teil, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1993, p. 155.

⁷⁸ Véanse tales requisitos en KRAFT: *Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht*, II, en Soergel, Band 3, 11.neubearbeitete Auflage, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1980, pp. 645-646.

⁷⁹ Excepciones son CAPILLA RONCERO, F.: «Arrendamiento de servicios...», *cit.*, p. 576, y LACRUZ BERDEJO (y otros): *Elementos*, II, vol. 2.^o, *cit.*, p. 223 (en especial nota 5). El primero entiende que en los contratos que no sean de duración indefinida el desistimiento ha de ser con justa causa y se remite al artículo 1586 del Código Civil. No se entiende bien la remisión que hace este autor a este precepto, ya que no parece que se encuentre vigente en la actualidad. La regulación de esta materia pertenece hoy en día al Derecho del Trabajo y la conclusión a la que se llega sobre el desistimiento del empresario y trabajador

desistimiento libre es el previsto para el artículo 1733 del Código Civil, que permite la revocación del mandante en cualquier momento. Es decir, la facultad de extinción unilateral del contrato se basa en la naturaleza fiduciaria de la relación y en el marcado carácter *intuitu personae* del contrato. Tales características están presentes sin duda en la relación contractual por la que el profesional presta sus servicios al cliente⁸⁰. Ahora bien, recientemente se ha sostenido que, aún siendo innegable la importancia histórica que el elemento de la confianza tiene a los efectos de justificar la revocación en el mandato, en la sociedad actual dicho fundamento ya no tiene tanta utilidad para explicar el artículo 1733 del código, en cuanto van desapareciendo las relaciones de confianza para sustituirse por relaciones de trabajo. De manera que el elemento fiduciario no puede considerarse como el único o principal fundamento de la facultad revocatoria, por tanto, no es preciso que disminuya la confianza que depositó el mandante en el mandatario (léase el cliente en el profesional) para el ejercicio de tal facultad, sino que basta que de una manera objetiva o subjetiva se altere el equilibrio de intereses que dio lugar al contrato. Como regla general suele ser el interés prevalente del mandante el que justifica la revocación del encargo.⁸¹.

Respecto al desistimiento del profesional la tendencia doctrinal es a sostener que éste debe ejercitarse tal facultad con justa causa, ya que ha de tener un margen de libertad menor que el cliente a la hora

en esta rama del ordenamiento es muy diferente a la prevista en el artículo 1586 del Código Civil. De todas formas añade el autor que puede considerarse como justa causa la pérdida de la confianza en la otra parte contratante. En cambio considera inaplicable la regulación que prevé el artículo 1584.1 del Código Civil para los que denomina criados domésticos, ya que considera tal regulación incompatible con los preceptos laborales. Por su parte LACRUZ cree que la posibilidad incondicionada de desistir por parte del cliente debe matizarse: la solución ha de variar según las distintas profesiones, pues si un enfermo puede prescindir inmediatamente del médico que le atiende y sustituirle por otro, y lo mismo el litigante en cuanto a su abogado, no cabe prescindir del mismo modo de unos servicios de otra naturaleza comprometidos en firme. Pero no aclara el autor cuáles pueden ser este tipo de compromisos.

⁸⁰ En este sentido se pronuncia la reciente STS 25 marzo 1998 (*RJ* 1998, 1651). El mismo fundamento está presente en el desistimiento *ad nutum* del cliente tanto en el artículo 2237.1.^o del *Codice Civile* como en el parágrafo 627 del *BGB*. En la doctrina italiana véase ASSANTI, C.: «Le professioni intellettuali e contratto d'opera», *Trattato di Diritto Privato*, t. 15, diretto da Rescigno, Utet, 1986, p. 1494; DE MARTINO, V.: *Codice Civile commentato*, tomo terzo, arts. 2060-2969, Jandi Sapi Editori, 1979, p. 3095, y GIACOBBE, G.: «Professioni intellettuali», *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Giuffrè Editore, 1987, p. 1081. En la doctrina alemana LARENZ, K.: *Lehrbuch des Schuldrechts*, Zweiter Band, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1981, p. 274, y WESTERMANN, H.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4, Schuldrecht-Besonderer teil II, 3. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, p. 1032.

⁸¹ En este sentido CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato...*, cit., pp. 152-161, y PUIG BRUTAU, J.: *Compendio...*, cit., p. 481. En la doctrina alemana se ha llegado a decir que se protege simplemente el cambio de opinión del cliente. Al fin y al cabo el negocio se hace en interés suyo. Al respecto véase MEDICUS, D.: *Schuldrecht*, II, cit., pp. 155-156.

de dar por terminada de modo anticipado la relación contractual. Si bien el cliente puede desistir siempre, siendo el único juez de su conveniencia en que le presten el servicio, el prestador de servicios sólo cabe que desista cuando tenga justa causa, ya que la conveniencia o inconveniencia de seguir la ejecución de la prestación no pertenece en absoluto a su ámbito de libre apreciación⁸².

El ordenamiento italiano acoge esta solución, de manera que en su artículo 2237 párrafo segundo del Código Civil establece que el *recesso* del profesional ha de ser con justa causa. A raíz de tal regulación, totalmente contraria a la prevista para el cliente en su párrafo primero, la jurisprudencia de mérito ha planteado una cuestión de legitimidad constitucional del precepto en los párrafos dedicados al desistimiento del profesional con referencia al principio de igualdad previsto en el artículo 3 de la Constitución italiana. Pero el Tribunal Constitucional ha declarado infundada tal cuestión, dada la sustancial diversidad de las dos relaciones. Tales disposiciones regulan situaciones racionalmente diversas que surgen de la naturaleza misma del contrato de prestación de obra intelectual y que son consecuencia del mismo. Profesional y cliente se encuentran en una diferente posición contractual que deriva de la estructura misma del contrato y de la diversa naturaleza de las prestaciones: el contrato se basa en el carácter fiduciario de la relación entre cliente y profesional, la prestación de éste último no es fungible y depende de su capacidad personal, por tanto, es propio de la naturaleza misma del contrato que el cliente, que dude de que el profesional puede llevar a cabo el fin previsto, pueda tener la facultad de resolver unilateralmente el contrato con efectos *ex nunc*. El profesional, de hecho, en la fase preliminar del contrato tiene la posibilidad de aceptar o rechazar el encargo que le ha sido hecho por el cliente. Es razonable que no quede en manos del profesional la rescisión discrecional del contrato, una vez que ya ha ejercitado este derecho de elección⁸³.

A mi juicio creo que es defendible un desistimiento *ad nutum* también en el caso del profesional. Por dos razones: primera, si se

⁸² López y López, A. M.: «La proyectada nueva regulación...», *cit.*, p. 46. En idéntico sentido se pronuncian GITRAMA GONZÁLEZ, M.: «En la convergencia...», *cit.*, p. 334, y LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentario a los artículos 1583 a 1587 del Código Civil...», *cit.*, pp. 98-99.

⁸³ Véase Corte Cost., 13 febbraio 1974, n. 25, *FI*, I, 1974, pp. 597-598, y más información en DI CERBO, F.: *Le professioni intellettuali nella giurisprudenza*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1988, p. 323. Por su parte, tanto RIVA SANSEVERINO, L.: «Comentario al artículo 2237 del Código Civil», *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja*, libro 5.º, Del Lavoro, Nicola Zanichelli editore, Bologna, 1943, p. 815, como SANTORO-PASSARELLI, F.: «Professioni intellettuali», *Novissimo Digesto Italiano*, tomo XIV, 3.ª edición, Utet, 1967, p. 27, consideran acertada tal decisión, en cuanto la limitación al poder del desistimiento del profesional tiene su razón de ser en la exigencia de tutelar al cliente, que ha de estimarse como la parte más débil, al menos social y moralmente.

exige que el profesional desista con justa causa, creo que es coherente que si manifiesta su voluntad de dar por terminado el contrato sin la concurrencia de un justo motivo debe condenársele al cumplimiento del contrato. Y, ¿realmente es posible en este tipo de contratos, dadas las características antes vistas, condenar al cumplimiento? Sobre todo, ¿es útil? El Tribunal Supremo rara vez suele condenar en este tipo de casos al cumplimiento del contrato y cuando lo ha hecho, nunca ha sido al profesional sino al cliente. Quizá ello sea una buena muestra de la conveniencia de permitir el desistimiento libre a ambas partes contratantes⁸⁴. Es dudoso por otra parte que las normas reguladoras de la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer, al presuponer un hacer fungible (art. 1098 del Código Civil), sean de aplicación a las obligaciones profesionales *intuitu personae*, pues no es tan claro que en todos los casos el acreedor vea satisfecho su interés con la ejecución de la prestación por parte de la persona designada por el juez⁸⁵.

Segunda razón. Es cierto, tal y como se ha sostenido por la doctrina antes mencionada, que la situación del profesional en la relación contractual es diferente a la del cliente, pero creo que esta

⁸⁴ Estas resoluciones son las SSTS 2.6.1960 (ya citada antes por otros motivos) y 3.2.1994 (RJ 1994, 968). En la primera el Supremo condena al cumplimiento del contrato de servicios de duración determinada a los copropietarios de dos cortijos sevillanos, que dan por terminado el contrato antes de la llegada del término. El perito agrícola al que habían contratado para llevar la dirección de la explotación de las fincas formula su demanda pidiendo en ella que se condene a los demandados al cumplimiento del contrato y a abonar al actor solidariamente las retribuciones devengadas y la participación en los beneficios convenida, con los intereses legales de ambas cantidades. La demanda es estimada por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia, pero no admiten la solidaridad de los demandados ni acogen la pretensión sobre los intereses. Interponen las dos partes recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de los propietarios, pero estima el recurso del actor. Entiende que al ser un contrato de servicios no cabe la libre revocabilidad de las partes y condena al cumplimiento del contrato. En la STS 3.2.1994 Giesa Schlinder, S. A., formula demanda de menor cuantía contra la comunidad de propietarios que le había contratado para el servicio de mantenimiento preventivo de dos aparatos elevadores existentes en la finca. La comunidad resuelve unilateralmente el contrato y el profesional demanda pidiendo el cumplimiento de dicho contrato y subsidiariamente el pago alternativo de una determinada cantidad, a lo que se opone la comunidad reconviniendo que se declare la nulidad del contrato y de forma subsidiaria su resolución. El Supremo condena a la Comunidad al cumplimiento del contrato. A su juicio no existe ningún incumplimiento previo del profesional que justifique el desistimiento de la comunidad y además se estima probado que la comunidad había resuelto de forma unilateral el contrato por contraer compromiso con una tercera entidad competidora de la primera prestadora del servicio.

⁸⁵ Sin embargo YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 372, cree que a lo mejor la víctima del daño prefiere la ejecución de un tercero a costa del deudor si, a pesar de tratarse de una prestación personalísima, considera satisfactoria la ejecución *in natura* por otra persona. De hecho lo único que prohíbe el artículo 1161 del Código Civil es que el acreedor pueda ser compelido a recibir el servicio de un tercero cuando la calidad y circunstancias de ese deudor se hubiesen tenido en cuenta. En el mismo sentido GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho Civil*, Contratos en especial, responsabilidad extracontractual, Tecnos, Madrid, 1968, p. 258.

diferente posición no debe tenerse en cuenta tanto en la motivación del desistimiento cuanto en la manera de llevarlo a cabo. Desde luego el desistimiento del profesional en la mayoría de los casos es más peligroso que la denuncia del cliente, en cuanto la terminación anticipada del contrato por parte del profesional puede ocasionarle al cliente daños mucho más graves que en el caso contrario. Pensemos en el caso del médico que deja al enfermo antes de una operación urgente, o en el caso del abogado que abandona el asunto en un momento en que faltan dos días para que termine el plazo para presentar recurso contra la sentencia. Por ello quizás lo más importante no sea exigirle al profesional que tenga una justa causa para desistir sino limitarle o condicionarle su derecho al libre desistimiento mediante un instrumento que impida que abandone de forma intempestiva al cliente. Esto es precisamente lo que hace nuestro artículo 1737 del Código Civil, que después de permitir al mandatario renunciar libremente al contrato en el artículo anterior le exige a continuación que debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta. Precepto que considero por las razones ya mencionadas páginas atrás perfectamente aplicable a la relación contractual de servicios entre profesional liberal y cliente. No sólo en nuestro ordenamiento sino que también en otros hay una exigencia similar para el profesional⁸⁶. Pero esta idea conduce ya al estudio del siguiente apartado, que es el preaviso del profesional.

Cabe preguntarse, por último, si, muerto el cliente, se extingue de forma automática el contrato de servicios (ya que es clara la respuesta afirmativa en el caso contrario al existir con frecuencia en estos contratos un *intuitu personae* en relación con la persona que ha de prestar los servicios). La cuestión resulta dudosa también en otros ordenamientos⁸⁷.

Desde luego queda extinguido de forma automática el contrato cuando la prestación de servicios redonda directamente en la esfera personal del fallecido encargante de los servicios (por ejemplo, en los servicios médicos). La normativa del mandato establece en el artículo 1732.3.º del Código Civil que la muerte del mandante

⁸⁶ El artículo 2237, párrafo 3.º, del Código Civil italiano requiere que el *recesso* del prestador del servicio se ejerza de un modo que evite daños al cliente. El párrafo 627 del *BGB* a su vez precisa que el empleado sólo puede denunciar el contrato de servicios de manera que el cliente pueda procurarse el servicio en otra parte. PUTZO, H.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, en Palandt, 52. neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1993, p. 691 en este sentido puntualiza que es imprescindible para el ejercicio de la denuncia por el profesional que el cliente consiga otro profesional, pero no hace falta que sea de la misma calidad y del mismo tipo.

⁸⁷ MEDICUS, D.: *Schuldrecht*, II, cit., p. 154.

extingue el mandato. Se ha indicado, creo que con acierto, que esta regla debe matizarse en ciertos casos y que está menos justificada en ciertos mandatos profesionalizados⁸⁸. Parece, pues, que estamos de nuevo ante otra norma pensada fundamentalmente para un contrato gratuito y que ha de aplicarse con prudencia, haciendo las necesarias modificaciones, a un contrato oneroso como es la prestación de servicios por parte de profesionales liberales. Por tanto, qué tratamiento debe recibir en este último la muerte del cliente. La respuesta ha de oscilar, sin duda, entre la vinculación de sus herederos al contrato y la concesión de la facultad de desistir del contrato a los mismos. Probablemente darles la opción de desistir sea más adecuado teniendo en cuenta el tipo de contrato ante el que nos encontramos, ya que la relación nacida del contrato de servicios se encuentra teñida por elementos muy personalizados y, al mismo tiempo, la finalidad buscada por el contrato está muy relacionada con la persona del que contrató los servicios.

Ahora bien, el desistimiento de los herederos de cliente, ¿ha de ser libre o con justa causa? El ya citado Proyecto de reforma del Código Civil en esta materia objeto de estudio proponía en su artículo 1586 la extinción del contrato de servicios por el fallecimiento del cliente si sus herederos estiman que debido a ello los servicios ya no les son de utilidad. Aparentemente parece que este precepto acoge un desistimiento con justa causa. Pero tiene razón López y López⁸⁹ cuando dice que este artículo puede funcionar como un desistimiento *ad nutum* o con justa causa según se adopte una postura restrictiva o extensiva de lo que se estime utilidad de los herederos. Si se define la utilidad desde unos criterios objetivos difícil será pensar que lo que le producía alguna utilidad al patrimonio del fallecido no se lo va a producir al de los herederos, pero si se define la utilidad desde un criterio subjetivo (basta la percepción de lo que los herederos consideren útil) se abre la puerta a un desistimiento libre.

3.2 Medidas tuitivas del contratante frente al que se desiste

En los diferentes ordenamientos en que se trata de tutelar la libertad de los contratantes a través del desistimiento, existen a la vez una serie de mecanismos que tratan de proteger como regla general el interés del contratante frente al que se desiste. Se trata, por una parte, del preaviso o de otra figura similar y, por otra, del deber de dejar indemne a esa parte frente a la que se ejercita el

⁸⁸ LACRUZ BERDEJO (y otros): *Elementos*, II, vol. 2.º, *cit.*, p. 248.

⁸⁹ «La proyectada nueva regulación...», *cit.*, pp. 46-47.

desistimiento. A continuación se analiza en qué consiste cada una de estas medidas y en qué casos no son exigibles las mismas.

3.2.1 ¿NECESIDAD DE PREAVISO U OTRA FIGURA SIMILAR?

El preaviso impide que el desistimiento despliegue sus efectos de forma inmediata, a fin de crear, en virtud del tiempo que media entre la comunicación y la terminación de la relación, un período preparatorio destinado a asegurar una disciplina preordenada a la cesación del vínculo. Su finalidad es, por consiguiente, plenamente tuitiva: proteger a la otra parte frente a la que se desiste de los daños que puede ocasionar un desistimiento intempestivo, inmediato⁹⁰.

En nuestro ordenamiento, respecto al mandatario en el artículo 1737 del Código Civil, así como en el parágrafo 627 del *BGB* y en el artículo 2237 del *Codice Civile* italiano, como antes he indicado, no se prevé tanto el preaviso cuanto una figura similar, que consiste en la necesidad de respetar por parte del profesional un período de adaptación del cliente a la nueva situación, con la idea de que éste último pueda tomar las medidas oportunas para la protección de sus intereses cara a la extinción del vínculo contractual⁹¹. Ahora bien, durante este período de tiempo, en qué consiste la actuación del profesional. Como regla general creo que sólo se le deben exigir medidas conservativas del asunto encomendado e iniciado, es decir, no abandonarlo por completo. Pero pueden darse casos en deba hacer algo más que medidas conservativas, por ejemplo, la vida del enfermo depende de que se le opere con urgencia o el éxito del pleito está ligado a que se presente determinada prueba en un plazo muy breve de tiempo.

Qué sentido tiene que en los diferentes ordenamientos se hagan estas precisiones respecto de los prestadores de servicios pero no respecto de los clientes. En páginas anteriores concluía que para el ejercicio del desistimiento el margen de libertad del profesional ha de ser menor que el que le corresponde al cliente, y que este mar-

⁹⁰ En este sentido SANGIORGI, S.: *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Dott. A. Giuffré, Milán, 1965, p. 133. Acoge las ideas del autor italiano KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral...*, cit., pp. 30 y 191. En un sentido negativo LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: «La proyectada nueva...», cit., p. 44, señala que la finalidad del preaviso no es la de garantizar una duración mínima del contrato, sino la que corra entre la comunicación del desistimiento y la caducidad del plazo para dicha comunicación.

⁹¹ En relación con el artículo 2237.2.^º del *Codice Civile* y con el parágrafo 627 del *BGB*, véase MANCINI, G. F.: *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Dott. A. Giuffré Editore, Milán, 1962, p. 291. Respecto al artículo 1737 del Código Civil, DÍEZ-PICAZO, L.: *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1992, p. 312, ha señalado que se trata de una obligación a cargo del mandatario de no dejar abandonados o desamparados de forma inmediata los intereses del mandante. A su juicio se encuentra implícito en este artículo el llamado preaviso.

gen menor de libertad no ha de consistir en la exigencia de una justa causa que motive su decisión de desistir sino en una determinada manera de desistir que evite consecuencias perjudiciales al cliente. Si el preaviso u otras figuras similares poseen como función principal el evitar daños a la otra parte frente a la que se desiste, pienso que cumple todo su sentido en el caso del profesional, ya que se ha indicado también antes que éste, con su desistimiento, puede causar más perjuicios al cliente que viceversa. Como regla general el cliente al ejercitar el desistimiento ocasiona menos inconvenientes al profesional⁹². Respecto al cliente, pienso que la necesidad de que respete un preaviso u otra figura similar ha de enjuiciarse en función de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Pero que en principio el ejercicio del desistimiento por su parte no requiere el cumplimiento de tal requisito.

En qué casos el profesional queda exonerado del preaviso o figura similar. A mi juicio sólo la concurrencia de causas realmente graves que impidan la continuación del contrato incluso durante ese período breve de tiempo que es el preaviso eximen de su observancia al contratante que desea desistir⁹³. En ocasiones la aparición de determinadas causas lleva consigo un deterioro tal de la relación contractual que no cabe su prolongación ni tan siquiera durante ese período. Así, motivos serios para una ruptura inmediata de la relación contractual son los supuestos de incumplimiento tanto de obligaciones por parte del cliente (retribución de reembolsos justos) como de cargas (anticipo de cantidades, negativa al acceso del profesional a ciertos documentos necesarios para la realización del servicio...). En otro tipo de circunstancias (mala salud, enfermedad, ausencia del cambio de residencia del lugar donde se desempeña de forma habitual la profesión, cambio de profesión, cambio de estado civil, jubilación, enemistad entre las partes contratantes...) habrá que examinar su gravedad para concluir si cabe una renuncia inmediata y en caso de que sea preciso un preaviso, para determinar el tiempo que el obligado a la prestación de hacer debe continuar aún encargándose del asunto. Adelanto ahora una idea que se analiza

⁹² En el caso de la regulación del contrato de mandato en nuestro Código Civil, la exigencia de que sólo el mandatario deba respetar un período de adaptación del mandante a la nueva situación tiene otra explicación, además de la ya señalada de que el mandatario puede causar más perjuicios al cliente con su renuncia: la normativa del Código Civil reguladora del mandato está pensada fundamentalmente para un contrato gratuito, de manera que la extinción anticipada, e incluso intempestiva, sin un preaviso, por parte del mandante no sólo no le producirá daños al mandatario sino que además le supondrá un beneficio: le libera de una carga.

⁹³ KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral...*, cit., pp. 30, 41, nota 60, 243-245. El *BGB* en su parágrafo 627, párrafo 2.^o, señala la misma idea: no tiene que respetar el profesional ese período de adaptación cuando una exista una causa seria para la denuncia prematura.

después: si existe una causa importante pero que no justifique una renuncia inmediata, el profesional debe continuar con el asunto durante un cierto tiempo pero evidentemente no tiene que indemnizar los daños y perjuicios que se le puedan ocasionar al cliente con el ejercicio del desistimiento.

La literalidad del artículo 1737 del Código Civil plantea una duda. Señala el precepto que el mandatario, aunque renuncie con justa causa, debe continuar con su gestión durante algún tiempo: ¿Se exige, pues, en todo caso que el mandatario respete ese período de adaptación, incluso en el caso de un motivo realmente grave? Sin embargo la doctrina ha entendido que debe interpretarse tal precepto en conexión con el anterior, es decir, con el artículo 1736 del Código Civil, que establece la obligación del mandatario de indemnizar los daños causados al mandante a consecuencia de la renuncia salvo que la continuación de la gestión suponga un grave detrimiento para el mandatario. Se admite, pues, en estos supuestos de grave detrimiento una renuncia con efecto inmediato sin que tener que indemnizar daños al mandante⁹⁴.

Qué tiempo de duración ha de tener el preaviso. En principio la duración del preaviso, salvo que venga especificada legal o convencionalmente, se determina en función del tiempo que necesita el contratante frente al que se desiste para tomar las medidas oportunas que le eviten un perjuicio⁹⁵. Como consecuencia de que la exigencia de preaviso tiene pleno sentido respecto al profesional, la mayoría de las veces estas medidas se reconducen a la necesidad de buscar un nuevo profesional que se encargue del asunto. La búsqueda de un nuevo contratante suele ser, pues, una necesidad común a todos los casos de desistimiento, pero han de tenerse en cuenta las particularidades de cada contrato en cuestión para precisar la mayor o menor dificultad para la sustitución, por causas tales como la duración que ha tenido el contrato, las especiales cualidades que presentaba el otro contratante (como su categoría o cualificación profesional...), el grado de confianza que existía entre las partes... Ahora bien, el tiempo que necesita el contratante para tomar las medidas oportunas para evitar el daño, ¿viene determinado desde un punto de vista subjetivo por la sola voluntad del cliente? Pienso que no. Así lo mantiene Díez-Picazo⁹⁶ en relación con el artículo 1737 del Código Civil (perfectamente aplicable desde

⁹⁴ DÍEZ-PICAZO, L.: *La representación...*, cit., p. 312; GORDILLO CAÑAS, A.: «Comentario al artículo 1737 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993, pp. 1593 y 1594, y KLEIN, M.: *El desistimiento...*, cit., pp. 50-51.

⁹⁵ KLEIN, M.: *El desistimiento...*, cit., pp. 202-204.

⁹⁶ *La representación...*, cit., p. 312.

luego a la relación contractual entre profesional liberal y cliente), ya que a su juicio este precepto no ordena que el mandatario continúe su gestión hasta que el mandante haya tomado las disposiciones necesarias, pues esto demoraría *sine die* la efectividad de la renuncia y dejaría en manos del mandante el término de la relación. Lo que dice este precepto es que el mandante haya «podido tomar» las disposiciones oportunas. La continuación de la gestión ha de producirse durante el período de tiempo razonablemente necesario para permitir la diligencia del principal, de manera que éste pueda tomar las disposiciones oportunas.

Cabe preguntarse, a continuación, qué consecuencias tiene el incumplimiento de un preaviso preceptivo: ¿la ineficacia del desistimiento? O por el contrario, ¿una indemnización? La doctrina italiana ha estudiado con profundidad el tema y distinguen entre una eficacia obligacional y una eficacia real⁹⁷. La primera quiere decir que la falta de preaviso no hace ineficaz el desistimiento, sino que impone sólo una obligación de resarcimiento. A tal tipo de ineficacia se contrapone la real, caso en que el preaviso representa en cambio uno de los componentes constitutivos del desistimiento, en el sentido de que en su ausencia la comunicación no produce sus efectos. El que desiste, si no continúa cumpliendo lo que le incumbe, queda incurso en mora, con la consiguiente *perpetuatio obligationis*. La doctrina parece partidaria de la primera posibilidad, en cuanto no parece muy realista mantener la existencia de un contrato sometido a desistimiento unilateral, por inadecuado ejercicio de preaviso, hasta el momento en que éste se ejercite de nuevo en regulares condiciones: un medio más funcional y menos conflictivo de solucionar la situación es liquidar el contrato desde el momento en que se manifiesta la voluntad de desistir, aunque sea inoportuna, si bien este caso lleva consigo el deber de indemnizar por parte del contratante que desiste⁹⁸.

Por último, en caso de omisión de un preaviso preceptivo, qué contenido ha de tener la indemnización. Fundamentalmente ha de contener dos partidas⁹⁹:

⁹⁷ SANGIORGI, S.: *Rapporti di durata...*, cit., pp. 134-135.

⁹⁸ En este sentido LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.: «La proyectada nueva regulación...», cit., p. 45, y KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral...*, cit., p. 226. A juicio de SANGIORGI, S.: *Rapporti di durata...*, cit., pp. 134-135, cuando el objeto de la prestación es un hacer, no hay duda de que la distinción entre las dos formas de eficacia pierde prácticamente valor, ya que en ambos casos la falta de preaviso da origen a una obligación de resarcimiento, ya que en su opinión no cabe ejecución en forma específica en las obligaciones de este tipo. Por su parte la doctrina alemana, probablemente condicionada por el parágrafo 627, párrafo 2.º, que parece tomar una clara opción, son partidarios de la indemnización en caso de omisión del preaviso por parte del profesional cuando es preceptivo. Véase PUTZO, H.: *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., p. 691 y WESTERMANN, H. P.: *Münchener Kommentar...*, cit., p. 1036.

⁹⁹ Véase sobre el particular KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral...*, cit., pp. 236-237.

Primera, si el perjudicado es el cliente (y esto es lo normal) el profesional ha de resarcirle el valor de prestación de hacer que ha dejado de llevar a cabo durante el período de duración del preaviso, mientras que si el perjudicado es el prestador del servicio, éste ha de recibir la cantidad fijada en concepto de remuneración que hubiera percibido durante el período de preaviso.

Segunda, el que desiste sin preavisar debe indemnizar al otro contratante cualquier otro daño que pueda relacionarse con el hecho de no haber contado con el tiempo suficiente para tomar las medidas oportunas. Por ejemplo, el cliente pierde el pleito por no haber presentado el abogado una prueba sustancial en un plazo determinado, plazo que se corresponde con el tiempo que hubiese debido durar el preaviso. O el enfermo sufre una agravación de su enfermedad por no haber hecho una operación quirúrgica necesaria durante el período de preaviso omitido. La valoración de este tipo de daños en algunos casos es ciertamente complicada: por ejemplo, en el caso de que no haya interpuesto el abogado un recurso en el tiempo oportuno, qué es lo que debe indemnizar: *la posibilidad de haber podido ganar el pleito?* *¿Cómo se cuantifica y prueba tal daño?*

3.2.2 DEBER DE INDEMNAZIÓN EN SENTIDO AMPLIO

Como regla general el contratante que decide dar por terminada la relación contractual de modo anticipado tiene un deber de dejar indemne a la otra parte contratante. Ésta parece ser la idea que late en los artículos del Código Civil dedicados al desistimiento (por ejemplo, 1733, 1736, 1594), ahora bien, ninguno de ellos precisa en qué consiste este deber de indemnizar en sentido amplio, salvo el ya referido artículo 1594 del Código. Este precepto estima que el comitente, con independencia de cuál sea la motivación por la que decide extinguir el contrato, ha de indemnizar al contratista los gastos, trabajo y utilidad que este último hubiera podido obtener de la obra¹⁰⁰.

A mi juicio dentro de esta indemnización en sentido amplio surgen dos tipos de deberes: primero, unos deberes de liquidación. Tales deberes consisten en una acción que posee el profesional para

¹⁰⁰ LACRUZ BERDEJO (y otros): *Elementos*, II, vol. 2.^º, cit., p. 223, nota 5, piensa que como es el único precepto que regula el tema de la indemnización ha de aplicarse al contrato de servicios. Ya expliqué en su momento las razones por las que no considero adecuado que tal precepto se aplique, ni siquiera por analogía, al contrato de servicios de profesionales liberales. Además de las ya indicadas entonces (véase apartado II.2.2.2), ha de añadirse que este precepto únicamente regula el desistimiento y el deber de indemnizar de una de las partes contratantes y a mi juicio es posible que en el contrato de servicios de profesionales liberales desista tanto el profesional como el cliente.

que el cliente le retribuya los servicios prestados y los gastos realizados hasta el momento del desistimiento¹⁰¹. Segundo, un deber de indemnización de los daños en sentido estricto que surgen a causa del desistimiento. Es importante puntualizar que este deber es diferente de la indemnización que debe el contratante que desiste sin observar el plazo de preaviso preceptivo sin causa justificada¹⁰².

¹⁰¹ KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral...*, cit., p. 245. Para este autor tales deberes no se fundamentan en una conducta ilícita sino que son colorarios necesarios en la extinción del contrato por cualquier causa que no consista en una falta grave del otro contratante.

¹⁰² La STS 19 diciembre 1991 (*RJ* 1991, 9409) constituye un buen ejemplo de cómo el Supremo en ocasiones no diferencia los dos tipos citados de indemnización (la que surge por falta de preaviso preceptivo y la que deriva del propio ejercicio del desistimiento unilateral). El 1 diciembre de 1986 se suscriben ocho contratos relativos a otros tantos buques por los que Naviera Castellana, S. A., y Astilleros Españoles, S. A., contratan a Operadores Marítimos, S. A., para que esta última se encargue del control y de la vigilancia de dichos barcos, que habían sido arrendados a su vez a otra compañía naviera por las ya citadas y que precisamente tal contrato de servicios se ajustaba cronológicamente desde la fecha de 1 de diciembre de 1986 hasta la finalización del contrato de arrendamiento. El 3 de julio de 1987 Operadores Marítimos, S. A., requiere por vía notarial a sus clientes para que le abonen los meses impagados, bajo apercibimiento de que, de no hacerlo, habría de entenderse que los clientes no tienen interés en continuar la vigencia del contrato, lo que habría de interpretarse como una rescisión unilateral de los mismos con la consiguiente indemnización seguida de tal incumplimiento. En el contrato habían insertado una cláusula en la que se establecía que en el caso de que el armador decidiera cancelar el contrato, sin que haya existido un manifiesto incumplimiento del mismo por parte del inspector, deberá darse un preaviso de, como mínimo, 6 meses e indemnizarse al inspector, al menos en la cuantía equivalente a 1 año de contrato, desde la fecha real de la cancelación. Los clientes contestaron al requerimiento el 7 de julio de 1987 en el sentido de que daban por resuelto el contrato por no haber cumplido la requirente las prestaciones acordadas en los contratos inicialmente reseñados (pero nunca se consiguió probar tal incumplimiento). La sociedad de gestión técnico-administrativa demanda a sus clientes exigiendo el pago de las mensualidades pactadas no satisfechas hasta el 7 de julio de 1987 (es decir, la retribución por los trabajos realizados) más la indemnización por rescisión unilateral y falta de preaviso.

La sentencia de primera instancia estima integralmente la demanda, ya que interpreta la cláusula contractual de modo literal en cuanto a su significado (indemnización por falta de preaviso más indemnización por desistimiento). La sentencia de primera instancia es revocada en parte en apelación, ya que se deniega la cantidad solicitada por el incumplimiento de los 6 meses de preaviso, confirmándose en cuanto al resto. El Tribunal Supremo confirma la interpretación que hace la Audiencia de la cláusula, ya que «en el caso de falta de preaviso por los demandados, con la mentada antelación mínima de los seis meses a la fecha real de la cancelación, la indemnización por tal evento quedaría fijada como mínimo en la cuantía equivalente al precio anual de sus servicios..., sin que tenga, por tanto, que sumarse a ello, una pretendida indemnización correspondiente a esos 6 meses de preaviso, ya que sólo opera tal período de tiempo como el estimado, de acuerdo por las partes, como el suficiente para que el prestamista de los servicios no se vea gravemente perjudicado al quedar sin cliente necesario de los mismos en forma sorpresiva...».

Acertadamente señala SANZ CANTALEJO, M. D., cuando comenta esta sentencia en *CCJC*, núm. 28, 1992, p. 143 (por cierto, aparece por error citada como STS 12 diciembre 1991), que la decisión del Supremo no es correcta en este punto, ya que de la literalidad de la cláusula mencionada puede deducirse que las partes de forma voluntaria han pactado que, en caso de desistimiento unilateral por parte de los armadores sin previo incumplimiento de la otra parte, deberán respetar un preaviso de como mínimo 6 meses e indemnizar al menos en la cuantía equivalente a un año de contrato. A su juicio se debería haber concedido las dos indemnizaciones, ya que ha habido dos incumplimientos de distinta naturaleza y no privar de toda eficacia a la obligación de preaviso. En lo que no parece

Estos dos tipos de deberes se desprenden claramente de la regulación alemana, que es muy interesante en cuanto la motivación concreta del desistimiento es indiferente a la hora de otorgar a las partes contratantes la facultad de desistir, pero la causa por la que se desiste resulta imprescindible para la determinación de las consecuencias del desistimiento¹⁰³.

Como antes se ha indicado, una de las mayores objeciones por parte de cierto sector doctrinal para la aplicación de la normativa del contrato de mandato a los servicios desempeñados por profesionales liberales ha sido la regulación que realiza el artículo 1733 del Código Civil: el mandante puede desistir en cualquier momento sin tener que indemnizar al mandatario, de manera que se ha mantenido que tal regulación no es adecuada para la relación contractual entre profesional liberal y cliente. En este último tipo de relación parece que es más correcto que el cliente que desiste deba dejar indemne al profesional. Es una norma pensada para un contrato en principio gratuito como es el mandato, de manera que la doctrina y la jurisprudencia consideran con acierto que no puede aplicarse ni siquiera en los mandatos retribuidos y por tiempo determinado¹⁰⁴.

estar de acuerdo la autora es en el *quatum* de la indemnización concedida por la sentencia de primera instancia por falta de preaviso, que lo calcula multiplicando la cantidad fija mensual establecida en concepto de remuneración de los servicios prestados por los 6 meses de duración de preaviso. En su opinión –que no comparto– debería haberse concedido la cantidad resultante del daño real producido por la falta de preaviso.

¹⁰³ Parágrafo 628 (*Teilvergütung und Schadensersatz bei außerordentlicher Kündigung*).

Wird nach dem Beginne der Dienstleistung das Dienstverhältnis auf Grund des § 626 oder des § 627 gekündigt, so kann der Verpflichtete einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. Kündigt er, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles dazu veranlaßt zu sein, oder veranlaßt er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Teiles, so steht ihm ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben. Ist die Vergütung für eine spätere Zeit im voraus entrichtet, so hat der Verpflichtete sie nach Maßgabe des § 347 oder, wenn die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt, den er nicht zu vertreten hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten.

Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils veranlaßt, so ist dieser zum Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

Téngase en cuenta que este precepto no sólo regula las consecuencias del desistimiento de los contratos en los que existe una especial confianza entre las partes, sino que también regula el otro tipo de desistimiento extraordinario: el desistimiento en caso de que haya un motivo serio para ello. De ahí las alusiones al parágrafo 626.

¹⁰⁴ LACRUZ BERDEJO (y otros): *Elementos*, II, vol. 2.^º, cit., p. 247, y GORDILLO CAÑAS, A.: «Comentario al artículo 1733 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993, pp. 1584-1585. La jurisprudencia también ha considerado que esta norma no vale tal cual para el mandato retribuido de duración determinada y así ha entendido que el mandante puede resolver de forma unilateral el contrato pero debiendo pagar los servicios ya prestados al mandatario e indemnizarle de los perjuicios ocasionados a causa del desistimiento. Véanse las SSTS 6 diciembre 1924 (CL 1924, núm. 130), 21 diciembre 1963 (RJ 1963, 5363), 25 noviembre 1983 (CL 1983, núm. 602) y recientemente 3 marzo 1998 (RJ 1998, 1292).

Por tanto, a mi juicio tal precepto no ha de considerarse como una objeción a la aplicación de la normativa del mandato a la relación contractual entre profesional y cliente, sino que cabe su aplicación pero con las matizaciones oportunas.

3.2.2 a) DEBERES DE LIQUIDACIÓN

Ha de distinguirse, por una parte, el pago de la retribución por los servicios realizados hasta el momento del desistimiento y, por otra, el pago de los gastos ya hechos.

En relación con el pago de la retribución por los servicios efectuados por el profesional liberal surgen varias cuestiones. En primer lugar, cuál es su fundamento. A juicio de Crespo Allúe¹⁰⁵ esta idea es un desarrollo amplio del artículo 1728 párrafo segundo del Código Civil. Si el mandante ha de reembolsar al mandatario las cantidades anticipadas por éste, aunque el negocio no haya salido bien, por analogía ha de remunerarse al mandatario, en caso de mandato oneroso, ya que si se pactó una remuneración por determinados servicios y éstos sólo se prestan en parte porque el mandante impide su continuación, han de remunerarse, por lo menos, los prestados para cumplir con la obligación general de dejar indemne al mandatario a las resultas del cumplimiento del encargo recibido.

En segundo lugar, ¿debe el cliente remunerar los servicios prestados por el profesional en cualquier caso? Evidentemente aquí se debe, por una parte, entrar a examinar las causas concretas por las que se produce el desistimiento y, por otra, en los ordenamientos donde se regula con amplitud el desistimiento de los profesionales liberales, este deber de remunerar los servicios aparece conectado con el criterio de la utilidad que esos servicios tienen para el cliente. Sumamente adecuada parece la regulación alemana en el parágrafo 628 *BGB*, en cuanto el profesional no tiene derecho a la remuneración por los servicios prestados tanto si ha desistido sin una justa causa (esto es, de manera infundada) como si el cliente ha desistido a causa de una conducta del profesional contraria a lo pre-

En otros ordenamientos se ha planteado un problema similar al nuestro. Mientras que para DESSEMONTET, F.: «Les contrats de service», *RDS*, 128 Band, NF 106, II, Heft 2, 1987 p. 171, el artículo 404 *al.1* del Código de las Obligaciones Suizo, que permite la revocación del mandante o del mandatario en cualquier momento sin indemnización, está pensando principalmente para los profesionales liberales, FAVRE-BULLE, X.: «L'évolution du droit des contrats de prestation de service», *RDS*, 132. Band, NF 110, I, Heft 3, 1991, pp. 354 y 380, opina que algunos contratos de servicios que no tienen regulación legal específica (como los de los profesionales liberales) han de considerarse innominados, de manera que las partes dispongan de libertad contractual en materia de desistimiento y que sólo en caso de una ausencia en el contrato sobre este punto sea el juez el que decida si puede aplicarse por analogía el artículo 404 *al.1 CO*.

¹⁰⁵ *La revocación del mandato...*, cit., p. 191.

visto en el contrato, eso sí, en ambos casos siempre que tales servicios prestados no ostenten ninguna utilidad para el cliente¹⁰⁶. Evidentemente pienso que no ha de ser el cliente el que decida si tales servicios le reportan o no alguna utilidad, sino que ha de ser las circunstancias objetivas del caso las que permitan apreciar al juez si los servicios son o no útiles.

En tercer lugar, cabe plantear cuál es el contenido concreto de la remuneración: si debe abarcar sólo los servicios prestados hasta el momento del desistimiento o toda la remuneración prevista en el contrato desde el desistimiento hasta la fecha de terminación del contrato. Parece que en principio sólo deben pagarse los servicios prestados hasta el desistimiento (en cuanto al contenido del deber de liquidación, otra cosa será en el caso del deber de indemnizar en sentido estricto). Parece la doctrina de acuerdo en este punto, aunque los argumentos aportados al respecto son variados: desde la existencia de un enriquecimiento injusto en caso de que se den todos los ingresos previstos en el contrato al profesional, ya que la causa de tal remuneración ha de ser el trabajo prestado a cambio y aquí por hipótesis no se da¹⁰⁷, hasta la apelación a la idea de la equidad¹⁰⁸. ¿Y si se incluye dentro del contrato un cláusula en la que se establezca que en caso de desistimiento el profesional tendrá derecho a toda la remuneración prevista y no sólo a aquella correspondiente a los servicios prestados? Parece que un tipo de cláusula semejante es completamente válida, aunque desde luego

¹⁰⁶ Sobre ello véase la sentencia del *Bundesarbeitsgericht* de 21 de octubre de 1983, *Der Betrieb*, 1984, II, p. 2705. Por su parte el 2237 del Código Civil italiano señala cómo si es el profesional el que desiste, sólo si tiene justa causa puede recibir del cliente el reembolso de la retribución por los servicios prestados, que habrá de determinarse con referencia al resultado útil que de ahí se haya derivado para el cliente. En cambio si el que desiste es el cliente indica que debe reembolsar al profesional tal retribución, pero sin más puntuaciones.

¹⁰⁷ DÍEZ-PICAZO, L.: «Comentario a la STS 2.6.1960...», cit., p. 608.

¹⁰⁸ ESPERT SANZ, V.: *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, Madrid, 1968, p. 226. A su juicio cuando uno de los contratantes desiste, literalmente debe –salvo que se haya previsto en el contrato– pagar toda la remuneración establecida en el contrato desde la denuncia hasta la fecha de terminación del contrato. Ahora bien, en su opinión es más equitativo pagarle al otro contratante frente al que se desiste el trabajo efectivamente realizado y además una justa remuneración como indemnización por los daños que la denuncia del contrato lleva consigo. Plantea dos ejemplos. El primero es el caso de un rejoneador que contrata a un domador de caballos para llevárselo a su finca de Andalucía, por un plazo de 5 años, con objeto de que se dedique a prepararle un pequeño grupo de caballos. Al poco tiempo de entrar en vigor el contrato, el rejoneador sufre un serio accidente que le impide seguir montando para el futuro. El segundo ejemplo es el siguiente: en una ciudad pequeña un cirujano que ha montado un sanatorio particular contrata a dos jóvenes médicos como ayudantes, a los que, además de impartir enseñanza, paga un sueldo de mantenimiento, rigiendo el contrato por plazo de 5 años. Si el cirujano contrae una grave afección visual que le impide continuar su trabajo y no puede hallar quien le sustituya, viéndose obligado a cerrar la clínica, el autor se pregunta si está obligado a pagar el sueldo de mantenimiento a sus dos ayudantes por todo el tiempo pactado.

es criticable cuando el prestador de los servicios únicamente ha hecho una parte mínima de la actividad¹⁰⁹.

Hay ciertos casos en que resulta complicado señalar la cuantía concreta de la remuneración por los servicios prestados. Por una parte, qué ocurre en caso de que la remuneración no se haya pactado en principio (cosa bastante frecuente, por cierto). El silencio de las partes al respecto debe entenderse como una remisión a los usos del tráfico¹¹⁰, de manera que probablemente será el propio profesional el que acabe determinando el precio de los servicios prestados hasta el momento del desistimiento, entre otras cosas porque el cliente desconoce los usos del tráfico. Pero el profesional no procede de forma arbitraria sino que utiliza los criterios que habitualmente se aplican (gastos, dificultad del problema, formación y preparación del profesional, tiempo invertido en la resolución, importancia de las prestaciones suministradas, notoriedad del profesional, situación económica del cliente y responsabilidad). En cualquier caso el cliente no está obligado a asumir la cuantificación del profesional y puede acudir al juez para que proceda a la fijación del precio conforme a los usos. Por otra parte, qué sucede si la remuneración ya se ha adelantado por el cliente. Nuevamente el ordenamiento alemán contempla tal situación: si el desistimiento se presenta como consecuencia de una circunstancia de la que no es responsable el profesional entonces éste sólo ha de entregar aquello en que se enriqueció, en caso contrario ha de restituir toda la remuneración con intereses¹¹¹.

La segunda partida que incluye este deber de liquidación es el reembolso de los gastos hechos por el profesional hasta el desistimiento. Curiosamente algunos autores han considerado este punto también como otra objeción a la aplicación de la normativa del mandato a los servicios desempeñados por profesionales liberales, ya que en su opinión el pago de los gastos efectuados es propio del contrato del mandato, de manera que constituye una obligación del mandante el pago de estos gastos al mandatario. Por el contrario esta norma no sirve para la relación contractual entre profesional y cliente porque el pago aislado de estos gastos, como otra partida distinta a la remuneración por los servicios ya prestados, es incompatible con la esencia de este contrato de servicios: dentro del precio por los servicios el profesional ya ha calculados los gastos¹¹².

¹⁰⁹ LARENZ, K.: *Lehrbuch des Schuldrechts...*, cit., p. 275.

¹¹⁰ ALONSO PÉREZ, M. T.: *Los contratos de servicios...*, cit., p. 442, y STS 5.2.1983 (*RJ* 1983, 860).

¹¹¹ ENNECCERUS, L.: *Derecho de obligaciones...*, cit., p. 273.

¹¹² En este sentido YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil...*, cit., p. 34, y LENEL, O.: «El mandato retribuido...», cit., pp. 370 y 373.

No creo, sin embargo, que haya ningún problema en que el cliente deba reembolsar, además de los servicios prestados, los gastos al profesional, si es que éste no los ha previsto dentro del precio. El ordenamiento italiano prevé de forma expresa en el artículo 2237 del Código Civil que el cliente ha de reembolsar al profesional los gastos hechos, sin embargo el *BGB* en su parágrafo 628 no hace ninguna alusión al tema de los gastos sino únicamente a la remuneración por los servicios prestados.

3.2.2 b) DEBER DE INDEMNIZACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

En qué casos surge el deber del contratante que desiste de resarcir los daños causados a la otra parte contratante como consecuencia del desistimiento¹¹³. A mi juicio dos requisitos han de darse para que surja tal deber: Primero, que el contratante que desiste no tenga una causa justificada para dar por terminado el contrato de manera anticipada y segundo, que el que sufre el daño lo pruebe. Por consiguiente, la motivación del desistimiento sí resulta imprescindible para analizar si concurre o no el deber de resarcir los daños¹¹⁴.

El establecimiento de este deber de indemnizar los daños por parte del cliente o del profesional liberal que desiste deriva desde luego de la normativa del contrato de mandato, es decir, de los artículos 1736 y 1733 del Código Civil. En principio el artículo 1736 del código apunta claramente al deber de indemnizar que tiene el mandatario que renuncia cuando causa daños al mandante como consecuencia de tal renuncia salvo que posea un motivo grave para ello. Respecto al artículo 1733, a primera vista existen obs-

¹¹³ En este apartado examino el deber de indemnizar que tiene como regla general el contratante que desiste frente a la otra parte contratante. Pero la indemnización también puede ser estudiada desde otro punto de vista: si uno de los contratantes desiste empujado por una conducta contraria a lo establecido en el contrato llevada a cabo por el otro contratante, ¿puede el que desiste, no sólo no tener que indemnizar, sino además recibir una indemnización de la otra parte contratante que con su conducta le ha empujado a dar por terminado el contrato? Ésta es la perspectiva de la indemnización que queda puesta de manifiesto en el parágrafo 2.^o del parágrafo 628 del *BGB* y que es objeto de examen en el apartado correspondiente a la relación que hay entre la resolución por incumplimiento contractual del artículo 1124 del Código Civil y el desistimiento. Véase apartado III.3.3.

¹¹⁴ Esta es precisamente la regulación del ordenamiento suizo. El párrafo 1 del artículo 404 del Código de las Obligaciones, que permite el desistimiento en cualquier momento a mandante y mandatario, viene matizado en virtud del principio de equidad en su párrafo segundo, de manera que el contratante que desiste debe indemnizar cuando lo hace en tiempo inopportuno. El juez tiene un amplio margen para apreciar el deber de reparar el daño, de tal forma que tal deber suele ser obligatorio cuando el contratante desiste, salvo que la otra parte con su conducta haya provocado el desistimiento o salvo que pueda alegar justos motivos. Véase DESSEMONTET, F.: «Les contrats de service...», cit., pp. 183-185, que indica que aunque la noción de justo motivo es indiferente para la aplicación del primer párrafo del precepto, se convierte en esencial para la aplicación del segundo párrafo.

táculos para señalar que el artículo 1733 exige que el mandante que desiste deba indemnizar al mandatario, pero es hoy opinión común en la doctrina que hay fundamentos suficientes que autorizan tal deber de indemnización cuando la revocación es injustificada (al menos en el mandato oneroso por tiempo determinado). A esta conclusión cabe llegar desde diferentes puntos de vista¹¹⁵: Primero, desde el punto de vista del abuso del derecho, ya que en el caso de la revocación injustificada el mandante hace uso de un derecho externa u objetivamente legal, permitido por el artículo 1733 del código, hay un daño a un interés no protegido específicamente (como es la expectativa del mandatario a seguir percibiendo su retribución) y, por último, cuando no hay justa causa para la revocación se hace una utilización excesiva o anormal del derecho¹¹⁶. Segundo, desde el punto de vista de la buena fe, de manera que la buena fe puede llevar a exigir al mandante, que revoca de forma injustificada, una indemnización de daños y perjuicios al mandatario que había confiado en el mantenimiento de la relación contractual. Tercero, por aplicación analógica del artículo 1729 del Código Civil, de manera que el mandante debe indemnizar al mandatario, no por una posible culpa, sino por su deber de dejar indemne al mandatario¹¹⁷.

Decía más arriba que el deber de indemnizar del contratante que desiste surge cuando tal desistimiento resulta injustificado, es decir, cuando no posee una justa causa para dar por terminado el contrato de manera anticipada. Qué justas causas pueden considerarse suficientes para que cliente y profesional no tengan que indemnizar. A mi juicio dentro del concepto de justa causa han de incluirse tanto los casos de incumplimiento contractual de la otra parte contratante¹¹⁸ como las circunstancias de cierta gravedad

¹¹⁵ Véase al respecto CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato...*, cit., pp. 198-206 y 213.

¹¹⁶ Partidario de este fundamento DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «La revocación del mandato...», cit., pp. 600-601.

¹¹⁷ LACRUZ BERDEJO (y otros): *Elementos*, II, vol. 2.º, cit., p. 247.

¹¹⁸ Es preciso no obstante tener cuidado con la concurrencia de incumplimiento contractual y en este sentido véase la STS 31 octubre 1992 (*RJ* 1992, 8358). Don Rafael G. S., director de un periódico, promueve demanda contra la Administración civil del Estado pidiendo una determinada cantidad en concepto de indemnización como consecuencia del desistimiento unilateral del contrato de dirección periodística llevado a cabo por la administración. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, la Audiencia confirma la resolución y el Abogado del Estado interpone recurso de casación, alegando que el deber de indemnizar al director del periódico a causa del desistimiento unilateral queda excluido en la medida en que había una justa causa para dar por terminado el contrato de forma anticipada: el incumplimiento del contrato por parte del director del periódico, ya que éste había estado trabajando para otras entidades al mismo tiempo. Sin embargo el Supremo entiende que el desistimiento es injustificado al no existir verdadero incumplimiento del director, en la medida en que puede hablarse de actos permisivos por parte del ente administrativo en el sentido de tolerar la actividad paracontractual del director.

que hagan imposible o muy gravosa la continuación de la relación jurídica¹¹⁹. Por ejemplo, mala situación económica del cliente, enfermedad del profesional, cambio de residencia de uno o de otro, jubilación... Téngase en cuenta que tales causas pueden eximir al contratante que desiste del deber de indemnizar los daños derivados del desistimiento pero no necesariamente, como ya se vio, eximen al contratante que da por terminado el contrato de tener que respetar el preaviso.

Sin duda el aspecto más polémico es el de si la pérdida de confianza por parte del cliente o del profesional puede estimarse como justa causa que exonere al que desiste de la obligación de indemnizar a la otra parte contratante. En opinión de Alonso Pérez¹²⁰ la admisión de la pérdida de confianza como justa causa para el desistimiento unilateral conduciría a una libertad absoluta del prestatario para desistir del contrato, ya que la presencia o ausencia de confianza en el desempeño de la labor del prestador es algo absoluta-

del periódico. Hay una ausencia de oposición alguna por parte de la entidad contratante a la notoriedad pública de la actividad paracontractual del director e incluso existía una autorización no escrita. En la STS 14 febrero 1984 (RJ 1984, 658) resuelve de forma unilateral el contrato el prestatario de los servicios (Servicios Médicos de la Banca Oficial). Demanda el prestador de los servicios (médico) exigiendo una determinada cantidad en concepto de indemnización al haberse producido el desistimiento sin causa justificada. En tal contrato se había pactado que podía denunciarse el contrato por la entidad prestataria sólo en ciertos casos: por incapacidad física, negligencia, falta de ética o cualquier otra clase de incumplimiento por parte del médico, añidiéndose que en caso de desistimiento sin causa justificada la parte que incumpliera debería indemnizar. Entiende el Supremo que la entidad prestataria debe indemnizar al médico ya que ha desistido sin justa causa: no se ha acreditado el incumplimiento por parte del médico. Según el tribunal en absoluto demuestra la existencia de incumplimiento algunas quejas subjetivas de ciertos asegurados ya que no se ha probado que tales quejas respondan a una falta de diligencia o a un desconocimiento de las reglas de la profesión.

¹¹⁹ En la STS 29 abril 1998 (RJ 1998, 2601) «Secovicán, SLC» celebra un contrato de prestación de servicios con la sociedad «Ensenada del Sol, S. A.», en fecha de 31 de marzo de 1988, por la que la primera se obliga a prestar los servicios propios de su actividad de vigilancia y seguridad en las instalaciones turísticas de la segunda, mediante vigilantes jurados de seguridad, debidamente equipados y entrenados por precio cierto durante un año. Antes del final del período anual la sociedad prestataria del servicio dirige una carta al prestador de los servicios en la que resuelve de forma unilateral el contrato, alegando la falta de efectividad de los servicios de la empresa, demostrada en los últimos tiempos y que se aprecia en los frecuentes robos sufridos. El prestador del servicio formula demanda pidiendo no haber lugar a la resolución unilateral del contrato y solicitando una indemnización por la prestataria de los servicios. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda parcialmente y declara improcedente la resolución unilateral. La Audiencia desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia. Formula recurso de casación «Ensenada del Sol, S. A.» El Supremo dice que en los contratos *intuitu personae* cabe el desistimiento pero con indemnización de daños y perjuicios, indemnización que se excluye si se prueba suficientemente una causa grave que justifique la extinción del contrato. En el caso concreto entiende el Tribunal que no se ha acreditado tal causa grave: ni era obligación básica del prestador del servicio realizar la vigilancia con vigilantes jurados de seguridad (bastaba su prestación con guardas de seguridad) ni tampoco se ha acreditado la frecuencia de los robos.

¹²⁰ «El desistimiento unilateral en el contrato de servicios propiamente dicho (Estudio Jurisprudencial)», *Aranzadi Civil*, tomo I, vol. III, 1998, pp. 177-178.

mente subjetivo que compete determinarlo únicamente al prestatario. A su juicio, tras un análisis de determinadas resoluciones judiciales, la jurisprudencia no entiende la pérdida de confianza como causa suficiente en materia de desistimiento. Por el contrario creo que el concepto de justa causa sí debe incluir en este tipo de contratos la pérdida de confianza. Se ha repetido ya varias veces a lo largo de este trabajo que en esta clase de relaciones contractuales se elige al profesional en virtud de sus específicas cualidades y ello genera como consecuencia una relación de mutua confianza entre las partes contratantes. La confianza (noción en sí misma subjetiva) se adquiere o se pierde en virtud de razones objetivas. Para apreciar tal pérdida de confianza caben dos sistemas: o dejar la apreciación de las causas que fundan la pérdida de confianza al arbitrio del que la depositó, o bien exigir que se aleguen y demuestren razones susceptibles de justificar aquel cambio de opinión sufrido respecto de la persona a quien en un principio se considera merecedora de aquella. Es posible exigir al contratante que desiste que alegue y demuestre razones susceptibles de justificar el cambio de opinión sufrido respecto de la persona del otro contratante¹²¹. De manera que la simple arbitrariedad del contratante que desiste, es decir, «*desisto porque no me apetece ya que esta persona siga con el encargo encomendado*», no debe impedir su desistimiento, pero se conserva intacto el deber de indemnizar los daños que se deriven para el otro contratante a causa del desistimiento.

A mi juicio el Tribunal Supremo sí entiende dentro del concepto de justa causa la pérdida de confianza en el profesional o en el cliente. Pero, eso sí, en aquellos casos en que obliga a indemnizar al que desiste, a pesar de que ha alegado ruptura de la relación de confianza, es porque no quedan suficientemente acreditados los hechos o las circunstancias que ponen de manifiesto de modo objetivo la pérdida de confianza. Así en la sentencia antes mencionada, de 29 abril de 1998, el cliente que desiste y no quiere indemnizar no prueba los frecuentes robos producidos en los últimos tiempos a causa de la mala vigilancia de la entidad prestadora del servicio. Exactamente igual sucede en la STS 17 septiembre de 1983 (RJ 1983, 4544). Un enólogo y un ingeniero técnico de fermentaciones realizan un contrato de prestación de servicios comprometiéndose a llevar la dirección técnica de una bodega. El contrato se pacta por un período de 3 años, desde el 1 de septiembre de 1973 hasta el 30 de agosto de 1976, entendiéndose prorrogado tres años más si no se denuncia por alguna de las partes tres meses antes de

¹²¹ En este sentido y en relación con el mandante CRESPO ALLUÉ: *La revocación del mandato..., cit.*, pp. 207-208.

la finalización del mismo. Por carta de 2 de junio de 1976 se comunica a los actores la contratación de un químico dando por terminado el contrato. Los dos profesionales demandan exigiendo una indemnización de daños a la bodega por incumplimiento contractual. El Supremo da la razón a la sentencia de primera instancia, que entiende que la denuncia se produce fuera de tiempo hábil y que, por tanto, ha operado ya la prórroga, de manera que existe un incumplimiento del cliente y que debe indemnizar a los profesionales la cantidad de 75 céntimos por arroba de mosto fermentado en los conos durante las anualidades comprendidas entre el 1 de septiembre de 1976 y el 31 de agosto de 1979. Respecto a la pérdida de la relación de confianza, entiende el Tribunal Supremo con toda razón que aquí no se ha producido, al revés, a través de dos hechos se pone de manifiesto que tal ruptura de la relación de confianza no ha existido: primero, porque la supuesta pérdida de confianza no se concilia bien con la carta del que desiste dirigida a los profesionales en la que afirma la acreditada experiencia profesional de los recurrentes y la satisfacción del empresario por el trabajo prestado, que le lleva incluso a mantener la posibilidad de una futura colaboración. Segundo, tampoco consta en autos que la preparación técnica o la formación cultural específica de un licenciado en ciencias químicas sea de rango superior, en la materia concreta de que se trata, a la que asiste a un experto en Enología o a un Ingeniero Técnico en fermentaciones (el cliente alega en su comunicación a los profesionales la necesidad de contratar a un químico ante la ampliación del volumen del negocio).

Ahora bien, si en el contrato las partes establecen un elenco cerrado de causas que permiten desistir del contrato sin haber lugar al deber de indemnizar por parte del que desiste, sin duda ha de darse absoluta prioridad a lo pactado por las partes, aunque en la realidad se dé una circunstancia realmente grave que las partes no hayan previsto en tal cláusula.

Se ha señalado con acierto¹²² que, en defecto de una especial previsión por parte de cliente y profesional, no hay un modelo legal que pueda aplicarse para establecer las consecuencias indemnizatorias del ejercicio de una facultad de desistir en los contratos onerosos de prestación de servicios profesionales. En el contrato de mandato no se regulan las consecuencias indemnizatorias *inter partes* de la extinción del contrato probablemente por razón de su natural gratuitad.

El contenido del deber de indemnizar suele estudiarse casi siempre desde la perspectiva del profesional ante el desistimiento del

¹²² GARCÍA VICENTE, J. R.: «Comentario a la STS 30.5.1998...», *cit.*, pp. 1232-1233.

cliente, ya que normalmente el cliente no suele exigir indemnización al profesional, porque los daños que se le causan como consecuencia del desistimiento del profesional apenas existen. La demanda de trabajo es muy amplia y es fácil que el cliente encuentre pronto otro profesional¹²³. El contenido de la indemnización puede ser doble de acuerdo con los daños que produzca el desistimiento: daños patrimoniales y daños morales.

Dentro de la indemnización de los daños patrimoniales cabe distinguir dos partidas diferentes:

Primero, cantidades correspondientes a la remuneración fija que hubiera recibido el profesional entre el desistimiento y la fecha de terminación del contrato¹²⁴. Si el que reclama la indemnización es el cliente, se le debe indemnizar el valor de la prestación de hacer correspondiente a igual período de tiempo. Pienso que no debe haber dudas en que el resarcimiento de los daños sufridos por el profesional ha de cubrir estas cantidades, es el daño más concreto y visible que puede sufrir el prestador del servicio a causa del desistimiento del cliente.

Segundo, es más complicado considerar como contenido del deber de indemnizar las cantidades variables que hubiera obtenido el profesional correspondientes a ese período de tiempo que transcurre entre el desistimiento y la fecha de terminación del contrato. Se trata de las ganancias que hubiera obtenido de haber cubierto una serie de objetivos señalados en el contrato: por ejemplo, el abogado al que se le promete, además de una remuneración fija, una determinada cantidad por pleitos ganados, o un porcentaje por las ventas realizadas, o un porcentaje en los beneficios que habría obtenido el administrador de unas fincas por los frutos logrados a fin de año...¹²⁵. El aspecto más problemático es el cálculo de tales cantidades. Quizá podría proponerse que el juez tome como base de valoración la medida de las ganancias anteriores al desistimiento del contrato, proyectándolas en el futuro como expectativas de ganancias, ahora bien, siempre que no se pueda razonablemente presumir un cambio brusco en las ganancias a obtener por el profesional ante la aparición o el descubrimiento de excepcionales cir-

¹²³ ALONSO PÉREZ, M. T.: «El desistimiento unilateral...», *cit.*, pp. 168-169.

¹²⁴ Hace estas mismas apreciaciones CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato...*, *cit.*, p. 210 en relación con el mandato por tiempo determinado. Este tiempo que media entre el desistimiento y la fecha de extinción fijada en el contrato se denomina por el autor período diferencial.

¹²⁵ En Alemania se indemniza el daño total, de manera que para el obligado a la prestación supone toda la remuneración que debería recibir, incluidas las remuneraciones extraordinarias debidas (premios o participaciones en ganancias). Véase KRAFT: *Bürgerliches Gesetzbuch...*, *cit.*, pp. 647 y 648.

cunstancias que hagan inverosímil la presunta uniformidad entre pasado y futuro. Por ejemplo, se descubre que el profesional tiene una enfermedad grave que le impediría rendir de modo suficiente en el futuro. Más complicado resulta aún entender que dentro de la indemnización deben incluirse los beneficios dejados de percibir por el profesional, no ya aquellos variables que hubiera obtenido de haber cubierto una serie de objetivos al final del contrato, sino aquellos dejados de percibir por haber aceptado ese encargo y haber rechazado otros trabajos.

En otros ordenamientos la indemnización de las ganancias dejadas de obtener por el profesional también es una cuestión debatida. Así como en Italia el artículo 2237 del Código Civil no prevé la indemnización del lucro cesante, frente a lo que se establece en la regulación del *recesso* de otros contratos similares (como en el contrato de obra manual, en el mandato oneroso)¹²⁶, en Suiza se aprecia una tendencia doctrinal y jurisprudencial a la admisión de la indemnización del beneficio dejado de percibir¹²⁷.

En torno al problema de la indemnización debida por el cliente al profesional en caso de desistimiento sin causa justificada por parte del primero se plantea algún que otro problema. Así, por ejemplo, si después del desistimiento, casi de forma inmediata, el profesional emprende una nueva actividad y de ella derivan una serie de beneficios, ¿dichos beneficios han de descontarse de la indemnización debida por el cliente a causa de su denuncia injustificada? Es preciso distinguir dos situaciones¹²⁸: Primera, si el profesional hubiera podido obtener tales beneficios aún desempeñando el servicio del que el cliente desiste, probablemente el resarcimiento ha de ser integral, es posible acumular las dos ganancias. Segunda, si la obtención de los beneficios de la nueva actividad sólo

¹²⁶ GABRIELLI, G.: *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, núm. 76, Dott. A. Giuffré, Milán, 1985, p. 79, trata de encontrar una explicación a este diferente tratamiento legal en el caso del contrato de obra intelectual. Justifica este tratamiento singular en razón de la tradición existente acerca de las profesiones liberales, de manera que el carácter liberal de la prestación desplegada por el profesional comporta para éste una serie de privilegios, la mayoría de las veces favorables, pero en alguna ocasión perjudiciales. Al profesional no le es reconocido el resarcimiento por el beneficio dejado de ganar porque la contraprestación del cliente es concebida, también por la ley vigente, como un honorario y no como un *corrispettivo* (es decir, no como valor de cambio).

¹²⁷ DESSEMONTET, F.: «Les contrats de service...», cit., p. 191, es partidario de indemnizar el lucro cesante en los supuestos de desistimiento en servicios que no constituyen profesionales liberales tradicionales. De hecho él aprecia una tendencia actual en los tribunales al uso de ciertas presunciones para poder admitir sin problemas el resarcimiento de la ganancia dejada de obtener. Así, por ejemplo, se ha presumido que el arquitecto en un caso de desistimiento por parte del cliente habría concluido otros contratos remunerados si la aceptación del mandato renunciado no lo hubiese impedido.

¹²⁸ Véase CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato...*, cit., p. 212, en relación con el mandato oneroso.

hubiera sido posible gracias al primer desistimiento, entonces ha de detsraerse de la indemnización a causa del desistimiento las ganancias nuevas obtenidas ya que la nueva ganancia se coloca desde el punto de vista económico en el lugar del servicio primero.

Otra dificultad que puede plantearse respecto a la indemnización es, si una vez que se ha producido el desistimiento por parte del cliente, el profesional no es diligente a la hora de buscar un nuevo trabajo. Cabe preguntarse si debe retraeerse del resarcimiento debido el beneficio que el profesional hubiera podido conseguir en otros servicios si hubiera mostrado más diligencia. Parece evidente que el profesional se halla obligado a no agravar con su actitud negligente la posición del cliente (lo mismo que en su momento vimos en relación con el preaviso y el tiempo necesario dado al cliente para que éste buscara un nuevo profesional), de manera que en teoría la respuesta es que sí se podría detsraer una cantidad de la indemnización debida por el cliente que desiste, el problema es la aplicación práctica de esta medida¹²⁹.

Una vez analizada la posibilidad de que la indemnización a causa del desistimiento comprenda los daños patrimoniales, es interesante preguntarse por la posibilidad de que también se extienda a daños morales. Sí ha habido pronunciamientos favorables a que se indemnicen por el cliente que desiste los daños morales ocasionados al profesional como consecuencia de la pérdida de prestigio¹³⁰. Ahora bien, sin que niegue la indemnización de los daños morales del profesional, creo que han de puntualizarse dos cosas: por un lado, la reticencia aún existente y que poco a poco va desapareciendo a reparar el daño moral derivado de un contrato por parte de nuestros tribunales; por otro lado, no son muchos los casos en que realmente se producirá un daño moral por pérdida del prestigio del profesional a consecuencia del desistimiento. Primero, porque esta posibilidad se reduce a aquellos supuestos en los que el contrato de servicios, por una u otra razón, haya gozado de cierta publicidad en los medios o en determinados ámbitos. Puede pensarse, por ejemplo, en un abogado de reconocido prestigio en su profesión que se encarga de llevar el pleito de un personaje igualmente famoso. Segundo, porque la mayoría de las veces la pérdida del prestigio (el daño al honor) del profesional no tendrá como causa directa las

¹²⁹ CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato...*, cit., p. 213, siempre en relación con el mandato oneroso y por tiempo determinado, cree que una medida semejante puede generar abusos, ya que la apreciación de cuándo el mandatario, utilizando una diligencia normal, hubiera podido lograr otra ocupación, resulta de una dificultad extrema.

¹³⁰ En nuestro ordenamiento LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentario a los artículos 1583 a 1587 del Código Civil...», cit., p. 96, y SALVADOR CODERCH, P.: «Comentario al artículo 1594 del Código Civil...», cit., p. 1202 (en relación al contrato de obra). En el ordenamiento italiano véase SANTORO-PASSARELLI, F.: «Professioni intellettuali...», cit., p. 27.

declaraciones del cliente en relación con el desistimiento sino las informaciones procedentes de determinados medios. Además el hecho de que se publique que un cliente decide dar por terminada una relación contractual con un determinado profesional no tiene necesariamente que llevar consigo una difamación de ese profesional.

No ha de olvidarse, desde otra perspectiva, la posibilidad de que el cliente sufra daños morales directamente originados por el desistimiento del profesional. Piénsese, por ejemplo, en el cliente que pierde un pleito como consecuencia de la denuncia del profesional en un momento trascendental del litigio y con ello una finca de gran valor sentimental para él que reivindicaba frente a un tercero.

Como conclusión del problema del contenido de la indemnización estudiado en las páginas anteriores, ha de ponerse de relieve la dificultad de probar tales daños en un litigio por parte de quien los solicita en este tipo de contratos (entre otras razones porque suelen ser daños inciertos). Por ello se ha propuesto con acierto que profesional y cliente en el propio contrato prevean una cláusula en la que se señale una cuantía determinada a pagar en caso de desistimiento por cualquiera de ellos¹³¹. En primer lugar, ¿tiene sentido incluir semejante cláusula en todos y cada uno de los contratos de servicios entre profesionales liberales y clientes? Esta cláusula no tiene razón de ser en principio en los contratos de los profesionales liberales tradicionales (abogados, médicos, notarios, banqueros...), en los cuales el profesional acepta a la vez un número elevado de encargos. El hecho de que uno de los clientes desista no afecta al equilibrio de la organización del trabajo. ¿Es que acaso tiene sentido que un médico introduzca una cláusula de este tipo en el contra-

¹³¹ Véase GARCÍA VICENTE, J. R.: «Comentario a la STS 30.5.1998...», *cit.*, p. 1233. Ha sido objeto de discusión si semejante cláusula que establece que en caso de extinción anticipada del contrato se entregue una cantidad de dinero puede considerarse como una cláusula penal propiamente dicha. Desde un cierto sector doctrinal sólo es una cláusula penal *strictu sensu* aquella en la que se estipula que el acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena –pena cumulativa–. Dejan de merecer tal nombre tanto aquella cláusula en que se deja al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse del cumplimiento de la obligación pagando la pena –en cuyo caso se está ante una multa de arrepentimiento– como aquella que posee una función liquidatoria, que en realidad viene a constituir una anticipada fijación del importe de los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento, sin necesidad de acudir a un ulterior proceso para tal fijación. Al respecto véase ESPÍN ALBA, I.: *La cláusula penal*, Marcial Pons, Madrid 1997, p. 51, y RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», *ADC*, 1993, I, pp. 542-543. En relación ya con la cláusula en la que se fija una cantidad de dinero a pagar por el contratante que desiste, GARCÍA VICENTE, J. R.: «Comentario a la STS 30.5.1998...», *cit.*, p. 1233, la denomina cláusula de liquidación anticipada del daño, en cambio SANZ CANTALEJO, M. D.: «Comentario a la STS 19.12.1991...», *cit.*, p. 145, la califica como multa de arrepentimiento. Sin perjuicio de que se tengan en cuenta las consideraciones de esta nota en cuanto al nombre específico de semejante cláusula, en adelante la llamaremos en el texto cláusula penal a efectos prácticos.

to con el cliente que concierta con él una cita y después no aparece porque acude a otro médico? Sí tiene pleno sentido introducir tales cláusulas en ciertos servicios profesionales modernos (informáticos, agentes de publicidad, arquitectos, gerentes de inmuebles...), ya que tienen una estructura distinta: estos profesionales suelen aceptar como regla general sólo uno o dos encargos, y con ellos les basta para lograr la necesaria remuneración. Un desistimiento del contrato por parte de cliente sí que genera en estos casos unas consecuencias más serias¹³².

En cuanto a la cuantía de la cláusula, la misma suele fijarse en razón de las expectativas de las partes sobre la estabilidad del vínculo contractual, de manera que debe excluirse de la cuantía la remuneración por los servicios ya prestados o por los gastos ya realizados antes del desistimiento, ya que el reembolso de tales elementos tiene como fundamento el propio desenvolvimiento de la relación contractual (prohibición de enriquecimiento injusto) y no el daño ocasionado por anticipar la extinción de la relación contractual. Lo normal es que se fije como montante de la indemnización las cantidades correspondientes al salario fijo del tiempo que media entre el desistimiento y la fecha de terminación del contrato.

También con referencia a la cuantía de la indemnización previsita en esta cláusula puede presentarse un problema: que sea de una cuantía tan excesiva que las partes, sin haber renunciado de forma expresa en el contrato a la facultad de desistir, se vean obligadas a no desistir (por ejemplo, se prevé una indemnización superior a los daños que realmente se ocasionan con el desistimiento). A mi juicio la cuantía de la cláusula debe ser tal que si bien obviamente dificulte el ejercicio del desistimiento, no lo impida. De todas formas parece que una cláusula de este tipo que impusiese una cuantía tan alta al cliente en caso de que éste diera por terminado el contrato de forma anticipada que en la práctica viniese a suprimir su derecho de desistimiento, podría considerarse una cláusula abusiva y, por tanto, nula de pleno derecho a la luz de la actual disposición adicional primera de la ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, que modifica la ley 26/1984 de 19 de julio General para la defensa de Consumidores y Usuarios. Tal cláusula sería contraria a la buena fe, en perjuicio del cliente, en la medida en que limita un derecho básico como es el de desistir en este tipo de contratos. Eso sí, siempre que se cumplan dos condiciones: Primero, que esta cláusula no haya sido negociada individualmente, ya que se respeta la posibilidad de que los consumidores negocien de forma individual cláusulas que puedan interesar a

¹³² DESSEMONTET, F.: «Les contrats de service...», *cit.*, p. 194.

sus legítimos intereses económicos¹³³. Segunda, que pueda entenderse que el cliente de un contrato de servicios de un profesional liberal es un usuario¹³⁴. De todas formas, en el caso de que faltase alguno de estos dos requisitos, pienso que cabría la posibilidad de una revisión judicial de tal cuantía excesiva a través de algunos de los cauces propuestos por la doctrina (aplicación analógica del artículo 1154 del Código Civil, aplicación del principio de la buena fe del artículo 1258 del Código Civil, criterio de la moralidad y de la contravención del orden público, aplicación del artículo 1103 del Código Civil...)¹³⁵.

¹³³ En este sentido CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M.: *La ley de condiciones generales de la contratación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, p. 162 nota 31.

¹³⁴ La actual Ley 7/1998 mantiene el concepto amplio de consumidor hasta entonces existente, abarcando tanto la persona física como la jurídica que sea destinataria final de los bienes y servicios, pero además amplía el concepto de consumidor –según el criterio de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores– a toda aquella persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, aunque no fuera destinataria final de los bienes o servicios objeto del contrato. Ahora bien, quiénes no son usuarios a estos efectos: En principio se excluyen del ámbito del párrafo 3.º del artículo 1 LGDCU, de acuerdo con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores», *Comentarios a la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 31-33, quienes adquieren o utilizan los bienes o servicios en el marco de una actividad profesional. El hecho, según este autor, de que aparezca por las circunstancias del caso que el adquirente actúa dentro del ámbito de actividad empresarial o profesional, debe ser suficiente para excluirle del ámbito del artículo 1. Así ocurre cuando se concierta la operación en cartas en las que aparece el membrete de la empresa, o mediante tratos realizados en los locales de la empresa o en el despacho profesional, a menos que existan elementos que permitan conocer con seguridad que la operación se concierta a título personal y fuera de la actividad empresarial o profesional. Pensemos, por ejemplo, en nuestro caso en un empresario que contrate a un abogado para llevar un asunto suyo particular de una herencia que le ha dejado un pariente. Qué diferente sería del supuesto en que ese mismo empresario contrate a un abogado para el asesoramiento jurídico de la empresa en la que trabaja. Ahora bien, no podríamos considerar a este empresario usuario a los efectos de esta ley si contrata al mismo abogado en el ámbito empresarial y además de realizar servicios para la empresa, de vez en cuando le encarga servicios particulares. ¿Y si las prestaciones de servicios no se relacionan de modo directo con el giro y tráfico peculiar de la empresa, por no ir destinados los servicios adquiridos de manera inmediata al proceso de producción o de comercialización en que consiste la actividad empresarial (por ejemplo, en el caso de un médico que hace revisiones periódicas a los trabajadores)? Para Bercovitz, *cit.*, pp. 33-34, tampoco en estos casos podemos hablar de usuarios, ya que todos los actos que se realizan dentro del ámbito de actividad de la empresa contribuyen al proceso de producción o comercialización, aunque sea de una manera indirecta (El cita como ejemplo el empresario que adquiere alimentos para sus obreros o que compra regalos para sus clientes). Por último, también debe excluirse del concepto de usuario y, por tanto, de la protección otorgada para las cláusulas abusivas, a toda empresa que tenga fin de lucro, ya que según el autor antes mencionado (*cit.*, p. 41) las personas jurídicas que posean tal finalidad no se consideran usuarios, incluso aunque la adquisición de los bienes o servicios de haga de manera desinteresada.

¹³⁵ Para un examen detenido de cada uno de estos cauces MAS BADÍA, M. D.: *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 212-241. Ahora bien, ello no significa que el reconocimiento de la posibilidad de revisar judicialmente las cláusulas penales exorbitantes no esté exento de peligros, véanse *cit.*, pp. 261-263. En el ordenamiento suizo WERRO, F.: *Le mandat et ses effets...*, *cit.*, pp. 123-125 señala que en todo caso el juez debe reducir las penas que él estime excesivas en este tipo de cláusulas.

En varias sentencias el Supremo se ha mostrado favorable a aplicar este tipo de cláusulas penales convenidas entre profesional y cliente e incluso ha moderado la cuantía de la indemnización por considerarla excesiva. El primer ejemplo es la STS 30.5.1998 (*RJ* 1998, 4076). El contrato se realiza entre un abogado y una sociedad anónima con el fin de que el primero se encargue del asesoramiento técnico-jurídico que la sociedad precise y de la dirección y defensa de los litigios que la compañía le encargase. Dicho contrato, celebrado en 1984, se modifica en diciembre de 1985, en virtud de la cual la duración de los servicios pasa a ser de quince años, finalizando en mayo de 1999, estableciendo además un nuevo régimen de retribuciones, consistente en el pago de cantidades mensuales incrementadas progresivamente cada año (de manera que el primer año cobrará al mes 166.666 pesetas y el último 458.741 pesetas, quedando reflejadas en el contrato tales cantidades) más el complemento de minuta del 50 por 100 de los honorarios a satisfacer por la sociedad en los supuestos en que se obtenga condena en costas de la parte contraria. También prevé una cláusula de liquidación anticipada del daño para el caso de resolución del contrato antes del tiempo pactado (no queda claro en el caso si tal cláusula se prevé para la resolución por incumplimiento contractual o también para el desistimiento). Esta cláusula tiene por contenido los honorarios pendientes hasta el término de duración del contrato. En noviembre de 1991 el cliente deja de satisfacer las retribuciones pactadas y el abogado interpone demanda solicitando la resolución del contrato el 19 de marzo de 1992. Pide, junto a las retribuciones pendientes, la aplicación de la cláusula penal citada. Se aceptan las pretensiones del abogado en las dos primeras instancias, salvo en lo referente a la cláusula penal, que se modera en un cincuenta por ciento a fin de evitar unos honorarios excesivos. El cliente interpone recurso de casación, pero el tribunal no ha lugar al recurso. El cliente, en sus alegaciones en casación, en ningún momento intenta demostrar que él ha ejercitado su derecho de desistir sino que mantiene que hay abuso de derecho en el profesional al ejercitarse la resolución contractual. El Tribunal Supremo da la razón a las instancias anteriores, entiende que está bien interpretada la resolución por el profesional ante el incumplimiento contractual del cliente y que aquel únicamente está defendiendo sus intereses legítimos¹³⁶.

¹³⁶ GARCÍA VICENTE, J. R., en su comentario a esta sentencia..., *cit.*, p. 1228 considera elogiable la decisión del tribunal, salvo cuando éste aplica, para la moderación de la cuantía de la cláusula penal, las normas sobre fijación procesal de honorarios (arts. 12.2, 427.1 y 428 LEC).

Otro ejemplo de resolución en la que el Supremo considera válida este tipo de cláusulas es la STS 14.3.1986. Se trata de un contrato de servicios que se realiza entre una sociedad cooperativa y un profesional en concepto de director general de la misma (eso sí, es un contrato indefinido). La sociedad interrumpe la relación contractual y el profesional exige que le sea abonada la indemnización pactada (la cantidad correspondiente a cinco anualidades de sueldo, fijado sobre la base de la cifra que por todos los conceptos hubiese recibido el profesional en el año precedente a aquel en que la resolución se produjera). La sociedad recurrente en casación intenta que el contrato sea calificado de mandato a efectos de no tener que indemnizar al profesional (recuérdese la ya reiterada norma del artículo 1733 del Código Civil). Sin embargo el Supremo entiende que se trata de un contrato de arrendamiento de servicios (y para la distinción entre mandato y arrendamiento de servicios utiliza el criterio de la sustituibilidad) y estima que la sociedad debe indemnizar al profesional tal y como se ha pactado convencionalmente¹³⁷.

3.2.2 c) RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD EN CASO DE PLURALIDAD DE SUJETOS DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

Si existen varios profesionales que son contratados por un cliente y los profesionales deciden desistir de forma injustificada, ¿de qué manera responden de los daños sufridos por el cliente a consecuencia del desistimiento? A mi juicio, ya que los servicios de los profesionales liberales pueden ubicarse dentro del contrato de mandato, a este supuesto ha de aplicarse el precepto regulador correspondiente de la normativa del mandato, es decir, el artículo 1723 del Código Civil¹³⁸, de manera que los profesionales deben responder de forma mancomunada si no se ha pactado lo contrario¹³⁹. Esta

¹³⁷ Para llegar al mismo resultado el Supremo no tendría que haber calificado el contrato de arrendamiento de servicios. Primero, porque existía una cláusula penal previendo una cantidad en caso de desistimiento del contrato y ésta se aplica en todo caso. Segundo, porque ya he repetido en ocasiones anteriores cómo el artículo 1733 del Código Civil, que establece la revocación del mandante sin indemnización, es una norma pensada para un contrato gratuito y ha de aplicarse con las debidas matizaciones a los mandatos onerosos.

¹³⁸ Artículo 1723 del Código Civil: «*La responsabilidad de dos o más mandatarios, aunque hayan sido instituidos simultáneamente, no es solidaria, si no se ha expresado así*».

¹³⁹ De todas formas se ha criticado la regulación que establece el artículo 1723 del Código Civil por LEÓN ALONSO, J.: «Comentario al artículo 1723 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993, p. 1558. En su opinión resulta discutible que personas que por su profesionalidad hacen de la gestión de intereses ajenos su oficio u ocupación requieran del espíritu tuitivo que tantas veces la mancomunidad comporta. Además escasa consideración se le presta al mandante que tras nombrar a varios mandatarios para que conjuntamente gestionen sus negocios y asun-

conclusión puede ser incluso compartida por aquellos autores para quienes no cabe aplicar a los servicios desempeñados por profesionales liberales la normativa del mandato ni siquiera por analogía, ya que el régimen de la responsabilidad previsto en el artículo 1723 del Código Civil no se aparta de los principios generales del ordenamiento, es decir, de la no presunción de solidaridad.

Qué ocurre, por el contrario, con el régimen de la responsabilidad de dos o más clientes que contratan a un profesional y los primeros deciden desistir de la relación contractual: ¿Cómo responden frente al profesional del pago de los servicios y gastos ya realizados hasta el momento del desistimiento y, en su caso, de los daños que se originan al profesional? ¿Se les debe aplicar el régimen previsto en el artículo 1731 del Código Civil?¹⁴⁰ Para el grupo anterior de autores que ubican la relación contractual de servicios entre profesional liberal y cliente dentro del contrato de arrendamiento de servicios y no dentro del mandato en absoluto cabe aplicar el principio de solidaridad del artículo 1731 del Código Civil a dicha relación contractual, ya que el precepto sienta una regla especial en el derecho de contratación civil, de manera que la relación entre profesional liberal y cliente ha de regularse por la normativa general del artículo 1137 del Código Civil (principio de no solidaridad)¹⁴¹.

La STS de 2 junio de 1960, antes citada, plantea precisamente esta cuestión: el profesional, perito agrícola, formula demanda pidiendo que se condene a los copropietarios de dos cortijos sevillanos, que habían dado por terminado el contrato antes de la fecha de extinción prevista, al cumplimiento del contrato y a abonarle solidariamente las retribuciones devengadas y la participación en los beneficios convenida, con los intereses legales de ambas cantidades. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación que finalmente interpone el actor y en el punto que aquí interesa condena a los propietarios a pagar al perito de forma solidaria. Pero no mediante la aplicación por analogía del artículo 1731 del Código Civil (ya que a juicio del tribunal se está ante un contrato de arrendamiento de servicios, al que no cabe la aplicación de las normas del mandato), sino porque entiende que la solidaridad se desprende

tos, deberá sin embargo soportar una responsabilidad parcial e individual de cada uno de los instituidos.

¹⁴⁰ Artículo 1731 del Código Civil: «Si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato.»

¹⁴¹ Así lo mantiene YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil...*, cit., p. 33. En el mismo sentido de este autor se pronuncia respecto al ordenamiento francés COLIN Y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho Civil*, IV, cit., p. 916, en cuanto que si el notario es un mandatario gozará de una acción solidaria contra los mandantes, pero en cambio si se le considera arrendador de servicios no habrá solidaridad.

de la voluntad de las partes contratantes, aunque no se llegue a plasmar en el contrato de forma explícita: «...*Es doctrina de esta sala, proclamada en decisiones constantes, que para que una obligación tenga el carácter de solidaria no es preciso usar de tal expresión si de su texto, según la excepción con que se inicia el artículo 1138 del Código Civil, se infiere la solidaridad y puede deducirse que la voluntad de los contratantes fue la de unidad en la obligación y la responsabilidad in solidum de los cointeresados*»¹⁴².

Pero, ¿realmente es adecuado aplicar el principio de solidaridad previsto en el artículo 1731 del Código Civil a la relación contractual de carácter onerosa que se establece entre profesional y cliente? Nuevamente pienso que ésta es una norma pensada para un contrato, gratuito por naturaleza, como es el mandato. De hecho algunas voces doctrinales han criticado la corrección de la aplicación del contenido de este precepto al mandato profesional¹⁴³. Por consiguiente, la idea de que los mandantes queden obligados frente al mandatario solidariamente para todos los efectos del mandato era justo en el Derecho Antiguo, ya que quienes desempeñaban un servicio gratuito debían tener una acción solidaria contra los que obtenían de ellos un provecho común. Pero sin duda supone una agravación injustificada de la responsabilidad del mandante en el mandato retribuido, sobre todo si el mandatario es profesional.

3.3 Ante un incumplimiento contractual, ¿cabe el ejercicio del desistimiento o sólo la resolución por incumplimiento contractual?

En este epígrafe dos son las posibles cuestiones a estudiar. La primera es relativamente sencilla: dentro de la figura del desistimiento, ¿se incluyen los casos de incumplimiento contractual? En relación con la normativa del mandato, que es la que aquí interesa, parece no haber la menor duda de que la respuesta es afirmativa. Así se ha señalado¹⁴⁴ que la renuncia del mandatario parece ser el instrumento específico para que éste dé por terminado el contrato en los supuestos en que el mandante haya incumplido el contrato.

¹⁴² Según DÍEZ-PICAZO, L.: «Comentario a la STS 2.6.1960...», *cit.*, p. 609 este razonamiento del Supremo supone forzar tanto la letra como el espíritu de los artículos 1137 y 1138 del Código Civil y las reglas sobre comunidad de bienes donde la ley parece que es el concurso proporcional a las cuotas. A su juicio una conclusión favorable a la solidaridad puede obtenerse extendiendo por analogía la *ratio* del artículo 1731 del Código Civil: cuando varias personas contratan en común los servicios de otra le quedan obligadas solidariamente.

¹⁴³ LACRUZ BERDEJO (y otros): *Elementos*, II, vol. 2.º, *cit.*, p. 240, y PUIG BRUTAU, J.: *Compendio...*, *cit.*, p. 479.

¹⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, L.: *La representación...*, *cit.*, p. 311.

No creo que haya problema en mantener la misma idea en relación con la revocación del mandante.

La segunda cuestión plantea mayor dificultad: en caso de incumplimiento contractual por parte de profesional o cliente en el contrato por el que el primero presta sus servicios al segundo, ¿queda desplazada la figura de la resolución por incumplimiento contractual del artículo 1124 del Código Civil por la figura del desistimiento? Esta cuestión suele analizarse desde la perspectiva de la utilidad de ambas figuras contractuales, es decir, desde la perspectiva de cuál de los dos instrumentos interesa más al contratante que sufre el incumplimiento de la parte contraria. Desde luego hay hipótesis en que no hay la menor duda en que interesa el desistimiento, entre otras cosas porque en principio no es posible el ejercicio de la acción *ex artículo 1124* del Código Civil. La aplicación de la normativa del artículo 1124 requiere que el incumplimiento afecte a las obligaciones fundamentales de las partes, como son el abono de la remuneración por el cliente y la actividad encaminada a cumplir el encargo por parte del profesional. En la actualidad, sobre todo respecto a la prestación de obras y servicios, ha adquirido gran trascendencia la colaboración del acreedor en la fase de ejecución del contrato para que el deudor esté en condiciones de ejecutar de manera regular y exacta la prestación debida. Así, por ejemplo, el cliente debe dar los documentos necesarios al abogado para que dirija el pleito o el enfermo ha de ponerse a disposición del médico para que éste le realice una serie de pruebas... Esta colaboración del acreedor no puede configurarse como deber de prestación, deber accesorio o de protección sino como una carga. Ahora bien, su configuración como una carga no implica desconocer la necesidad de una tutela jurídica adecuada para el deudor en caso de incumplimiento de esa carga por el acreedor (en nuestro caso el cliente)¹⁴⁵. Ya que no puede plantearse el posible ejercicio de la acción resolutoria ante el incumplimiento de su carga por el cliente,

¹⁴⁵ De acuerdo con CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1988, pp. 208-223, los efectos jurídicos que derivan de la no colaboración del acreedor son los siguientes: Primero, en caso de que el deudor no pueda ejecutar de manera tempestiva la prestación debida, a pesar de querer hacerlo, el retraso del deudor estará justificado y no ha de responder del daño causado por tal retraso. Segundo, si debido a la falta de colaboración del acreedor se produce una imposibilidad definitiva de la prestación el deudor queda liberado de su prestación. Lo que no resulta ya tan claro es qué sucede con la contraprestación de la otra parte contratante. A su juicio parece injusto que el deudor perdiése su derecho a la contraprestación por imposibilidad imputable a la conducta del acreedor, pero, claro, ha de tenerse en cuenta el posible enriquecimiento experimentado por el deudor, por ello es conveniente retraer de la contraprestación aquella cantidad que el deudor haya ahorrado a consecuencia de la no realización del servicio, o lo que haya adquirido mediante la ejecución de otro trabajo o lo que de mala fe haya dejado de adquirir.

a mi juicio el profesional siempre dispone de forma inmediata de la posibilidad de desistir del contrato, que sería por supuesto un desistimiento justificado, por lo que no ha de indemnizar al cliente los daños ocasionados a causa del desistimiento.

Cabe analizar dos posibles ventajas que la doctrina ha señalado que posee el ejercicio de la acción resolutoria por incumplimiento contractual frente al desistimiento¹⁴⁶. La primera ventaja de la acción resolutoria es que posee efectos retroactivos, es decir, opera *ex tunc*, de manera que se trata de re establecer la situación originaria mediante la restitución de las prestaciones ya efectuadas y extinción de las pendientes. Por el contrario el desistimiento posee efectos *ex nunc* y en consecuencia hay que entender que la prestación o prestaciones cumplidas hasta ese momento sí satisfacen el interés de los contratantes y que la extinción sólo opera para el futuro. Ahora bien, no debe olvidarse que la relación contractual entre profesional y cliente es una relación de carácter duradero y que la regla de la retroactividad de los efectos resolutorios se aplica cuando se trata de relaciones obligatorias de cambio con efectos instantáneos, pero que no cabe su aplicación cuando afecta a relaciones duraderas, que total o parcialmente se encontraban consumadas¹⁴⁷. La resolución *ex artículo 1124 del Código Civil* en casos como el que aquí tratamos extingue el vínculo obligatorio con puros efectos *ex nunc* e impone entre las partes los consiguientes deberes de liquidación de la situación. De manera que esta primera ventaja en realidad no es tal y puede mantenerse que desde esta perspectiva la resolución en los contratos duraderos queda desplazada casi sin excepción por la figura del desistimiento¹⁴⁸. Digo casi sin excepción

¹⁴⁶ Véase LEÓN ALONSO, J. R.: «Comentario al artículo 1732 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales dirigidos por Albaladejo*, tomo XXI, vol. 2, Edersa, 1986, p. 476.

¹⁴⁷ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, II, *cit.*, p. 724.

¹⁴⁸ También la doctrina italiana ha puesto de relieve la identidad de función entre el desistimiento y la resolución por incumplimiento contractual en los contratos duraderos, que no es otro que el de desvincular a las partes de la relación obligatoria en la que se encontraban inmersas, pero, claro, se trata de una extinción de la relación obligatoria para el futuro. Es más, en Italia se presenta más ventajosa la figura del *recesso*, ya que la resolución es un instrumento de una operatividad mucho más lenta. Véase SANGIORGI, S.: *Rapporti di durata...*, *cit.*, pp. 273-274, y GABRIELLI, G.: *Vincolo contrattuale...*, *cit.*, pp. 40-43. Pero este último autor considera como una excepción a esta regla general de la igualdad de función entre la resolución y el desistimiento el caso del desistimiento con justa causa del profesional en el contrato de obra intelectual del párrafo 2.º del artículo 2237 del Código Civil. Resuelto el contrato por el cliente el profesional tiene derecho a la repetición del contravalor negativo de aquello que ya ha realizado (párrafo 1.º del artículo 2237), pero cuando es el profesional el que desiste la norma le pone como límite el resultado útil derivado al cliente. De esta última regulación se desprende, según este autor, que en caso de incumplimiento grave por parte del cliente, el profesional dispone de dos instrumentos extrajudiciales diversos: al profesional le compete, pues, la elección entre el más rápido del *recesso* y aquel ligado al respeto al procedimiento previsto en el artículo 1454 del Código Civil, que normalmente le permite conseguir efectos diversos y más

ción, porque quizá en los casos de relaciones obligatorias duraderas que no se encuentran consumadas sí interese la resolución. Por ejemplo, cuando el cliente ha pagado por adelantado la contraprestación y el profesional no ha realizado aún el encargo. Seguramente interesa que se restituya la situación originaria.

La segunda ventaja que se ha señalado que posee la acción resolutoria frente al desistimiento es que cuando se desiste no hay posibilidad de solicitar a la otra parte contratante que incumple una indemnización de daños y perjuicios, en cambio si se ejercita la resolución por incumplimiento puede solicitarse una indemnización por parte de quien pretende dar por terminada la relación. Ya se ha indicado que la regla general es que quien desiste debe indemnizar a la otra parte, de manera que quiebra tal regla cuando el que desiste tiene justa causa, e indudablemente justa causa para dar por terminada la relación de modo anticipado ha de considerarse el incumplimiento contractual de la parte contraria. Ahora bien, nuestro ordenamiento carece de un precepto semejante al parágrafo 627 *BGB* en el que se prevé la posibilidad de que quien desiste empujado por una conducta contraria al contrato por su parte contratante puede recibir una indemnización de ésta última. Pero la doctrina ha considerado que no representa ningún inconveniente para el desistimiento, ya que siempre cabe solicitar la indemnización por el contratante que desiste por los artículos 1101 ss del Código Civil¹⁴⁹.

Las conclusiones anteriores no deben llevar a negar que en ocasiones aisladas, según las circunstancias de cada caso, la parte contratante que ha sufrido el incumplimiento contractual puede tener un interés en acudir a la acción del artículo 1124 del Código Civil. Así, cuando el contratante que quiere dar por terminado el contrato ante el incumplimiento contractual de su contraparte no quiere afrontar el riesgo de ver desconocida *a posteriori* la justificación de la causa en que fundaría el desistimiento del contrato. Es decir, tal

ventajoso. El profesional que reaccione ante el incumplimiento del cliente con el inmediato *recesso* tiene derecho a la compensación por la obra desarrollada con el límite del resultado útil de ahí derivado para el cliente, en cambio si utiliza el instrumento de la resolución ordinaria podrá pretender verse reembolsado según la disciplina de la restitución de lo indebido, correlativa al efecto retroactivo de la resolución.

¹⁴⁹ En este sentido KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral...*, cit., pp. 53-54. Así parece desprenderse de la STS 20.5.1998 (*RJ* 1998, 3380) en un caso de contrato de obra, en el que el dueño de la obra desiste en virtud del artículo 1594 del Código Civil, en vez de utilizar el artículo 1124 del Código Civil al existir defectos en la construcción. El contratista demanda pidiendo que se le abonen los conceptos previstos en el artículo 1594 y el Tribunal Supremo entiende que, aunque el dueño de la obra no ejercita el artículo 1124, bien puede apoyarse en los artículos 1101 ss. del Código Civil y alegar por vía de excepción que la obra ejecutada tenía defectos que debían valorarse y restarse de la cantidad pendiente de pago.

interés preventivo le conduce a elegir la resolución del contrato por incumplimiento¹⁵⁰.

3.4 Tiempo y forma del desistimiento

En cuanto al tiempo en que puede ejercitarse el desistimiento, ningún precepto en el Código Civil de los que permiten la facultad de desistir se ocupa de este punto excepto el artículo 1594 del Código Civil, el cual señala que el comitente puede desistir de la obra aunque se haya empezado a ejecutar. Por su parte los artículos que aquí interesan, el 1733 y el 1736 del Código Civil, no hacen ninguna precisión al respecto, de manera que debe entenderse que tanto profesional como cliente tienen plena libertad en cuanto al momento de ejercitar la facultad de desistimiento¹⁵¹.

A raíz de un determinada opinión doctrinal cabe preguntarse si se está realmente ante un desistimiento en sentido técnico cuando una de las partes contratantes decide antes de la ejecución del mandato dar por extinguido el contrato. Así León Alonso¹⁵² parece entender que no puede calificarse como denuncia unilateral y mucho menos como incumplimiento cuando, tras la aceptación del encargo, el mandatario decide no proceder a la ejecución del mismo. El mandatario opta por no proceder a la ejecución del encargo porque de modo reflexivo y de buena fe entiende que es la mejor solución a los intereses gestionados. Se trata, según este autor, de una madurada decisión de no llevar adelante la gestión de modo que ni transgrede su aceptada cualidad de mandatario ni lesiona con su actitud el deber de cumplimiento, simplemente considera inconveniente continuar una gestión por determinada causa justificada. Por mi parte pienso que no hay problema en calificar de desistimiento la actitud tanto del mandante como del mandatario (y, por tanto, de profesional y de cliente) de dar por terminado el contrato de forma anticipada, aunque tal comportamiento se produzca antes de la ejecución del encargo. Quizá detrás de la opinión del autor anterior se encuentra el deseo de evitar que el profesional que extingue el contrato antes de la ejecución del encargo tenga que indemnizar al

¹⁵⁰ Véase MINERVINI, G.: *El mandato*, traducción y notas de derecho español de Peré Raluy, Bosch, Barcelona, 1959, p. 438.

¹⁵¹ Muy al contrario que en el Derecho Romano, ordenamiento en el que sólo se permite la revocación del mandante o la renuncia del mandatario cuando no se ha empezado la ejecución del mandato. Cuando la ejecución del mismo ya ha comenzado un contratante está obligado a soportar los efectos y el otro a llevarlo a término. Véase ARANGIO-RUIZ, V.: *Istituzione di Diritto Romano...*, cit., p. 353.

¹⁵² «Comentario del artículo 1718 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993, p. 1546.

cliente los daños ocasionados por el desistimiento. Pero antes de la ejecución del encargo el peligro de que existan tales daños es muy pequeño: cuanto más tiempo lleve encargándose del asunto el profesional mayores daños provocará al cliente con su decisión de dar por terminado el contrato antes de la fecha prevista. Por otra parte, antes se ha dicho que en caso de desistimiento justificado no surge el deber de indemnizar al otro contratante por parte del que desiste, de manera que tal y como presenta su hipótesis el autor anterior (no procede a realizar el encargo de buena fe, de manera reflexiva) se está refiriendo a un desistimiento con justa causa por parte del profesional.

Ha de concluirse, por consiguiente, que la única diferencia entre desistir antes y después de que se empiece a ejecutar el contrato está en las consecuencias de tal desistimiento: así, si se desiste antes de la ejecución del contrato los daños como regla general no existirán o, al menos, serán mínimos. Pero, ¿qué ocurre en cuanto al deber de pagar la remuneración y los gastos realizados por parte del cliente? No parece, incluso en el caso de que sea el cliente el que desista, que deba realizar tales pagos. Si el cliente desiste antes de la ejecución del contrato es lógico que el profesional no tenga derecho a nada puesto que nada ha hecho. Ahora bien, pueden encontrarse dos excepciones en que el profesional sí tiene derecho al total o a una parte de la retribución¹⁵³: Primero, si ambos contratantes han estipulado de forma expresa que la retribución la pagaría el cliente en todo caso, esto es, a pesar de su arrepentimiento antes de dar comienzo al contrato. Segundo, si las cosas no están realmente en su estado inicial, es decir, el profesional, aunque aún no ha llevado a cabo actos de ejecución del servicio, sí ha realizado determinados actos preparatorios. Por ejemplo, el abogado ha comenzado a estudiar los informes presentados por el cliente para la dirección del pleito.

En materia de forma del desistimiento por parte de profesional o cliente también es válida, desde luego, la normativa reguladora del contrato de mandato. La revocación del mandato por el mandante (y, por tanto, por el cliente) se consuma tanto a través de una declaración formal como a través de un acto cualquiera que implique necesariamente la voluntad de revocar el encargo. Pero, eso sí, la declaración de voluntad para que produzca efectos ha de ser recepticia, es decir, sólo adquiere eficacia cuando es conocida por el mandatario (profesional). Si bien la declaración expresa no plantea especiales problemas, ya que ha de resultar de palabras y cláusulas claras, la revocación tácita sí los plantea. Este tipo de

¹⁵³ CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato...*, cit., pp. 186-187.

revocación es aquella en que por un hecho cualquiera del mandante se demuestra de un modo inequívoco y cierto la voluntad de revocar el mandato. El artículo 1735 del Código Civil parece poner un ejemplo de revocación tácita¹⁵⁴. Y digo parece, porque de forma aislada se ha dudado de que este precepto encierre una declaración tácita¹⁵⁵: para que tenga eficacia la revocación en este caso, ¿basta con que el nombramiento de un nuevo profesional por parte del cliente sea conocido por el profesional anterior o es preciso que se le notifique? De acuerdo con la literalidad del precepto, el Código Civil parece exigir la comunicación de este hecho al antiguo profesional (de manera que estaríamos entonces ante una revocación expresa). Pero la opinión de la doctrina dominante es que la notificación no es un elemento esencial para la eficacia de la revocación cuando el profesional anterior, de un modo cualquiera, ya ha conocido la revocación del mandato¹⁵⁶. Hay una regulación especial en este punto en el artículo 33 del Estatuto de la Abogacía, ya que en cierta medida exige que le sea comunicada al antiguo abogado la decisión de nombrar uno nuevo, ya que éste último no puede encargarse de un asunto profesional encargado a otro compañero sin haber obtenido la venia como consideración¹⁵⁷.

También a la forma del desistimiento del profesional ha de aplicarse la norma relativa a la renuncia del mandatario. Se trata también de una declaración de voluntad unilateral y receptiva y en este caso el Código Civil sí exige que el desistimiento se ponga en conocimiento del mandante¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Artículo 1735 del Código Civil: «*El nombramiento de un nuevo mandatario para el mismo negocio produce la revocación del mandato anterior desde el día en que se hizo saber al que lo había recibido, salvo lo dispuesto en el artículo que precede*». En opinión de CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato...*, cit., p. 163, no es posible reducir las manifestaciones tácitas de voluntad a un número de formas tasadas y estereotipadas, como parece apuntar el artículo 1735 del código. Parece que el propósito del legislador ha sido el de posibilitar otras formas de revocación tácita y no han sido previstas en el código para no hacerle excesivamente casuístico en este punto.

¹⁵⁵ LACRUZ BERDEJO (y otros): *Elementos*, II, vol. 2.^º, cit., p. 244.

¹⁵⁶ Véase por todos CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato...*, cit., pp. 169-170.

¹⁵⁷ Sobre el particular dos matizaciones: Probablemente el sentido de tal norma no es otro que asegurarse de que el cliente paga los honorarios al primer profesional, ya que éste no dará su venia si ha resultado impagado. El Estatuto trata de afrontar la realidad que consiste en que la ruptura de relaciones entre las partes contratantes por medio del desistimiento no suele ser pacífica y casi siempre se traduce en el impago por parte del cliente al letrado de los honorarios devengados. Por otra parte el incumplimiento de tal norma no creo que vaya más allá de imponer una sanción disciplinaria al abogado entrante, ya que las normas de los Colegios Profesionales no tienen rango normativo.

¹⁵⁸ Artículo 1736 del Código Civil: «*El mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante...*».

3.6 ¿Cabe la renuncia por parte de cliente y profesional al desistimiento?

Ha sido un tema muy debatido en la doctrina y en la jurisprudencia si existen mandatos irrevocables por naturaleza. En concreto, aquí interesa si el mandato retribuido puede recibir semejante calificación (y ha de extenderse la pregunta a si es irrevocable por naturaleza la relación contractual existente entre profesional y cliente). Pero ha de concluirse respecto al mandato (y también para el caso del profesional liberal) que el hecho de que el contrato sea remunerado no significa desde luego que quede eliminado *ab initio* el derecho del cliente a desistir del contrato. Si bien en el mandato retribuido el mandatario tiene un interés completamente personal en la subsistencia del mandato, tal interés no justifica en absoluto la irrevocabilidad natural del mandato. Sin duda esta afirmación de que el derecho del mandatario a recibir una retribución no debe privar al mandante del derecho de revocación tiene como fundamento el artículo 1733 del Código Civil, precepto que no permite hacer distinción entre el mandato gratuito y el mandato retribuido¹⁵⁹.

De manera que descartada la posibilidad de que el mandato retribuido (y, por tanto, el contrato entre profesional y cliente) sea irrevocable por naturaleza, únicamente cabe plantearse en este epígrafe sobre la validez del pacto por el que mandante (y cliente) renuncia a la facultad de desistir de forma anticipada. En nuestro ordenamiento no parece haber dudas en la admisión de la validez del pacto de irrevocabilidad ni por parte de la doctrina ni por parte de la jurisprudencia, siempre que tales pactos sean conformes con la finalidad práctica perseguida y no estén en oposición con la moral¹⁶⁰. Cuáles son las razones que justifican la validez de este pacto. Entre otras, porque si el mandante es libre de revocar a su arbitrio el mandato (art. 1733 del Código Civil), no hay duda de que esa autonomía de la voluntad que se le reconoce debe conducir a la consecuencia de que puede válidamente renunciar al ejercicio de esa facultad mediante el pacto de irrevocabilidad del mandato¹⁶¹. Y además porque el interés del mandatario en obtener una remuneración constituye un interés perfectamente respetable y tal interés queda tutelado de forma satisfactoria mediante un pacto de irrevocabilidad¹⁶².

¹⁵⁹ Por todos CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato...*, *cit.*, pp. 275 y 281.

¹⁶⁰ Véase LACRUZ BERDEJO (y otros): *Elementos*, II, vol. 2.º, *cit.*, pp. 245-246. Por parte de la jurisprudencia puede consultarse, a título ejemplificativo, la STS 6 mayo 1968 (*RJ* 1968, 4537).

¹⁶¹ GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho Civil...*, *cit.*, p. 300.

¹⁶² DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «La revocación del mandato...», *cit.*, p. 627.

En otros ordenamientos de nuestro entorno el tema, sin embargo, no es tan claro. Sobre todo ha sido objeto de especial debate en Italia, país en el que existen dos corrientes jurisprudenciales: Una primera entiende, en virtud del carácter fiduciario de la relación entre cliente y profesional, que la facultad de desistir del cliente es un elemento esencial del contrato y, en consecuencia, que se trata de un elemento inderogable. Desde esta primera dirección doctrinal el pacto de renuncia por parte del cliente no tendrá eficacia y si el cliente desiste, a pesar de la existencia del pacto, no tendrá que indemnizar. Una segunda corriente jurisprudencial, por el contrario, afirma que el desistimiento permitido en el artículo 2237 del Código Civil no es más que un elemento natural del contrato, de manera que la autonomía contractual de las partes debe prevalecer respecto a la disposición legal. Por ello si el cliente, a pesar del pacto, ejercita la facultad de dar por terminado el contrato de forma anticipada ha de considerarse su comportamiento como incumplimiento y genera una obligación de resarcir al profesional daños y perjuicios salvo que concurra una justa causa¹⁶³. Desde luego es más adecuada esta segunda tesis, al fin y al cabo el desistimiento es una institución que en principio está dirigida a tutelar unos intereses que no trascienden a otros sujetos distintos de las partes contratantes. Ahora bien, cabría preguntarse, ya que así lo ha entendido en Italia esta segunda corriente jurisprudencial, si el hecho de que las partes señalen un tiempo de duración determinado en el contrato significa en todo caso que renuncian a su facultad de desistir. Creo que la respuesta ha de ser negativa y que debe exigirse que la renuncia a la facultad de desistir sea expresa.

En Suiza el Tribunal Federal desde el año 1933 hasta el año 1983 ha afirmado siempre que el artículo 404 del Código de las Obligaciones es una norma de derecho imperativo (de manera que no cabe la renuncia a la facultad de desistir del mandato). Aunque parece que en el año 1983 alguna resolución deja abierta la cuestión, sigue manteniendo la concepción doctrinal dominante de que en todo caso el artículo 404 es una norma imperativa en cuanto a los mandatos típicos, gratuitos o estrictamente personales (suelen considerarse entre los mandatos estrictamente personales las actividades desarrolladas por profesionales liberales)¹⁶⁴. Por el contrario

¹⁶³ Vid. Estas dos corrientes jurisprudenciales en DI CERBO, F.: *Le professioni...*, cit., pp. 323-334.

¹⁶⁴ FAVRE-BULLE, X.: «L'évolution du droit...», cit., pp. 374-375. Por su parte WERRO, F.: *Une étude sur le...*, cit., p. 123, admite el carácter dispositivo del artículo 404 CO.

en Alemania hay una tendencia a mantener en la doctrina y en la jurisprudencia el carácter dispositivo del parágrafo 627 *BGB*¹⁶⁵.

Respecto al pacto por el que el mandatario (profesional) renuncia a su facultad de desistir no parece plantear, frente al anterior, ningún problema. Únicamente se ha cuestionado su utilidad dada la imposibilidad de forzar materialmente la ejecución del mandato contra la voluntad del mandatario, a la que en otros momentos del trabajo ya se ha aludido¹⁶⁶. En todo caso parece que la renuncia al desistimiento por parte del mandatario es un complemento implícito en el pacto de no revocar por parte del mandante.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil*, II, 3.^a edición, Barcelona, Bosch, 1984.
- ALEMÁN MONTERREAL, A.: *El arrendamiento de servicios en Derecho Romano*, Universidad de Almería, 1996.
- ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5.^a edición, Civitas, Madrid, 1994.
- ALONSO PÉREZ, M. T.: «El desistimiento unilateral en el contrato de servicios propiamente dicho (Estudio Jurisprudencial)», *Aranzadi Civil*, tomo I, vol. III, 1998.
- *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997.
- ARANGIO-RUIZ, V.: *Istituzioni di Diritto Romano*, 14.^a edición, Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1968.
- ASSANTI, C.: «Le professioni intellettuali e contratto d'opera», *Trattato di Diritto Privato*, t. 15, Diretto da Rescigno, Utet, 1986.
- ATAZ LÓPEZ, J.: *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.

¹⁶⁵ ENNECCERUS, L.: *Derecho de obligaciones...*, cit., p. 272 nota 17. No hay peligro de que a través de la renuncia al desistimiento se desproteja al cliente, ya que siempre pueden las partes contratantes denunciar el contrato, si media una causa seria, en virtud del parágrafo 626. A título ejemplificativo puede verse *NJW* 1989, I, pp. 1479-1480. En esta resolución del *BGH* el cliente considera que los servicios realizados por el profesional (en concreto, una agencia matrimonial) no eran conformes con lo que esperaba, de manera que reclama la restitución de los honorarios que había pagado ya por toda la prestación, menos una cantidad que la cliente reconocía deber en concepto de gastos. El Tribunal considera que la cláusula inserta en las condiciones generales del contrato, por la que el cliente se compromete a renunciar al derecho a desistir libremente, es contraria al artículo 9.II *AGB-Gesetz*. No parece que el Tribunal funde su decisión en que la cláusula deroga un elemento esencial del contrato como es la posibilidad de denunciarlo, sino en que tal cláusula no había sido negociada y obligaba a la cliente a invocar justos motivos que ponían en peligro la protección de su personalidad, ya que la alegación de justos motivos le obligaba a revelar algunos hechos de su intimidad.

¹⁶⁶ Véase al respecto GORDILLO CAÑAS, A.: «Comentario al artículo 1736 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993, p. 1591.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores», *Comentarios a la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario a la STS 12.5.1997», *CCJC*, núm. 45, 1997.
- «Comentario al artículo 1156 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, II, 2.ª edición, Madrid, 1993.
- BONET RAMÓN, F.: «Naturaleza jurídica de los servicios prestados por los médicos y demás personas que ejercen profesiones liberales», *RDP*, 1941.
- «La naturaleza jurídica del contrato de mandato, y el carácter del contrato de servicios celebrado por los abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDP*, 1935.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993.
- *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1988.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M.: *La ley de condiciones generales de la contratación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.
- CAPILLA RONCERO, F.: «Arrendamiento de servicios», *EJB*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995.
- «Desistimiento (derecho civil)», *EJB*, tomo II, Civitas, Madrid, 1995.
- CASALS COLLECCARRERA, M.: «Arrendamiento de servicios», *Nueva Encyclopedie Jurídica*, tomo II, Seix, Barcelona, 1950.
- CRESPO ALLÚE, F.: *La revocación del mandato*, Montecorvo, Madrid, 1984.
- COLIN, A. y CAPITANT, M.: *Curso elemental de Derecho Civil*, tomo IV, Reimp. de la 3.ª edición, con traducción y notas de De Buen, Reus, Madrid, 1981.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «La revocación del mandato y del poder», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IV, 1948.
- DE MARTINO, V.: *Codice civile commentato*, tomo terzo, artt. 2060-2969, Jandi Sapi editori, 1979.
- DESSEMONTET, F.: «Les contrats de service», *RDS*, 128 Band, NF 106, II, Heft 2, 1987.
- DI CERBO, F.: *Le professioni intellettuali nella giurisprudenza*, Dott. A. Giuffré Editore, Milán, 1988.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, 6.ª edición, Tecnos, 1990.
- DÍEZ PICAZO, L.: «Comentario al artículo 1256 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, II, 2.ª edición, Madrid, 1993.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Civitas, Madrid, 1993.
- *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1992.
- «Comentario a la STS 2.6.1960», *EJC*, I, Tecnos, Madrid, 1966.

- ENNECCERUS, L: *Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. II, traducción de la 35.^a edición alemana con estudios de comparación y adaptación por Pérez González y Alguer, 2.^a edición, Bosch, Barcelona, 1950.
- ESPERT SANZ, V.: *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, Madrid, 1968.
- ESPIAU ESPIAU, S.: «La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial», *ARANZADI CIVIL*, 1998.
- ESPÍN ALBA, I.: *La cláusula penal*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ESSER, J. Y WEYERS, H-L.: *Schuldrecht*, II, Besonderer Teil, 7. neubearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 1991.
- FAVRE-BULLE, X.: «L'évolution du droit des contrats de prestation de service», *RDS*, 132 Band, NF 110, I, Heft 3, 1991.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1984.
- FERRANDIS VILELLA: *Prólogo a La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989.
- GABRIELLI, G.: *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, núm. 76, Dott. A. Giuffré, Milán, 1985.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, IV, Madrid, 1852.
- GARCÍA VALDECASAS: «La esencia del mandato», *RDP*, 1944.
- GARCÍA VICENTE, J. R.: «Comentario a la STS 30.5.1998», *CCJC*, núm. 48, 1998.
- GIACOBBE, G.: «Professioni intellettuali», *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Giuffré Editore, 1987.
- GIERKE, O. von: *Las raíces del contrato de servicios*, traducción y estudio crítico de Germán Barreiro, 1.^a edición, Civitas, Madrid, 1982.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M.: «Configuración jurídica de los servicios médicos», *Estudios de Derecho Público y Privado* ofrecidos al Profesor Serrano y Serrano, I, Universidad de Valladolid, 1965.
- «En la convergencia de dos humanismos (sobre el contrato de servicios médicos)», *ADC*, 1977.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: «Apuntes para el estudio del contrato profesional del arquitecto», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994.
- GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, 1.^a edición, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995.
- GORDILLO CAÑAS, A.: «Comentario al artículo 1737 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993.
- «Comentario al artículo 1733 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993.
- «Comentario al artículo 1736 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho Civil*, Contratos en especial, responsabilidad extracontractual, Tecnos, Madrid, 1968.

- HÉRNANDEZ MORENO, A.: «Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 del Código Civil», *RJC*, 1980.
- HUET, J.: *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, sous la direction de Ghestin*, LGDJ, 1996.
- KASSER, M.: *Derecho Romano Privado*, versión de la 5.^a edición alemana por Santa Cruz Teijeiro, 2.^a edición, Reus, Madrid, 1982.
- KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral del contrato*, 1.^a edición, Civitas, Madrid, 1997.
- KRAFT: *Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht*, II, en Soergel, Band 3, 11.neubearbeitete Auflage, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1980.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (y otros): *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. 2.^o, 3.^a edición, Bosch, Barcelona, 1995.
- *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. 1.^o, 3.^a edición, Bosch, Barcelona, 1994.
- LARENZ, K.: *Lehrbuch des Schuldrechts*, Zweiter Band, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1981.
- LAURENT, F.: *Principes de Droit Civil*, T. 27, 3.^a edición, Bruxelles, 1878.
- LENEL, O.: «El mandato retribuido», *RDP*, 1928.
- LEÓN ALONSO, J.: «Comentario al artículo 1718 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993.
- «Comentario al artículo 1723 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid, 1993.
- «Comentario al artículo 1732 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales dirigidos por Albaladejo*, tomo XXI, vol. 2, Edersa, 1986.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: «La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código Civil», *Contratos de servicios y de obra, Proyecto de Ley y Ponencias sobre la reforma del Código Civil en materia de contratos de servicios y obra*, Jornadas organizadas por la Asociación de Profesores de Derecho Civil y el Área de Derecho Civil de la Universidad de Jaén, días 28-30 de septiembre de 1995.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentario a los artículos 1583 a 1587 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirección por Albaladejo, tomo XX, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986.
- LLAMAS POMBO, E.: *La responsabilidad civil del médico*, 1.^a edición, Trium, 1988.
- MANCINI, G. F.: *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Dott. A. Giuffré Editore, Milán, 1962.
- MAS BADÍA, M. D.: *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- MEDICUS, D.: *Schuldrecht*, II, Besonderer Teil, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1993.
- MINERVINI, G.: *El mandato*, traducción y notas de derecho español de Peré Raluy, Bosch, Barcelona, 1959.
- MUSOLINO, G.: *L'opera intellettuale*, Cedam, Padova, 1995.

- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 6.^a edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Traducción y comentarios del Derecho de Obligaciones* de Enneccerus, 2.^a edición, Bosch, Barcelona, 1950.
- PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil*, vol. II, 2.^a edición, Bosch, Barcelona, 1994.
- PUTZO, H.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, en Palandt, 52. neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1993.
- RIVA SANSEVERINO, L.: «Comentario al artículo 2237 del Código Civil», *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja*, libro 5.^o, Del Lavoro (arts. 2060-2246), Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1943.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C.: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, 1.^a edición, Civitas, Madrid, 1991.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 71, 1966.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», *ADC*, 1993.
- ROUAST, A.: «Contrat de travail», *Traité pratique de Droit Civil Français de Planiol y Ripert*, tomo XI, 2.^a edición, Paris, 1954.
- SALA FRANCO, T. (dir.): *Derecho del Trabajo*, 11.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- SALVADOR CODERCH, P.: «Comentario al artículo 1594 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, 2.^a edición, Madrid, 1993.
- SANGIORGI, S.: *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Dott. A. Giuffré, Milán, 1965.
- SANTORO-PASSARELLI, F.: «Professioni intellettuali», *Novissimo Digesto Italiano*, tomo XIV, 3.^a edición, UTET, 1967.
- SANZ CANTALEJO, M. D.: «Comentario a la STS 19.12.1991», *CCJC*, núm. 28, 1992.
- SAVATIER, R.: «Mandat», *Traité pratique de Droit Civil Français de Planiol y Ripert*, tomo XI, 2.^a edición, Paris, 1954.
- SCHULZ, F.: *Derecho Romano Clásico*, traducción directa de la edición inglesa por Santa Cruz Teijeiro, Bosch, Barcelona, 1960.
- SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La relación de servicios del abogado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- SOLÉ RESINA, J.: *Los contratos de servicios y de ejecución de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- *Arrendamiento de obras o servicios (Perfil evolutivo y jurisprudencial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- THOMAS, H.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 52. Neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1993.
- TRAVIESAS, M.: «El mandato retribuido y el arrendamiento de servicios o de obra», *RGLJ*, núm. 132, 1918.
- TROPLONG: «L'Échange et du louage», *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, Paris, 1840.

- Werro, F.: *Un étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations. Analyse critique et comparative*, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1993.
- Westermann, H. P.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4, Schuldrecht-Besonderer Teil II, 3. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997.
- Yzquierdo Tolsada, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989.

V. SELECCIÓN CRONOLÓGICA DE DECISIONES JUDICIALES

Sentencias del Tribunal Supremo

- 23 octubre 1860 (CL 1860, 223).
25 junio 1902 (CL 1902, 195).
14 junio 1907 (CL 1907, 103).
27 diciembre 1915 (CL 1915, 159).
25 febrero 1920 (CL 1920, 72).
1 julio 1924 (CL 1924, 69).
6 diciembre 1924 (CL 1924, 130).
2 febrero 1925 (CL 1925, 62).
1 junio 1927 (CL 1927, 83).
22 enero 1930 (RJ 1930, 598).
17 octubre 1932 (RJ 1932, 1233).
16 febrero 1935 (CL 1935, 106).
1 febrero 1941 (RJ 1941, 133).
22 mayo 1942 (RJ 1942, 634).
6 marzo 1943 (RJ 1943, 306).
1 diciembre 1944 (RJ 1944, 1272).
27 enero 1945 (RJ 1945, 257).
21 marzo 1946 (RJ 1946, 272).
10 julio 1946 (RJ 1946, 938).
2 junio 1960 (RJ 1960, 2072).
21 diciembre 1963 (RJ 1963, 5363).
6 mayo 1968 (RJ 1968, 4537).
5 febrero 1983 (RJ 1983, 860).
17 septiembre 1983 (RJ 1983, 4544).
25 noviembre 1983 (CL 1983, 602).
14 febrero 1984 (RJ 1984, 658).
14 marzo 1986 (RJ 1986, 1252).
25 marzo 1988 (RJ 1988, 2429).
19 diciembre 1991 (RJ 1991, 9409).
30 marzo 1992 (RJ 1992, 2306).
31 octubre 1992 (RJ 1992, 8358).
27 noviembre 1992 (RJ 1992, 9596).

- 3 febrero 1994 (RJ 1994, 968).
- 20 julio 1995 (RJ 1995, 5726).
- 12 mayo 1997 (RJ 1997, 4121).
- 28 enero 1998 (RJ 1998, 357).
- 3 febrero 1998 (RJ 1998, 614).
- 3 marzo 1998 (RJ 1998, 1292).
- 25 marzo 1998 (RJ 1998, 1651).
- 29 abril 1998 (RJ 1998, 2601).
- 20 mayo 1998 (RJ 1998, 3380).
- 30 mayo 1998 (RJ 1998, 4076).
- 25 junio 1998 (RJ 1998, 5013).
- 20 mayo 1998 (RJ 1998, 3380).

Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia

- Navarra 2 julio 1998 (RJ 1998, 7073).

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS: *Code européen des contrats*, Proyecto preliminar coordinado por G. Gandolfi, I, Giuffré, Milán, 2.ª ed., 2000, 576 pp.

Hace diez años, el profesor Giuseppe Gandolfi constituyó un grupo de trabajo en la Universidad de Pavía con el ambicioso programa de redactar un Código uniforme del Derecho de obligaciones y contratos para la Unión Europea. El grupo se transformó luego en la Academia de Privatistas Europeos y en ella participan hoy más de ochenta juristas de los distintos países de la Unión, e incluso no comunitarios, como Suiza. Presidida actualmente por el profesor José Luis de los Mozos, han colaborado en los trabajos de la misma los profesores Gabriel García Cantero y Agustín Luna Serrano, además del anterior Presidente del Tribunal Supremo, don Pascual Sala Sánchez. Fruto de este esfuerzo es la obra que reseñamos, de cuya coordinación y redacción se ha encargado el propio profesor Gandolfi, que bien puede denominarse, por ello, «Anteproyecto Gandolfi», y que se ha presentado al Parlamento Europeo a finales del año pasado. De momento, se publica el volumen primero, que versa sobre las obligaciones contractuales en general, quedando para más adelante el volumen segundo, que tratará cada contrato en particular.

La obra se divide en tres partes netamente diferenciadas. La primera contiene unas breves notas introductorias (pp. IX-LVIII), debidas a juristas destacados que han intervenido en la Academia como exponentes de cada área jurídica; sus autores son J. L. de los Mozos, J. Carbonnier, P. Rescigno, C-W. Canaris, J. M. Antunes Varela, Lord Woolf, B. W. Dufwa, A. Tunc, P. Stein, Vicepresidente de la Academia, y G. Gandolfi. A continuación se incluye el texto articulado del Anteproyecto (pp. 1-106), a cuya estructura y contenido nos referiremos enseguida. Por último, la obra se cierra con un extenso y pormenorizado informe del coordinador (pp. 107-566), al que se une una nota adicional del mismo (pp. 567-570), sobre los grandes apartados del Anteproyecto. En este informe el profesor Gandolfi examina las soluciones de los dos principales modelos adoptados, el Código italiano y el *Contract Code*, de McGregor, junto a los demás códigos vigentes, así como las aportaciones y comentarios de los distintos ponentes, e indica, en fin, las fuentes y los motivos que han dado lugar a las disposiciones normativas del Anteproyecto. En esta parte de la obra se recogen, pues, los trabajos preparatorios del texto articulado, lo que es muy útil para la exégesis y la interpretación del mismo.

El texto articulado se despliega a lo largo de 173 disposiciones, y comprende todas las materias que suelen ser tratadas en la parte general del Derecho de contratos y de obligaciones. Por eso, está subdividido en once Títulos, que se refieren a las disposiciones preliminares (arts. 1-5), la formación del contrato, donde se regulan los tratos precontractuales y la conclusión del con-

trato, el contenido, la forma y la interpretación del contrato (arts. 6-41). El Título relativo a los efectos contiene unas disposiciones preliminares, los elementos accidentales, la representación, el contrato a favor de persona por designar y en favor de terceros (arts. 42-74). Los Títulos sobre el cumplimiento y el incumplimiento comienzan, asimismo, con unas disposiciones generales, referidas al pago y a los distintos supuestos de incumplimiento; mientras el primero alude luego a las obligaciones pecuniarias, alternativas, solidarias e indivisibles (arts. 75-88), el segundo se refiere al incumplimiento definitivo, al cumplimiento defectuoso, a la mora del deudor y del acreedor y a los efectos del incumplimiento (arts. 106-117). Tras el Título relativo a la cesión del contrato, el crédito y la deuda (arts. 118-127), se regulan la extinción por medios distintos del pago (arts. 128-136), las anomalías del contrato y los diferentes remedios, destacando aquí la responsabilidad contractual y sus consecuencias (arts. 137-173).

Naturalmente que no podemos intentar resumir en estas pocas líneas el contenido del Anteproyecto. Aparte de la sistemática novedosa que ha quedado ya reflejada, nos limitamos a llamar la atención sobre los aspectos más originales de su articulado. El contrato se concibe sólo como un acuerdo entre dos o más personas, que incide sobre una relación jurídica y del que pueden surgir obligaciones u otros efectos jurídicos, incluso a cargo de una sola parte. Se prescinde aquí de la *consideration* inglesa, al tiempo que se da cabida al contrato de donación y se anuncia la eficacia vinculante de los deberes impuestos por fuentes extraconsensuales, es decir, las normas imperativas, el orden público, las buenas costumbres, los usos, la buena fe y la equidad. En consecuencia, los elementos del contrato son solamente dos, el acuerdo de los contratantes y el contenido o el objeto del contrato, con lo que desaparece también la causa. Este anticausalismo, que ha triunfado igualmente en los *Principles* de la Comisión Lando, no se debe tanto a las incertezas sobre la causa, sino más bien a que su función de control sobre el mérito del contrato se puede alcanzar por otras vías, como el contrato ilegal, o el contrario a las demás fuentes heterónomas de integración que acabamos de mencionar, tal como entendieron en su momento los redactores del BGB.

Aunque entablar negociaciones es una actividad libre para las personas, pues no genera obligaciones ni responsabilidades, la infracción de los deberes impuestos por la buena fe obligan a indemnizar el interés negativo, con ciertos matices, en caso de reticencia e interrupción de los tratos preliminares, o de violación de los deberes de información y de reserva. En cuanto a la conclusión del contrato, el Anteproyecto sigue de cerca la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercancías, sancionando, para los contratos celebrados entre ausentes, la regla del conocimiento presunto del oferente a partir de la recepción de la aceptación, recepción que determina el momento y el lugar de celebración del contrato. Mientras el régimen de la forma es muy semejante al de nuestro Código, destaca el supuesto del contenido ilícito, por ser contrario a las fuentes antes recordadas, propiciar un fraude de ley o ser abusivo, lo mismo en las situaciones de necesidad o inexperiencia que en las condiciones generales restrictivas para el adherente, o en las cláusulas no negociadas y desequilibradas en perjuicio del consumidor, aunque la contraparte actúe, en este último caso, de buena fe. Sobre la interpretación del contrato se ha consagrado una original simbiosis entre el Derecho inglés y el español, si bien ha desaparecido la nulidad del contrato en el precepto paralelo al de nuestro artículo 1289 CC; esto revela un claro designio

de salvar o de conservar el contrato a toda costa, que resulta corroborado, por ejemplo, por la posible conversión y la confirmación del contrato nulo en ciertos casos, a la par que la ratificación del contrato anulable.

Los efectos del contrato son, según la concepción anglosajona, las obligaciones de dar, hacer o no hacer que nacen del mismo y que pueden ser reforzadas por las llamadas *lettres de patronage*. Destacan a este respecto la transmisión de bienes muebles por la entrega de los mismos, a partir de la cual se desplazan los riesgos al adquirente, y la de inmuebles por las formalidades de publicidad; en caso de doble transmisión, es preferido el primer poseedor de buena fe. Las prohibiciones de disponer carecen de efectos reales ante terceros, se admite el modo o la carga sólo en las liberalidades y se contempla la representación aparente, la falsa o sin poder y la presunta, así como el auto-contrato, aunque no se precisan los efectos de la representación indirecta.

La novedad más llamativa en lo que concierne al cumplimiento acaso sea la introducción de la distinción entre las obligaciones de resultado y de medios; las obligaciones contraídas por los profesionales y los empresarios son de medios y exigen una diligencia acorde con la naturaleza de la prestación. En particular, los profesionales cumplen su obligación si actúan con diligencia, tienen la titulación adecuada o se esfuerzan por poner todos los medios humanos y técnicos a su alcance para obtener el resultado, salvo que éste deba alcanzarse según lo pactado, las circunstancias o el uso. Además, conforme con la concepción francesa, esta distinción repercute en la existencia de reglas diferenciadas de responsabilidad contractual. Mientras en todas las obligaciones responde el deudor por incumplimiento y debe indemnizar los daños razonablemente derivados del mismo, a no ser que acredite una causa extraña imprevisible e irresistible, en las obligaciones de los profesionales sólo se responde por la falta de diligencia exigida por la situación específica y, si se trata de asuntos en que la experimentación científica no se ha consolidado, sólo por culpa grave. Pese a este discutible privilegio, parece que se ha pretendido consagrar aquí un equilibrio entre la responsabilidad contractual objetiva del Derecho anglosajón y las diversas variedades de responsabilidad por culpa que imperan en los Códigos continentales.

Sobre el incumplimiento llama la atención la violación eficaz, que permite al deudor la reserva expresa de incumplir si existen ofertas más ventajosas, y los deberes de protección, que le obligan a adoptar todas las medidas para evitar daños a la persona del acreedor, sus auxiliares y sus bienes, los cuales serán de índole contractual si se producen durante el cumplimiento o son una consecuencia directa e inmediata del mismo, mientras que, en caso contrario, dan lugar a una responsabilidad extracontractual. Asimismo, son de interés algunos efectos que se derivan del incumplimiento, tales como la eficacia de las cláusulas limitativas siempre que no sean abusivas, el carácter excepcional de la resolución y su necesaria confirmación judicial, los plazos de gracia y el escalonamiento de las prestaciones, las distintas formas de ejecución específica, que se puede reforzar con una multa o pena judicial (*astreinte*), así como los remedios de la rescisión por lesión en casos de abuso o inexperiencia, la renegociación del contrato por onerosidad excesiva y extraordinaria, las restituciones que no alcanzan a terceros de buena fe y la indemnización de los daños y perjuicios razonables, en una medida equitativa y que incluye los daños morales, futuros y eventuales. Es de notar que estas soluciones son acumulables entre sí, a no ser que todas sumadas sobrepasen el perjuicio sufrido por el acreedor o comporten para el deudor una situación insostenible.

Llegados al momento final de la relación obligatoria, el Anteproyecto se muestra ecléctico en materia de transmisión, pues admite la cesión del contrato por acuerdo bilateral o de los tres interesados, la cesión del crédito por contrato abstracto o por consentimiento y la transmisión de la deuda por sucesión o por novación, con modalidades diversas. Al lado de los supuestos extintivos, se contemplan las distintas anomalías que se pueden presentar, entre las que destaca la inexistencia por falta de actuación jurídicamente relevante, capacidad jurídica, objeto, concordancia sustancial de oferta y aceptación y por declaración incompleta, mientras que la nulidad se produce por infracción del orden público y las normas imperativas, así como por la falta de consentimiento y de contenido del contrato. La falta de capacidad de obrar y los vicios del consentimiento por error y por violencia moral provocan, en cambio, la anulabilidad. Junto a estos supuestos de invalidez, el contrato puede ser ineficaz por simulación, incumplimiento de la condición suspensiva o la omisión de autorizaciones administrativas, y puede ser también inoponible a los terceros en los casos de simulación, fraude de acreedores y nulidad. Finalmente, se consagran la cláusula penal, las órdenes judiciales de inhibición o de actuación (*injunction*) y el arbitraje convencional.

Esta apretada síntesis pone de relieve, en fin, las principales características del Anteproyecto. Conviene resaltar que no se trata de un *restatement* de principios, de eficacia puramente doctrinal, sino de un verdadero Código de reglas, en ocasiones sumamente concretas, que ofrecen pautas claras a los contratantes y criterios seguros a los jueces y, en su caso, a los árbitros. Por otra parte, conviven en él de forma armónica preceptos de distinta procedencia, que consagran las soluciones de mayor predicamento en la ley, la doctrina y la jurisprudencia, con el fin de que pueda ser fácilmente aceptado en todos los ordenamientos europeos; por eso, pese a la importante innovación anticausalista, que parece concitar un amplio consenso a los dos lados del Canal de la Mancha, se han evitado conceptos abstractos, como el acto o el negocio jurídico y la obligación, que se concibe como un efecto más derivado del contrato. Por último, cualquiera que sea el destino político del Anteproyecto, es indudable que su texto y los trabajos preparatorios constituyen una fuente excelente para el estudio del Derecho comparado que está hoy en vigor en Europa, y acaso sea también una lúcida expresión del Derecho de las obligaciones contractuales del futuro.

Carlos VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho Civil

CASTILLA BAREA, Margarita: *La imposibilidad de cumplir los contratos*, ed. Dykinson, Madrid, 2001, 562 pp.

1. Aunque el título de la obra es más amplio, la monografía objeto de esta recensión se centra, fundamentalmente, en la incidencia que tiene en la relación contractual *bilateral*, la imposibilidad *sobrevenida* de una de las obligaciones. Desde las primeras páginas del libro se hace patente que se trata de una obra escrita con una finalidad académica, como es la elaboración

de una tesis doctoral. Tratándose de una obra básicamente científica, está escrita con una destacable visión práctica (a ello contribuyen, sin duda, los numerosos ejemplos aportados por la autora para ilustrar sus afirmaciones).

1.1 A pesar de la complejidad del tema, el libro resulta especialmente accesible y de lectura fácil porque, desde un primer momento, su autora revela cuál es el resultado principal al que le ha llevado el estudio de la figura de la imposibilidad sobrevenida, con lo que le evita al lector la tarea de recorrer la senda que la propia autora ha transitado hasta llegar a sus conclusiones finales.

1.2 El objetivo marcado por Castilla Barea es doble: demostrar que la imposibilidad sobrevenida es una situación jurídica autónoma y exponer las consecuencias de la misma en la relación contractual bilateral. La estructura de la obra responde perfectamente a dichos objetivos: en la primera parte (capítulos primero a tercero) se elabora el concepto de imposibilidad sobrevenida, mientras que la segunda parte (capítulos cuarto a séptimo) se delimitan las consecuencias jurídicas de dicha imposibilidad.

2. El Código Civil no emplea la expresión *imposibilidad sobrevenida* en ninguno de sus preceptos. Dicha expresión se ha elaborado a partir de la regulación contenida en los artículos 1182 a 1184 CC.

2.1 La ausencia de un concepto pacífico y unánime en la doctrina obliga a la autora a elaborar una definición de la misma. Así, defiende que existe *imposibilidad sobrevenida* de cumplir una obligación «cuando un suceso, de procedencia diversa, incide en el *iter* de una obligación válidamente constituida, con anterioridad al momento de cumplimiento o mientras éste se está desenvolviendo, de forma que impide su culminación, y con independencia de la calificación que pueda darse al comportamiento del deudor» (p. 43).

2.2 A partir de esta definición, sostiene que la imposibilidad sobrevenida constituye en nuestro ordenamiento una *situación jurídica* con *identidad propia* y, como consecuencia de ello, con unos *efectos particulares*. Dichos efectos serán diferentes dependiendo de la *imputabilidad* de la imposibilidad.

Para determinar si la imposibilidad es imputable, es necesario tener presente que el concepto de *imputabilidad* –atribución al deudor de las consecuencias del acontecimiento que ha provocado la imposibilidad–, es un concepto más amplio que el de *culpabilidad*. De hecho, la imputabilidad puede derivarse no sólo de la culpa del deudor (que se presume legalmente; pp. 93 a 105), sino, también, del comportamiento doloso del deudor (pp. 106-109); de que la imposibilidad tenga lugar una vez que el deudor esté constituido en mora (pp. 110-119); de que exista un pacto por el que el deudor asuma los efectos de un acontecimiento fortuito (pp. 120-121), o de que la ley se los atribuya (pp. 121-141).

2.3 La profesora Castilla hace especial hincapié en destacar la autonomía de la *imposibilidad* respecto del *incumplimiento*, definido este último como «toda contravención del tenor de la obligación, cualesquiera que sea la causa que la motive y la índole de la misma, siempre que esa transgresión del programa obligacional no haya sido aceptada por el acreedor» (pp. 213-214). En principio, la imposibilidad sobrevenida podría encajar en la definición de incumplimiento, pues, de hecho, ambas instituciones parecen coincidir en los elementos que integran el supuesto de hecho; sin embargo, la autora insiste en que ambas instituciones tienen una naturaleza jurídica distinta, que queda patente en el hecho de que la imposibilidad sobrevenida no imputable es un *modo de extinción de las obligaciones*, mientras que el incumplimiento es

un *hecho generador de responsabilidad patrimonial* (con el cual, por cierto, guarda muchas semejanzas la imposibilidad imputable; p. 222).

Apunta varias diferencias entre ambas figuras, de ellas destacamos las siguientes: *a)* En el supuesto de hecho de ambas figuras coinciden los elementos que la integran, excepto el de la «pérdida o irrealizabilidad de la prestación» (forma parte de la imposibilidad sobrevenida, pero no del incumplimiento; p. 218); *b)* Cada una tiene un momento distinto, a partir del cual se puede estimar producida (la imposibilidad sobrevenida puede producirse antes, durante o después del vencimiento de la obligación; mientras que el incumplimiento sólo tiene lugar cuando la obligación ha vencido y es exigible; p. 219); *c)* El elenco de acciones de las que dispone el acreedor es distinto en uno y otro caso (si hay incumplimiento, el acreedor puede ejercitar la pretensión de cumplimiento *in natura*, la resolución por incumplimiento, pudiendo solicitar en ambos casos la indemnización de daños y perjuicios cuando el incumplimiento sea imputable. En cambio, en caso de imposibilidad podrá pretender la resolución del contrato y optar, si la posibilidad es imputable, entre resolver o pretender el cumplimiento en equivalente con la indemnización de daños en ambos casos; p. 220-221); *d)* La imputabilidad de la situación al deudor tiene consecuencias distintas en uno y otro caso (el incumplimiento, independientemente de cuál sea su causa, produce la perpetuación de la obligación. No obstante, en caso de imposibilidad sobrevenida, la perpetuación de la obligación sólo se produce cuando dicha imposibilidad es imputable al deudor; p. 221).

3. Como hemos apuntado, la segunda parte del libro está destinada a analizar las *consecuencias jurídicas* de la imposibilidad sobrevenida. Dichas consecuencias quedan determinadas por el carácter imputable o no de la imposibilidad.

4. Según sostiene Castilla Barea, en caso de imposibilidad sobrevenida *imputable* al deudor, la *obligación se perpetúa* (pp. 262-269) y el deber de *cumplimiento* del deudor recae sobre el *equivalente pecuniario* de la prestación devenida imposible (pp. 269-279). Con esta solución toma partido por aquel sector doctrinal que defiende la autonomía del cumplimiento por equivalente pecuniario, con una entidad propia y diferente de la indemnización de daños y perjuicios. Para apoyar esta solución recurre a las normas sobre ejecución de sentencias contenidas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que aunque no son directamente aplicables a los casos en los que el proceso se inicia con un caso de imposibilidad sobrevenida, ofrecen un apoyo legal a favor del cumplimiento por equivalente pecuniario (pp. 304-314). Junto al equivalente pecuniario, si existen daños, el acreedor podrá solicitar la indemnización de daños y perjuicios.

Junto a este régimen general, cuando la imposibilidad sobrevenida imputable tenga lugar en el marco de una *relación obligatoria bilateral*, el acreedor podrá optar entre el *cumplimiento en equivalente* y la *resolución del contrato*.

5. En caso de imposibilidad sobrevenida *no imputable* o *fortuita*, el efecto característico es la *extinción de la obligación del deudor* (p. 354) y, en los casos en los que sea posible, la obtención por el acreedor del *commodum representationis*, en virtud del artículo 1186 CC. Respecto de este precepto, afirma Castilla Barea, coincidiendo con el tenor literal del mismo, que sólo resulta aplicable en los casos de imposibilidad fortuita (pp. 318-319). Sin embargo, en contra de lo que opina un importante sector doctrinal,

amplía su ámbito de aplicación permitiéndole operar no sólo en las obligaciones de dar (dentro de las que incluye tanto las que tienen función constitutiva, como las que tienen función restitutoria; p. 333), sino también en las obligaciones de hacer (excepto en los casos en los que «la imposibilidad de la obligación de hacer proviene de daños infligidos en la propia persona del deudor»; pp. 327-328). En cuanto al *modus operandi*, ante la discusión doctrinal existente, se decanta por entender que el artículo 1186 CC ofrece una legitimación especial del acreedor para exigir al tercero el *commodum* (p. 341).

5.1 Nuestro ordenamiento no ha regulado, con carácter general, los efectos que provoca la imposibilidad sobrevenida no imputable cuando ésta tiene lugar en el marco de un *contrato bilateral*. En estos casos, se afirma que nos encontramos ante un problema de *atribución del riesgo contractual* (p. 350). En concreto, la cuestión se centra en determinar si en nuestro derecho rige el principio *periculum est creditoris* (el acreedor, a pesar de no recibir la prestación que ha devenido imposible, está obligado a realizar su contraprestación), o bien el principio *periculum est debitoris* (el deudor ve extinguido su deber de cumplimiento por efecto de la imposibilidad, pero no tiene derecho a reclamar la contraprestación del acreedor).

5.2 Una vez descartado que en nuestro ordenamiento la imposibilidad sobrevenida no imputable provoque la extinción automática de la relación obligatoria (pp. 359-360 y 367-374), la ausencia de una norma legal que establezca una regla general para todos los casos, lleva a la autora a buscar la consagración legal de estos principios en el régimen jurídico de los distintos contratos. El principio *periculum est creditoris* aparece recogido legalmente en el marco del contrato de compraventa –en el art. 1452 CC–, bajo la regla *periculum est emptoris* (p. 390). El principio *periculum est debitoris* aparece consagrado en diversas figuras contractuales: en concreto, en el arrendamiento de cosas (art. 1558 CC, art. 28 LAU, art. 82 LAR; pp. 428-440) y en el contrato de obra (conforme a la interpretación conjunta que propone de los arts. 1589, 1590 y 1595 CC; pp. 440-461).

Tras el análisis de estos preceptos, llega a la conclusión de que los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable, que no estén expresamente previstos por el legislador, se deben solventar con la atribución del riesgo al deudor (*periculum est debitoris*). Afirma que éste ha de ser el principio general y ello porque frente al grupo de normas del Código civil y de leyes especiales, que atribuyen el riesgo al deudor, sólo hay una norma –el art. 1452 CC– que atribuye el riesgo al acreedor. Dicho precepto es calificado por la autora como «elemento distorsionante del sistema de distribución del riesgo contractual» (p. 413) que, además, no se siente como justo, lo que provoca que, al no ser aplicado por el Tribunal Supremo ni tenido en cuenta por los particulares, sea objeto de una derogación de hecho (pp. 404-420). Queda determinar a través de qué mecanismos se le atribuye el riesgo al deudor.

5.3 La profesora Castilla defiende que el ordenamiento jurídico ofrece un remedio general aplicable a todos aquellos casos de imposibilidad sobrevenida no imputable en los que no se ha previsto legalmente sus efectos en la relación obligatoria bilateral: la facultad resolutoria prevista en el artículo 1124 CC. Dicho remedio consagra la regla de la atribución del riesgo al deudor, pues con su ejercicio el acreedor se ve liberado de realizar su contraprestación.

En este punto, la autora, que reconoce que tradicionalmente la resolución del artículo 1124 CC tiene por causa el incumplimiento, hace una precisión

para diferenciar la resolución que se produce como consecuencia del incumplimiento de la resolución que tiene lugar en caso de imposibilidad sobrevenida (*vid.* 2.3 sobre las diferencias entre incumplimiento e imposibilidad sobrevenida). Como fundamento para el reconocimiento de la resolución por imposibilidad sobrevenida en el marco del artículo 1124 CC, se refiere al propio tenor del precepto. Para ello le basta con acudir al párrafo primero del artículo 1124 CC que contiene la expresión «no cumpliero lo que le incumbe». Por tanto, la resolución se hace depender exclusivamente de la falta de cumplimiento (p. 467). Y puesto que la norma no precisa qué ha de entenderse por «no cumpliero», cabe incluir dentro del supuesto de hecho de la misma los casos en los que la falta de cumplimiento viene motivada por una imposibilidad sobrevenida no imputable que, al fin y al cabo, supone, al igual que el incumplimiento en sentido estricto, «una falta de atención al programa presencial» (p. 468).

6. A pesar de defender el carácter autónomo de la imposibilidad sobrevenida respecto del incumplimiento en sentido estricto, Castilla Barea acaba reconociendo que, en sus efectos, la imposibilidad sobrevenida es muy parecida a este último. Llega a afirmar que la imposibilidad sobrevenida imputable se parece mucho al incumplimiento imputable, y la imposibilidad sobrevenida no imputable, al incumplimiento no imputable (p. 520). Sobre esto último interesa resaltar que se ha dado un paso importante (y que parece que no tiene marcha atrás) definiendo el incumplimiento contractual al margen del juicio de reproche al deudor. Todo ello nos lleva a preguntarnos si realmente sigue teniendo sentido empeñarnos en defender la autonomía de la imposibilidad sobrevenida. Creemos que no: el nuevo derecho de la contratación así nos lo indica. Basta una lectura rápida de los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales, o de los Principios de Derecho Contractual Europeo, para comprobar que la imposibilidad sobrevenida deja de tener entidad propia. La imposibilidad sobrevenida constituye una manifestación más del incumplimiento, al igual que ocurre con el cumplimiento defectuoso, el cumplimiento parcial o el retraso en el cumplimiento. En el nuevo derecho de la contratación, el incumplimiento del deudor (cualquiera que sea y con independencia de su imputabilidad al deudor), abre un abanico de remedios a disposición del acreedor. Es cierto que cada incumplimiento tiene sus especialidades y permite el recurso a determinados remedios (por ejemplo, la reducción de precio en caso de cumplimiento defectuoso), pero, en principio, el acreedor puede elegir entre los distintos remedios disponibles. En concreto, en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación, el acreedor no dispone de la pretensión de cumplimiento, y ello con independencia de la imputabilidad al deudor. No hay más pretensión de cumplimiento que la pretensión de cumplimiento *in natura* –solución que actualmente es defendida en nuestro ordenamiento por destacados autores que sostienen que, en caso de incumplimiento imputable, desaparecido el cumplimiento *in natura*, sólo subsiste la obligación de indemnizar los daños y perjuicios. Sin embargo, el acreedor de la prestación devenida imposible tiene a su disposición el remedio resolutorio (con independencia de la imputabilidad del incumplimiento al deudor). Con ello, deja de tener sentido la necesidad de distinguir entre la resolución por incumplimiento y la resolución por imposibilidad sobrevenida. Por último, la imputabilidad del incumplimiento sí juega un papel relevante en el recurso al remedio indemnizatorio: sólo si la imposibilidad es imputable al deudor, el acreedor podrá reclamar la indemnización de daños y perjuicios.

En definitiva, al margen de que se esté o no de acuerdo con la opinión de la autora, no cabe duda de que la obra ofrece numerosos puntos de interés, invitando al lector a reflexionar sobre la figura de la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento y el papel que debe jugar hoy en día. Y aunque no se comparten los resultados del estudio, nos sumamos a las palabras del autor del prólogo, cuando afirma que esta obra «es un producto acabado, fruto de un trabajo elaborado y meditado. La autora ha resuelto con virtuosismo los numerosos problemas que plantea la figura de la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de los contratos, dotando a su investigación de un perfecto equilibrio entre lo dogmático y lo empírico».

Lis-Paula SAN MIGUEL PRADERA
Universidad Autónoma de Madrid

DOMINGO, Rafael/HAYASHI, Nobuo: *Estudio preliminar, traducción y notas al Código civil japonés*, prólogo de Antonio Garrigues Walker, Marcial Pons Ed., Madrid, 2000, 323 pp.

1. Quien se aproxime por vez primera al Código civil de Japón sin noticia de su sitio en el entorno codificador acaso espere encontrar una singular panoplia de recursos jurídicos desconocidos, de insólitas reglas orientales para el gobierno de las relaciones privadas, conforme a tradiciones y cánones milenarios, o, en el extremo opuesto del prejuicio ingenuo, una moderna ley mercantilizada y economicista. La sorpresa de este lector inquieto será mayor al tomar conciencia de que el Código civil japonés pertenece sin ambages, a la familia romano-germánica, con pequeñas dosis adicionales de Derecho angloamericano, y subirá de punto si lee las notas y declaraciones de uno de sus tres redactores, el profesor Hozumi, de la Universidad de Tokio, hijo de un samurai de Uwajima, quien citaba entre los Códigos empleados para la elaboración del japonés (más de treinta), nuestro Código civil español de 1889. La lectura de aquel texto con esta perspectiva revela nuevos y fecundos hallazgos comparatistas, por las múltiples coincidencias entre ambos Códigos, como no podía ser de otro modo, habida cuenta de la tradición romanista subyacente y de la deuda por ambos contraída con el *Code napoleónico*. Ciertamente, el lector más avisado conoce el alto valor de Código civil japonés como crisol de técnicas jurídicas de diversa procedencia, como resultado de la ciencia del Derecho comparado, con alto valor sincrético; y sabe ponderar en sus justos y relativos términos las afinidades con el Código civil español, pues el legislador japonés recibió su principal influencia del BGB alemán, tanto en cuanto a estructura como en cuanto a contenido, y también como fruto de una ascendiente anterior, del *Code francés*, siendo el resto de la treintena de códigos citados por el redactor antes mencionado de incidencia real, pero bastante secundaria.

El libro que la editorial Marcial Pons ha puesto en manos de los investigadores merece un saludo entusiasta, por constituir la primera traducción española de este Código, hasta la fecha conocido en Occidente por sus traducciones inglesa, francesa o alemana. Esta publicación viene a insertarse en

un interés, acendrado en los últimos años y meses, por tener acceso a la normativa civil extranjera, con un notable impulso para el Derecho comparado, que hace válida la máxima general de que la mejor bibliografía y la mejor biblioteca jurídica comienzan por una exhaustiva recopilación de las fuentes legales. En efecto, no hace ni dos años que la misma editorial publicó la versión en castellano de Emilio Eiranova Encinas, del *Código civil alemán* (muy meritoriamente «comentado», como reza su título, aunque sin notas comparativas con el Derecho español, como sucedía con el tratado que acompañaba a la espléndida versión de Melón Infante de hace medio siglo, o como sucede, escueta pero completamente, con la versión del Código japonés que ahora se presenta). Y, casi coincidente en el tiempo, ha aparecido, a finales del año 2000, el *Código civil y leyes civiles cubanas*, al cuidado de Ángel Carrasco Perera, en edición de la Universidad de Castilla-La Mancha.

El principal responsable de la laboriosa y arriesgada empresa de traducir el Código civil japonés es el profesor Rafael Domingo, catedrático de Derecho romano, a partir de una idea original y feliz (adjetivos que cuadran a todas suyas) del profesor Luis Arechederra. El proceso de confección de este producto de alta calidad fue largo, meditado, probo. A partir de un borrador redactado por el profesor Domingo, con base en las traducciones inglesa y alemana teniendo presentes el BGB y el *Code*, el profesor Nobuo Hayasi –de la Universidad Rykkyo (Tokio)–, conocedor de la lengua española por sus estudios doctorales en nuestro país, desarrolló la traducción española, que fue ulteriormente revisada por el profesor Domingo, con el cotejo de otras traducciones foráneas, como la francesa. La garantía de fidelidad al texto original no sólo está proporcionada por este trabajo en equipo, sino también por la experiencia del citado romanista en el ámbito del iusprivatismo comparado (corolario de su formación alemana), como demuestra su erudito y documentado estudio preliminar, que supera las veinticinco páginas, en el que se pueden apreciar las horas de investigación consagradas a explicar el sistema jurídico japonés (no sólo su Código civil), invertidas en Múnich como becario de la Fundación Humboldt o en la Universidad de Harvard, entre otras muchas instituciones. La nómina de agradecimientos (en la que figuran nombres como Juan Miquel o Fernando Pantaleón) da cuenta de lo contrastado del producto final.

2. En la historia de la codificación del Derecho civil japonés cabe distinguir claramente cuatro hitos, que rotulan las correspondientes etapas. El poderoso influjo de la cultura china en Japón y su aislamiento del mundo occidental comenzó a remitir en el siglo XVIII y dio un vuelco capital con la revolución de 1868, con la restitución de los emperadores, frente a la estructura feudal establecida. Incluso antes del inicio de la época Meiji (1868-1912), el interés de Japón por Occidente era correspondido por un mayor interés de éste por aquél, que culminó con la irrupción en el archipiélago, en 1853, de los barcos de guerra estadounidenses, forzando la firma, en 1858, de una serie de tratados comerciales con Estados Unidos, Holanda, Rusia, Francia y Gran Bretaña (los «tratados inequitativos», que concedían a estas potencias amplísimos privilegios de extraterritorialidad en el ámbito civil y penal). Abandonar la incomunicación plurisecular, eliminar los juzgados consulares, evitando la discriminación y modelar su ley de acuerdo con la más depurada técnica legislativa de los países de Occidente fueron los factores que habrían de desencadenar la promulgación del Código civil nipón, en el contexto de la nueva constitución Meiji de 1889.

El primer hito en este camino codificador, una vez más decimonónico, fue el llamado «Código civil antiguo» o de Boissonade, precedente finalmente frustrado del vigente código. El Gobierno japonés invitó a diversos juristas extranjeros para que enseñaran el Derecho occidental, entre los que destacaba el parisino Gustave Émile Boissonade de Fontarabie. A él se le encomendó, primero, la tarea de redactar en francés un Código penal y un Código de procedimiento penal (los cuales culminó con éxito en 1877 y entraron en corto vigor en 1882) y, después, un Código civil. A esta empresa se dedicó diez años, a partir de 1879, con inspiración principal, aunque no única, en el *Code* francés. Dado que desconocía las costumbres japonesas y el idioma, decidió que el libro I sobre las personas y el Derecho de sucesiones fuese redactado por dos japoneses. Concluida su labor, en 1890 se promulgó el Código, cuya entrada en vigor se estableció para el 1 de enero de 1893. Sin embargo, durante esta amplia *vacatio legis* se produjo una fuerte controversia y oposición hacia este texto, por varios motivos de vario género, técnicos, políticos, sociales: su excesivo escoramiento hacia el Derecho francés, en un tiempo en que la política legislativa del Gobierno comenzó a mirar con suma admiración la ciencia jurídica alemana (el Código de comercio y la Ley procesal civil se encomendaron a juristas alemanes); la escasa atención a las instituciones tradicionales japonesas, especialmente en el Derecho de familia; la inestabilidad gubernamental, a raíz de la revisión de los citados tratados comerciales; etc. El tiro de gracia que certificaría la defunción del Código de Boissonade fue el Manifiesto que firmaron once juristas japoneses de formación anglosajona en 1892, que contenía una detallada crítica de aspectos axiológicos poco afines a la ideología de la época. Una Ley del mismo año «retrasó» la entrada en vigor de los Códigos civil y de comercio. Boissonade regresó a Francia.

El segundo hito en la labor de fijar el Derecho civil japonés lo constituye el vigente Código civil de 1898. Tras el disimulado aborto del «Código antiguo», se designó una comisión por edicto imperial de 1893 para «revisarlo», compuesta por tres profesores de la Facultad de Derecho de Tokyo (donde se prestaba más atención al Derecho anglosajón y alemán que en la Escuela de Derecho del Ministerio de Justicia, donde profesó Boissonade, más atenta al Derecho francés). Hozumi y Tomii habían defendido el retraso en la entrada en vigor del código, en tanto que el profesor Ume fue uno de los defensores principales de su efectividad inmediata. Estos juristas prepararon un nuevo proyecto, de nuevo cuño, cuyos cinco libros acabaron siendo promulgados por Ley 9/1898, de 21 de junio, en vigor desde el 16 de julio del mismo año.

El Código civil japonés, además de estar escrito por juristas del lugar y en su propio idioma, era mucho más breve (616 arts. menos) que el de Boissonade (que tenía 1726 arts.) y bebía en más variadas fuentes, aunque la principal, sin duda alguna, fue el BGB alemán. A este cuerpo legal (especialmente en su primer y segundo proyectos) siguió sobre todo en su estructura –con la variante de anteponer los derechos reales (libro II) a las obligaciones (libro III) y algunas otras en ciertos capítulos– y también en su contenido; así, entre otras muchas reglas procedentes directamente de ese Código, destaca la recepción de las nociones alemanas relativas a la persona y el negocio jurídico (capacidad jurídica, capacidad de obrar, declaración de voluntad, representación, teoría de la persona jurídica, asociación-fundación, etc.). Por supuesto, el Código civil francés fue también muy tenido en cuenta, en un segundo puesto, en materias tan importantes como la responsabilidad extracontractual, el principio consensual de la transmisión de la propiedad, las adquisiciones a

non domino, los privilegios, las servidumbres, etc. También se respetaron algunos artículos procedentes del Código de Boissonade. En cambio, la influencia anglosajona en el Código de 1898 es muy reducida, a diferencia de su aceptación ulterior. De la treintena de otros Códigos que sirvieron de inspiración al japonés, como antes se dijo, destacan los de Prusia, Austria, Sajonia, Italia (1865) o Suiza (1881), en la parte de obligaciones. Las instituciones genuinas de la tradición jurídica japonesa incorporadas al código son escasas, destacando el derecho de «Iriai», que es un derecho real consuetudinario de explotación forestal de tierras comunales; el destino de los instrumentos para ritos funerarios y la sucesión en la tabla genealógica (*cfr.* arts. 897 y 769); y el Derecho de familia y sucesiones, consagrados en los libros IV y V, que sufrirían profundas modificaciones en la siguiente etapa. De todo ello, con precisos apuntes comparatistas sobre el origen de cada precepto, dan buena cuenta los autores de la traducción española, los profesores Domingo y Hayashi, tanto en estudio preliminar como en las abundantes notas a los artículos.

El tercer jalón del *iter* codificador vino propiciado por la nueva Constitución democrática de 3 de noviembre de 1946, impuesta por MacArthur para sustituir a la Meiji de 1889, con la consiguiente «americanización» del Derecho japonés. La nueva Constitución, fruto de la rendición incondicional de Japón a las Fuerzas Aliadas y de la Declaración de Postdam, concentró sus principios en la soberanía popular, la renuncia del derecho a la guerra, la supresión de la nobleza y de los privilegios y, muy especialmente, en cuanto afectaba directamente al Código civil, el derecho a la igualdad, la libertad de residencia y la «dignidad individual», y la «equiparación de ambos sexos». Resulta evidente que la incidencia de esos principios operó en el Derecho de familia y de las sucesiones, que fue sometido a una profunda revisión por Ley 222/1947, de 22 de diciembre, la cual fue más derogatoria que creativa o modificadora. Instituciones genuinas como el Consejo de Familia, el deber de manutención del jefe de la Casa y la sucesión de éste se suprimieron por entero. Socialmente supuso una nueva revolución, al desaparecer la institución de la Casa por ser considerada por el Gobierno americano contraria a los principios citados (con claro desenfoque técnico, si se compara con la adaptación constitucional operada en España en el régimen de la Casa navarra, por ejemplo); el matrimonio fue también profundamente alterado para dar acogida a ese principio de igualdad (supresión de la autorización paterna, separación de patrimonios, libertad de elección de apellidos, reformas en el divorcio, etc.), así como la supresión de los privilegios sucesorios del primogénito.

Un cuarto y último período cabe establecer entre esta Ley, impulsada por la Constitución, y la actualidad, en el cual se han aprobado importantes reformas del Código civil, así como leyes civiles especiales, siguiendo la tendencia mundial. Entre las primeras cabe destacar dos importantes Leyes que han modificado el Derecho de sucesiones en 1962 y 1980 (modificación de los llamamientos *ab intestato*, nuevas atribuciones de designación de sucesores del Juzgado de Familia, mejora de la posición del cónyuge viudo, etc.) y la reciente Ley 149/1999, de 8 de diciembre, que entró en vigor el 1 de abril de 2000, que ha reformado en profundidad las materias de la capacidad de obrar, la tutela, la curatela y ha introducido como gran novedad la figura intermedia entre las dos últimas de la «asistencia»; también ha suprimido el clásico concepto del «incapacitado», por considerarlo peyorativo, y lo ha sustituido

por algunas perifrasis. Esta Ley ha realizado también unos pequeños cambios en materia sucesoria, sobre todo tendentes a que sordos y mudos puedan testar en las diversas formas. La traducción que ahora se presenta recoge los artículos reformados conforme a esta norma postrera. En cuanto a las leyes extracodiciales, son múltiples y en varias de ellas se acusa la mayor influencia de la escuela angloamericana (ya patente en las vigentes leyes sobre el *trust*, de 1905 y 1922). Cabe destacar, en este sentido, las numerosas leyes para regular las hipotecas, arrendamientos de viviendas (1992, reformada en 1997), la responsabilidad ambiental, etc. Recientemente, también, se ha promulgado un nuevo Código procesal civil (26 de junio de 1996, en vigor desde 1998).

3. Comparado con los Códigos civiles que le sirvieron de modelo y con el Código civil español, el japonés es un Código breve. Consta de 1.044 artículos (frente a los 2385 párrafos del BGB, los 2283 artículos del *Code*), divididos en cinco libros: por este orden, «Parte general», «De la propiedad y de los derechos reales», «De las obligaciones», «De la familia», «De las sucesiones». La estructura, como ya se indicó, es muy similar a la del BGB, con la inversión de los libros segundo y tercero. Por lo demás, los artículos no son particularmente extensos, sino que, antes bien, existen algunos bastante lacónicos, como los iniciales (1.3.º: «se prohíbe el abuso de derecho»; 1-3: «Los derechos privados se disfrutarán desde el nacimiento»), que presuponen la importante carga conceptual del Derecho comparado.

Esta brevedad encuentra explicación, al menos, en varias circunstancias: por un lado, en la existencia de varias leyes especiales al margen del código, como las reseñadas antes, y, especialmente, la *Horei*, reguladora de las normas de Derecho internacional privado (Ley 10/1898, de 21 junio, con diversas reformas, la última de 1989), que detrae esas reglas de la Parte General o del inexistente Título Preliminar del código. Por otro lado, los regímenes jurídicos de algunas instituciones son en exceso parcos. Por poner algunos ejemplos, en cotejo con el Código civil español, a la permuta se consagra un solo artículo; la transacción, dos (frente a los once españoles); el régimen económico del matrimonio ocupa tan sólo ocho artículos (!) (frente a nuestros 130); la partición hereditaria comprende nueve artículos (*versus* los 37 del CC español); también la donación recibe un tratamiento menor. Por contraste, sí existen otras instituciones jurídicas minuciosamente reguladas, mucho más que en el Código civil español, como es el caso de la persona jurídica o de la sociedad.

En este primer acercamiento al texto legal nipón cabe destacar cierto regusto por insertar instrumentos intermedios, en un afán clasificatorio y graduador en el que no es difícil apreciar el prestigio del dogmatismo de la doctrina germánica entre los redactores del Código. Así, junto con la novedosa inserción en 1999 de la figura de la «asistencia» –arts. 14 y ss. y 876, para personas con deficiente capacidad de entendimiento, que no «estuviesen privadas permanentemente de capacidad de entendimiento a causa de su deficiencia mental» (art. 7: tutela), ni tuviesen «una muy insuficiente capacidad de entendimiento» (art. 11: curatela)–, puede mencionarse la «cuasiposesión» –art. 205, en el sentido del Derecho romano; el legislador japonés le dedica un capítulo de un artículo único, entre el consagrado a la posesión y el de la propiedad, para flexibilizar el rígido sistema de *numerus clausus*–, o, incluso, el «cuasimutuo» –art. 588, que es un mutuo con causa distinta–.

A continuación se dará cuenta, en un limitado prontuario, de las reglas más definitorias del Código civil japonés buscando tan sólo el contrapunto con el Código civil español; es decir, un elenco de normas y principios, siguiendo su orden, que puede resultar más distante o extraño para el jurista español.

4. El libro primero, intitulado «Parte General», se abre con dos artículos sin título ni rúbrica alguna, incorporados en 1947 por efecto de la nueva Constitución, en los que se acogen como principios la sumisión de los derechos privados al bien común, su ejercicio conforme a la buena fe, la prohibición del abuso de derecho y la interpretación de esta Ley «conforme a los principios de dignidad individual y de esencial igualdad jurídica entre ambos sexos». Acto seguido, el libro se divide en seis títulos, sobre las personas, las personas jurídicas, las cosas, los negocios jurídicos, los plazos y la prescripción. Como se ve, la estructura es muy similar a la del BGB.

La mayoría de edad se fija en los veinte años cumplidos (igual que en los Códigos coreano y taiwanés). El régimen de las resoluciones judiciales de las personas sometidas a tutela, curatela o asistencia, y sus respectivas capacidades de obrar, se insertan en el título relativo a las personas, sin perjuicio del desglosamiento de estos institutos en el libro relativo al Derecho de familia (arts. 838 y ss.). La reforma de 1999 ha sustituido la tradicional declaración de «incapacidad», por una resolución del Juzgado de Familia de constitución de tutela sobre «mayores» y «menores». Este juzgado goza de muy amplias e importantes atribuciones a lo largo de todo el código, por influjo norteamericano, a partir de una ley de 1947 sobre organización judicial. En cualquier caso, la mentada reforma de 1999 resulta en exceso nominalista, en busca de «corrección política», como demuestra este solo ejemplo: el artículo 713 ha sido modificado exclusivamente para sustituir el término «enfermo mental» por el circunloquio «el que no sea capaz de advertir la responsabilidad de su acto a causa de su enfermedad mental».

El régimen de las personas jurídicas, cuyo concepto se toma del Derecho alemán (diferenciando entre públicas y privadas, y, en éstas, entre asociaciones y fundaciones), está muy pormenorizado en cuanto a su constitución, inscripción, administración y disolución. Las sociedades mercantiles se regulan en el Código de comercio, con una importante revisión «norteamericizada».

También es evidente el modelo del BGB en el título «De las cosas» (que se reducen a las corporales) y en todo lo relativo a los negocios jurídicos. En éstos debe resaltarse la eficacia preferente de la costumbre *contra legem* (art. 92: «en el caso de que exista una costumbre contraria a una ley o disposición que no fueren de orden público, se aplicará aquélla si se considera que las partes del negocio jurídico tuvieron voluntad de seguirla»), de forma afín al Fuero Nuevo de Navarra. En la declaración de voluntad se regula la reserva mental y en la representación, en cambio, el código japonés se desmarca del alemán al admitir tan sólo la representación directa. El régimen de la nulidad y anulabilidad se erige en uno de los que mejor reflejan la imbricación de la influencia francesa y alemana, con especial atención a varias modalidades de confirmación. Pareja influencia compartida cabe apreciar en el régimen de la prescripción, donde se distingue entre la adquisitiva (con el principio romano *mala fides superveniens non nocet*, contrario al CC español) y la extintiva, de derechos, no de acciones, como en nuestro Código civil.

5. En cuanto al libro segundo, se abre con la declaración del artículo 175 del *numerus clausus* de los derechos reales. El Código civil regula –aparte de la posesión–, como tales derechos, la propiedad, la superficie, la enfiteusis, la servidumbre, la retención, el derecho de privilegio, la prenda, la hipoteca y el genuino derecho japonés de *iriai*, como derecho de aprovechamiento comunitario. El artículo 176 instaura el sistema de transmisión consensual del dominio y los derechos reales, siguiendo el sistema espiritualista del *Code* francés (y después el *Codice civile* italiano) y abandonando el principio de la abstracción alemán, así como el título y modo español. También se aprecia la influencia francesa en otro importante precepto, el relativo a las adquisiciones *a non domino*, en el que se acoge una regla similar a *en fait de meubles*, la *possession vaut titre* y sus consecuencias (arts. 192-194).

El patrón alemán se retoma en materia de posesión, pautado por la jurisprudencia clásica romana, en cuestiones como el servidor de la posesión, el constituto posesorio y otras. Idénticos mimbres se identifican en lo relativo a la adquisición de la propiedad, que se regula con una sistemática y soluciones un tanto distintas a las españolas. En cambio, la coincidencia con el Código civil español es bastante mayor respecto a la copropiedad (cuotas ideales), las servidumbres (con una regulación breve, por contraste, de 15 artículos) y, en algún punto, la enfiteusis. Curiosamente, tanto el usufructo como las servidumbres personales son desconocidas por el CC japonés.

El derecho de retención se configura con carácter real. La prenda tiene una regulación minuciosa, en la que se diferencia según recaiga sobre muebles, inmuebles o derechos; esta última no está regulada en el CC español, aunque sea admitida. El régimen de la hipoteca en el CC japonés está modelado sobre la base del *Code* francés, aunque está desarrollado por numerosas leyes especiales. En los artículos 398 y siguientes se desgrana la normativa sobre la hipoteca de máximo, incorporada al Código japonés en 1971 mediante nada menos que veintiún nuevos artículos; en España, pese a su frecuencia práctica, esta modalidad tiene una mínima regulación.

6. En el libro tercero, de las obligaciones, resulta discordante lo impecable de sus soluciones estructurales con la pobreza de algunos de sus preceptos más genéricos. En efecto, el libro se divide en cinco títulos: el primero, de disposiciones generales sobre obligaciones. El segundo, «De los contratos», donde se regula la donación (antes de la compraventa y desligado de los modos de adquirir, definiendo su naturaleza jurídica, como diferencias respecto al CC español), la compraventa, la permuta, el mutuo, el comodato, el arrendamiento de cosa, el contrato de prestación de servicios, el contrato de obra (rechazando así la teoría unitaria de los arrendamientos), el mandato, el depósito, la sociedad, la renta vitalicia y la transacción; en los cuales se apuntan las mismas influencias ya reseñadas respecto al resto del Derecho patrimonial. El legislador japonés muestra el acierto de sacar de este título de los contratos las capitulaciones y el régimen económico del matrimonio, situados en el libro de la familia, a diferencia del Código civil español. Tras esos dos títulos, el libro de las obligaciones se cierra con dos títulos breves relativos, respectivamente, a la gestión de negocios ajenos y al enriquecimiento sin causa (ausente como tal en el CC español), rehusando agruparlos bajo la rúbrica de «cuasicontratos». El último título se consagra a «los actos ilícitos».

En cuanto a la referida indigencia de ciertos preceptos generales, baste decir que este libro de las obligaciones se abre con una regla sobre el objeto

de éstas, en el sentido de poder ser también una prestación inestimable. Se prescinde de importantes artículos introductorios como el 1088 o el 1089 del CC español. El régimen concreto de las obligaciones, en cambio, sí es completo, y cabe resaltar las normas sobre cesión de créditos, novación (sólo extintiva, no también modificativa, como en el CC español), o el pago por tercero. Por su valor de contraste, en las normas genéricas consagradas a los contratos, debe mencionarse el completo régimen (igual que en el BGB) de la promesa de recompensa (ausente del *Code* y del CC español). De los contratos específicos tan sólo la compraventa merece un apunte en este apretado repaso, debido a que sus artículos son, probablemente, los que mejor reflejan la actividad de la comisión redactora del Código, sin seguir particularmente ninguno de sus dos principales modelos, los textos alemán y francés (se regula expresamente, *v. gr.*, la venta de cosa ajena, a diferencia del CC español).

El sistema de responsabilidad civil se basa, de *lege lata*, en la culpa y, como en el BGB, regula los daños morales, la lesión de la fama, la equiparación del concebido al nacido a efectos de indemnización o el plazo de prescripción de tres años desde el conocimiento del hecho (*y, en todo caso, veinte desde la comisión del acto ilícito*). No obstante, diversas leyes especiales han acudido con rotundidad al principio de la responsabilidad objetiva, para diversos sectores, como los daños causados por energía nuclear (Ley de 1961), o, coincidiendo en fechas con las correspondientes leyes españolas, la responsabilidad por daños ocasionados por productos defectuosos (Ley 85/1994) o por vehículos a motor (Ley 97/1995).

7. El régimen de la familia, delineado en el libro IV, hoy vigente, dista bastante del recogido en los preceptos originarios de 1898, guiados por la organización en torno a una Casa (*Ie*) y a un jefe de familia con amplias atribuciones de gobierno patrimonial y personal. En la actualidad, de la Casa japonesa tan sólo hay un mínimo resquicio en el artículo 730, que impone la obligación de ayuda mutua entre parientes que vivan bajo el mismo techo. Tras las reformas subsiguientes a la Constitución, el Derecho de familia, empero, sigue acumulando las disparidades más señeras respecto a su homónimo occidental. A tenor del artículo 725, que abre el libro, son parientes entre sí los consanguíneos hasta el sexto grado, los esposos (distanciándose así de la tradición romana acogida por el CC español) y los afines hasta el tercer grado. Este último grado de parentesco trae consigo la prohibición de casarse entre los afines en línea recta (*v. gr.*, entre suegra y yerno, o entre nuera y suegro), y se extingue por divorcio, automáticamente, y por muerte del cónyuge, curiosamente, por medio de una declaración: cuando el supérstite así lo manifieste expresamente.

Para contraer matrimonio se requiere haber cumplido dieciocho años el hombre y dieciséis la mujer. El casado no puede volver a casarse; existe el delito de bigamia. Para contraer nuevo matrimonio deben transcurrir seis meses desde la disolución o anulación del anterior. La inscripción del matrimonio es constitutiva y apenas requiere formalidades: basta con una simple declaración de voluntad, oral u escrita ante el oficial del Registro civil y dos testigos (art. 739), sin ninguna ceremonia especial. Pese a tal laxitud, aun hoy, la gente corriente se cree legalmente casada cuando ha celebrado el matrimonio de acuerdo con la tradición religiosa, que no requiere declaración; eso hace, como refiere Yosiyuki Noda («Japan», en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen-Paris-New York, 1971, I, p. J-14), que muchas familias socialmente irreprochables estén legalmente equivoca-

das, lo cual ha tratado de ser corregido por la jurisprudencia, que ha buscado dotar de efectos a ese matrimonio, llamado *naien* (aunque los tribunales no han llegado a legitimar al niño nacido de esa unión). La nulidad y anulabilidad del matrimonio encuentran sus causas en la falta de voluntad o de inscripción. En cuanto a los efectos del matrimonio, destaca que los contrayentes deben tomar el apellido del marido o de la mujer, conforme a lo acordado en el momento de la celebración del matrimonio; en la práctica, el 98 por 100 toman el nombre del marido. La escueta regulación del régimen económico matrimonial da la máxima libertad de pacto a los cónyuges, pero rígidamente estatuye que los capítulos sólo surtirán efectos para terceros si son inscritos antes de celebrar el matrimonio y son inmodificables (por contraste con el régimen español). En cuanto al régimen legal, enunciado en tres mínimos artículos, guarda similitud con el de separación de bienes.

Las características del divorcio japonés son bien conocidas fuera del archipiélago, debido a referentes culturales de Occidente ya centenarios, que se admiraron del drama humano que podían ocasionar. La pucciniana *Maddama Butterfly* se aferra a la ley americana, rehusando que se le deba aplicar la japonesa; con ingenuidad exclama: «es bien sabido que abrir la puerta y dejar a la esposa inmediatamente es tenido aquí como divorcio. Pero en América eso no es posible (...) el magistrado dice: ¡Bellaco, a la cárcel!» (Acto II, 1.^a). Antes, el aprovechado oficial Pinkerton se ufanaba, ante la compra de casa, diciendo: «La he comprado para 999 años, con opción, cada mes, de rescindir el contrato. En este país parece que las casas y los contratos son igualmente elásticos. (...) Así me casé al uso japonés por 999 años. Salvo que soy libre cada mes» (Acto I). El «divorcio unilateral», sin previo aviso (en realidad repudio, del que se hace eco la ópera, basada en una novela del abogado de Filadelfia John Luther Long), fue sustituido en el Código Meiji de 1898 por dos formas de divorcio: el divorcio por mutuo consentimiento, sin más forma que su inscripción en el Registro, y el divorcio judicial, por unas causas tadas. El Código no conoce la separación legal. El acto de conciliación ante el Juzgado de Familia es obligatorio para todas las causas de divorcio en las que no existe mutuo acuerdo. Si llegan a un acuerdo ante el Juez, por medio del «conciliador», no es necesario ejercitarse la acción de divorcio. Como aportan los traductores de esta obra, en 1997, el 91 por 100 de los divorcios fueron convencionales.

En lo que respecta a paternidad y filiación, el Código civil distingue entre la «legítima» y la «ilegítima», por considerar el matrimonio como causa de legítima paternidad. No existe la equiparación de las tres filiaciones que se impuso en el Derecho español reciente entre la filiación matrimonial, no matrimonial y adoptiva. La filiación adoptiva, reformada con pormenor en Japón (también) en 1987, distingue entre adopción simple y plena (como en España antes de la reforma). La patria potestad se ejerce conjuntamente, y está configurada conforme a los principios occidentales desde 1947. La tutela, tras la reforma de 1999, acoge como novedad el tutor de mayores, que puede ser también una persona jurídica. Se conserva la institución del protutor (de mayores y menores) y se desarrolla el régimen de la curatela, de forma bastante distinta a la española, pues no menciona la emancipación, ni el beneficio de mayor edad, ni la prodigalidad como causas. La ya comentada novedad de la «asistencia» como figura intermedia se explica por el grave problema de envejecimiento de la población japonesa. En cuanto a los alimentos, el

articulado se ha aligerado respecto a 1898, confiriendo más facultades al Juzgado de Familia.

8. El Derecho sucesorio, contenido en el libro quinto, también ha sufrido una profunda transformación desde el originario Código civil Meiji, el cual reconocía dos tipos de sucesión: en la jefatura de la Casa y una sucesión patrimonial de corte occidental. Al suprimirse la institución de la Casa, desapareció el primer tipo de sucesión, del que sólo queda como vestigio de identidad el artículo 897, sobre la transmisión de la tabla genealógica, los instrumentos de ritos fúnebres y sepulturas.

Con una estructura bastante particular, el libro, tras situar unas disposiciones generales al inicio, se abre con el título «De los herederos», de corte genérico, aunque parece hacer referencia a los herederos legales o abintestato, al regular en ese título la indignidad y la desheredación y tratar en el último título, que cierra el Código civil, la legítima. Los artículos 887 ss. enuncian el orden de esos herederos, que son los hijos (y descendientes por derecho de representación), ascendientes, hermanos y hermanas y, «en todo caso», el cónyuge viudo, que, concurra con quien concurra, «conservará su mismo rango hereditario». La posición jurídica del consorte supérstite está muy mejorada desde 1947 y es, desde luego, mucho más sólida que en el Código civil español. En el japonés es heredero forzoso (con cuotas superiores a las españolas) y abintestato siempre, sea quien sea el pariente con el que concurra en esa delación. Es en el siguiente título, relativo a la eficacia jurídica de la sucesión hereditaria, en el que se expresan las cuotas hereditarias, dejando, de cualquier modo, libertad para alterarlas al causante o encargar su determinación a tercero. Si concurren hijos y el cónyuge viudo, la mitad de la masa hereditaria es para cada uno. Si el viudo concurre con ascendientes, éstos recibirán un tercio y aquél dos tercios. Si la concurrencia es con hermanos, éstos percibirán un cuarto de la herencia y el viudo o viuda recibirá tres cuartos. Por último, cuando son varios hijos o padres los que han de compartir la herencia con hermanos, heredarán por partes iguales, teniendo presente que los hijos ilegítimos perciben la mitad que los hijos legítimos.

La colación y la partición cuentan con algunas pocas normas peculiares respecto al Código civil español, al igual que la aceptación y repudiación de la herencia, para las cuales hay un plazo de tres meses desde que el llamado tuviese conocimiento de la apertura de la sucesión (a inspiración del *Code* y por contraste con el CC español, que no fija plazo, salvo que se ejerzte la *interpellatio in iure*). Otra diferencia importante es la regulación de la herencia yacente (siguiendo al BGB) y la original «separación de bienes hereditarios», regulada en un título detallado, para que los acreedores del causante, del legatario o del heredero puedan solicitarla para tener un derecho preferente; tan sólo puede evitarse la separación si el heredero paga con sus propios bienes esas deudas.

En la sistemática del Código, el título sexto de este libro se dedica a «la inexistencia de herederos» (arts. 951 ss.), con un régimen muy especial: si se desconoce si existe o no heredero, la masa hereditaria se constituirá en persona jurídica (a diferencia de Derechos como el francés, el alemán o el suizo, que siguen una *fictio legis*), con un administrador judicial. Si aparece el heredero, se tendrá por no constituida, aunque subsistirán los actos del administrador. Si no aparecen los herederos en plazo, tras el anuncio público, decaen en su derecho, y el Juzgado de Familia puede, a instancia del interesado, donar el remanente tras la liquidación «a aquella persona que hubiere convi-

vido con el causante, se hubiere esmerado en su cuidado y atención o hubiere tenido una especial relación por cualquier otra causa» (art. 958). Si nada dispone el Juzgado, la herencia ingresa en el Erario Público.

En cuanto a las formas testamentarias, no merecen especial mención, al seguir al *Code francés* y ser similares al español, también con admisión del ológrafo y prohibición del mancomunado. Lo mismo sucede con la eficacia del testamento (sometible como tal a condición, no sólo poniendo *sub condicione* las declaraciones de voluntad), su revocación (con la regla antagónica de la irreviviscencia del revocado) y la ejecución testamentaria. El título de la legítima presta especial atención a reglas de cálculo, imputación, etc., admite la renuncia anticipada a la legítima, si se autorizó por el Juzgado de Familia, y, respecto a la cuantía (art. 1028), establece que los herederos, excluidos los hermanos, recibirán como legítima, una tercera parte cuando sólo haya herederos ascendientes, y la mitad del haber hereditario los demás casos.

9. Las últimas palabras deben ser para la labor de los traductores y editores de este texto legal. Además del estudio inicial y las notas al pie, que constituyen un auténtico comentario de Derecho comparado, sagaz, el libro se completa con un índice tópico y con algunas fotografías de los principales protagonistas de la codificación japonesa. Las concordancias con códigos extranjeros y a otros textos legales japoneses, la incorporación de unas rúbricas (no oficiales, aunque habituales en las ediciones de este Código) al inicio de cada artículo, la aportación de diversas estadísticas recientes, la inclusión de una tabla cronológica de las Leyes que han reformado el Código (en la que, acaso, se echa de menos la mención del título de cada Ley), la traslación de la moneda y las medidas japonesas a sus respectivas españolas (aportando también las referencias originales), son índice del trabajo impecable desarrollado en esta edición. Trabajo que se intenta apurar incluso tratando de desbrozar las posibles partes del Código civil japonés que se pudieron ver influídas directamente por el español, entre las que el profesor Domingo aventura, con matices, la enfiteusis, la imputación de pagos, los anticipos del mandatario y, con más energía, la responsabilidad en el contrato sometido a condición suspensiva o el contrato de sociedad, cuestiones que quedan para ulteriores estudios.

El gran problema metodológico previo con el que todo traductor se enfrenta, esto es, la fidelidad estricta a la letra o a su sentido, ha sido resuelto con equilibrio por los responsables de esta edición en favor del segundo, lo cual no ha evitado la toma de algunas licencias algo discutibles. Así, por ejemplo, se detecta cierta tendencia a «pulir el estilo» del legislador japonés, por vía de síntesis, como el empleo del sintagma «a falta de acuerdo», en lugar del originario «si no se llegare a un acuerdo o resultaren imposibles las deliberaciones» (arts. 767-769, 811, 879), o el empleo confesado de un asterisco en los casos en que, «para evitar giros lingüísticos y expresiones tortuosas, se ha optado por una traducción más libre»; o, también por vía de ejemplo, la transcripción directa del artículo 1728.1 CC español como texto del artículo 649 CC japonés, por su similitud, o la traducción libre del originario «enriquecimiento indebido o injusto» por «enriquecimiento sin causa», o «relaciones patrimoniales», por nuestro más familiar «régimen económico». Opciones de este tipo hacen ganar en agilidad y comprensión a la lectura y no suponen un defecto tan grave como a primera vista pudiera parecer, toda vez que suelen ofrecerse en nota, con una honradez científica destacable, los giros originarios e incluso su transcripción en japonés. De cualquier modo, como ya escribiera en 1906 cierto artista y filósofo japonés, «la traducción es siem-

pre una traición y, como observa un autor de la época Ming, en el mejor de los casos, sólo puede ser el reverso de un brocado: todos los hilos están presentes, pero falta la sutileza del color y el dibujo» (Kakuzo Okakura, *El libro del té*, traducción J. Fibla, ed. Martínez Roca, Barcelona, 1999, p. 80).

Hasta aquí, este epítome del contenido del Código civil japonés, en la versión que ahora se presenta. Resta la pregunta que acaso guarde el inquieto lector que inició el breve viaje jurídico de esta recensión y del propio texto legal: ¿se han asentado en la sociedad japonesa los principios y reglas occidentales que la labor comparatista incorporó al Código civil de un pueblo oriental, con otras pautas vitales? La respuesta puede encontrarse en un mito con muchas manifestaciones diarias en el Japón de hoy mismo: la relucitancia de sus gentes a litigar, la búsqueda de conciliación y arbitraje al margen de las normas jurídicas. Como explican Zweigert y Kötz (*An introduction to comparative law*, 3.ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 301-302), las disputas familiares se resuelven al margen de los tribunales, por encargos a intermediarios que buscan la reconciliación; el divorcio es un acuerdo *inter partes*, en el que no intervienen abogados, ni siquiera para regular sus consecuencias, también encomendadas a arbitradores; las disputas de vecinos o por razón de arrendamientos, suelen resolverse por arreglo amical, lo mismo que la ejecución de los contratos, con una mentalidad de transacción y reconocimiento de deudas ulteriores que el juez no puede ponderar; incluso para los accidentes de tráfico existen oficinas especiales de mediación. Sin embargo, las recientes leyes sobre responsabilidad objetiva parecen haber globalizado igualmente la fiebre litigiosa, en un país siempre atento al Derecho comparado.

Sergio CÁMARA LAPUENTE
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.ª Dolores: *Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, 472 pp.

Es difícil encontrar, hoy en día, obras jurídicas que traten sobre temas clásicos y no sobre las últimas reformas que se van produciendo o sobre temas estrella. La monografía de la doctora Mezquita, por el contrario, no trata un tema de rabiosa actualidad, sino una institución de firmes raíces romanas, de un tema «de Código» y por ello de enorme valor formativo.

Por otro lado, el tema mismo –el crédito refaccionario– no es objeto de un tratamiento o de una atención constante de la doctrina. Más bien al contrario, salvo algún reciente trabajo monográfico sobre el particular, el crédito refaccionario ha venido siendo, hasta el momento, una institución sumida en el olvido, situación de la que la propia autora encuentra sus causas. En efecto, los civilistas apenas reparan en los manuales en la importancia del crédito refaccionario y sólo cuando en materia hipotecaria se observa el abundante número de normas que a él se dedican, surge una perplejidad de la que se pretende huir pensando que será una figura en desuso, si bien con cierto arraigo en la época en la que se dictó la LH.

En fin, la autora tiene el mérito de redescubrir el crédito refaccionario y de reconquistarlo para la civilística, aportando todavía algo de innegable valor: su propia tesis, es decir, la defensa de que de su investigación se deriva una determinada propuesta jurídica de enorme relevancia práctica.

Primera parte: El crédito refaccionario en la historia jurídica. I. El origen y la fundamentación de la figura.—A pesar de que el lector práctico prenderá escapar pensando que esta es la inevitable parte histórica de una tesis doctoral, no puede concebirse esta obra, ni en su trayectoria, ni en su hilo conductor, ni en sus conclusiones sin el seguimiento desde su origen de este tipo de crédito, ni siquiera en su propuesta final. En efecto, la actual regulación –tanto codificada como registral– del crédito refaccionario cobra sentido cuando se revela su devenir histórico y las sucesivas funciones para las que la calificación de refaccionario ha ido sirviendo.

Desde su aparición en Roma, el Derecho ha ido encontrando supuestos prácticos en los que se ha considerado que era de justicia otorgar una protección legal especial a determinados créditos, los cuales debían separarse del principio *par conditio creditorum*, y que en la época inicial fueron los surgidos del préstamo de dinero para la reconstrucción de un edificio y del surgido para construir, armar o comprar una nave. En estos créditos el *privilegium* encontraba fundamento en la equidad y en la relación de causalidad existente entre el aumento de valor del patrimonio del deudor y el crédito privilegiado: en el mayor valor que éste introduce en el patrimonio del deudor común, del que deriva un aumento de la garantía genérica que corresponde a todos los acreedores en general.

Como dato especialmente relevante, que posteriormente tendrá mucha influencia en Derecho español, ha de resaltarse que el otorgamiento de este privilegio de los refaccionarios se unió conceptualmente al concepto de carga real o de derecho real. Privilegio e hipoteca, conceptos que, en principio, llevaron vidas paralelas, acabaron por unirse con el fin de que los créditos garantizados con garantía real no postergaran a los privilegiados. La forma de mejorar el privilegio será la hipoteca legal. De esta forma se reforzó la garantía de ciertas personas cuyos créditos ya estaban asegurados por medio de un privilegio, reconociéndoles un derecho de hipoteca o prenda legal.

Semejante conexión conceptual supuso un lastre importante en la evolución posterior, tanto en la fase de recepción del Derecho romano, como en la evolución acaecida hasta la Codificación. Esta amplia etapa histórica es descrita, en cuanto al tema que nos ocupa, con enorme esfuerzo sintético y conceptual. Entre los siglos XII y XVIII y hasta la Codificación se manifiesta enormemente significativa la regulación que las Partidas hicieron de forma muy fiel a la regulación recibida del Derecho romano. De esta manera, la preferencia de los dos créditos refaccionarios recibidos de Roma –los surgidos del mutuo otorgado para la construcción de edificio o nave– se funda en la ostentación de un derecho de hipoteca en garantía de su crédito, aunque no lo hayan pactado. Dicha hipoteca es, además, privilegiada frente a los demás acreedores hipotecarios, entroncando así con la tradición romana. Por otro lado, el legislador castellano configuró la preferencia con carácter de derecho real y la calificó sin ambages de privilegiada.

Quien presta un dinero para la reconstrucción, restauración o conservación de un edificio tiene una hipoteca legal y un privilegio que le permite ostentar un derecho de prelación sobre el edificio, a costa del dinero que prestó. En idéntica situación preferencial se encuentra quien suministró dinero al

contratista por encargo del dueño o pagó al constructor el salario de los obreros y las materias primas necesarias para la reconstrucción

Para la constitución legal de esta hipoteca refaccionaria era requisito que la inversión se hubiera realizado verdaderamente sobre el objeto gravado con aquélla, y que se hubiera destinado a alguno de los supuestos de los que justifican el privilegio, demostrando dicho extremo.

En suma, puede decirse que la situación doctrinal y legal de los créditos refaccionarios hasta el siglo XIX se caracteriza por su consideración generalista: en todos los supuestos en que se produce un aumento de valor del patrimonio del deudor concretado en una cosa determinada en beneficio de un acreedor, la doctrina considera que deben ser tratados dichos créditos de modo favorable o de manera privilegiada. Y cuando la refacción recae sobre inmuebles, el privilegio frente a los demás acreedores se une a la hipoteca (legal o pactada), pero siempre privilegio superpuesto a un derecho real de garantía que altera el principio de *prior tempore* en el rango hipotecario y que, además, tiene como límite el objeto mismo de la preferencia, pues más allá de su valor no hay preferencia respecto a los demás acreedores.

2. *El crédito refaccionario y el Registro de la Propiedad.*—Llegados a este punto, es sin duda el análisis de la situación jurídica, creada a partir de la entrada en vigor de la LH, el elemento que da a la obra que comentamos mayor relevancia. Esta norma supuso un punto de inflexión en el devenir de la institución de la refacción, y de ella somos herederos hoy en día. La inseguridad con la que se encuentra el prestamista que concede crédito para la adquisición de inmuebles y convienen una hipoteca, deriva de la imposibilidad de conocer el rango de la garantía pactada, habida cuenta de la multitud de hipotecas ocultas que podían recaer sobre el inmueble y de la incertezza de cuál de ellas era privilegiada y en qué rango. Este era precisamente el caso de los créditos refaccionarios.

La llegada de la LH, motivada fundamentalmente por la necesidad de incentivar el crédito territorial, tuvo como consecuencia inmediata la abolición de las hipotecas legales, entre ellas la hipoteca oculta del acreedor refaccionario. Tras la entrada en vigor de esta Ley, las hipotecas legales antiguas continúan existiendo como hipotecas legales, siempre que resulten inscritas; por lo que se refiere a las hipotecas que se constituyan ya no hay hipoteca legal, sino que deberá pactarse expresamente.

La LH, en su primera redacción, abolió la hipoteca legal de los créditos refaccionarios. Es a partir de entonces cuando estos créditos podrán ser objeto de anotación preventiva practicada en el folio de la finca refaccionada y por las cantidades que anticiparen los acreedores, surtiendo entonces los mismos efectos que la hipoteca. Nos encontramos ahora con que la anotación preventiva, cuya constitución puede exigir el acreedor, es en el fondo una hipoteca legal, pero ahora pública y no oculta. Desde luego, si el acreedor no anota no sólo pierde la hipoteca, sino también el privilegio y pasará a ser un simple acreedor común. A partir de ahora, cuando el acreedor refaccionario concurra con otros acreedores hipotecarios anteriores éstos tendrán mejor rango hasta el valor de la cosa antes de la refacción, pero por el mayor valor de la finca hipotecada tras la realización de la obras, será preferente a todos el acreedor refaccionario.

A juicio de la autora, la supresión de la hipoteca legal del acreedor refaccionario no era ni precisa ni deseada, pero la oscuridad de la Ley y la confusión doctrinal condujeron, paradójicamente, a que cuanto más se perfecciona-

ba la hipoteca convencional menos clara quedaba la situación de los antiguos acreedores hipotecarios legales, entre los que los refaccionarios obtuvieron un trato preferente en la LH. La situación de los antiguos créditos refaccionarios quedó desdibujada y terminó en la obsolescencia.

La práctica judicial se hizo eco de la nueva concepción de estos créditos que ahora se ven rodeados del cumplimiento de una serie de requisitos, formalidades y pruebas de los que carecían con anterioridad. En las resoluciones judiciales, a partir de 1880, se va abriendo camino la doctrina que niega efecto real a los créditos refaccionarios no inscritos o no anotados, aunque fueran anteriores a la entrada en vigor de la LH. De ser un crédito hipotecario que se anteponía a otros más antiguos de la misma clase, ha pasado a ser un crédito simplemente quirografario que carece, incluso, de privilegio personal. De ahí que el prestamista de dinero para la refacción prefiera la constitución de una hipoteca convencional para la garantía de su crédito que acudir a una anotación en base a una refacción difícil de demostrar en sí y en su utilidad y cuyas ventajas no acaba de adivinar.

La simplicidad con la que todo este proceso histórico-jurídico (con el trasfondo filosófico que subyace) es trazado por la autora, coloca al lector en condiciones tales como para poder adentrarse en la estructura y el funcionamiento interno del los créditos refaccionarios.

Segunda parte: El tratamiento legal de los créditos refaccionarios. 1. Delimitación conceptual del crédito refaccionario.—Partiendo de la indefinición legal del concepto y de las diferentes opciones doctrinales mantenidas sobre su configuración, la obra ofrece un esquema conceptual a partir de la revisión crítica de los distintos subconceptos implicados: la propia refacción, el objeto refaccionado, el nacimiento u origen del crédito refaccionario (el contrato de mutuo u otros posibles orígenes...) ...

A mi juicio, si algo debiera resaltarse de esa revisión conceptual es el estudio que la autora realiza sobre la existencia de créditos refaccionarios de origen no contractual. El análisis de supuestos concretos en los que, sin mediar convenio de las partes, el crédito merece la calificación de refaccionario es especialmente revelador de las posibilidades que ofrece la refacción como fuente de preferencia en el cobro. Así, por ejemplo, el crédito que tiene su origen en las obras realizadas por un poseedor en virtud de los gastos que éste ha realizado en la conservación y mejora del objeto, el que ostenta el usufructuario por obras de reparación extraordinarias (art. 502 CC), supuestos en los que la ley ordena la restitución de provechos, o los créditos que tienen su origen en la gestión de negocios ajenos sin mandato.

Se separa así la autora del tópico conceptual y estricto que considera como refaccionario exclusivamente al mutuo de dinero para la construcción, constrinviendo su ámbito al del privilegio inmobiliario. El concepto que la obra diseña de este crédito es enormemente plástico y expresivo: todo crédito que se haya generado como consecuencia del adelanto de una prestación con la consecuencia de haber incrementado el patrimonio del deudor en una cosa concreta, o de la realización de una labor de construcción de mejora útil en cosa ajena. Este crédito podrá nacer como consecuencia de una labor de conservación, reparación o construcción de una cosa del deudor, pero también de haberse transmitido la propiedad del objeto vendido sin percibir el precio y, a estos efectos, será indiferente la naturaleza mueble o inmueble del objeto.

2. *¿Qué razón hay para dar preferencia en el cobro a los créditos refaccionarios?*—El Código civil contempla el crédito originado por gastos de conservación o construcción de una cosa como uno de los supuestos de preferencia que recae sobre un objeto en especial. Y, ante ello, cabe preguntarse, ¿cuál es esa diferente relación del constructor y/o conservador con esa cosa objeto de su actividad que le hace merecedor de un trato distinto y preferencial?

No hay duda de que ese sujeto ha aportado una plusvalía al patrimonio del deudor de la que —sin su actuación— no se hubieran beneficiado los otros acreedores y que dicho crédito ha producido a toda la masa de acreedores una ventaja al aumentar la garantía genérica de su deudor. Desde otro punto de vista, y en cierto modo contradictorio con lo anterior, aunque de no haber mediado actividad constructiva no podrían contar los demás acreedores con la cosa en el patrimonio del deudor, si que contarían con el valor económico que significa el precio por esa construcción.

Todos estos planteamientos y otros más detallados son revisados por la doctora Mezquita, aportando su propia visión sobre la necesidad y el fundamento de la preferencia de la que gozan este tipo de créditos. Con ocasión de los argumentos expuestos por las diferentes doctrinas y al hilo de las mismas, logra construir una auténtica teoría, basada fundamentalmente en el principio general del enriquecimiento sin causa.

El ordenamiento —afirma— considera justo devolver a cada uno lo suyo, pero cuando esto es imposible porque se ignora qué es de cada cual, no hay más remedio que repartir entre todos lo que hay. Así, cuando es posible demostrar que ciertos bienes no pertenecen al deudor, se separan del patrimonio de éste para que su propietario los recupere. De no ser así, pasan a la masa y se reparten entre los acreedores que demuestren su derecho, dando preferencia a aquellos que aporten mayor certeza. Con este razonamiento, puede decirse que sí hay una diferencia sustancial entre los acreedores refaccionarios y los demás: los primeros son acreedores precisamente por haber mantenido o aumentado el valor de cierta cosa existente en el patrimonio el deudor, y esa es la razón de que se les conceda un privilegio especial sobre la cosa misma. Y es también por esa razón por la que la preferencia se limita al valor de la cosa refaccionada; de esta forma, los demás acreedores no se verán perjudicados, porque ninguno de ellos debe contar con cobrar a costa de un valor que no existía en el patrimonio del deudor antes de la intervención del acreedor refaccionario.

3. *La preferencia de cobro en la refacción.*—Conforme al ordenamiento español, los créditos refaccionarios soportan una doble causa de preferencia. Por un lado, el artículo 1923-3.º CC, en relación con el artículo 59 LH, confiere efectos de garantía al crédito refaccionario anotado en el Registro de la Propiedad; por otro lado, los no anotados son meros privilegios, con la prelación que les otorga el artículo 1923-5.º CC.

La existencia de un crédito refaccionario y del privilegio que el mismo comporta, exige una serie de elementos que quedan desglosados en una exposición coherente con la propia concepción que la autora previamente ha adoptado. A ello se añade que, puesto que la refacción acarrea una distinta posición del crédito según recaiga dicha refacción sobre muebles o sobre inmuebles, y, en este último caso, según haya entrado en los libros registrales o no, la garantía refaccionaria ha de ser analizada según los distintos elementos que concurren.

En efecto, este tipo de garantías son objeto de exégesis desde la perspectiva registral, la cual, partiendo de la constitución registral de la hipoteca refaccionaria (con especial detenimiento en la anotación preventiva del crédito y en el procedimiento de inscripción), explica con claridad la conversión de dicha anotación en inscripción de hipoteca. Por otro lado, se analizan detenidamente otras posibles situaciones registrales en las que pueden encontrarse estas garantías, como son el crédito refaccionario no anotado y el simplemente anotado.

4. *Una propuesta más que una conclusión: ¿es titular el comprador de piso futuro de un crédito refaccionario?*—Doctrina y jurisprudencia han puesto de manifiesto la situación en la que queda el comprador que adelanta el pago del precio de vivienda a construir y que le permite al constructor o promotor una liquidez que, de manera directa, se materializa en la construcción de tal vivienda. La insuficiente protección que a este comprador le confiere la Ley de 27 de julio de 1968 para asegurar la devolución de las cantidades anticipadas hace que la autora se pregunte si, siendo el privilegio un medio legal de reforzar la seguridad de un crédito, ¿es posible considerar que el comprador de piso, que adelanta para la construcción cantidades a cuenta del precio, sea refaccionario?

Es evidente que el crédito del comprador-financiador es refaccionario en la medida en que nace de un contrato por el que se contribuye de modo directo al resultado de la construcción. Por otro lado, la legislación hipotecaria (art. 59 LH) impulsa y facilita esta interpretación al permitir que el comprador pueda exigir anotación preventiva sobre la finca refaccionada por las cantidades que anticipare, presentando el contrato que hubiera celebrado con el deudor.

Esta propuesta queda reforzada con la percepción de la incidencia práctica que pudiera tener el privilegio refaccionario del comprador en el proceso constructivo, es decir, en el posible entorpecimiento que semejante calificación pudiera suponer en una situación de concurrencia con otros acreedores que ostenten derecho preferente sobre el mismo objeto.

Para finalizar, ¿qué repercusiones tendría la anotación de un crédito refaccionario en la buena fe del tercer adquirente del piso? Sugiere la autora un interesante planteamiento desde la base de que la anotación de un crédito refaccionario no cierra el Registro a una inscripción de dominio posterior. Ello permite elucubrar sobre el caso de que una vez declarada la obra nueva y constituido el régimen de Propiedad Horizontal, se produzca la aparición de un tercero hipotecario que adquiera conforme al artículo 1473.2.^o CC y sea protegido *ex artículo 34 LH*. Con independencia de que esta inscripción soporte la hipoteca en favor del comprador-refactor anotante, parece que la adquisición del dominio se consolidaría en el adquirente que primero inscriba.

Para evitar semejante situación, la autora propone que el contrato de compraventa sea considerado como título del que deriva el crédito refaccionario del comprador y así sea destruída la buena fe del adquirente posterior, impiadiendo la aparición de un tercero hipotecario que adquiera la propiedad del piso financiado por el comprador-anotante. Las consecuencias favorables que a todos los efectos se derivarían de la admisión de la propuesta demuestran la habilidad de quien posee una sólida y cimentada formación jurídica.

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Josep Maria BECH SERRAT, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, María Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.-II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.-Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

ALPA, G.: «Il metodo nel diritto civile», *CI*, 2000, núm. 1, pp. 357-477.

Últimas tendencias en torno a los métodos de investigación en el derecho civil. (*Alma R. G.*)

BERGER, K. P.: «Auf dem Weg zu einem europäischen Gemeinrecht der Methode», *ZEuP*, núm. 1, 2001, pp. 4-29.

El camino hacia la unificación del Derecho privado europeo suscita en la doctrina división de opiniones; el autor dice que resurge, a nivel europeo, la discusión entre Savigny y Thibaut sobre la conveniencia y el modo de lograr tal finalidad. Con independencia de cuál sea el camino adecuado, el autor destaca que debe encontrarse una metodología uniforme, que permita una cierta unidad de criterios en lo que a la aplicación del Derecho se refiere, destacando la importancia del estudio del Derecho comparado en esta tarea. (*I. G. P.*)

BLAUROCK, U./ADAM, J.: «Elektronische Signatur und europäisches Privatrecht», *ZEuP*, núm. 1, 2001, pp. 93-115.

Los autores analizan la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, sobre firma electrónica: su finalidad, principios inspiradores, así como su transposición en algunos países europeos. (*I. G. P.*)

BUCHER, E.: «Rechtsüberlieferung und heutiges Recht», *ZEuP*, núm. 3, 2000, pp. 394-543.

En su extenso estudio, el autor considera la función de la ciencia del Derecho y el peso de la tradición jurídica como fuente del Derecho. Frente al ideal codificador de ruptura con el pasado y la idea del estudio del Derecho como exégesis de la ley, nos recuerda que el conocimiento y estudio del Derecho actual sólo será pleno, crítico y útil para el desarrollo ulterior desde la perspectiva de la tradición jurídica; expresión que no sólo se refiere a la historia de la institución de que se trate, sino que abarca el derecho comparado, los materiales prelegislativos, la jurisprudencia, los principios generales... El autor nos recuerda algunos grandes «descubrimientos» jurídicos, con numerosos ejemplos, pero que ya encontraron su respuesta en las fuentes romanas o en la doctrina posterior; y nos ofrece, asimismo, una amplia y amena información sobre debatidos problemas dogmáticos, debidos a malentendidos o a la generalización inadecuada de soluciones que ya se encontraban en el Digesto; conocer tales orígenes permite replantear el discurso e ilustrar sobre otras alternativas. El estudio supone una amplia reflexión sobre el quehacer de la ciencia jurídica, que la haga merecedora de tal nombre. (I. G. P.)

CONSOLO, C.: «Limiti alla' esecuzione di decisioni stranieri», *RTDPC*, 2000, núm. 2, pp. 397-433.

Estudio acerca del reconocimiento de eficacia y ejecución de sentencias extranjeras. Especial referencia al *exequatur* en relación a la ley sustancial y procesal aplicable, la prescripción de la acción y perjuicios de terceros. (M. R. D. R.)

DEBRUCHE: «La restauration de l'intégrité du droit positif français à l'épreuve du tour d'échelle: luxe ou nécessité?», *RTDC*, 2000, núm. 3, pp. 507-524.

Tendencia jurisprudencial a privilegiar la equidad sobre la letra del derecho positivo. La dicotomía formal se traduce en el reconocimiento al juez de un poder discrecional. (I. S. P.)

FALZEA, A.: «Gli interessi legittimi e le situazioni giuridice soggettive», *RDC*, 2000, núm. 5, parte primera, pp. 679-688.

Reflexión sobre los intereses legítimos y derechos de la personalidad, a propósito de la sentencia núm. 500/99 de la SU en relación con la tutela resarcitoria por la Administración Pública como agente del daño. (M. R. D. R.)

FINOCCHIARO, M.: «In tema di delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario per incapacità assumendi onera matrimonii- osservazione a Cass. 7 aprile 2000 n. 4387», *GC*, 2000, núm. 6, pp. 1643-1644. (M. R. D. R.)

GALGANO, F.: «Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio», *CI*, 2000, núm. 1, pp. 189-205.

Relaciones actuales entre el derecho y la economía. (Alma R. G.)

GORDLEY, J.: «The achievement of Baldus de Ubaldis (132?-1400)», *ZEuP*, núm. 4, 2000, pp. 820-836.

Como homenaje a Baldus de Ubaldis, en el 600 aniversario de su fallecimiento, en este artículo se analiza su trabajo a través de dos cuestiones jurídicas, una de Derecho público y otro de Derecho privado, y la influencia de su doctrina en los juristas posteriores. (I. G. P.)

LACROCE, L.: «Giurisdizione sul matrimonio concordatario e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: dalla giurisdizione alternativa del giudice civile alla giurisdizione "eventuale" del giudice ecclesiastico— nota a Cass. 16 novembre 1999 n. 12671», *GC*, 2000, núm. 5, pp. 1432-1438. (M. R. D. R.)

LA TORRE, A.: «La funzione nel diritto», *RDC*, 2000, núm. 3, parte primera, pp. 315-334.

Ánalisis de las diferentes hipótesis de ficción en el ámbito jurídico (dolo, simulación) y sus diferentes funciones: beneficio, sanción, legitimación, dogmática. (M. R. D. R.)

LE BARS: «La computation des délais de prescription et de procédure. Qui-proquo sur le dies a quo et le dies ad quem», *SJ*, 2000, núm. 39, I-258, pp. 1747-1750.

Polémica doctrinal francesa sobre el cómputo del plazo en la prescripción. Dualidad de técnicas. Defensa del cómputo tal y como se hace en los procedimientos expresados en meses y años por los procesalistas. (I. S. P.)

MALAURIE: «La pensée juridique du droit civil au XX.^e siècle», *SJ*, 2001, núm. 1, I-283, pp. 9-14.

Influencia de la filosofía en la doctrina jurídico-civil y su evolución. Definiciones del derecho civil, juristas franceses relevantes del siglo. (I. S. P.)

MARINO, C.: «Ancora in tema di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale», *RTDPC*, 2000, núm. 3, pp. 693-744.

Ánalisis del reconocimiento de sentencias extranjeras en materia eclesiástica de nulidad matrimonial, en la Ley núm. 218, de 1995, que reforma el régimen de reconocimiento de dichas sentencias. Especial referencia al *exequatur* respecto del requisito de respeto al orden público. (M. R. D. R.)

MEDICUS, D.: «Entscheidungen des BGH als Marksteine für die Entwicklung des allgemeinen Zivilrechts», *NJW*, 2000, pp. 2921-2927.

Decisiones del BGH como hitos para el desarrollo del Derecho civil general. El día 1 de octubre de 1950 nació el BGH (Tribunal supremo alemán). El autor de este artículo no tiene duda que, en estos cincuenta años transcurridos

desde su aparición, el BGH ha contribuido de manera decisiva al desarrollo del Derecho civil. Hay cientos de decisiones que contienen esta contribución, entre las cuales el autor del artículo selecciona y comenta algunas. (M. P. G. R.)

NELA, P. L.: «Riflessioni minime sull'inesistenza del lodo arbitrale», *RTDPC*, 2000, núm. 4, pp. 1381-1427.

Reflexión de derecho comparado sobre los efectos de laudos arbitrales con vicios que permiten impugnar la validez del negocio. (M. R. D. R.)

PINTO, V.: «L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust», *RDC*, 2000, núm. 3, parte primera, pp. 389-428.

Análisis de las fuentes del derecho a propósito de la sentencia núm. 500/99 de la SU, en relación a la responsabilidad civil del Estado. (M. R. D. R.)

PROUTIÈRE-MAULION: «L'évolution de la nature juridique du poisson de mer (contribution à la notion juridique de bien)», *RDS*, 2000, núm. 43, 1.^{er} ch., pp. 647-651. (I. S. P.)

RUFFINI, M. L.: «Per l'uniforme interpretazione ed applicazione di un futuro codice europeo dei contratti», *RDC*, 2000, núm. 5, parte segunda, pp. 711-733.

Análisis de los problemas de interpretación, integración y aplicación del futuro Código europeo de los contratos y la necesidad de concretar un órgano central supranacional que desarrolle y controle dichas funciones. (M. R. D. R.)

RUSSO, E.: «Cinquanta tesi sulla' interpretazione delle leggi civili, formulate da un giurista positivo», *RDC*, 2000, núm. 4, parte primera, pp. 401-426.

Extensa reflexión sobre los diferentes criterios interpretativos de la ley: elementos subjetivos, métodos y resultado de la interpretación. (M. R. D. R.)

SARGOS: «Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la cour de cassation-Les garde-fous des excès du droit», *SJ*, 2001, núm. 12, I-306, pp. 589-593.

Noción de principio general en la jurisprudencia. Norma no escrita que se impone por su generalidad, racionalidad y equidad. Su autonomía frente a las normas escritas del Código civil y su utilización abusiva en ocasiones. (I. S. P.)

SCHMIDT, K.: «Rechtsfortbildung im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht», *NJW*, pp. 2927-2936.

Doctrina legal en Derecho empresarial y Derecho de sociedades, a través de la jurisprudencia del BGH. (M. P. G. R.)

DERECHO DE LA PERSONA

BAGIANTI, E.: «Sul diritto del padre naturale a percepire gli assegni familiari per il figlio convivente con la madre naturale- osservazione a Cass. 7 aprile 2000 n. 4419», *GC*, 2000, núm. 9, pp. 2275-2276. (*M. R. D. R.*)

BARBANERA, R.: «Diffamazione a mezzo stampa e competenza territoriale», *NGCC*, 2000, núm. 6, pp. 734-746.

Foro especial para las causas de difamación a través de medio de comunicación. (*Alma R. G.*)

BIANCA, C. M.: «I parenti naturali non sono parenti? La parola torna alla Corte costituzionale - nota a App. Roma 27 dicembre 1999 (Ord)», *GC*, 2000, núm. 10, pp. 2744-2750. (*M. R. D. R.*)

BLANCHOT/POTTIER: «La violation des correspondances transmises par E-mail par une personne chargée d'une mission de service public», *GP*, 2001, núm. 21-23, pp. 18-21.

La violación del secreto de la correspondencia. Supuestos en que esta violación se produzca por el personal a cargo de un servicio público. Excepciones al secreto de la correspondencia. (*I. S. P.*)

BISMUTH: «Vers la creation d'un bilan de données personnelles dans l'entreprise: une nécessaire transparence», *GP*, 2000, núm. 301-302, pp. 14-18.

En relación con las formas de los bancos de datos se estudian sus características y contenido, así como la difusión y la sanción en caso de no respetar el secreto. Se estudian también los efectos del banco de datos. (*I. S. P.*)

BOCCHINI, F.: «L'interesse del minore, nei rapporti patrimoniali», *RDC*, 2000, núm. 3, parte primera, pp. 277-313.

Estudio sobre la evolución de los modelos de tutela de los intereses de los menores; desde la noción del término «intereses», hasta su relación con la intervención de organizaciones públicas, como garantes y sustitutos de la potestad familiar.

Protección del menor en todos sus ámbitos: personal, familiar, e intervención en el tráfico jurídico. (*M. R. D. R.*)

BORCHARDT, Kl.-D.: «Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft», *NJW*, 2000, pp. 2057-2061.

El contenido jurídico social de la ciudadanía europea.

El autor demuestra que, posiblemente, de los artículos 17.II y 18.I TCE, sobre libertad de residencia y circulación, puedan deducirse amplios derechos jurídico-sociales a favor de cualquier ciudadano europeo en todo Estado miembro. (*M. P. G. R.*)

CARON, Ch.: «Réflexions sur la coexistence du droit d'auteur et du droit des brevets sur un même logiciel», *RIDA*, núm. 184, abril 2000, pp. 3-59.

Estudio del tratamiento de la patentabilidad de los programas de ordenador en Francia. El tema es complejo porque bajo algunos aspectos los programas de ordenador están protegidos por el Derecho de autor. El autor trata de organizar la coexistencia del derecho de autor y el derecho de patentes en relación con el programa de ordenador, en el marco más amplio de la propiedad intelectual. (C. J. D.)

CHERPILLOD, I.: «Chronique de Suisse», *RIDA*, núm. 184, abril 2000, pp. 207-271.

Desde que entró en vigor la Ley suiza sobre Derecho de autor de 1992, la jurisprudencia de este país ha tenido ocasión de pronunciarse repetidas veces sobre algunas cuestiones que la ley deja sin resolver: en particular, sobre las importaciones de ejemplares y su circulación y comercialización en países extranjeros; las grabaciones calificadas como efímeras y su difusión; la indemnización por daños y perjuicios cuando se ha violado el derecho de autor; y la gestión colectiva de los derechos. El autor da noticia de ello. (C. J. D.)

DANOV, F.: «Sottrazione internazionale di minori e conflitti di giurisdizione», *DFP*, 2000, núm. 3-4, pp. 1143-1159.

Artículo acerca del secuestro internacional de menores. (Alma R. G.)

DOI, T.: «WIPO copyright treaty and Japanese copyright law: A comparative analysis», *RIDA*, núm. 186, octubre 2000, pp. 155-219.

Japón es uno de los países que se ha adherido al Tratado de la OMPI sobre el Derecho de autor (1996), concretamente el 6 de junio de 2000. Tras sucesivas reformas, la Ley japonesa sobre Derecho de autor, que es de 1970, se corresponde hoy con las normas de protección del Tratado, y garantiza los mínimos de protección prescritos por el Convenio de Berna para las obras literarias y artísticas. El presente artículo es una crónica del sistema japonés de protección del Derecho de autor. (C. J. D.)

GIACALONE, G.: «Sul risarcimento del danno per ostinato rifiuto, da parte del genitore, di contribuire al mantenimento del figlio naturale - osservazione a Cass. 7 giugno 2000 n. 7713», *GC*, 2000, núm. 9, pp. 2221-2223. (M. R. D. R.)

GUDEL: «Retour sur l'image du préfet assassin: dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité», *RDS*, 2001, núm. 11, 1.^{er} ch., pp. 872-877.

El respeto a la dignidad humana no cesa con la muerte. La aparición de imágenes o noticias degradantes de la persona, una vez fallecida, constituyen un ataque a ese respeto, siendo un límite a la libertad de prensa. (I. S. P.)

KÉRÉVER, A.: «Chronique de Jurisprudence», *RIDA*, núm. 184, abril 2000, pp. 273-331.

El autor da noticia de algunos pronunciamientos de los tribunales franceses en materia de propiedad intelectual. Los temas tratados son los siguientes, entre otros: la originalidad de las obras; las obras de colaboración; el derecho moral; la explotación de los derechos; algunas excepciones o límites a los derechos de autor; derechos afines; y la gestión colectiva. (C. J. D.)

KÉRÉVER, A.: «Chronique de Jurisprudence», *RIDA*, núm. 185, julio 2000, pp. 303-375.

El autor da noticia de la jurisprudencia francesa en materia de derecho de autor. En particular, los fallos se refieren a los siguientes aspectos: I) Condiciones legales para la protección del derecho de autor; II) Calidad de autor o de coautor; III) Calificación de las obras; IV) Derechos morales; V) Explotación de los derechos patrimoniales; VI) Actos fraudulentos y violación del derecho de autor; VII) Derechos afines y derechos *sui generis* sobre las bases de datos; VIII) Situación internacional: protección debida a los extranjeros; IX) Derecho comunitario de la competencia: incidencias sobre el ejercicio de los derechos de autor exclusivos; X) Transmisión en línea (Internet). (C. J. D.)

KÉRÉVER, A.: «Chronique de Jurisprudence», *RIDA*, núm. 186, octubre 2000, pp. 221-265.

En esta crónica de la jurisprudencia francesa, el autor da noticia de algunos fallos recaídos sobre las siguientes materias, entre otras: 1) La originalidad de la obra (en relación con este tema, la protección del «personaje» como obra y la protección del título, los elementos constitutivos de la originalidad y la obligación de probar la falta de originalidad); 2) La calidad de autor o de coautor; 3) Derechos morales (en relación con este tema, el derecho al respeto de la obra, el derecho de paternidad –o mención del nombre del autor–, y los derechos morales de un artista-intérprete); 4) Explotación de los derechos, y 5) Contrato de edición. (C. J. D.)

KOUKOULIS-SPILIOPOULOS: «De Biarritz a Nice: Le projet de Charte des droits fondamentaux est-il bien articulé avec le Droit de l'Union?», *GP*, 2000, núm. 303-305, pp. 18-24.

El ámbito de aplicación de la Carta. El nivel de protección y la referencia al Derecho de la Unión. (I. S. P.)

LADEUR, K.-H.: «Persönlichkeitsschutz und "Comedy". Das Beispiel der Fälle SAT 1/Stahnke und RTL 2/Schröder», *NJW*, 2000, pp. 1977-1982.

Protección de la personalidad y *Comedy*. El ejemplo de los casos SAT 1/Stahnke y RTL 2/Schröder.

Estos dos casos actuales muestran que, en el conflicto entre libertad de opinión y derechos de la personalidad, la jurisprudencia pasa por alto las peculiaridades de la comunicación mediática. A juicio del autor, los límites jurídicos del nuevo formato televisivo *Comedy* se juzgan mejor si la imagen

pública (prestigio) se considera objeto de protección y se reconduce hacia el derecho a la propia imagen. La protección de este derecho frente a la actividad mediática se decide según la contribución propia del afectado a la representación mediática de sí mismo. (M. P. G. R.)

LAFORTUNE: «Moyen tiré des exigences de l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'homme et des libertés fondamentales: "Toute personne à droit à ce que sa cause soit entendue équitablement par un Tribunal impartial"», *GP*, 2001, núm. 12-13, pp. 9-24.

Comentario a la sentencia de Casación, asamblea plenaria, de 24 de noviembre de 2000. (I. S. P.)

LA TORRE, A.: «Maternità "surrogata" e gravidanza "di urgenza": la c.d. localizzazione dell'utero», *GC*, 2000, núm. 6, pp. 267-286.

Comentario acerca de la inadmisibilidad del contrato y figura de arrendamiento de utero, para lograr la maternidad, y la necesidad de una regulación legislativa sobre el tema. (M. R. D. R.)

LONGHINI, S.: «L'utilizzo delle immagini di persone con particolare riferimento ai personaggi noti ed alla televisione», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 3, pp. 360-372.

De nuevo sobre el conflicto entre el derecho a la imagen de los personajes públicos y el derecho de información. (Alma R. G.)

MARTIN: «Personne, corps et volonté», *RDS*, 2000, núm. 33, 1.^{er} ch., pp. 505-507. (I. S. P.)

MEMMO, D.: «La privacy informatica: linee di un percorso normativo», *CI*, 2000, núm. 3, pp. 1213-1230.

Tutela de la intimidad y uso de Internet. Tratamiento de los datos personales. La seguridad informática. Contratos a distancia y *shopping on-line*. (Alma R. G.)

MONTUORI, L.: «Il trattamento dei dati personali per finalità storiche, statistiche e di ricerca scientifica», *Archiv. Giur.*, fasc. IV, 2000, pp. 611-648.

Ánalisis del Decreto legislativo núm. 281 de 30 de julio de 1999 que, en cumplimiento de la delegación operada por la Ley núm. 676, de 31 de diciembre de 1999, se ocupa de la compatibilización entre el tratamiento de datos personales con finalidades estadísticas, históricas o de investigación histórica, y la tutela de los derechos de los individuos. En el artículo se trazan, además, las líneas generales de la situación legislativa italiana relacionada con el tratamiento de datos en general. (B. F. G.)

NIBOYET: «La confirmation par la Cour de Justice des Communautés européennes de l'intégration des droits fondamentaux au système de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *GP*, 2000, núm. 275-277, pp. 21-24. (I. S. P.)

PALMERINI, E.: «Autonomia v. responsabilità nella procreazione: a proposito di Caesarian Sections e giudici inglesi», *RDC*, 2000, núm. 4, parte primera, pp. 581-607.

Análisis de la responsabilidad civil en el marco de la procreación responsable, a propósito de la jurisprudencia inglesa. Reflexión sobre el binomio libertad-responsabilidad, en el ejercicio de la procreación. (*M. R. D. R.*)

PIRAINO, S.: «La diffamazione fra denuncia amministrativa e dignità personale», *DFP*, 2000, núm. 3-4, pp. 1096-1110.

La denuncia de hechos ilícitos o inmorales por parte de la autoridad administrativa, cuando está prevista por ley, no comporta lesión del derecho al honor y a la buena reputación de la persona denunciada. (*Alma R. G.*)

POHL: «La protection du droit à l'image (du droit de la personnalité) par la Cour fédérale allemande- Les deux arrêt "Marlène Dietrich"», *GP*, 2000, núm. 332-333, pp. 24-27.

Las bases de la protección del Derecho de la personalidad. Las sentencias Marlen Dietrich y L'Ange Bleu: ¿una revolución de orden social? Una protección reforzada del Derecho de la personalidad. (*I. S. P.*)

SCAFIDI, M.: «Diritto all'identità personale e cognomizzazione del predicato nobiliare», *DFP*, 2000, núm. 3-4, pp. 1058-1076.

El derecho al nombre y a la identidad personal pertenecen antes al individuo en cuanto tal que al individuo en cuanto miembro de una familia. (*Alma R. G.*)

SCHAAP: «Personnages publics dans la presse et la publicité selon le Droit Néerlandais», *GP*, 2000, núm. 332-333, pp. 15-18.

Publicaciones de prensa. Producción de imágenes. Reclamos y publicidad. La Casa Real. (*I. S. P.*)

SERGIO, G.: «Libertà d'informazione e tutela dei soggetti deboli», *DFP*, 2000, núm. 2, pp. 805-828.

Artículo respecto a los derechos de la personalidad de los sujetos débiles. (*Alma R. G.*)

SOLER MASOTA, P.: «Fotografía y derecho de autor», *RIDA*, núm. 184, abril 2000, pp. 61-205.

Es preciso distinguir entre la obra fotográfica y la mera fotografía. La autora aporta criterios que ayudan a definirlas y a darles el régimen jurídico apropiado en uno y otro caso. Se estudia la noción legal de fotografía (LPI) y el régimen jurídico aplicable, según se califique a la fotografía como obra o se considere que no tiene altura creativa suficiente para merecer esa calificación. El estudio abarca cuestiones relativas al alcance de la protección, sus límites y duración, y contiene unas reflexiones sobre la titularidad de la propiedad intelectual sobre la fotografía y la transmisión *inter vivos* de los derechos de explotación. (*C. J. D.*)

SPICKHOFF, A.: «Die Patientenautonomie am Lebensende: Ende der Patientenautonomie? Zur Feststellbarkeit und Durchsetzbarkeit des realen oder hypothetischen Willens des Patienten?», *NJW*, 2000, pp. 2297-2304.

La autonomía del paciente sobre el final de su vida. Hacia la constatación y el logro de los reales o hipotéticos deseos del paciente.

El derecho a la propia muerte que ha preocupado durante mucho tiempo a los penalistas, comienza a estar en el punto de mira de los civilistas, quienes tratan de buscar el mecanismo jurídico para asegurar la autonomía de voluntad del paciente al final de su vida. Junto con numerosas oscuridades sobre los efectos y alcance de las llamadas últimas voluntades del paciente (testamento vital del paciente, disposiciones sobre su propio cuidado, poderes de cuidado, etc.), existe una controversia jurisprudencial acerca de la necesidad de una resolución judicial, cuando hay que decidir sobre la finalización o la continuidad de las medidas médicas relativas al mantenimiento de la vida. Por otro lado, es de notar que las posibilidades del Derecho civil para asegurar la autonomía del paciente en el final de su vida han sido uno de los objetos de discusión en las últimas reuniones científicas. Este trabajo constituye una contribución a este tema. (M. P. G. R.)

SPURGEON, C. P.: «Chronique du Canada», *RIDA*, núm. 185, julio 2000, pp. 169-301.

En esta crónica se da noticia de varias resoluciones de la Comisión de Derecho de Autor en Canadá, dictadas en 1999, así como de una sentencia del Tribunal de apelación federal y un resumen de una selección de jurisprudencia canadiense que deja constancia de cómo se viene interpretando la Ley canadiense sobre Derecho de autor. (C. J. D.)

STANZIONE, P.: «‘Minorità’ e tutela della persona umana», *DFP*, 2000, núm. 2, pp. 758-770.

Tutela jurídica de la vida material en las diversas etapas de la existencia de una persona (ancianos, enfermos, incapaces...). (Alma R. G.)

STROWEL, A./IDE, N.: «La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et question des hyperliens» (primera parte), *RIDA*, núm. 185, julio 2000, pp. 3-167.

Es conveniente comprender los servicios que cubre Internet y advertir lo que es específico de las diversas formas de comunicación en red. A partir de la definición de los distintos servicios de Internet, en esta primera parte del artículo, los autores estudian la responsabilidad de los intermediarios, desde el punto de vista de la legislación y jurisprudencia de algunos países (Alemania, Estados Unidos y Francia, principalmente), así como de los textos comunitarios. (C. J. D.)

STROWEL, A./IDE, N.: «La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et question des hyperliens» (segunda parte), *RIDA*, núm. 186, octubre 2000, pp. 3-153.

La creación de hipervínculos, a la vez que facilita la comunicación en la red, plantea nuevos problemas en relación con la propiedad intelectual, con

los derechos de la personalidad y con el derecho de la competencia. Con vistas a delimitar la responsabilidad de los intermediarios en Internet, los autores definen los tipos de hipervínculos, primero, para luego abordar diversos temas jurídicos: en particular, la libertad para establecer vínculos y sus límites; los actos ilícitos relacionados con el uso de hipervínculos y la imputabilidad de los mismos. (C. J. D.)

THOUVENIN: «Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1, du Code civil», *RDS*, 2000, núm. 32, 1.^{er} ch., pp. 485-490. (I. S. P.)

VRAY: «À propos de deux arrêts récents: la faute, en matière de diffamation, ne permet à la victime d'invoquer l'article 1382 du code civil que si elle est distincte des faits diffamatoires eux-mêmes», *GP*, 2000, núm. 350-351, pp. 43-44.

Comentario a las sentencias de la Corte de París de 15 y 19 de septiembre de 2000. (I. S. P.)

WAQUET: «La Cour de Cassation et les droits fondamentaux», *GP*, 2000, núm. 355-356, pp. 15-16.

El proceso imparcial. Aplicación de los derechos fundamentales de carácter sustantivo. (I. S. P.)

PERSONA JURÍDICA

GONDRE: «À propos de l'Ordre de Malte: protection de la dénomination et de l'emblème d'une association», *GP*, 2000, núm. 315-316, pp. 6-8.

En relación con la sentencia de la Corte de Apelación de *Versalles* de 20 de mayo de 1999, señala cómo en ella se resalta: que la denominación era original, con titularidad legítima, cuáles serán las características de la posesión y que era un signo de identificación. (I. S. P.)

SANTUARI, A.: «L'impresa sociale: un concetto giuridico? (Sulla riforma del Libro I del codice civile in materia di enti *non profit*)», *DFP*, 2000, núm. 2, pp. 895-924.

Artículo dedicado a las organizaciones no lucrativas de utilidad social. (*Alma R. G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ABOUKRAT: «L'arbitrage: quelle place pour le droit français?», *GP*, 2001, núm. 66-67, pp. 3-4.

La designación del tercer árbitro en el procedimiento de arbitraje se considera una norma que reposa sobre motivos discriminatorios y contrastables. (I. S. P.)

ACCARDO, G.: «Se sia possibile ammettere un errore di prezzo rilevante: spunti per vincere alcuni equivoci di giurisprudenza e dottrina», *NGCC*, 2000, núm. 6, pp. 558-580.

Presunta coincidencia e irrelevancia de los errores sobre el valor y sobre el precio, según la jurisprudencia dominante. Algunos apuntes interesantes de la jurisprudencia de los años cincuenta: distinción entre valor de mercado y precio pactado. (*Alma R. G.*)

ALLEVA, F.: «L'irrilevanza delle concuse naturali ai fini dell'accertamento del nesso di causalità materiale nella responsabilità da fatto illecito», *NGCC*, 2000, núm. 6, pp. 665-733.

Algunas previsiones sobre la relación de causalidad en materia de responsabilidad extracontractual. (*Alma R. G.*)

ALPA, G.: «Il “danno biologico”: parabola o evoluzione di un progetto di politica del diritto?», *NGCC*, 2000, núm. 4, pp. 375-382.

Proyecto de Ley sobre el daño biológico, presentado al Consejo de Ministros el 4 de junio de 1999. (*Alma R. G.*)

ALPA, G.: «*New economy e libere professioni: il diritto privato e l'attività forense nell'era della rivoluzione digitale*», *CI*, 2000, núm. 3, pp. 1175-1202.

Reformulación de los esquemas tradicionales de Derecho privado: contratos a distancia, venta a distancia de productos financieros, nuevos derechos de la persona y la disciplina del mercado. (*Alma R. G.*)

ALPA, G.: «La seconda versione dei “principles of european contract law”, *NGCC*, 2000, núm. 2, pp. 121-124.

Otro paso en el camino a la unificación internacional del derecho de los contratos: presentación y contenido de los principios. (*Alma R. G.*)

ANGELONI, F.: «Sulla responsabilità disciplinare del notaio che roghi un atto contenente un presunto patto commissorio», *CI*, 2000, núm. 3, pp. 1086-1100.

Sobre el contenido de la función notarial y la responsabilidad por tal función. (*Alma R. G.*)

ARNO-DOMENICA, G.: «La firma digitale nell'ordinamento italiano e comunitario», *RDC*, 2000, núm. 5, parte segunda, pp. 781-800.

Ánalisis de la directiva 1999/93, y su adaptación al derecho italiano, en el tema de la firma electrónica. (*M. R. D. R.*)

AUBERT: «Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon les choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt de l'Assamblée plénairè du 17 novembre 2000)», *RDS*, 2001, núm. 6, 1.^{er} ch., pp. 489-491.

Ánalisis teórico de la decisión de la asamblea del derecho de la mujer a interrumpir el embarazo bajo diversas condiciones. (*I. S. P.*)

AYNÉS: «Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de cassation», *RDS*, 2001, núm. 6, 1.^{er} ch., pp. 492-496.

Estudio sobre la sentencia de la corte de casación civil, pleno, de 17 de noviembre de 2000 sobre el derecho del menor que nace con lesiones a tener unas buenas condiciones de vida. (*I. S. P.*)

BARBANERA, R.: «La responsabilità del costruttore per rovina e difetti di cose immobili nel quadro dei rapporti tra la disciplina speciale ex art. 1669 cod. civ. e la norma generale dell'art. 2043 cod. civ.», *NGCC*, 2000, núm. 2, pp. 137-142.

Naturaleza jurídica de la responsabilidad por ruina y defectos de bienes inmuebles. (*Alma R. G.*)

BARBIER: «La codification du statut des baux commerciaux. Le rectificatif», *GP*, 2001, núm. 73-74, pp. 9-11.

Pequeño comentario sobre la tabla de concordancia. (*I. S. P.*)

BARBIER: «L'accession des constructions réalisées par le locataire», *GP*, 2000, núm. 299-300, pp. 32-37.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación, 3.^a civil, de 10 de noviembre de 1999. (*I. S. P.*)

BARBIER: «La charge de l'indemnité d'eviction en cas de vente de l'immeuble», *GP*, 2000, núm. 299-300, pp. 41-43.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación, 3.^a civil, de 15 de diciembre de 1999. (*I. S. P.*)

BARBIER: «L'extinction de la créance d'indemnité d'éviction, à défaut de déclaration, en cas de liquidation judiciaire de la bailleresse», *GP*, 2000, núm. 299-300, pp. 43-49.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación, 3.^a civil, de 29 de junio de 2000. (*I. S. P.*)

BARBIER: «Renouvellement des baux à loyers variable et droit d'option», *GP*, 2000, núm. 299-300, pp. 37-41.

Comentario a las sentencias de la Corte de Casación, 3.^a civil, de 29 de septiembre de 1999 y de 15 de marzo de 2000. (*I. S. P.*)

BARMES, L.: «Damages for Pain and Suffering and Loss of Amenity: Is This Enough? », *L.Q.R.*, 2000, vol. 116, pp. 548-553.

En esta nota se analiza el motivo del aumento de los baremos de las indemnizaciones por daños personales en las sentencias de la *Court of Appeal* en el año 2000. La razón se encuentra en el mandato que la *Law Comission*

estableció en el informe *Damages for Personal Injury: Non-Pecuniary Loss*. Concretamente, la autora se centra en las diferencias con que la *Court of Appeal* y la *Law Comission* enfocan la cuestión. (M. V. V.)

BELLANTUONO, G.: «Le regole di default nel diritto dei contratti», *RDC*, 2000, núm. 4, parte primera, pp. 427-469.

Extenso análisis de las lagunas normativas en materia contractual, en relación con las cláusulas generales. (M. R. D. R.)

BIANCA, C.: «Danno ingiusto: a proposito del resarcimento da lesione di interessi», *RDC*, 2000, núm. 5, parte primera, pp. 689-693.

Breve análisis del resarcimiento del daño tras la sentencia 500/99 de la SU, que reconoce la tutela resarcitoria por lesión de intereses legítimos. (M. R. D. R.)

BITAN: «La signature electronique: comment la technique répond-t-elle aux exigences de la loi», *GP*, 2000, núm. 301-302, pp. 53-57.

Estudio de las definiciones de la terminología empleada en la contratación electrónica, completada con un caso práctico. (I. S. P.)

BONNEAU: «L'information due aux patients, une querelle d'articles du Code civil (1315 et 1147)», *GP*, 2000, núm. 352-354, pp. 46-47.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación, 1.^a civil, de 18 de julio de 2000. (I. S. P.)

BONNEAU: «Servitudes du fait de l'homme et devoir de conseil du notaire», *GP*, 2000, núm. 306-309, pp. 43-45.

Comentario a la sentencia del Tribunal de gran instancia de Cahors, de 23 de junio de 2000. (I. S. P.)

BRAULT: «Sur les conditions d'application de la loi du 1.^{er} juillet 1964 et l'article 23-3 alinéa 2 du Décret aux baux hôteliers», *GP*, 2000, núm. 299-300, pp. 28-31.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación, 3.^a civil, de 4 de mayo de 2000. (I. S. P.)

BRAULT/BARBIER/BRAULT: «La codification du statut des baux commerciaux», *GP*, 2000, núm. 299-300, pp. 4-8.

Estudio de la tabla de concordancia a partir del Decreto de 30 de septiembre de 1953 con el Código de comercio. (I. S. P.)

BRAULT/BARBIER/BRAULT: «Le nouveau statut des baux commerciaux industriels et artisanaux (article 23-6 du Décret du 30 septembre 1953)», *GP*, 2000, núm. 299-300, pp. 9-22.

Contiene tabla con el texto del decreto y la jurisprudencia concordante. (I. S. P.)

BRESCIA, S.: «In tema di firma digitale e di documento informatico», *NLCC*, 2000, núm. 1-2, pp. 3-19.

Ánalisis del d.p.r. 10 noviembre de 1997, núm. 513, sobre firma digital y documentos informáticos: definición, naturaleza jurídica del documento informático, validez, etc., en relación con la directiva europea. (M. R. D. R.)

BROWN, I.: «The Swing of the Pendulum from *Caveat Venditor* to *Caveat Emptor*», *L.Q.R.*, 2000, vol. 116, pp. 537-542.

Esta nota estudia el cambio que se ha producido durante el siglo XX en el derecho inglés de la compraventa, con el paso del principio *caveat venditor* al principio *caveat emptor*. En un primer momento, el vendedor respondía por los defectos de la cosa que la hacían imprópria para el uso particular a que la destinaba el comprador, aunque éste no hubiera informado de aquel uso específico al vendedor. Posteriormente se estableció que si el comprador no había comunicado de forma expresa el uso específico, el vendedor no respondía por los vicios o defectos, aunque hubiese conocido ese uso de otro modo. (M. V. V.)

BRUNO, G. B.: «L'inadempimento del legato modale e la legittimazione ad agire per il rispetto dell'onere - nota a Cass. 18 marzo 1999 n. 2487», *GC*, 2000, núm. 12, pp. 3313-3318. (M. R. D. R.)

BÜDENBENDER, U.: «Die Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge», *AcP*, diciembre 2000, pp. 627-683.

La resolución de un contrato sinalagmático puede obedecer a diversas causas, convencionales o legales. En cualquier caso, tras la resolución procede la recíproca restitución de las prestaciones realizadas, a la que, como ocurre con el cumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas, se aplica el criterio de cumplimiento simultáneo y demás consecuencias del sinalagma funcional, reflejados en los §§ 320 y 322 BGB. La restitución también procede por aplicación de las normas sobre enriquecimiento injusto, contenidas en los §§ 811 ss. del BGB. El autor analiza los presupuestos en ambos casos y las soluciones legales en caso de que la restitución no sea posible por razón de pérdida, material o jurídica, del objeto. (I. G. P.)

BÜLOW, P./ARTZ, M.: «Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB», *NJW*, 2000, pp. 2049-2056.

Contratos de ventas a distancia y estructura del Derecho privado de consumo en el BGB.

Con la nueva Ley sobre contratos de ventas a distancia y otras cuestiones de Derecho de consumo, la dogmática jurídico-privada sobre consumidores se mantiene fuera del BGB. Las normas del Derecho comunitario sobre conclusión de contratos de ventas a distancia quedan, en el Derecho alemán, al margen de la regulación codificada. Leyes especiales, desde la Ley sobre crédito al consumo hasta la Ley sobre protección de la enseñanza a distancia, son aprobadas una tras otra. (M. P. G. R.)

BUSANI, A.: «La prelazione agraria del confinante», *NGCC*, 2000, núm. 6, pp. 529-547.

Ejercicio del derecho de preferencia en los arrendamientos rústicos. (*Alma R. G.*)

BUSNELLI, F.: «Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il “muro” degli interessi legittimi», *RDC*, 2000, núm. 3, parte primera, pp. 335-354.

Comentario a la sentencia núm. 500/99 de la SU sobre responsabilidad civil: valoración del comportamiento de la Administración Pública como agente del daño, selección de los intereses en juego, atribución de competencia jurisdiccional. (*M. R. D. R.*)

CACCIAVILLANI, I.: «Il procedimento di liquidazione del danno da atto amministrativo illegittimo - nota a TAR Ven., sez. I, 22 giugno 2000 n. 1212», *GC*, 2000, núm. 11, pp. 3060-3065. (*M. R. D. R.*)

CALVO: «La récusation des arbitres CCI: théorie et pratique», *GP*, 2000, núm. 336-337, pp. 30-36.

Los deberes de los árbitros de la Cámara de Comercio Internacional y su recusación, según la nueva reglamentación de la Cámara. Procedimientos y condiciones prácticas relativas a la recusación. (*I. S. P.*)

CAMPANA, G.: «La responsabilità civile degli amministratori delle società di capitali», *NGCC*, 2000, núm. 3, pp. 215-262. (*Alma R. G.*)

CANE P.: «*Mens Rea* in Tort Law», *Oxford J. Legal Stud.*, 2000, vol. 20(4), pp. 533-556.

Peter Cane analiza las razones por las que el dolo juega un papel menos importante en el derecho de daños que en el derecho penal. Según Cane, el derecho penal previene conductas mediante un sistema de penas impuestas sobre el agente en función del comportamiento adoptado. Por esta razón, el aspecto volitivo del agente tiene un papel fundamental. Por el contrario, el derecho de daños busca un equilibrio entre la autonomía del agente y la seguridad de las víctimas, sin ignorar intereses sociales más generales. En este contexto, exigir como requisito de responsabilidad la prueba de la voluntad interna del agente puede perjudicar injustamente al dañado. El requisito de la negligencia es más acorde con los fines del derecho de daños porque tiene en cuenta los intereses de las víctimas (el daño causado y su probabilidad), los intereses del agente (el coste de precaución) y otros intereses sociales (el valor social de la actividad del agente). (*J. S. F.*)

CANELA, A.: «Revocatoria fallimentare di negozi collegati - nota a Cass. 25 marzo 1999 n. 2801», *GC*, 2000, núm. 6, pp. 1805-1809. (*M. R. D. R.*)

CAPPER, D.: «Damages for Distress and Disappointment — The Limits of *Watts v. Morrow*», *LQR*, 2000, vol. 116, pp. 553-557.

Por regla general, el deudor no responde por los daños morales derivados de la angustia o ansiedad causadas por el incumplimiento contractual. Sin embargo, como reconoce la sentencia *Watts v. Morrow* [1991] 1 W.L.R, hay excepciones a esta regla general. Una de ellas se produce cuando el objeto principal del contrato sea proporcionar sosiego. El autor de la nota analiza si el perjudicado puede ser indemnizado en el caso de que proporcionar sosiego no sea el objeto principal del contrato, sino sólo un elemento accesorio a él. (M. V. V.)

CAPRIOLI: «La Directive européenne n. 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques», *GP*, 2000, núm. 303-305, pp. 5-17.

Reconocimiento del valor jurídico de las fisuras electrónicas: campo de aplicación de la directiva; términos y definiciones. Efectos jurídicos de la firma electrónica. Libre circulación en el mercado interior; acuerdos internacionales; normas técnicas. Reglas de funcionamiento de las prestaciones de servicios de certificación. (I. S. P.)

CARRIS: «La qualification des décisions des tribunaux arbitraux dans le règlement d'arbitrage CCI et dans la jurisprudence française», *GP*, 2000, núm. 336-337, pp. 11-15

Sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de las decisiones de los tribunales de arbitraje. (I. S. P.)

CARUSI, D.: «Illiceità del contratto e restituzioni», *RDC*, 2000, núm. 4, parte primera, pp. 495-518.

Causa negocial, vicios de la voluntad e incapacidad del *solvens* como causas de ilicitud del contrato, con especial referencia al abuso de la pretensión resarcitoria y la jurisprudencia alemana. (M. R. D. R.)

CASSANO, G.: «La cicogna beffarda: brevi note in tema di responsabilità del medico per erroneo intervento di sterilizzazione», *DFP*, 2000, núm. 3-4, pp. 1008-1021.

Comentario a Corte Cass. de 10 de septiembre de 1999 núm. 9617 sobre responsabilidad médica y el derecho del paciente a no procrear. (Alma R. G.)

CERINI, D.: «L'assicurazione del credito interno in Francia: brevi riflessioni su un modello autoctono», *RDC*, 2000, núm. 4, parte primera, pp. 539-580.

Estudio de Derecho comparado francés, sobre la aseguración del crédito como instrumento de garantía. (M. R. D. R.)

CERVEAU: «Le risque juridique: Affaire de spécialistes ou de gestionnaires de risque?», *GP*, 2001, núm. 54-55, pp. 2 ss.

De la definición y delimitación del riesgo jurídico; su cobertura. (I. S. P.)

CHABAS: «La responsabilité des cliniques pour défaut d'organisation. Étude de droit privé français», *GP*, 2001, núm. 33-34, pp. 38-45 .

Organización del personal y del equipamiento. (*I. S. P.*)

CHABAS: «Réparation du préjudice personnel de l'enfant handicapé lorsque son handicap a été contacté in utero», *SJ*, 2000, núm. 50, II-10438, pp. 2293-2312.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de casación civil, de 17 de noviembre de 2000. La falta cometida por los médicos y el laboratorio y su incidencia contractual sobre la madre. El derecho a interrumpir el embarazo. (*I. S. P.*)

CHARBONNEAU/PANSIER: «Le contrat d'assurance vie à la croisée des qualifications: entre assurance épargne et capitalisation. L'assurance balance...», *GP*, 2001, núm. 75-76, pp. 6-10.

Los criterios del conflicto de calificación. El interés de este conflicto. (*I. S. P.*)

CHAZAL/VICENTE: «Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil», *RTDC*, 2000, núm. 3, pp. 477-506.

La regla de la transmisión de la propiedad por efecto del mero consentimiento presenta inconvenientes prácticos. Desde el punto de vista teórico es dudoso que los redactores del *Code* quisieran consagrirla. Es el producto de una larga evolución doctrinal donde las ideas filosóficas no son extrañas y la propiedad se ve afectada de un polisemismo que será progresivamente olvidado en el curso de los siglos XIX y XX. Las concepciones de la propiedad influyen necesariamente en los modos de transmisión de los bienes. El objeto de este estudio es exhumar las razones históricas de transferencia de la propiedad por efecto de las obligaciones, a fin de determinar la naturaleza y modalidades jurídicas. (*I. S. P.*)

CHEN-WISHART, M.: «Unjust Factors and the Restitutionary Response», *Oxford J. Legal Stud.*, 2000, vol. 20, núm. 4, pp. 557-577.

Common law y *civil law* adoptan posiciones de partida distintas en relación con el enriquecimiento injusto o sin causa. El primero se centra en las razones concretas que hacen que el enriquecimiento sea injusto, mientras que el segundo se basa sólo en la ausencia de una causa que justifique la transferencia patrimonial. El artículo quiere probar que el *common law* es superior, entre otras cosas, porque permite medir adecuadamente el enriquecimiento cuando la restitución ha de efectuarse mediante el equivalente en dinero. (*A. R. G.*)

CHINDEMI, D.: «Il contratto di parcheggio di autovettura in area recintata. Contratto di deposito o locazione d'area?», *NGCC*, 2000, núm. 4, pp. 444-450.

Naturaleza jurídica del contrato de garaje. (*Alma R. G.*)

CHOCQUE/LIN FU-BOURGNE: «Impacts et enjeux de l'informatisation dans le système de santé. Ses effets sur les rapports entre les assurés sociaux, les professionnels de santé et les caisses d'assurance maladie», *GP*, 2000, núm. 292-293, pp. 15-32.

Sus efectos sobre las relaciones entre los asegurados sociales, los profesionales sanitarios y los enfermos asegurados. (*I. S. P.*)

CHVINKA: «Du déclin de la négociabilité des instruments de paiement et de crédit», *RDS*, 2000, núm. 40, ch. aff., pp. 615-628. (*I. S. P.*)

COMPRTI, M.: «Le presunzioni di responsabilità», *RDC*, 2000, núm. 5, parte primera, pp. 615-661.

Extenso análisis del artículo 1382 del *Code Napoleon* y la presunción de responsabilidad extracontractual, desde un punto de vista histórico, con referencia, por tanto, a los precedentes del Derecho romano, intermedio y consuetudinario francés, *Coutumes del nord* de Francia, pensamiento de Domat y Pothier, y trabajos preparatorios del *Code*. Relación e influencia en el *Codice civil* de 1865 y 1942. (*M. R. D. R.*)

CONFINO: «La mise en circulation dans la loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux», *GP*, 2001, núm. 33-34, pp. 2-20 y 27.

La puesta en circulación de productos como acto voluntario condicionante de la responsabilidad. La puesta en circulación, acto único, elemento de puesta en marcha de la ley. (*I. S. P.*)

COREA, U.: «Ancora in tema di nozione di "consumatore" e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore - nota a Trib. Roma 20 ottobre 1999», *GC*, 2000, núm. 7-8, pp. 2119-2125. (*M. R. D. R.*)

COSTANZA, M.: «La concessione di vendita: obblighi del concedente e diritti del concessionario - nota a Cass. 22 febbraio 1999 n. 1469», *GC*, 2000, núm. 6, pp. 1813-1815. (*M. R. D. R.*)

COSTANZA, M.: «La forma convenzionale fra regole di formazione e regole di adempimento - nota a Cass. 14 aprile 2000 n. 4861», *GC*, 2000, núm. 12, pp. 3199-3201. (*M. R. D. R.*)

DAVER: «La télémedecine, entre progrès techniques et responsabilités», *RDS*, 2000, núm. 35, 1.^{er} ch., pp. 527-533. (*I. S. P.*)

DAUDIER DE CASSINI/THEYNS: «La responsabilité des dirigeants sociaux en cas de cession d'un filiale en difficulté», *GP*, 2000, núm. 268-270, pp. 4-8.

El hecho generador. La neutralización de riesgos de remontar la responsabilidad a hechos anteriores a la cesión de la filial. (I. S. P.)

DE POLI, M.: «Clausole vessatorie, norme bancarie uniformi e azione inibitoria», *NGCC*, 2000, núm. 5, pp. 495-525.

Cláusulas abusivas en contratos de consumidores. (*Alma R. G.*)

DI MARZIO, F.: «Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio», *GC*, 2000, núm. 10, pp. 464-484.

Análisis doctrinal, jurisprudencial y legislativo sobre las diferentes formas y causas de nulidad en el derecho contractual, acciones de nulidad, conversión del contrato nulo, etc. (*M. R. D. R.*)

DI MARZIO, F.: «Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi - nota a Cass. 17 novembre 2000 n. 14899», *GC*, 2000, núm. 12, pp. 3103-3114. (*M. R. D. R.*)

DI PIETROPAOLO, L.: «Gli usi contrari di cui all'art. 1283 c. c. e la "validità sopravvenuta" delle clausole bancarie anatocistiche - nota a Cass. 11 novembre 1999 n. 12507», *GC*, 2000, núm. 7-8, pp. 2049-2054. (*M. R. D. R.*)

DJOUDI: «La faute de l'appauvri: un pas de plus vers une subjectivisation de l'enrichissement sans cause», *RDS*, 2000, núm. 40, 1.^{er} ch., pp. 609-620. (*I. S. P.*)

DORSNER-DOLIVET: «Un médecin n'est pas tenu de réussir à convaincre son patient du danger de l'acte médical qu'il demande», *SJ*, 2001, núm. 7-8, II-10473, pp. 371-373.

Notas a la sentencia de la Corte de casación civil, sección 1, de 18 de enero de 2000, sobre deber de información al paciente de los riesgos de una intervención. (*I. S. P.*)

DU RUSQUEC: «Responsabilités respectives de l'avocat et de l'huissier à l'occasion de la délivrance d'un commandement», *GP*, 2000, núm. 313-314, pp. 27-29.

Comentario a la sentencia de la Corte de Lyon (sala 1.^a), de 10 de noviembre de 1999. (*I. S. P.*)

ESPER: «L'information médicale du malade à l'hôpital public», *GP*, 2000, núm. 352-354, pp. 6-11.

El Consejo de Estado impone una información atenuada, respaldando la posición adoptada por el juez. Pero evalúa rigurosamente la indemnización por defecto de información. (I. S. P.)

ESTOUP/LECLERQ: «Les procédures d'urgence des Cours européennes d'arbitrage et de médiation de Paris et de Versailles-Île-de-France», *GP*, 2000, núm. 315-316, pp. 12-16.

Estudio de las medidas provisionales y que el arbitraje en procedimiento de urgencia, principalmente los artículos 32 y 33 del reglamento. (I. S. P.)

FABRE: «Les contrats de distribution et internet à la lumière du nouveau règlement communautaire», *RDS*, 2001, núm. 5, ch. aff., pp. 437-440.

Complemento del sistema de distribución por Internet con el sistema tradicional. Regulación comunitaria actual de la distribución de productos por Internet para favorecer la libre competencia. (I. S. P.)

FADLALLAH: «Nouveau recul de la révision au fond: motivation et fraude dans le contrôle des sentences arbitrales internationales», *GP*, 2000, núm. 336-337, pp. 5-10.

El control de motivación: una cuestión de legitimidad; el principio del control, sus modalidades y el abandono. El control del fraude: una cuestión de procedimiento. (I. S. P.)

FALZEA, A.: «Gli interessi legittimi e le situazioni giuridice soggettive», *RDC*, 2000, núm. 5, parte primera, pp. 679-688.

Reflexión sobre los intereses legítimos y derechos de la personalidad, a propósito de la sentencia núm. 500/99 de la SU, en relación con la tutela resarcitoria por la Administración Pública como agente del daño. (M. R. D. R.)

FAURE, M.G.: «Kompensationsmodelle für Heilwensenschäden in Europa mit Ausblick auf die EG-Rechtsharmonisierung», *ZEuP*, núm. 3, 2000, pp. 575-600.

El autor ofrece algunos criterios para construir un sistema europeo de compensación de daños corporales derivados de actos médicos, pero a la vez destaca los obstáculos que para tal unificación existen y las ventajas de la variedad. (I. G. P.)

FEPAGE: «Du sens de la mesure en matière de responsabilité civile sur internet: la loi, la jurisprudence et le fournisseur d'hébergement», *RDS*, 2001, núm. 4, 1.^{er} ch., pp. 322-327.

Nueva regulación de la responsabilidad civil en Internet dada con la ley núm. 2000-719, de 1 de agosto de 2000, ante la insuficiencia que planteaba a la jurisprudencia la aplicación del derecho común. (I. S. P.)

FERRANDO, G.: «I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative», *CI*, 2000, núm. 1, pp. 127-141.

Varias cuestiones sobre los contratos conexos: operaciones económicas complejas y equilibrio contractual, tutela de los consumidores. (*Alma R. G.*)

FERRARI, F.: «Contratti di distribuzione, ambito di applicazione ratione materiae della Convenzione di Vienna del 1980: gli insegnamenti che si possono trarre dalla giurisprudenza straniera - nota a Cass, 14 dicembre 1999 n. 895», *GC*, 2000, núm. 9, pp. 2334-2342. (*M. R. D. R.*)

FLEISCHER, H.: «Vertragsschlussbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht», *ZEuP*, núm. 4, 2000, pp. 772-798.

En el ámbito del Derecho europeo, numerosas Directivas establecen diversos deberes de información precontractual como reflejo de un criterio extendido en los países de la Unión, alejado del postulado *caveat emptor*. Pero, más que un análisis del contenido de cada una de las normas, el autor persigue estudiar, desde una perspectiva global, su finalidad y su justificación dogmática; el ámbito, alcance y el modo en el que la propia información debe suministrarse. La dispersión normativa y la multiplicidad de modelos sugiere la necesidad de una formulación en un solo texto, aplicable con carácter general, ya sea como un capítulo de un código de protección de los consumidores, ya sea en un futuro Código civil europeo. (*I. G. P.*)

FUCCILLO, A.: «La prelazione sulle vendite di immobili degli Istituti per il sostentamento del clero», *DFP*, 2000, núm. 2, pp. 925-938.

Actividades contractuales de los entes eclesiásticos, controles canónicos y responsabilidad del notario. (*Alma R.G.*)

FÜHRICH, E.: «Preisänderungen beim Reisevertrag», *NJW*, 2000, pp. 3672-3677.

Modificaciones del precio en el contrato de viaje. Admisibilidad y límites de la subida de precio del viaje por aumento del precio de los carburantes. (*M. P. G. R.*)

GALGANO, F.: «La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio», *CI*, 2000, núm. 2, pp. 919-929.

Análisis de las nuevas categorías de contratos a la luz de la jurisprudencia. (*Alma R. G.*)

GAUTIER: «Les distances du juge. A propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile», *SJ*, 2001, núm. 2, I-287, pp. 66-68.

Estudio a propósito de la función del juez en materia de daños a menor, antes de nacer, por el médico. (*I. S. P.*)

GENTILI, A.: «Sull'accesso alla giustizia dei consumatori», *CI*, 2000, núm. 2, pp. 680-696.

Propuestas tradicionales y propuestas alternativas en el acceso de los consumidores a la justicia. Razones y dificultad de una tutela especial. (*Alma R. G.*)

GENTILI, A.: «La riforma delle fondazioni di origine bancaria», *NLCC*, 2000, núm. 1-2, pp. 26-58.

Reflexión sobre la Ley de 23 de diciembre de 1998, núm. 461, y Decreto legislativo de 17 de mayo de 1999, núm. 130, sobre reforma de fundaciones de origen bancario: objeto, naturaleza jurídica, actividad, órganos, reglas de administración y disposición. (*M. R. D. R.*)

GIACALONE, G.: «In tema di responsabilità contrattuale della banca nel c.d. "benefondi" - osservazione a Cass. 5 luglio 2000 n. 8983», *GC*, 2000, núm. 10, pp. 2557-2558. (*M. R. D. R.*)

GIACALONE, G.: «Sul risarcimento del danno per ostinato rifiuto, da parte del genitore, di contribuire al mantenimento del figlio naturale - osservazione a Cass. 7 giugno 2000 n. 7713», *GC*, 2000, núm. 9, pp. 2221-2223. (*M. R. D. R.*)

GIRARDIN: «Sports: application de la théorie de l'acceptation des risques», *SJ*, 2000, núm. 46, II-10420, pp. 2073-2077.

Nota a la sentencia de la corte de apelación de *Douai*, de 16 de diciembre de 1999, sobre responsabilidad civil en fútbol americano. Golpe improvisado y ausencia de protección. (*I. S. P.*)

GOUT: «Le juge du fond en peut soulever d'office la cause de nullité d'un crédit à la consommation résistant dans le non-respect des dispositions d'ordre public», *SJ*, 2001, núm. 7-8, II-10477, pp. 379-381.

Notas a la sentencia de la Corte de casación civil, de 15 de febrero de 2000, sobre protección a los consumidores en los créditos al consumo. (*I. S. P.*)

GRANIERI, M.: «Brevi note sulla protezione del consumatore nei contratti a distanza», *FI*, 2000, núm. 11, pp. 3198-3201.

Acerca de los contratos de compraventa fuera de los locales comerciales. (*Alma R. G.*)

GREGER, R: «Neue Regeln für die Verbandsklage im Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht», *NJW*, 2000, pp. 2457-2463.

Nuevas reglas sobre las acciones colectivas en el Derecho de protección a los consumidores y en el Derecho de la competencia.

A raíz de las nuevas normas de protección a los consumidores y de la transposición de las disposiciones comunitarias relativas al euro, el autor estima que el derecho de las acciones colectivas debe ser enteramente reescrito de nuevo, y la jurisprudencia existente hasta ahora revisada. (M. P. G. R.)

GRITTI, F.: «Responsabilità per danni da cosa e ambito di applicazione dell'art. 2051 cod. civ.», *NGCC*, 2000, núm. 3, pp. 355-359.

Criterio de imputación de la responsabilidad por daños producidos por las cosas. (Alma R. G.)

GRONDONA, M.: «Illecito commesso dal militare nello svolgimento del proprio servizio e responsabilità della p.a. per rischio tipico», *NGCC*, 2000, núm. 5, pp. 571-611.

Acerca de la responsabilidad de la Administración. (Alma R. G.)

HENKEL, A./KESSELER, Ch.: «Die Neuregelung des Schuldnerverzugs durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen», *NJW*, 2000, pp. 3089-3095.

Las nuevas reglas de mora del deudor en la Ley sobre aceleración de pagos en las obligaciones vencidas.

El artículo se ocupa de las nuevas normas que se han introducido en el Derecho general de obligaciones a través de la Ley sobre aceleración de pagos en obligaciones vencidas. Junto con la exposición de las características de los nuevos supuestos de mora, se abordan directamente las consecuencias prácticas de las nuevas normas. Para solucionar los problemas que se señalan, se formulan propuestas tanto en relación con las cláusulas contractuales individuales, como con las condiciones generales de los contratos. (M. P. G. R.)

HENRICH, D.: «Il contratto preliminare nella prassi giuridica tedesca», *RDC*, 2000, núm. 5, parte segunda, pp. 691-710.

Estudio jurisprudencial en el derecho comparado alemán, sobre el contrato preliminar: forma, contenido, partes, integración de lagunas, incumplimiento y medios de tutela. (M. R. D. R.)

HONLET/BAECQUE: «La réforme des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques (à propos de la loi núm. 2000-642 du 10 juillet 2000)», *RDS*, 2001, núm. 2, 1.^{er} ch., pp. 141-148.

Fin del monopolio del comisario-cobrador en las ventas de bienes muebles en mercadillos. Libre prestación de servicios. Necesidad de un nuevo desarrollo normativo que vendrá de acuerdo con las necesidades prácticas. (I. S. P.)

IWEINS: «Perquisitions dans les cabinets d'avocats: le "juge du secret" existe», *GP*, 2000, núm. 287-288, pp. 2-3.

El secreto profesional y las consecuencias de su violación. (I. S. P.)

JACOPIN: «Les mentions contractuelles “coutumières”. Un droit imaginaire? À propos des mentions manuscrites “hors-la-loi”», *SJ*, 2001, núm. 3, I-288, pp. 121-127.

Los términos utilizados usualmente en contratos, fundamentalmente bancarios, de «leído y aprobado» o «visto y conforme». Estas menciones, según el autor, exigen cuidado o cautela e invitan a leer con cuidado el contrato. (I. S. P.)

JANSEN, N.: «Auf dem Weg zu einem europäischen Haftungsrecht», *ZEuP*, núm. 1 2001, pp. 30-65.

El Derecho de la responsabilidad extracontractual ofrece en Europa un variado panorama. En el ámbito del Derecho contractual, y gracias a los trabajos de la Comisión Lando, se ha alcanzado un cuadro de principios uniformes. Pero la responsabilidad extracontractual encuentra mayores dificultades. Con todo, los trabajos ya se han iniciado. El autor señala las diversas iniciativas en este sentido, en particular los del grupo Tillburg, así como los dirigidos por el Profesor C.V. Bar, en Osnabrück, que ha reunido a juristas de casi todos los países de la Unión. El autor analiza las propuestas de ambos grupos de trabajo al hilo de algunas cuestiones fundamentales del Derecho de daños. (I. G. P.)

JOSSELIN-GALL: «La responsabilité du fait d'autrui sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1.^{er} Une théorie générale est-elle possible?», *SJ*, 2000, núm. 45, I-268, pp. 2011-2017.

Estudio a propósito de la doctrina jurisprudencial sobre la materia. Bases y fines de esta responsabilidad establecidas por la jurisprudencia. Posibilidad de incluir una teoría general sobre ello. (I. S. P.)

KERN, B. R.: «Zur Dogmatik des § 324 I BGB», *AcP*, diciembre 2000, pp. 684-702.

El autor analiza el § 324 BGB, su relación con la teoría de los riesgos, en particular con los riesgos en la compraventa, y los contratos en los que puede aplicarse lo que dispone la norma citada. El tema se refiere a la imposibilidad sobrevenida de la prestación en un contrato sinalagnático por causa imputable al acreedor, conservando en tal caso el deudor liberado su pretensión a la contraprestación, aunque debe considerarse lo que ahorre a causa de la liberación o aquello que adquiera o deje maliciosamente de adquirir a través de la actividad que ulteriormente realice. La norma contenida en el § 324 BGB plantea varios problemas interpretativos, pues el acreedor no tiene, en principio, deberes de conservación respecto de la prestación debida, ni el BGB prevé expresamente cuáles son los criterios de imputación, criterios que en la ley se explicitan en los §§ 276 a 279, pero con referencia expresa al deudor. A esto se añade la concurrencia con la (posible) pretensión de responsabilidad por daños, con base en el § 823 I BGB. (I. G. P.)

KRASNEY, O. E.: «Das Gesetz zur Reform der Gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000)», *NJW*, 2000, pp. 2697-2700.

La ley de reforma del seguro médico-legal, del año 2000 (GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000).

La GKV-G modificó, además de la ley del seguro médico, al menos dieciocho leyes y reglamentos de diferentes temas. La selección de algunos puntos centrales de esta reforma y su exposición es el tema de este trabajo. (M. P. G. R.)

KULLMANN, H. J.: «Die Rechtsprechung des BGH zum Produkthaftpflichtrecht in den Jahren 1998-2000», *NJW*, 2000, pp. 1912-1917.

La jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo (*Bundesgerichtshof*) sobre responsabilidad por productos en los años 1998 a 2000.

El artículo prosigue la información, publicada en la revista (vid. *NJW* 1999, 96), sobre la jurisprudencia del BGH en materia de responsabilidad por productos, ofreciendo una visión global de las decisiones recaídas de octubre de 1999 a mayo de 2000. En la exposición se recoge no sólo lo dicho en este tema por la sala competente del BGH, sino también las sentencias de los tribunales inferiores (OLG) que, en el mismo período de tiempo, han adquirido firmeza por la no admisión o por la retirada del recurso (de casación). (M. P. G. R.)

LAMBERT-FAIVRE: «La réparation de l'accident médical, obligation de sécurité: oui; aléa thérapeutique: non», *RDS*, 2001, núm. 7, 1.^{er} ch., pp. 570-573.

Obligación de garantía en materia médica confirmada por la sentencia de la Corte de casación civil, de 7 de noviembre de 2000, en materia de distribuciones de productos médicos. Límite entre la obligación de garantía y un «alea» terapéutica asimilable al caso fortuito exoneratorio. (I. S. P.)

LASSALLE: «Les responsabilités civile et penale des auteurs de violences sportives», *SJ*, 2000, núm. 49, I-277, pp. 2223-2229.

Preocupación jurídica del deporte en la actualidad. Violencia cometida por los deportistas y otros sujetos. (I. S. P.)

LE CAË: «Rollers et droit des assurances», *GP*, 2000, núm. 271-272, pp. 6-11.

El *status jurídico*; la reglamentación específica y el derecho común. Se pregunta el autor si vamos hacia un nuevo régimen de circulación que incluye a los practicantes del patinaje y su relación con los contratos de seguros. (I. S. P.)

LECLERQ: «Quelles conséquences engendre le dépôt de bilan de l'assuré sur le contrat d'assurance-vie individuelle?», *GP*, 2000, núm. 271-272, pp. 12-16.

La obligación de asegurar y el pago de las primas. Obligaciones del asegurador. La rescisión del contrato de seguro por modificación de la situación jurídica del asegurado suscriptor, en caso de cesión o liquidación de su empresa. (I. S. P.)

LOISEAU: «Le civil tient le pénal à l'écart. Quelques éléments de droit américain de la responsabilité médicale», *GP*, 2000, núm. 357-358, pp. 3-18.

Estudio sobre la responsabilidad médica en Estados Unidos. La persistencia del delito civil en el Derecho americano hace que la responsabilidad civil del médico sea de naturaleza delictiva. No es, por tanto, válida la hipótesis de contacto médico ni las cláusulas alusivas a la responsabilidad. (I. S. P.)

LORENZ, S.: «Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie», *Jus*, 2000, pp. 833 ss.

Mucho de nuevo en el BGB: la transposición de la Directiva de contratos a distancia.

A través de la ley sobre los contratos a distancia y otras cuestiones de Derecho del consumo, así como sobre la transposición de disposiciones en materia del Euro, que entró en vigor el 30 de enero de 2000, el legislador no sólo transpuso la Directiva de contratos a distancia de la Unión Europea a través de la publicación de la Ley de contratos a distancia, sino que introdujo una nueva constancia dogmática del derecho de desistimiento en la protección del consumidor y un nuevo § 361 a) en el BGB. Es la primera vez que el concepto de consumidor y normas especiales de protección al consumidor se incluyen en el BGB. El trabajo se ocupa de la repercusión de estas nuevas normas, en especial en el ámbito del comercio electrónico. (M. P. G. R.)

LUCAS DE LEYSSAC/LACAZE: «Le paiement en ligne», *SJ*, 2001, núm. 10, I-302, pp. 477-482.

El pago en línea del comercio electrónico. Fiabilidad jurídica de los instrumentos de pago utilizados actualmente. Criterios o medios propuestos por el autor para conseguir la fiabilidad. (I. S. P.)

MACMILLAN, C.: «A Birthday Present for Lord Denning: The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999», *Modern L. R.*, 2000, vol. 63, núm. 5, pp. 721-738.

Con fecha 11 de mayo de 2000 ha entrado en vigor la *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* inglesa, después de varias décadas de críticas a la regla de los efectos relativos de los contratos (*privity*). Esta ley reconoce a un tercero la facultad de reclamar un derecho que un contrato le atribuya expresamente o un beneficio previsto en una de las cláusulas contractuales. El artículo de MacMillan analiza las razones, alcance e implicaciones de la nueva regulación, cuyos trabajos preparatorios fueron dedicados por la *House of Lords* a uno de los autores que más cuestionó la regla de la eficacia relativa de los contratos, el fallecido Lord Denning, como regalo conmemorativo del centenario de su nacimiento. (J. M. B. S.)

MAIGNÉ-GABORIT/BARBIER: «La révision triennale du loyer du bail commercial à la hausse», *GP*, 2000, núm. 299-300, pp. 23-27.

Estudio en qué consisten las modificaciones materiales de los factores del arrendamiento de comercio y el cálculo de la variación del 10 por 100 del valor del arrendamiento. (I. S. P.)

MALINVAUD: «La cour de cassation prend pour la première fois position sur la charge des risques dans la vente en l'état futur d'acheèvement», *SJ*, 2001, núm. 5, II-10465, pp. 257-261.

Estudio sobre la sentencia de la Corte de casación civil, sección 3.^a, de 11 de octubre de 2000. (I. S. P.)

MANCALEONI, A. M.: «La tutela del consumatore nei contratti a distanza alla luce della futura Direttiva sul commercio elettronico», *NGCC*, 2000, núm. 3, pp. 307-331.

Diversas cuestiones acerca de la tutela del consumidor (derecho de desistimiento en los contratos de consumidores, obligaciones de información, diversas formas de protección del consumidor a distancia, propuesta de directiva sobre comercio electrónico). (Alma R. G.)

MANCINO, R.: «Pubblicità ingannevole e comparativa», *NLCC*, 2000, núm. 5, pp. 883-887.

Ánalisis del Decreto legislativo de 25 de febrero de 2000, núm. 67, sobre la directiva 97/55/CE, sobre publicidad engañosa y comparativa: supuestos, formas de tutela y regulación vigente tras el decreto. (M. R. D. R.)

MARASCO, P. G.: «Danno psichico: Altre la malattia mentale?», *CI*, 2000, núm. 1, pp. 321-339.

Nacimiento infeliz, daños morales por el nacimiento de niños con taras. (Alma R.G.)

MARKESINIS, B.: «Judicial Style and Judicial Reasoning in England and Germany», *Cambridge L. J.*, 2000, vol. 59, pp. 294-309.

Comparando las resoluciones judiciales inglesas y alemanas, se aprecian unas diferencias en los procesos de razonamiento de los órganos judiciales de uno y otro país. En este artículo se analizan estas diferencias y sus motivos, así como las ventajas y defectos del sistema inglés respecto al alemán. (M. V. V.)

MATSUDA, M.: «On Causation», *Colum. L. Rev.*, 2000, vol. 100, núm. 8, pp. 2195-2220.

Reflexiones sobre las implicaciones morales del concepto de causalidad manejado en el Derecho de daños. (A. R. G.)

MÉMETEAU: «L'action de vie dommageable», *SJ*, 2000, núm. 50, I-279, pp. 2275-2280.

Problemas jurídicos que plantea la sentencia de la Corte de casación civil, de 17 de noviembre de 2000, sobre el nacimiento de un menor con defectos congénitos importantes. (I. S. P.)

MÉMETEAU: «Défaut d'organisation d'une clinique», *SJ*, 2000, núm. 38, II-10384, pp. 1709-1712.

Notas a la sentencia de la Corte de casación civil, de 15 de diciembre de 1999, sobre responsabilidad de la clínica por muerte de un recién nacido ante la falta de organización del personal. (*I. S. P.*)

MERUZZI, G.: «Funzione nomofilattica della Suprema Corte e criterio di buona fede», *CI*, 2000, núm. 1, pp. 25-54.

Artículo sobre la cláusula penal y las sanciones privadas respecto a la autonomía contractual. (*Alma R. G.*)

MICHEL, R. DE: «La donazione modale», *NGCC*, 2000, núm. 2, pp. 142-166.

Disciplina normativa de la donación modal. (*Alma R. G.*)

MIGNOT: «La valeur locative des boutiques: une arlésienne?», *GP*, 2001, núm. 73-74, pp. 4-5.

Pequeño comentario sobre la continuidad de la situación de los arrendamientos comerciales. (*I. S. P.*)

MIGNOT: «Et si on appliquait l'article 23-2 du quasi feu décret du 30 septiembre 1953», *GP*, 2001, núm. 73-74, pp. 6-8

Aspectos a tener en cuenta en la aplicación de este artículo. (*I. S. P.*)

MILO, M./SMITS, J.: «Trusts in Mixed Legal Systems: A Challenge to Comparative Trust Law», *ERPL*, núm. 3, 2000, pp. 421-426.

Este artículo sirve de introducción al tema monográfico de este número de la *ERPL*: el concepto de «trust» y su presencia en varios ordenamientos. Se trata de una institución propia del Derecho anglo-americano, cuya comprensión presenta dificultades para los juristas formados en el Derecho continental. Recientemente, sin embargo, existen diversos factores que ponen de relieve la necesidad de investigar las funciones de tal figura: la tendencia hacia la armonización en el ámbito del Derecho privado y la existencia, en varios países de la Unión, de sendas normas que regulan la materia. (*I. G. P.*)

MIRIELLO, C.: «Tra offerta al pubblico e invito a proporre: orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in merito alle ipotesi controverse», *CI*, 2000, núm. 3, pp. 1124-1135.

Sobre la teoría de la oferta contractual *in incertam personam*. (*Alma R. G.*)

MODULO, F./ZACCAGNINI, C.: «Brevi riflessioni sulle nuove disposizioni in tema di cartolarizzazione dei crediti», *NLCC*, 2000, núm. 1-2, pp. 73-106.

Breve reflexión sobre la ley de 30 de abril de 1999, núm. 130, sobre la emisión de títulos de créditos pecuniarios objeto de cesión: aspectos formales, sustantivos, contables y fiscales, con referencia al modelo francés. (*M. R. D. R.*)

MORDECHAI RABELLO, A.: «Buona fede e responsabilità precontrattuale nel diritto israeliano alla luce del diritto comparato (seconda parte)», *RTDPC*, 2000, núm. 3, pp. 847-889.

Segunda parte de un estudio de derecho comparado sobre responsabilidad precontractual en el derecho israelí: error y culpa *in contrahendo*, violación de obligaciones legales, responsabilidad de terceros, obligación de resarcimiento. (M. R. D. R.)

MOORE, I.: «Proprietary Estoppel, Constructive Trusts and Section 2 of the Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989», *Modern L. R.*, 2000, vol. 63, núm. 6, pp. 912-917.

La *Section 2* de la *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989* reformó el Derecho inglés para exigir la forma escrita en los contratos sobre bienes inmuebles. La anulación judicial del contrato concluido verbalmente puede dejar al contratante, que ya ha cumplido, en una situación de una cierta desprotección. El autor considera que el *constructive trust* supone una solución frente a algunos remedios de equidad que la *Court of Appeal* ha considerado insuficientes para estos casos. (A. R. G.)

MOROZZO DELLA ROCCA, F.: «In tema di applicabilità dell'art. 2236 c. c. alla responsabilità dei magistrati - osservazione a Cass. 6 novembre 1999 n. 12357», *GC*, 2000, núm. 7-8, pp. 2059-2060. (M. R. D. R.)

MOURRE: «Le Droit français de l'arbitrage international face à la Convention Européenne des droits de l'homme», *GP*, 2000, núm. 336-337, pp. 16-29.

La aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos al arbitraje y sus consecuencias. Responsabilidad de los Estados que consienten en una sentencia de arbitraje contraria a la Convención Europea. (I. S. P.)

MULLENDER, R. /SPEIRS, A.: «Negligence, Psychiatric Injury, and the Altruism Principle», *Oxford J. Legal Stud.*, 2000, vol. 20, núm. 4, pp. 645-666.

Plantea la evolución de los tribunales de justicia ingleses en materia de responsabilidad civil por daños psicológicos causados por una conducta culposa. El autor señala que, pese a una tendencia inicial a indemnizar a aquellos que han asistido a las víctimas de un accidente, la *House of Lords* limita ahora los supuestos en que puede solicitarse una indemnización por dichos daños. Así, en *White v Chief Constable of the South Yorkshire Police* [1999] 2 AC 455, ha rechazado que existiese entre los actores –miembros del cuerpo de policía– y las víctimas del accidente del estadio de Hillsborough (Sheffield), asistidas por los anteriores, una relación lo suficientemente estrecha, así como que los actores fuesen víctimas directas. Según el autor, el resultado de esta interpretación desincentiva que las personas actúen de un modo altruista en casos en que esta actuación puede ser indispensable, pese a lo cual la sentencia sería acertada desde un punto de vista de justicia distributiva. (A. R. G.)

MÜLLER-HENGSTENBERG, Cl. D: «Die Bedeutung des Kaufrechts für die Computersoftware», *NJW*, 2000, pp. 3545-3548.

El significado del Derecho de compraventa en la adquisición de *software*.

Este artículo estudia la tipología contractual que debe emplearse para el *software* informático y qué ha de entenderse por éste (si sólo el soporte material o si también se incluyen las aplicaciones, instalaciones, rendimientos, etc.), si es posible o no un período de tiempo para su examen y, en su caso, cuál ha de ser, determinando que los criterios establecidos en estos puntos por el HGB no coinciden con los marcados por la jurisprudencia menor. De otro lado, se plantea la polémica de los contratos comerciales realizados a través de Internet, que se califican como internacionales, concluyendo el autor que deben tipificarse como contratos *sui generis*, para los que deben existir una serie de controles. (M. P. G. R.)

MURPHY, C.P.: «*Judgment as a Matter of Law on Punitive Damages*», *Tul. L. Rev.*, 2000, vol. 75, núm. 2, 459-479.

La VII Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América prohíbe a los tribunales de justicia reducir las indemnizaciones por daños sin ofrecer al actor la opción de iniciar un nuevo proceso. A pesar de ello, algunos tribunales norteamericanos tienden a reducir directamente las indemnizaciones debidas por daños punitivos, amparándose en la idea de que una indemnización excesiva por este concepto puede vulnerar el derecho al debido proceso. El autor critica esta tendencia por ir contra la VII Enmienda y por la ausencia de una regla legal que establezca la cuantía de este tipo de daños, entre otras razones. (A. R. G.)

MUSCHELER, K./BLOCH, W.E.: «*Erfüllung und Erfüllungssurrogate*», *JuS*, 2000, pp. 729-740.

Cumplimiento y subrogados del cumplimiento.

Las reglas sobre la extinción de las obligaciones tienen un significado tan fundamental para el Derecho civil, como las normas sobre el nacimiento. Un lugar central entre aquéllas lo ocupa el cumplimiento. El artículo muestra las especialidades de éste y se muestra crítico con las llamadas teorías del cumplimiento. (M. P. G. R.)

NAJJAR: «*Clause de substitution et position contractuelle*», *RDS*, 2000, núm. 42, pp. 635-641. (I. S. P.)

NICCOLI, P.: «*Contratto preliminare di vendita e revoca del legato*», *NGCC*, 2000, núm. 2, pp. 143-145.

Comentario a la sentencia de 18 de septiembre de 1999, del Tribunal de Florencia, acerca del contrato preliminar. (Alma R. G.)

NUTTENS: «*La loi Fauchon du 10 juillet 2000 ou la fin de la confusion de la faute civile et de la faute pénale d'imprudence*», *GP*, 2000, núm. 278-279, pp. 7-12.

La génesis del texto. La nueva definición de falta penal de imprudencia: la relación de causalidad; los caracteres de la falta. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Otras disposiciones de la ley. (I. S. P.)

OLIVIER: «Les experts agréés pour les ventes de meubles aux enchères publiques», *GP*, 2000, núm. 285-286, pp. 2-4.

Estudio a propósito de la ley de 10 de julio de 2000 sobre la venta de bienes muebles en establecimientos públicos. (*I. S. P.*)

O'SULLIVAN, J.: «Rescission as a Self-Help Remedy: A Critical Analysis», *Cambridge L. J.*, 2000, vol. 59, pp. 509-543.

La rescisión de un contrato puede tener lugar sin necesidad de ejercitar una acción judicial. La autora analiza en este artículo los principales problemas de la rescisión extrajudicial, así como el problema relativo a si este mecanismo puede ejercitarse de forma general o sólo cuando su origen se encuentre en determinados vicios de la voluntad. Otros problemas giran en torno a la eficacia restitutoria de la rescisión. (*M. V. V.*)

PALMIERI, A.: «Consumatori e clausole abusive: l'aggregazione fa la forza», *FI*, 2000, núm. 6, pp. 2046-2066.

La inhibitoria colectiva: ¿el triunfo de los consumidores? (*Alma R. G.*)

PARODI, C.: «Il percorso evolutivo del danno riflesso», *NGCC*, 2000, núm. 2, pp. 240-243.

Resarcimiento del daño moral «reflejo» sufrido por el cónyuge de la víctima de un delito de lesiones personales. (*Alma R. G.*)

PATTI, S.: «La presunzione di vessatorietà e altri aspetti di diritto delle prove (a proposito di Trib. Roma, 21.1.2000)», *NGCC*, 2000, núm. 5, pp. 513-520.

Cláusulas abusivas en contratos de consumidores. (*Alma R. G.*)

PECCENINI, F.: «Danni riflessi e danno esistenziale», *CI*, 2000, núm. 3, pp. 1101-1108.

Acerca de nuevas clases de daño a la persona. (*Alma R. G.*)

PERFETTI, M.: «Prime riflessioni sul d. lgs. 22 maggio 1999, n. 185, in materia di contratti a distanza», *NLCC*, 2000, núm. 1-2, pp. 110-129.

Reflexión acerca del Decreto legislativo de 22 de mayo de 1999, núm. 185, sobre contratos a distancia: la eficacia «horizontal» de la directiva 97/7/CE, y adaptación a la normativa italiana. (*M. R. D. R.*)

PERSICO, M.T.: «Linee di tendenza verso l'“affievolimento” del principio di uguaglianza dei creditori», *NLCC*, 2000, núm. 3-4, pp. 606-623.

Ánalisis de la *par conditio creditorum* y los privilegios para el cobro de créditos, tras la sentencia de la Corte constitucional de 7 de enero de 2000, núm. 1, y 21 de enero de 2000, núm. 17. (*M. R. D. R.*)

PETIT: «Responsabilité du service public de la justice (judiciaire)», *GP*, 2000, núm. 343-344, pp. 17-20.

Comentario a la sentencia de la Corte de París (sala 1.^a A), de 25 de octubre de 2000. (*I. S. P.*)

PETTARIN, G. G.: «La banca che offre servizi di terzi è veramente sempre libera da responsabilità in ordine all'adempimento delle obbligazioni dovute dai terzi impegnati», *NGCC*, 2000, núm. 4, pp. 386-397.

Responsabilidad extracontractual de la entidad bancaria. (*Alma R. G.*)

PICARDI, F.: «Condizioni generali e moduli o formulari: la Cassazione delimita l'ambito di applicazione degli art. 1341 e 1342 c.c.- nota a Cass. 14 aprile 2000 n. 3669», *GC*, 2000, núm. 6, pp. 1792-1799. (*M. R. D. R.*)

PIERRE: «Vices de violence: annulation d'un contrat de cession de droits d'auteur», *SJ*, 2000, núm. 49, II-10433, pp. 2237-2241.

Anulación de un contrato de cesión de derechos de autor por violencia sobre éste para contratar. Notas a la sentencia de la Corte de apelación de París, sección 4.^a, de 12 de enero de 2000. (*I. S. P.*)

POLIDORI, C.: «La tutela collettiva dei consumatori nei confronti dei gestori di servizi pubblici», *GC*, 2000, núm. 9, pp. 377-395.

Observaciones sobre la tutela de consumidores frente a la Administración Pública: legitimación procesal de asociaciones de consumidores y tutela de intereses difusos en los diferentes ámbitos procesales (civil, penal, administrativo). (*M. R. D. R.*)

POLIMENTO, L.: «Le clausole vessatorie riproduttive di disposizioni di legge e regolamentari: in particolare, i contratti conclusi con la pubblica amministrazione (art. 1469-ter, comma 3, c.c.) - nota a Trib. Palermo 3 febbraio 1999», *GC*, 2000, núm. 6, pp. 1866-1875. (*M. R. D. R.*)

PONZANELLI, G.: «Responsabilità da prodotto da fumo: il "grande freddo" dei danni punitivi», *FI*, 2000, núm. 10, pp. 450-451.

Responsabilidad extracontractual e intereses difusos. (*Alma R. G.*)

RAWACH: «La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat», *RDS*, 2001, núm. 2, ch. aff., pp. 223-226.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de casación comercial, de 3 de mayo de 2000, sobre contrato de seguro y responsabilidad. (*I. S. P.*)

REPGEN, T.: «Abschied von der Willensbetätigung», *AcP*, septiembre 2000, pp. 533-564.

El § 151.1 BGB dispone que el contrato se perfecciona por la aceptación de la oferta, sin que la aceptación necesite ser declarada frente al oferente si semejante declaración no es de esperar según los usos del tráfico, o si el oferente la ha renunciado. El autor destaca que la norma es clara sólo en apariencia, pues no establece cuáles sean los requisitos de la propia aceptación, sino sólo lo que no es necesario. La norma suscita problemas en la práctica; de un lado, por la falta de claridad sobre los presupuestos positivos que han de concurrir para que pueda hablarse de aceptación en el sentido del § 151 BGB; de otro, con frecuencia no es fácil interpretar que, en el caso concreto, los requisitos exigidos efectivamente concurren. La tesis defendida es considerar la aceptación como una declaración de voluntad no recepticia. (I. G. P.)

RICCIO, A.: «La capitalizzazione degli interessi nel conflitto fra iurisdictio e legislatio», *CI*, 2000, núm. 3, pp. 1156-1163.

Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de anatocismo y usos bancarios. (*Alma R. G.*)

RICCIO, A.: «Nullità sopravvenuta del contratto», *CI*, 2000, núm. 2, pp. 628-643.

Análisis sobre la compleja y controvertida figura de la nulidad sobrevenida. (*Alma R. G.*)

RICCIO, A.: «È, dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva», *CI*, 2000, núm. 1, pp. 95-103.

Reducción de oficio por el juez de la cláusula penal manifiestamente excesiva. (*Alma R. G.*)

RILEY, C.A.: «Designing Default Rules in Contract Law. Consent, Conventionality, and Efficiency», *Oxford J. Legal Stud.*, 2000, vol. 20, núm. 3, pp. 367-390.

Análisis de los principios que deberían ser utilizados para determinar el alcance y contenido de las normas sobre integración del contrato (*default rules*) en el Derecho inglés. Riley expone críticamente distintos planteamientos doctrinales: las normas basadas en la voluntad de las partes, en la costumbre y en la eficiencia económica. (J. M. B. S.)

RIVET: «La vente en bloc d'un immeuble», *GP*, 2001, núm. 38-39, pp. 2-6.

Distintos regímenes en esta venta, según que se encuentre o no en alquiler y provenga o no de una copropiedad. (I. S. P.)

ROBACZEWSKI: «Responsabilité du tuteur du fait d'un mineur», *SJ*, 2001, núm. 3, II-10456, pp. 135-138.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de casación criminal, de 28 de marzo de 2000. (I. S. P.)

ROE, T.: «Contractual Intention under Section 1(1)(b) and 1(2) of the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999», *Modern L. R.*, 2000, vol. 63, núm. 6, pp. 887-894.

A diferencia de la *Section 1(1)(a)* de la *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, la *Section 1(1)(b)* faculta a un tercero a exigir el cumplimiento de cualquier cláusula contractual que pretenda atribuirle un beneficio, aunque las partes no le confieran expresamente ese derecho. Sin embargo, esa atribución está subordinada a las previsiones de la *Section 1 (2)*, que excluyen la aplicación de la *Section 1(1)(b)* si a partir de una correcta interpretación del contrato resulta que las partes no quisieron conferir al tercero el derecho a exigir el cumplimiento de la cláusula contractual. La nota de Roe contiene varias observaciones acerca de la interrelación existente entre ambas disposiciones. El autor hace especial hincapié en los problemas de prueba sobre el otorgamiento o no del beneficio y los criterios que los órganos judiciales deberán utilizar para llevar a cabo la interpretación prevista en la *Section 1 (2)*. (J. M. B. S.)

ROJINSKY: «Cyberespace et nouvelles régulations technologiques», *RDS*, 2001, núm. 10, ch. aff., pp. 844-847.

La tecnología informática como objeto y vehículo de las normas jurídicas. Problemas de derechos de autor. El caso «Yahoo!», de 22 de mayo de 2000. (I. S. P.)

ROLI, R.: «Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà», *CI*, 2000, núm. 1, pp. 206-286.

El silencio como manifestación tácita de la voluntad contractual en el ordenamiento vigente. El silencio en la Convención de Viena sobre compra-venta internacional de bienes muebles y en los «Principios para los contratos comerciales internacionales», del *Unidroit*. El silencio en los contratos de consumidores. (Alma R. G.)

ROULET: «Sous-traitance “oculte”: la faute du maître de l’ouvrage, ses conséquences», *GP*, 2000, núm. 306-309, pp. 19-21.

En relación con la aplicación del texto de la Ley de 31 de diciembre de 1975, estudia los casos en que el maestro de obra conociera la subcontrata oculta; en qué consiste la obligación del maestro de obra y las consecuencias de su no observancia: reparación del perjuicio. (I. S. P.)

ROULET: «Sous-traitance: l’inobservation de ses obligations par le maître de l’ouvrage», *GP*, 2000, núm. 306-309, pp. 34-39.

Comentario a la sentencia de la Corte de Versalles (sala 4.ª), de 19 de junio de 2000. (I. S. P.)

RUFFINI, M. L.: «Per l’uniforme interpretazione ed applicazione di un futuro codice europeo dei contratti», *RDC*, 2000, núm. 5, parte segunda, pp. 711-733.

Análisis de los problemas de interpretación, integración y aplicación del futuro Código europeo de los contratos y la necesidad de concretar un órgano central supranacional que desarrolle y controle dichas funciones. (M. R. D. R.)

RUSSO, G.: «La procura irrevocabile a vendere quale atto di adempimento di un contratto preliminare di compravendita - nota a Cass. 15 settembre 1999 n. 9873», *GC*, 2000, núm. 12, pp. 3262-3273. (M. R. D. R.)

SALAFIA, V.: «Fusione di società in nome collettivo in società a responsabilità limitata, sentenza della Corte costituzionale in ordine alla legittimità costituzionale dell'art. 2503 c.c., rapporti in corso con i creditori - nota a Cass. 28 gennaio 2000 n. 948», *GC*, 2000, núm. 6, pp. 1702-1704. (M. R. D. R.)

SANDULLI, P.: «Analisi delle norme a tutela dell'impresa e del consumatore in materia di commercio elettronico», *GC*, 2000, núm. 5, pp. 243-253.

Análisis de las normas sobre comercio electrónico, desde una perspectiva sustantiva (delimitación de las partes o sujetos implicados, rescisión del contrato, error, dolo, forma y tutela) y procesal (competencia jurisdiccional, prueba, conciliación y arbitraje). (M. R. D. R.)

SAPIO, G.: «Il silenzio del debitore ceduto nel factoring - nota a Cass. 15 giugno 1999 n. 5947», *GC*, 2000, núm. 7-8, pp. 2068-2080. (M. R. D. R.)

SARGOS/SAINTE-ROSE/GUIQUE: «Un enfant est-il fondé à demander les réparations de son préjudice personnel, en imputant la faute à un medecin et à un laboratoire d'avoir être incapable de déceler l'anomalie dont il était atteint et de n'avoir pas ainsi donné à la mère une information qui lui aurait permis de procéder à une IVG?», *GP*, 2001, núm. 24-25, pp. 4-30.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación, asamblea plenaria, de 17 de noviembre de 2000. (I. S. P.)

SARZINA, G.: «Il contratto nullo e la logica del diritto - nota a Trib. Torino 17 noviembre 1999», *GC*, 2000, núm. 7-8, pp. 2111-2116. (M. R. D. R.)

SCHWARTZE, A.: «Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa –Die Verbrauchsgüterkauf-Richtline vor ihrer Umsetzung», *ZEuP*, núm. 3, 2000, pp. 544-574.

El estudio contiene un análisis de la Directiva 1999/44/CE sobre venta y garantía de los bienes de consumo, de 25 de mayo de 1999: ámbito de aplicación, presupuestos de la garantía, contenido de los derechos del consumidor, plazo de ejercicio de las acciones, etc. Además, propone su transposición como norma integrada en el BGB, dado que alguno de los remedios previstos puede generalizarse, evitando así un derecho paralelo de la compraventa con consumidores. (I. G. P.)

SEBASTIO, F.: «La posizione dominante e il suo eventuale abuso - nota a Cass. 17 maggio 2000 n. 6368», *GC*, 2000, núm. 12, pp. 3103-3114. (*M. R. D. R.*)

SICCHIERO, G.: «L'inadempimento preordinato è causa di nullità del contratto», *CI*, 2000, núm. 2, pp. 613-627.

Voluntad preexistente de no pagar la contraprestación como causa de nulidad del contrato de compraventa. (*Alma R. G.*)

SIRENA, P.: «Il giudizio di abusività delle clausole di recesso della banca dai contratti di credito al consumo», *NGCC*, 2000, núm. 5, pp. 501-510.

Cláusulas abusivas en contratos de consumidores. (*Alma R. G.*)

STEFINI, U.: «Alcuni problemi applicativi in materia di clausola penale», *NGCC*, 2000, núm. 5, pp. 511-522.

Reducción de oficio por el juez de la cláusula penal manifiestamente gravosa. (*Alma R. G.*)

SYMPOSIUM: «Class Actions Practice in the Gulf South Symposium», *Tul. L. Rev.*, 2000, vol. 74, pp. 1603-2162.

Monográfico de la *Tulane Law Review* sobre *Class Actions*, que recoge las ponencias presentadas al *Symposium* que da nombre al número de la revista, organizado conjuntamente por la Revista y por la *Tulane University School of Law* los días 31 de marzo y 1 de abril de 2000. Una parte de los trabajos se refieren al impacto de la jurisprudencia federal sobre el derecho estatal regulador de las *class actions*. Son especialmente interesantes los artículos sobre las acciones ejercitadas por los Estados en aplicación de la llamada *parens patriae doctrine*. Esta doctrina permite a un Estado ejercitar una acción en interés de sus ciudadanos para proteger los intereses generales a la salud, confort y bienestar de los ciudadanos. Tradicionalmente ha sido una acción utilizada en ámbitos como el de la protección del medio ambiente, la legislación *antitrust*, el comercio interestatal o los derechos civiles. Sin embargo, últimamente se ha extendido a supuestos de *mass tort litigation*, como demuestran las demandas ejercitadas por los estados contra la industria del tabaco. (*J. S. F.*)

TEMPEL, O.: «Die 30-jährige Verjährungsfrist im Reisevertragsrecht», *NJW*, 2000, pp. 3677-3685.

El plazo de prescripción de treinta años en el derecho de contratos de viaje. Sobre el significado de la mala fe del organizador del viaje. (*M. P. G. R.*)

TOMMASINI, M.: «Interventi normativi sulla responsabilità degli operatori turistici nei contratti di viaggio "tutto compreso" (dalla Convenzione internazionale del 1970 al decreto legislativo n. 111 del 1995 attuativo della direttiva Cee n. 314/90)», *GC*, 2000, núm. 5, pp. 255-265.

Breve reflexión sobre el contrato de viaje turístico combinado y la necesidad de una regulación uniforme e interpretación lógica de la normativa comunitaria, y la adaptación al ordenamiento italiano. (M. R. D. R.)

TONNER, K./KRAUSE, K.: «Urlaub an Witterungsrisiko», *NJW*, 2000, pp. 3665-3672.

Vacaciones y riesgo climático.

Cyclones o aludes han echado a perder algunas vacaciones. En estos casos se preguntan los autores si estamos exclusivamente ante supuestos de «riesgos generales de la vida», o si fundamentan acciones contra los organizadores de viajes y detallistas. ¿Debe el turista pagar los gastos de reserva de alojamiento cuando un alud ha cortado la única carretera de acceso al lugar de vacaciones? Los autores buscan soluciones prácticas a estas cuestiones, tanto para los viajes combinados, como para los viajes individuales. (M. P. G. R.)

TRIOLA, R.: «Doppia alienazione e azione revocatoria - nota a Cass. 2 febbraio 2000 n. 1131», *GC*, 2000, núm. 6, pp. 1688-1690. (M. R. D. R.)

VARI, P.: «Il Tribunale di Milano limita i poteri del Garante per la protezione dei dati personali in materia di diffusione a fini giornalistici - nota a Trib. Milano 14 ottobre 1999 (decr.)», *GC*, 2000, núm. 5, pp. 1517-1526. (M. R. D. R.)

VAVER, D.: «Intellectual Property: the State of the Art», *L.Q.R.*, 2000, vol. 116, pp. 621-637.

El derecho de propiedad intelectual se encuentra en una crisis constante. Esta crisis se concreta hoy en la utilización de las nuevas tecnologías y, en especial, de la red Internet para digitalizar y difundir gratuitamente las copias de muchas creaciones intelectuales. El autor propone reconsiderar el papel de la propiedad intelectual y cuestiona –entre otras cosas– la tendencia a expandir continuamente su objeto de protección. (A. R. G.)

VERTE/FONGUE: «La signature électronique va-t-elle révolutionner le formalisme des marchés publics?», *GP*, 2001, núm. 21-23, pp. 9-11.

La generalización de la difusión de la información relativa a los mercados públicos sobre Internet. La inmutabilidad del formalismo en la presentación de las candidaturas y de los efectos. La posibilidad de desmaterialización de los mercados. (I. S. P.)

VIDIRI, G.: «Domanda di liquidazione della quota ex art. 2289 c. c. e legittimazione passiva della società di persone - nota a Cass. 26 aprile 2000 n. 291», *GC*, 2000, núm. 12, pp. 3191-3195. (M. R. D. R.)

VINCENT-JONES, P.: «Contractual Governance: Institutional and Organizational Analysis», *Oxford J. Legal Stud.*, 2000, vol. 20, núm. 3, pp. 317-351.

Teorización sobre la función del contrato en la sociedad moderna. Los cambios sociales y económicos experimentados durante la segunda mitad del siglo XX imponen una revisión de la llamada idea clásica del contrato y un acercamiento a la teoría del llamado contrato relacional. Se aportan reflexiones que puedan ayudar a entender la institución jurídica del contrato y la función del Derecho de contratos en el contexto de dichos cambios. En especial, el autor se plantea los presupuestos necesarios para que el contrato pueda servir como forma de gobierno en supuestos de privatización de servicios públicos. (A. R. G.)

VINEY: «Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion», *SJ*, 2001, núm. 2, I-286, pp. 65-66.

Notas a la sentencia de la Corte de casación civil, asamblea plenaria, de 17 de noviembre de 2000, sobre reparación del perjuicio personal a un menor cuyo daño se cometió antes de nacer. (I. S. P.)

VIOLET: «Rupture de manière délibérée et de mauvaise foi de pourparlers», *SJ*, 2001, núm. 6, II-10470, pp. 317-320.

Ruptura de tratos preliminares por una sociedad, pretextando la reorganización interna. Responsabilidad precontractual. Nota a la sentencia de la Corte de apelación de París, de 10 de marzo de 2000. (I. S. P.)

VIRFOLET: «L'obligation principale de sécurité du médecin», *GP*, 2000, núm. 352-354, pp. 42-45.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación, 1.^a civil, de 23 de mayo de 2000. (I. S. P.)

VISALLI, N.: «La problematica del *leasing* finanziario come tipo contrattuale», *RDC*, 2000, núm. 5, parte segunda, pp. 643-690.

Ánalisis de la estructura y función del contrato de *leasing*, en relación con su naturaleza jurídica. (M. R. D. R.)

VISCA, M.A.: «La responsabilità del medico convenzionato con il servizio sanitario dinanzi alla Corte dei conti - osservazione a Cass., sez. Un., 21 dicembre 1999 n. 922», *GC*, 2000, núm. 12, pp. 3226-3227. (M. R. D. R.)

VV AA: «Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti», *NLCC*, 2000, núm. 5, pp. 997-1158.

Ánalisis de la Ley de 30 de abril de 1999, núm. 130, sobre emisión de títulos sobre créditos pecuniarios, susceptibles de cesión onerosa: operaciones y condiciones de aplicación de la ley. (M. R. D. R.)

VV AA: «Droit uniforme de la vente internationale de marchandises», *RDS*, 2000, núm. 42, ch. aff., pp. 433-446. (I. S. P.)

VV AA: «Droit uniforme de la vente internationale de marchandises», *RDS*, 2000, núm. 43, ch. aff., pp. 447-450. (*I. S. P.*)

WESTER-OUISSE: «La caducité en matière contractuelle: une notion à réinventer», *SJ*, 2001, núm. 4, I-290, pp. 181-187.

Evolución de la caducidad en el ámbito contractual, como sanción del consentimiento y sanción del desequilibrio contractual. El papel del juez para moderar la acción de caducidad. (*I. S. P.*)

WITT J. F.: «Toward a New History of American Accident Law: Classical Tort Law and the Cooperative First-Party Insurance Movement», *Harvard L. Rev.*, 2001, vol. 114, núm. 3, pp. 439-466.

Interesantísimo trabajo sobre la evolución del derecho de los accidentes norteamericano desde sus orígenes –durante la segunda mitad del siglo XIX– hasta la actualidad. El trabajo intenta explicar las razones históricas por las cuales la protección social del estado en los casos de víctimas de accidentes es menor en Estados Unidos que en la mayor parte de países occidentales. Según Witt, el régimen actual del derecho de los accidentes en Norteamérica es producto de la tensión entre dos concepciones contrapuestas. Por un lado, el intento de jueces y abogados, desde finales del siglo XIX, de construir un *common law of torts* que permitiera resolver desde los postulados del liberalismo clásico el gran número de accidentes inherentes al desarrollo industrial. Por otro lado, la política emprendida por las sociedades de seguros *first-party*, que provocó que a principios del siglo XX este tipo de seguro se convirtiera en el principal mecanismo de compensación de las víctimas de accidentes al margen del sistema del derecho de daños. (*J. S. F.*)

WITTING, C.: «Justifying Liability to Third Parties for Negligent Misstatements», *Oxford J. Legal Stud.*, 2000, vol. 20, núm. 4, pp. 615-643.

Los tribunales ingleses han encontrado ciertas dificultades a la hora de admitir el resarcimiento de los daños puramente económicos producidos a terceros por la realización negligente de declaraciones falsas. El deber de resarcir se ha basado, en estos casos, en las ideas de asunción de la responsabilidad o decepción de la confianza depositada. Estas ideas presuponen otra de bilateralidad entre el tercero y el autor de la declaración, bilateralidad que en realidad no existe. Por ello es preciso tener en cuenta qué interacciones concretas tienen lugar entre el causante del daño y el tercero. En especial, deben considerarse las circunstancias que, según el autor, fundamentan el vínculo causal existente entre la declaración y la producción del daño: el conocimiento real de la posibilidad del daño si se actúa negligentemente; la decisión de actuar, informar o dar consejo, tomada por el autor de la declaración y la estrechez (*tightness*) de aquel vínculo. (*A. R. G.*)

WITZ: «Un arrêt regrettable: le délai de dénonciation des défauts prévu par la Convention de Vienne laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond», *RDS*, 2000, núm. 37, ch. aff., pp. 788 ss.

Notas a la sentencia de la Corte de casación civil, sección 1.^a, de 26 de mayo de 1999. (I. S. P.)

ZAVARO: «Les règles de l'art», *GP*, 2000, núm. 306-309, pp. 3-10.

Estudio relativo a las reglas del arte como *Standard* profesional en la construcción, en relación con la responsabilidad decenal. Las fuentes del *Standard* y su evolución, así como las consecuencias de esta evolución. (I. S. P.)

ZELCEVIC-DUHAMEL: «La notion d'économie du contrat en droit privé», *SJ*, 2001, núm. 9, pp. I-300.

Análisis del concepto de economía del contrato. Su utilización por la jurisprudencia francesa, fundamentalmente por la Corte de casación y consecuencia en la ejecución del contrato. (I. S. P.)

ZUCCONI, E.: «Collegamento negoziale ed efficacia della clausola compromissoria: il *leasing* e altre storie», *RTDPC*, 2000, núm. 4, pp. 1085-1127.

Análisis del contrato de *leasing* y acciones para ejecutar las garantías por vicios en el bien adquirido, según diferentes modalidades que pueden afectar a terceros. (M. R. D. R.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ALBERTINI, L.: «La comunione di brevetto tra sfruttamento diretto e indiretto, individuale e collettivo - nota a Cass. 22 aprile 2000 n. 5281», *GC*, 2000, núm. 9, pp. 2245-2254. (M. R. D. R.)

AMENDOLA, A.: «Brevi considerazioni in ordine all'art. 11 l. 633/41», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 3, pp. 401-406.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma, de 25 de mayo de 1999, acerca de la reproducción de las obras de arte figurativo. (Alma R. G.)

ATIAS: «La sauvegarde de la jouissance des parties privatives (article 26, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965)», *RDS*, 2000, núm. 41, 1.^{er} ch., pp. 621-625. (R. A. R.)

ATIAS: «L'exercice de l'action en contestation des décisions des assemblées générales de copropriétaires», *RDS*, 2000, núm. 33, 1.^{er} ch., pp. 508-509. (R. A. R.)

ATIAS: «Principe majoritaire et modification réputée non écrite du règlement de copropriété», *RDS*, 2001, núm. 11, 1.^{er} ch., pp. 878-880.

Estudio a propósito de la interpretación por la Corte de casación del artículo 42.2 de la Ley 65-557, de 10 de julio de 1965, sobre inaplicación del plazo que en ella se indica a las acciones sobre cláusulas no escritas. (R. A. R.)

ATTOLICO, G./ROSSI, G.: «Considerazioni in ordine all'assoggettabilità a contribuzione Enpals dei compensi pagati ai cantanti per la realizzazione di registrazioni fonografiche e agli autori quali corrispettivo delle cessioni dei diritti di utilizzazione economica di opere musicali», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 3, pp. 329-344. (*Alma R. G.*)

AULETTA, F.: «Le azioni possessorie e la riforma del giudice unico - nota a Trib. Nocera inferiore 12 novembre 1999 (ord)», *GC*, 2000, núm. 5, pp. 1505-1507. (*M. R. D. R.*)

BONELLI, G.: «Il risarcimento del danno da violazione di diritti di autore», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 4, pp. 482-519.

Problemas relacionados con la determinación de los daños a la propiedad intelectual. (*Alma R. G.*)

BONELLI, G.: «Il plagio di opere musicali», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 2, pp. 175-198.

Criterios de delimitación y de valoración del plagio de la expresión musical. (*Alma R. G.*)

BOUSSAGEON: «L'evolution du statut de la copropriété, histoire et prospective», *GP*, 2000, núm. 257-258, pp. 2-4.

El estudio histórico de la copropiedad. (*R. A. R.*)

BOUDOU/CLAUDE: «Les pouvoirs du juge de l'exécution en cas de non-contestation des recommandations de la commission de surendettement», *GP*, 2001, núm. 5-6, pp. 2-5.

Reparto particular entre los poderes de la comisión de *surendettement* y el juez. Una limitación de poderes resultante de la naturaleza misma del derecho del consumidor. (*R. A. R.*)

BOURCY: «Des infinies possibilités de la Loi du 29 juillet 1998 en matière de surendettement», *GP*, 2001, núm. 5-6, pp. 6-9.

Ánalisis de esta figura de garantía. (*R. A. R.*)

BOUYEURE: «La représentation à l'assemblée générale», *GP*, 2000, núm. 257-258, pp. 5-10.

El principio de la libertad de representación, sus excepciones y sus límites. La forma, el contenido y la verificación de los mandatos. Los casos particulares. Las consecuencias de la representación y la sanción de las reglas relativas a la representación. (*R. A. R.*)

BUSANI, A.: «Responsabilità del creditore per eccessiva iscrizione ipotecaria su beni del debitore», *NGCC*, 2000, núm. 5, pp. 600-617.

Responsabilidad extracontractual del acreedor por inscribir una hipoteca a cargo del propio deudor sobre bienes de valor superior respecto a la entidad del crédito garantizado. (*Alma R. G.*)

BUSANI, A.: «Responsabilità del creditore soddisfatto per mancata notizia al debitore dell'intervenuto consenso alla cancellazione dell'ipoteca», *NGCC*, 2000, núm. 5, pp. 584-599.

Acerca de la obligación de prestar consentimiento a la cancelación de la hipoteca. (*Alma R. G.*)

CAROZZI, A. M.: «Conferme e precisazioni sulla struttura del pegno rotativo – nota a Cass. 27 settembre 1999 n. 10685», *GC*, 2000, núm. 5, pp. 1461-1466. (*M. R. D. R.*)

CELERIEN: «Conditions de la prescription acquisitive», *SJ*, 2000, núm. 41, II-10399, pp. 1871-1874.

Notas a la sentencia de la Corte de casación civil, sección 3.^a, de 30 de junio de 1999, sobre usucapión. Falta de posesión. (*R. A. R.*)

CELLI, R./FERRAGUTO, A.: «Il trattamento fiscale delle cessioni “on line” delle opere dell’ingegno», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 3, pp. 345-359.

Aspectos jurídicos y fiscales del comercio electrónico. (*Alma R. G.*)

CLEMENTE, A.: «Sul prezzo del consenso, quando il consenso non ha prezzo», *NGCC*, 2000, núm. 4, pp. 401-405.

Acerca del derecho de reproducción de las obras de arte. (*Alma R. G.*)

COUTUMER: «Refus d’extension des droits du porteur de warrant agricole», *RDS*, 2000, núm. 37, ch. aff., pp. 785-787.

Notas a la sentencia de la Corte de casación civil, sección 1.^a, de 18 de enero de 2000. (*R. A. R.*)

CURSI, M. F.: «*Modus servitutis* e tipicità convenzionale tra diritto romano e codice civile», *RDC*, 2000, núm. 4, parte primera, pp. 471-505.

Las servidumbres y su evolución histórica, desde la época del Derecho romano clásico, hasta la experiencia moderna en la aplicación de los artículos 1075 y 1076 del *Codice civile* de 1942, pasando por la doctrina de Domat, recogida en el *Code Napoleon*. (*M. R. D. R.*)

DE ANGELIS, M.: «Presupposti per provvedimento di tutela cautelare di diritto di autore. Concorrenza parassitaria o per confusione e inganno del público», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 2, pp. 256-263.

Artículo dedicado a la utilización de una composición musical en un mensaje publicitario. (*Alma R. G.*)

DE ANGELIS, M.: «Attività di intermediazione della SIAE., dichiarazione dell'opera, estraneità della società in giudizio di paternità intellettuale», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 3, pp. 381-387.

Artículo sobre el derecho moral de paternidad intelectual. (*Alma R. G.*)

DE ANGELIS, M.: «Opera di scultura, riproduzione ed elaborazione al fine di realizzare opera architettonica», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 3, pp. 391-396.

La obra arquitectónica como objeto del derecho de autor. (*Alma R. G.*)

DE POLI, F.: «Pegno su titoli obbligazionari e fallimento del costituente», *NGCC*, 2000, núm. 6, pp. 726-730.

Prenda sobre títulos de crédito, constituida por el deudor a favor del banco encargado de la adquisición de dichos títulos. (*Alma R. G.*)

DUCREY/LANCRENON: «Dessine-moi une maison!», *GP*, 2000, núm. 350-351, pp. 8-18.

Estudio sobre el derecho de autor de un arquitecto sobre la imagen del edificio por él diseñado. (*R. A. R.*)

DYMANT: «Procédure civile d'exécution. Obligation de réponse immédiate du tiers saisi», *GP*, 2000, núm. 343-344, pp. 10-16.

Estudio a propósito de la decisión del Consejo de Estado, de 9 de junio de 2000, rechazando el recurso interpuesto por los banqueros contra el Decreto de 31 de julio de 1992. (*R. A. R.*)

EDELMAN: «"L'image" d'une oeuvre de l'esprit tombée dans le domaine public», *RDS*, 2001, núm. 9, ch. aff., pp. 770-774.

El derecho de propiedad no otorga al propietario el derecho absoluto de autorizar o no la reproducción de la imagen de su edificio. Inexistencia de explotación comercial de un monumento por reproducir el edificio (castillo), a efectos de información, del patrimonio francés. (*R. A. R.*)

ERCOLANI, S.: «Il criterio di assimilazione (o principio del trattamento nazionale) e la gestione collettiva del diritto di autore e dei diritti connessi», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 2, pp. 206-231.

Artículo sobre el derecho internacional de propiedad intelectual. (*Alma R. G.*)

FRAGOLA, A.: «Le aggettivazioni dei diritti d'autore (a proposito della tutela delle banche dati, ma non solo)», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 4, pp. 439-443.

Algunas modalidades especiales de tutela del derecho de autor. (*Alma R. G.*)

FRIGERIO, F.: «Aree di parcheggio insufficienti e diritto del condomino», *NGCC*, 2000, núm. 6, pp. 658-661.

Nueva normativa sobre parques en copropiedad. (*Alma R. G.*)

FUSI: «L'Italie des "garants"», *GP*, 2000, núm. 332-333, pp. 9-10.

Organismos competentes en las garantías de concurrencia y de mercado. (*R. A. R.*)

GIVERDON: «Copropriété et exclusion», *GP*, 2000, núm. 257-258, pp. 21-27.

La exclusión de la copropiedad en el espacio urbano. Las medidas aprobadas por la Ley de 21 de julio de 1998 para hacer efectivo el derecho de acceso de personas discapacitadas, y su incidencia en el *status* de la copropiedad. (*R. A. R.*)

GREFFE: «A quelles conditions un modèle exprime-t-il la personnalité de l'auteur?», *RDS*, 2001, núm. 2, ch. aff., pp. 227-228.

Notas a la sentencia de la Corte de casación comercial, de 3 de mayo de 2000, sobre características que debe tener un modelo de diseño para considerarse como personalidad del autor. (*R. A. R.*)

HABERSACK, M.: «Das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers-gesicherter Bestand des Zivilrechts oder überflüssiges Konstrukt der Wissenschaft?», *JuS*, 2000, pp. 1145-1150.

La expectativa jurídica del adquirente mediante el acuerdo abstracto de transmisión. ¿Legitimación del Derecho civil o construcción superflua de la Economía? (*M. P. G. R.*)

HAMOU: «Peut-il exister un droit de propriété sur l'image des biens?», *GP*, 2000, núm. 350-351, pp. 19-26.

La existencia de múltiples derechos sobre la imagen de los bienes. La dificultad de desarrollar una teoría de la propiedad de la imagen de los bienes. (*R. A. R.*)

HERCOT: «Affaire Elancourt: vers un principe de spécialité viruel(le)», *RDS*, 2000, núm. 44, ch. aff., pp. 909 ss. (*R. A. R.*)

IAIONE, F. C.: «Le occupazioni illegittime tra espropriazione e usurpazione - nota a Cass. 18 febbraio 2000 n. 1814», *GC*, 2000, núm. 10, pp. 2667-2679. (*M. R. D. R.*)

JARASS, H. D.: «Inhalts- und Schrankenbestimmung oder Enteignung», *NJW*, 2000, pp. 2841-2845.

¿Fijación de contenido y límites o expropiación? Cuestiones fundamentales sobre la estructura y garantía de la propiedad.

La decisión sobre si un menoscabo al derecho de propiedad, en el sentido del artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn, es un supuesto de fijación del contenido y límites del derecho de propiedad, o un supuesto de expropiación, plantea graves dificultades. Este artículo trata una vez más la cuestión, teniendo en cuenta la nueva decisión del Tribunal Constitucional alemán sobre el derecho de protección del patrimonio artístico. (M. P. G. R.)

KENDÉRIAN: «Forclusion par tolérance: la coexistence séculaire de deux châteaux homonymes», *RDS*, 2000, núm. 41, ch. aff., pp. 849 ss.

Notas a la sentencia del Tribunal de Gran instancia de *Libourne*, de 25 de noviembre de 1999. (R. A. R.)

LAMOUREUX: «Enregistrement de marques et caractères distinctifs», *GP*, 2000, núm. 320-321, pp. 22-27.

Comentario a la sentencia de la Corte de *Versalles*, de 2 de diciembre de 1999. (R. A. R.)

LAUGIER: «Réserve de propriété, cession Dailly et marché public», *RDS*, 2001, núm. 6, ch. aff., pp. 537-540.

Notas a la sentencia de la Corte administrativa de apelación de *Douai*, de 29 de junio de 2000. (R. A. R.)

LEFRANC: «Le nouveau public (réflexions comparatistes sur les décisions “Napster” et “MP3.com”)», *RDS*, 2001, núm. 1, ch. aff., pp. 107-112.

Problemas jurídicos de la circulación de ficheros musicales por Internet. Cambio de público y formas de explotación comercial. (R. A. R.)

LOMBARDI, V.: «Brevi note sull’assegnazione di immobili - nota a Trib. Potenza 17 gennaio 2000 (ord)», *GC*, 2000, núm. 9, pp. 2414-2416. (M. R. D. R.)

MARASCO, P. G.: «Multiproprietà», *CI*, 2000, núm. 2, pp. 1024-1080.

Multipropiedad inmobiliaria como forma de propiedad. (*Alma R. G.*)

MARTIN/VIGAND: «Brevets d’invention: Brevetabilité et contrefaçon», *GP*, 2000, núm. 289-291, pp. 2-8.

Las reglas según la antigua Ley de 1844 y según la nueva Ley de 1968-1978. (R. A. R.)

MENOZZI, L.: «Il novissimo leviatano: divagazioni su *internet* e diritto d’autore», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 4, pp. 464-481.

Problemas suscitados por Internet. (*Alma R. G.*)

MERRILL, T. W./SMITH, H. E.: «Optimal Standardization in the Law of Property: The *numerus Clausus* Principle», *Yale L. J.*, 2000, vol. 110, núm. 1, pp. 1-70.

La regla de *numerus clausus* de derechos reales, seguida en muchos ordenamientos, entre ellos los del área del *common law*, tiene como fundamento económico evitar los costes de información que, de no existir, soportarían los terceros adquirentes, al tener que cerciorarse de qué concreto alcance tienen los derechos que recaen sobre los bienes adquiridos. Una taxonomía legal, cerrada, de derechos reales, así como la posibilidad de combinarlos para obtener cualquier resultado práctico atendible, constituyen un sistema óptimo para reducir esos costes de información sin frustrar irrazonablemente las posibilidades de la autonomía privada en este campo. (J. R. I.)

MORELLI, M.: «Professione: testimonial pubblicitario», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 4, pp. 520-537.

Nueva forma de comunicación empresarial: la esponsorización con intervención de personajes famosos. (Alma R. G.)

MORLOTTI, L.: «Immissioni intollerabili e danno esistenziale», *NGCC*, 2000, núm. 5, pp. 561-592.

Resarcimiento del daño existencial por inmisiones que exceden de la normal tolerancia. (Alma R. G.)

NUZZI, F.: «Inammissibilità del regolamento di competenza avverso il decreto di reintegrazione nella detenzione qualificata dell'immobile emesso inaudita altera parte - nota a Cass. 24 agosto 1999 n. 8847», *GC*, 2000, núm. 7-8, pp. 2061-2064. (M. R. D. R.)

PAJU, J.: «Basic Features of Estonian Property Law», *ZEuP*, núm. 4, 2000, pp. 878-892.

Caracteres fundamentales del derecho de propiedad en Estonia, conforme a la Ley (*Property Law Act*) de 1 de diciembre de 1993, fuertemente influenciada por el Derecho alemán. (I. G. P.)

PANSIER: «Conditions de validité de l'opposition du syndicat des copropriétaires», *GP*, 2001, núm. 38-39, pp. 13-15.

Comentario a la sentencia de la Corte de París, de 30 de mayo de 2000. (R. A. R.)

PELLEGRINI, L.: «Contratto di comodato a termine e morte del comodante», *RDC*, 2000, núm. 4, parte primera, pp. 477-493.

Comentario sobre el contrato de comodato y la muerte del comodante como causa de su extinción, en la experiencia italiana, francesa y alemana. (M. R. D. R.)

PERICAUD: «Présentation de la Loi SRU en matière de copropriété», *GP*, 2001, núm. 19-20, pp. 12-23.

La gestión de la comunidad y la nueva ley. Una concepción nueva de los derechos y obligaciones de los copropietarios. (*R. A. R.*)

PERROT/THERY: «Saisie-attribution: la situation du tiers saisi (les arrêts du 5 juillet 2000)», *RDS*, 2001, núm. 9, 1.^{er} ch., pp. 714-724.

El embargo como medida de atribución forzosa dirigida contra el deudor no puede devenir garantía accesoria que implique soportar el riesgo de insolvencia. Posición jurisprudencial al respecto. (*R. A. R.*)

PIERROT, B./HARTMANN, J.: «Rechtswegbeschränkung zur Sicherung des Leihverkehrs mit ausländischen Kulturgütern», *NJW*, 2000, pp. 2129-2135.

Restricciones jurídicas para el aseguramiento de las relaciones de préstamo con patrimonios artísticos extranjeros.

El artículo analiza la trascendencia y vigencia real del nuevo § 20 de la Ley para la protección del patrimonio artístico alemán contra su traslado (estable) al extranjero/exportación (*KultSchG*), en relación con la posibilidad de exhibir en Alemania obras de arte extranjeras en régimen de préstamo. (*M. P. G. R.*)

PIZZOFERRATO, A.: «Banche dati e diritti di proprietà intellettuale», *CI*, 2000, núm. 1, pp. 287-320.

La propiedad intelectual a la luz del nuevo milenio. El papel de los bancos de datos en el nuevo desarrollo de la sociedad de información. (*Alma R. G.*)

POJAGHI, A. F.: «Il diritto d'autore e i diritti connessi al suo esercizio nella ultima evoluzione normativa: aspetti civilistici e processuali civili della cosiddetta "Legge antipirateria"», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 4, pp. 444-463.

Estudio de la nueva legislación sobre derecho de autor, dictada en el año 2000. (*Alma R. G.*)

ROBERTI, M.: «La servitù coattiva per fondo non intercluso: nuove prospettive degli interessi generali», *NLCC*, 2000, núm. 1-2, pp. 150-170.

Ánalisis de las servidumbres legales, en especial, de paso, y nuevas perspectivas jurisprudenciales en torno a los deberes de solidaridad y limitaciones al derecho de propiedad. (*M. R. D. R.*)

SALAFIA, V.: «Opponibilità al curatore del fallimento di un socio di società a responsabilità limitata del prezzo stabilito dallo statuto sociale per l'esercizio della prelazione sulla cessione di quote sociali - nota a Cass. 14 marzo 2000 n. 2909», *GC*, 2000, núm. 10, pp. 2650-2654. (*M. R. D. R.*)

SCHACK, H.: «Europäisches Urheberrecht im Werden», *ZEuP*, núm. 4, 2000, pp. 799-819.

El autor ofrece una panorámica sobre la legislación y jurisprudencia comunitarias en materia de propiedad intelectual, así como las perspectivas de futuro. (I. G. P.)

SCHAMING: «Appellation d'origine et marques: une symbiose conflictuelle face aux exigences du marketing», *RDS*, 2001, núm. 6, ch. aff., pp. 532-536.

Complejidad del *marketing* como consecuencia del desarrollo internacional del mercado económico. Denominación de origen, su importancia y consecuencias. (R. A. R.)

SENA, G./FRASSI, P./GIUDICI, S.: «Disposizioni in materia di marchi d'impresa (per l'applicazione del protocollo relativo all'intesa di Madrid sulla registrazione internazionale dei marchi)», *NLCC*, 2000, núm. 3-4, pp. 503-533.

Análisis de la propiedad industrial (marcas y patentes): supuestos de nulidad, oposición al registro, y registro internacional. (M. R. D. R.)

SIZAIRE/LEBATTEUX: «Surendettement, copropriété, difficultés», *GP*, 2000, núm. 257-258, pp. 28-37.

El tratamiento de las garantías de los particulares; su evolución legislativa en las Leyes de 31 de diciembre de 1989, 8 de febrero de 1995 y 29 de julio de 1998. El régimen de estas garantías. Garantías de los particulares y copropiedad. (R. A. R.)

SMITH, L.: «Unjust Enrichment, Property and the Structure of Trusts», *L.Q.R.*, 2000, vol. 116, pp. 412-444.

Examen crítico de la tesis favorable a admitir acciones de restitución contra el tercero adquirente de bienes de un *trust*, a favor de los beneficiarios y sin necesidad de probar culpa alguna del demandado. Para el autor, aceptar este planteamiento –con base en la doctrina del enriquecimiento injustificado– es un error, ya que así se desnaturaliza la institución. Sobreproteger a los beneficiarios del *trust* en perjuicio de terceros de buena fe puede acabar con la flexibilidad que caracteriza a esta institución y cuyos buenos resultados pretenden imitarse en algunos ordenamientos del área del *civil law*. (J. R. I.)

SPADA, P.: «Interpretazioni d'epoca e viaggio nel tempo del diritto esclusivo degli artisti interpreti», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 2, pp. 199-205.

Artículo dedicado a los derechos patrimoniales de los artistas intérpretes, en concreto, plantea diversos aspectos sobre la propiedad intelectual de María Callas. (Alma R. G.)

TEDESCO, G.: «Sulla competenza per materia in ordine alle controversie relative alla rescissione dei rami protesi sul fondo del vicino - osservazione a Cass. 26 gennaio 2000 n. 859», *GC*, 2000, núm. 7-8, pp. 1994-1998. (M. R. D. R.)

TERZONI, F.: «Brevi note in tema di competenza territoriale nelle cause di plagio di opera musicale», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 2, pp. 246-249.

Comentario a la sentencia del Tribunal de *Nola*, de 4 de octubre de 1999, acerca de la individualización de los elementos necesarios en la determinación de los criterios de competencia territorial, por causas referidas al plagio de una obra musical. (*Alma R. G.*)

VÉRON: «Indépendance de l'expert assistant l'huissier instrumentaire lors d'une saisie-contrefaçon», *RDS*, 2001, núm. 4, ch. aff., pp. 370-373.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de casación comercial, de 18 de abril de 2000, y sentencia de la Corte de casación civil, sección 1.ª, de 6 de julio de 2000. (*R. A. R.*)

VÉRON: «Les essais cliniques en vue de la mise sur le marché d'un médicament générique en peuvent être conduits avant l'expiration des droits de propriété industrielle sur le médicamente princeps», *GP*, 2000, núm. 292-293, pp. 9-14.

Comentario del artículo 31 de la Ley núm. 99-1140, de 29 de diciembre de 1999, de financiación de la seguridad social para el 2000. (*R. A. R.*)

ZINCONE, A.: «Nuovi spunti di riflessioni sui limiti di protezione del software e del materiale preparatorio», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 2, pp. 282-293.

Problemas jurídicos del plagio del software ajeno. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE FAMILIA

ANGELONI, F.: «La cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: *distinguishing o prospective overruling?*», *CI*, 2000, núm. 3, pp. 1136-1155.

Sobre el juego de la autonomía privada en las relaciones patrimoniales de los cónyuges en las crisis conyugales. (*Alma R. G.*)

ARGENTESI, A.: «Nota a Trib. Roma, ord. 17.2.2000 e Trib. Roma, ord. 29.3.2000», *NGCC*, 2000, núm. 3, pp. 319-321.

Sobre el negocio de maternidad subrogada. (*Alma R. G.*)

BAGIANTI, E.: «Sul diritto del padre naturale a percepire gli assegni familiari per il figlio convivente con la madre naturale - osservazione a Cass. 7 aprile 2000 n. 4419», *GC*, 2000, núm. 9, pp. 2275-2276. (M. R. D. R.)

BALLESTRA, L.: «Accertamento della filiazione naturale e transigibilità dei diritti successori tra indisponibilità e autonomia», *CI*, 2000, núm. 2, pp. 810-829.

Autonomía negocial y relaciones familiares de índole patrimonial. (*Alma R. G.*)

BARGELLI, E.: «Accordi in vista del divorzio: il *revirement incompiuto* della Cassazione», *NGCC*, 2000, núm. 6, pp. 706-745.

Acuerdos entre cónyuges acerca de su divorcio en relación con el orden público familiar. (*Alma R. G.*)

BAUFUMÉ: «“La grande illusion” ou “la surprise de la nouvelle loi sur la prestation compensatoire”», *GP*, 2000, núm. 317-319, pp. 12-14.

Critica a la Ley núm. 2000-596, de 30 de junio de 2000, sobre pensión compensatoria. (*R. A. R.*)

BELLINI, C.: «Consenso del marito e fecondazione eterologa: il disconoscimento di paternità non è ammissibile», *NGCC*, 2000, núm. 3, pp. 305-309.

Interés del menor en la procreación asistida. (*Alma R. G.*)

BIANCA, C. M.: «I parenti naturali non sono parenti? La parola torna alla Corte costituzionale - nota a App. Roma 27 dicembre 1999 (Ord)», *GC*, 2000, núm. 10, pp. 2744-2750. (*M. R. D. R.*)

BIGOT: «Le changement de régime matrimonial et les enfants», *GP*, 2000, núm. 324-326, pp. 9-11.

La protección de los menores ante un cambio de régimen matrimonial de sus padres hay que tenerla en cuenta, tanto en un momento previo al cambio como con posterioridad a la homologación de tal cambio. (*R. A. R.*)

BODARD-HERMANT: «Le droit de visite à l'épreuve des frontières», *GP*, 2000, núm. 345-347, pp. 2-8.

En las carencias del Derecho convencional en la materia pone en evidencia la urgente necesidad de reformas, ya iniciadas por la Unión Europea con vistas a la creación de una cultura jurídica común de la que nacerá la confianza mutua. Las decisiones de justicia en materia civil y comercial pueden, así, ser reconocidas independientemente de las fronteras. (*R. A. R.*)

BOTTIAU: «Autour de l'adoption internationale», *RDS*, 2000, núm. 33, 1.^{er} ch., pp. 510-512. (*R. A. R.*)

BRADNEY, A.: «Formalities to the Marriage Ceremony», *L.Q.R.*, 2000, vol. 116, pp. 351-354.

Comentario de la sentencia de la *Court of Appeal Chief Adjudication Officer v. Bath* [2000] 1 F.L.R. 8, en la que se discute si el demandado tiene derecho a percibir pensión de viudedad por la muerte de la persona con quien había contraído matrimonio conforme a una ceremonia religiosa hindú celebrada el año 1956. Aun habiendo contravenido la mayoría de formalidades relativas a la celebración del matrimonio previstas por la *Marriage Act 1949* inglesa, en esa ocasión la *Court of Appeal* sostiene que la cohabitación y apariencia de matrimonio produce una presunción de matrimonio con efectos, mientras no se aporte una «prueba positiva y no meramente clara» en sentido contrario. Poniendo el acento en la creencia de las partes que la celebración produciría efectos, en el incumplimiento involuntario de la mencionada regulación –imputable a su desconocimiento de las costumbres locales acerca de las ceremonias matrimoniales–, el tribunal declara el derecho del demandado a percibir pensión. Bradney señala que la infracción de las formalidades previstas legalmente para la celebración del matrimonio, sin causar su nulidad defrauda la política existente en esa materia, consistente en asegurar que los matrimonios sean públicos y no clandestinos. El autor advierte que una resolución como ésta sólo ha sido posible porque el demandado era joven, iletrado y formaba parte de una comunidad religiosa que en el momento de la celebración del matrimonio hacía muy poco tiempo que se había asentado en Inglaterra. (J. M. B. S.)

CASEY: «Remise en cause d'un changement de régime en raison de l'établissement d'une filiation», *SJ*, 2001, núm. 9, II-10478, pp. 435-437.

Notas a la sentencia de la Corte de casación civil, sección 1.^a, de 12 de diciembre de 2000. (R. A. R.)

CHANTELOUP: «Menus propos autour du pacte civil de solidarité en Droit international privé», *GP*, 2000, núm. 275-277, pp. 4-16.

La calificación internacional del pacto: los criterios aplicables. (R. A. R.)

CHARBONNEAU/PANSIER: «*Hominibus bonae voluntatis* (Le pacs II)», *GP*, 2000, núm. 324-326, pp. 2-6.

Estudio del pacto civil de solidaridad entre esposos. Su naturaleza jurídica de contrato institucional o contrato social. (R. A. R.)

CHASSAGNARD: «L'obligation naturelle au secours du concubin délaissé», *SJ*, 2001, núm. 3, II-10458, pp. 138-142.

Nota a la sentencia de la Corte de casación civil, sección 1.^a, de 17 de noviembre de 1999, sobre obligación natural de ocupar la vivienda común tras la ruptura. Su transformación en obligación civil. (R. A. R.)

CHIESSI, S.: «La fecondazione artificiale eterologa: verità biologica e verità giuridica», *NGCC*, 2000, núm. 5, pp. 521-527.

Artículo sobre técnicas de reproducción asistida. (Alma R. G.)

COLUSSI, V.: «Sulla pretesa del fallito al sussidio alimentare», *NGCC*, 2000, núm. 3, pp. 292-296.

Derecho del empresario declarado en quiebra a una pensión alimenticia prevista en el artículo 47 de la Ley de quiebra. (*Alma R. G.*)

COPPER-ROYER: «La prestation compensatoire- Noces d'argent ou noces de sang?», *GP*, 2000, núm. 345-347, pp. 9-17.

Comparación de la antigua Ley y la Ley de 30 de junio de 2000, y el significado de las modificaciones. Estudio de la nueva ley y la modificación del Código civil. (*R. A. R.*)

COUZIGOU-SUHAS: «La prestation compensatoire “formule 2000”: de quelques illusions perdues», *GP*, 2000, núm. 317-319, pp. 4-11.

Estudio de la fijación judicial de la pensión compensatoria y su modificación. (*R. A. R.*)

DAHAN: «Le créancier d'un concubin», *GP*, 2000, núm. 324-326, pp. 7-8.

El concubinato como relación estable y su definición en la ley sobre el pacto de solidaridad. Las situaciones de crisis y las deudas entre ellos y frente a terceros. La confianza en la apariencia. (*R. A. R.*)

D'AVACK, L.: «Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare», *DFP*, 2000, núm. 2, pp. 706-736.

Comentario a la ordenanza del Tribunal de Roma, de 17 de febrero de 2000, que reconoce por primera vez el llamado contrato de maternidad o «útero por alquiler». (*Alma R. G.*)

DE BENALCAZAR: «Une nouvelle filiation: l'homoparentalité?», *GP*, 2000, núm. 345-347, pp. 18-29.

Disposiciones previstas por el pacto civil de solidaridad y el interés de los homosexuales. La homoparentalidad artificial: las técnicas puramente médicas y la adopción. La homoparentalidad natural. (*R. A. R.*)

DE RUBERTIS, R.: «La comunione di beni tra coniugi: acquisto “separato” e “correzione” del contratto», *DFP*, 2000, núm. 2, pp. 829-874.

Adquisición de bienes por parte de un solo cónyuge para la comunión de bienes: ¿acto de administración? (*Alma R. G.*)

DE RUBERTIS, R.: «La comunione di beni tra coniugi: acquisto “separato” e “correzione” del contratto», *DFP*, 2000, núm. 3-4, pp. 1339-1381.

La adquisición de bienes por uno solo de los cónyuges en el régimen de comunión legal de bienes. (*Alma R. G.*)

DI MARZIO, P.: «Istituti di protezione del figlio naturale minorenne e consenso alla donazione di midollo osseo», *DFP*, 2000, núm. 2, pp. 644-677.

Tutela jurídica del interés del menor, hijo natural, cuando tal interés entra en conflicto con intereses no patrimoniales de los propios padres (necesidad de transplante de médula ósea para la madre). (*Alma R. G.*)

DÖRR, C./HANSEN, B.: «Die Entwicklung des Familienrechts seit Mitte 1999», *NJW*, 2000, pp. 3174-3186.

El desarrollo del Derecho de familia desde mediados de 1999. Régimen económico matrimonial y pensión compensatoria. (*M. P. G. R.*)

ENDERLEIN, W.: «Die Dienstplicht des Hauskindes als Folge seiner Unterhaltsgemeinschaft mit den Eltern», *AcP*, septiembre 2000, pp. 565-602.

El autor analiza la norma contenida en el § 1619 BGB, según la cual el hijo que convive en el hogar familiar, y es mantenido por sus padres, tiene el deber de colaborar, de manera acorde con sus circunstancias, en las actividades domésticas y otros asuntos de sus padres. La opinión común, según la cual no se trata de un deber alimenticio, se rechaza. El hijo contribuye con sus padres a la formación del fondo que sirve a la atención de las cargas familiares. Por tanto, el autor estima que lo dispuesto para la contribución de los cónyuges a dichas cargas puede entenderse esencialmente aplicable a la contribución del hijo, además de estudiar otras consecuencias que se derivan de esta concepción. (*I. G. P.*)

FINOCCHIARO, M.: «Acquisto dei beni in proprietà esclusiva del coniuge in regime di comunione legale - nota a Cass. 19 febbraio 2000 n. 1917», *GC*, 2000, núm. 5, pp. 1366-1369. (*M. R. D. R.*)

FINOCCHIARO, M.: «In tema di delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario per incapacità assumendi onera matrimonii - osservazione a Cass. 7 aprile 2000 n. 4387», *GC*, 2000, núm. 6, pp. 1643-1644. (*M. R. D. R.*)

FONTANA, A.: «Sulla tutela previdenziale dei superstiti: la posizione del divorziato rispetto agli altri aventi diritto», *DFP*, 2000, núm. 2, pp. 888-894.

Preferencia de los familiares que sobreviven al parente fallecido sobre el cónyuge divorciado. (*Alma R. G.*)

GALOPPINI, A.: «Ricongiungimento familiare e poligamia», *DFP*, 2000, núm. 2, pp. 739-757.

Artículo dedicado al problema del extranjero polígamo. (*Alma R. G.*)

GIACALONE, G.: «Le quote di pensione del divorziato e del coniuge superstito non dipendono solo dalla durata dei rispettivi matrimoni - nota a Cass. 14 marzo 2000 n. 2920», *GC*, 2000, núm. 6, pp. 1651-1655. (*M. R. D. R.*)

GIACALONE, G.: «Sugli accordi in sede di separazione relativi al regime giuridico del divorzio - osservazione a cass. 14 giugno 2000 n.8109», *GC*, 2000, núm. 9, pp. 2218-2219. (*M. R. D. R.*)

GONI: «Autorité parentale, domicile des enfants en cas de divorce... et religion», *GP*, 2001, núm. 75-76, pp. 13-19.

Comentario a la sentencia de la Corte de *Dovai*, de 2 de septiembre de 1999. (*R. A. R.*)

GRIFASI, G.: «Potestà dei genitori e scelte terapeutiche a tutela della salute dei figli minori», *NGCC*, 2000, núm. 2, pp. 211-218.

Comentario a diversas sentencias acerca de los límites de la patria potestad de los padres. (*Alma R. G.*)

GRONDONA, M.: «Potestà dei genitori ed intervento del giudice; medicina ufficiale e medicina alternativa: un difficile (ma non impossibile) equilibrio», *NGCC*, 2000, núm. 2, pp. 222-225.

Poder de control de los padres sobre los hijos e intervención judicial al respecto. (*Alma R. G.*)

HITCHINGS, E.: «M v H and Same-Sex Spousal Benefits», *Modern L. R.*, 2000, vol. 63, núm. 4, pp. 595-607.

Nota a propósito de la sentencia de la *Supreme Court* de Canadá, de 20 de mayo de 1999, *The Attorney General for Ontario v. M and H and Others* [1999] 171 DLR (4th) 577, que declara la inconstitucionalidad de la definición del término *spouse* de la *Section 29* de la *Ontario's Family Law Act 1990*, por discriminatoria y contraria al derecho a la igualdad ante la ley establecido en la *Section 15(1)* de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms 1982*. Esta *Section* excluía a las parejas homosexuales de las «prestaciones alimenticias», reguladas en la tercera parte de la ley («*Support Obligations*»). El Tribunal suspende la ejecución de su fallo durante un período de seis meses para dar la oportunidad al legislador de modificar la *Ontario's Family Law Act 1990*, en línea con la sentencia. (*J. M. B. S.*)

LACROCE, L.: «Giurisdizione sul matrimonio concordatario e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: dalla giurisdizione alternativa del giudice civile alla giurisdizione “eventuale” del giudice ecclesiastico - nota a Cass. 16 novembre 1999 n. 12671», *GC*, 2000, núm. 5, pp. 1432-1438. (*M. R. D. R.*)

LACROCE, L.: «Concezione giuridica del matrimonio e vecchie e nuove forme di celebrazione -nota a Cass. 9 giugno 2000 n. 7877», *GC*, 2000, núm. 11, pp. 2900-2907. (*M. R. D. R.*)

LA TORRE, A.: «Maternità “surrogata” e gravidanza “di urgenza”: la c.d. localizzazione dell’utero», *GC*, 2000, núm. 6, pp. 267-286.

Comentario acerca de la inadmisibilidad del contrato y figura de arrendamiento de utero, para lograr la maternidad, y la necesidad de una regulación legislativa sobre el tema. (M. R. D. R.)

LE GAC PECH: «*Filiation naturelle. De Louis XVII à Z...*», *RDS*, 2001, núm. 5, 1.^{er} ch., pp. 380-383.

Introducción de jueces e investigadores científicos en el Derecho de familia. Importancia de la prueba biológica en materia de filiación. Necesidad de reformar el Derecho de familia por las nuevas facultades del juez en estos procedimientos. (R. A. R.)

LEMAIRE-PECRIAUX: «*Le changement de régime matrimonial et les tiers*», *GP*, 2000, núm. 324-326, pp. 12-15.

Estudia la situación de los terceros en el procedimiento de homologación del cambio de régimen matrimonial y después de la homologación. (R. A. R.)

LICASTRO, A.: «*Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali e le nuove forme di cooperazione giudiziaria europea*», *DFP*, 2000, núm. 3-4, pp. 1252-1278.

Problemas y perspectivas del derecho eclesiástico internacional en materia matrimonial. (Alma R. G.)

MANTOVANI, M.: «*L’assegnazione giudiziale della casa familiare tra interesse dei figli, interesse dei coniugi e diritti dei terzi*», *NGCC*, 2000, núm. 4, pp. 441-456.

Presupuestos de la atribución de la vivienda familiar a la luz de la tutela de los hijos y del cónyuge más débil. (Alma R. G.)

MARINO, C.: «*Ancora in tema di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*», *RTDPC*, 2000, núm. 3, pp. 693-744.

Ánalisis del reconocimiento de sentencias extranjeras en materia eclesiástica de nulidad matrimonial, en la Ley núm. 218, de 1995, que reforma el régimen de reconocimiento de dichas sentencias. Especial referencia al *exequatur* respecto del requisito de respeto al orden público. (M. R. D. R.)

MASSIP: «*Preuve de la filiation maternelle? Naturelle par les énonciations de l’acte de naissance*», *GP*, 2001, núm. 75-76, pp. 20-24.

Comentario a la sentencia del Tribunal Gran instancia de *Brive*, de 30 de junio de 2000. (R. A. R.)

MASSIP: «*La conservation des preuves biologiques en matière de filiation*», *GP*, 2001, núm. 75-76, pp. 3-5.

Reflexiones que muestran que las Leyes de 9 de enero de 1993 y 29 de julio de 1994 contribuyen a introducir cierta incertidumbre y cierto grado de ilógica en nuestro Derecho de filiación. (R. A. R.)

MORANI, G.: «È ancora configurabile –dopo le sentenze n. 23/1996 e n. 451/1997 della Consulta –la competenza funzionale dell'organo giurisdizionale specializzato in materia di contributo di mantenimento a favore della prole naturale minorenne?», *DFP*, 2000, núm. 2, pp. 623-638.

Decreto de la Corte de Apelación de *Perugia*, de 18 de marzo de 1977, acerca de la competencia del Tribunal de Menores para decidir sobre la obligación de mantenimiento del hijo natural. (Alma R. G.)

OBERTO, G.: «Volontà dei coniugi e intervento del giudice nelle procedure di separazione consensuale e di divorzio su domanda congiunta», *DFP*, 2000, núm. 2, pp. 771-804.

Diversas cuestiones respecto a la intervención judicial en procedimientos de crisis conyugales donde existe acuerdo de los cónyuges: límites del control del juez, revocación unilateral del consentimiento por parte de alguno de los cónyuges sobre las condiciones de la separación ... (Alma R. G.)

PALMERINI, E.: «Autonomia v. responsabilità nella procreazione: a proposito di Caesarian Sections e giudici inglesi», *RDC*, 2000, núm. 4, parte primera, pp. 581-607.

Ánalisis de la responsabilidad civil en el marco de la procreación responsable, a propósito de la jurisprudencia inglesa. Reflexión sobre el binomio libertad-responsabilidad, en el ejercicio de la procreación. (M. R. D. R.)

PATRUNO, F.: «Natura e valore delle dispense pontificie da matrimonio rato e non consumato nell'ordinamento canonico», *DFP*, 2000, núm. 2, pp. 939-966.

Artículo acerca de la ejecución de las decisiones canónicas en materia de matrimonio rato y no consumado. (Alma R. G.)

PATRUNO, F.: «Roma locuta, causa finita?: è stata detta davvero l'ultima parola sulla non riconoscibilità in Italia delle dispense pontificie *super rato?*», *DFP*, 2000, núm. 3-4, pp. 1279-1338.

Naturaleza y valor de las dispensas pontificias de matrimonio rato y no consumado. (Alma R. G.)

PEISSE: «Prestation compensatoire- Compétence jex-demande de délai», *GP*, 2000, núm. 317-319, pp. 19-20.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Gran instancia de *Bogigny*, de 17 de mayo de 2000, en materia de pensión compensatoria. (R. A. R.)

PITTALIS, M.: «I doveri di contribuzione e di assistenza nella crisi coniugale», *NGCC*, 2000, núm. 4, pp. 383-422.

Medios de tutela en las crisis conyugales (pensión, asignación de la vivienda familiar). (*Alma R. G.*)

QUADRI, E.: «Divorziato, coniuge superstite e pensione di reversibilità: l'incertezza continua», *NGCC*, 2000, núm. 2, pp. 201-204.

Acerca de los criterios de liquidación de la pensión entre el cónyuge divorciado y el cónyuge supérstite actual del fallecido. (*Alma R. G.*)

QUADRI, E.: «Il principio di contribuzione come principio generale. La portata dell'art. 143 cod. civ. nel matrimonio e oltre il matrimonio», *NGCC*, 2000, núm. 5, pp. 503-512.

Principio de contribución tras la reforma del Derecho de familia: presunción muciana, régimen de las obligaciones contraídas por necesidades familiares, vivienda familiar, crisis conyugales ... (*Alma R. G.*)

QUADRI, E.: «Finite le incertezze in tema di ripartizione della pensione di reversibilità tra divorziato e coniuge superstite?», *NGCC*, 2000, núm. 6, pp. 714-720.

Se reabre la cuestión del reparto de la pensión entre cónyuge divorciado y cónyuge supérstite actual del fallecido. (*Alma R. G.*)

ROCHE-DAHAN: «Les devoirs nés du mariage. Obligations reciproques ou obligations mutuelles?», *RTDC*, 2000, núm. 4, pp. 735-758.

Estudio sobre la naturaleza institucional o contractual del matrimonio, analizando la reciprocidad de las obligaciones entre esposos. (*R. A. R.*)

RODOLPHE: «L'article 277 du Code civil: Gage, caution ou contrat de garantie?», *GP*, 2000, núm. 317-319, pp. 15-18.

La nueva redacción del artículo 277 CC, dado por la Ley de 30 de junio de 2000. La garantía de cumplimiento de la pensión compensatoria. (*R. A. R.*)

ROMA, U.: «Nullità di matrimonio concordatario per incapacità *assumendi onera matrimonii*», *NGCC*, 2000, núm. 6, pp. 672-682.

Relevancia de la homosexualidad como causa de incapacidad para asumir los deberes matrimoniales, y no como causa de exclusión de un *bonum matrimonii*. (*Alma R. G.*)

ROVINSKI: «Défaut de lien de filiation et autorité parentale», *GP*, 2000, núm. 345-347, pp. 30-33.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Gran instancia de París de 28 de mayo de 1998. (*R. A. R.*)

SASSOLI, C.: «Gli effetti della riconciliazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi», *NGCC*, 2000, núm. 3, pp. 363-375.

Acerca del régimen patrimonial de la familia en las crisis conyugales. (*Alma R. G.*)

SCIA, F.: «Indennità di fine rapporto, momento della relativa maturazione e diritto dell'ex coniuge ad una sua quota», *NGCC*, 2000, núm. 4, pp. 434-441.

Indemnización por el fin de una relación conyugal. (*Alma R. G.*)

SESTA, M.: «Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?», *NGCC*, 2000, núm. 3, pp. 203-214.

Conflicto entre el derecho a ser padre y el derecho del embrión. (*Alma R. G.*)

SICURELLA, S.: «Destinazione di beni alla costituzione di fondo patrimoniale e tutela dei creditori personali dei coniugi- nota a Trib. Ragusa 21 dicembre 1999», *GC*, 2000, núm. 10, pp. 2757-2762. (*M. R. D. R.*)

STURLÈSE: «Les nouvelles règles du droit international privé européen du divorce. Règlement (CE) n. 1347/2000 du Conseil», *SJ*, 2001, núm. 5, I-292, pp. 241-248.

Nueva normativa en materia de divorcio. Competencia para romper el lazo matrimonial y responsabilidad paterna. Régimen procesal unificado. (*R. A. R.*)

TARQUINIO, C.: «Adozione di minore in casi particolari: due fatti-specie singolari (Trib. min. Perugia 22 luglio 1997 e 5 luglio 1999)», *DFP*, 2000, núm. 2, pp. 638-643.

Ánalisis sobre la conveniencia de que determinados parientes, obligados a la asistencia del menor abandonado, le adopten. (*Alma R. G.*)

TIBY, M.: «Impugnazione di riconoscimento assai poco veridico ed interesse del minore in pendenza di giudizio: l'art. 74 della legge sull'adozione torna all'esame della Consulta», *DFP*, 2000, núm. 2, pp. 577-608.

Comentario a la Ordenanza del Tribunal de Menores de *Aquila* sobre la preferencia de un reconocimiento no suficientemente acreditado de un hijo natural sobre una declaración anterior de adopción del menor. (*Alma R. G.*)

VRAY: «Prononcé de l'adoption plénière par des époux français d'un enfant vietnamien dont le représentant a régulièrement consenti à l'adoption selon la loi vietnamienne, la loi nationale de l'enfant, qui confère à l'adoption les effets de l'adoption plénière du Droit français, en l'absence de fraude à l'ordre public et compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant», *GP*, 2000, núm. 345-347, pp. 34-37.

Comentario a la sentencia de la Corte de París, de 6 de abril de 2000. (*R. A. R.*)

ZAMBRANO, V.: «Interesse del minore ed affidamento congiunto. Esperienze europee a confronto», *DFP*, 2000, núm. 3-4, pp. 1382-1400.

Artículo acerca de la custodia, conjunta o alternativa, en el caso de padres divorciados o separados, a la luz del interés del menor. (*Alma R. G.*)

ZATTI, P.: «Maternità e surrogazione», *NGCC*, 2000, núm. 3, pp. 193-202.

Algunas cuestiones sobre las técnicas reproductivas: razones de la maternidad genética, los títulos de maternidad. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE SUCESIONES

BRIÈRE: «Faut-il faire jouer le renvoi en matière de succession immobilière?», *GP*, 2000, núm. 275-277, pp. 17-20.

Estudio de la sentencia de la Sala 1.^a de lo civil, de 21 de marzo de 2000, y la variación que supone en la línea jurisprudencial francesa. (*R. A. R.*)

COPPOLA, C.: «Disposizioni a favore dell'anima, disposizioni a favore dei poveri e ricostruzione della volontà testamentaria», *NGCC*, 2000, núm. 3, pp. 377-384.

Comentario jurisprudencial sobre la reconstrucción de la voluntad del testador. (*Alma R. G.*)

D'ANGIOLELLA, P. R.: «“L'estraneo” nel retratto successori», *NGCC*, 2000, núm. 6, pp. 684-745.

Comentario a Cass, de 28 de enero de 2000, núm. 981, en materia de partición hereditaria. (*Alma R.G.*)

KERRIDGE, R.: «Wills made in Suspicious Circumstances: the Problem of the Vulnerable Testator», *Cambridge L. J.*, 2000, vol. 59, núm. 2, pp. 310-334.

Aun cumpliendo con los requisitos formales del testamento previstos legalmente, en ocasiones existen serias dudas sobre si la voluntad del causante, expresada en el mismo, no ha sido captada por el beneficiario u objeto de dolo. A propósito del caso *Wintle v. Nye* [1959] 1 W.L.R. 284, en el que un *solicitor* asiste al causante en la redacción del testamento y deviene heredero de casi la totalidad del caudal relictio, el presente artículo hace un repaso del *Case Law* existente sobre la materia y constata que en Inglaterra resulta demasiado fácil captar la voluntad testamentaria y difícil impugnar una voluntad testamentaria sospechosa. Kerridge se muestra partidario de presumir la concurrencia de esas circunstancias en aquellos casos en que los beneficiarios u otras personas relacionadas con los mismos intervengan en la redacción del testamento, e imputar entonces a la herencia los costes del proceso de impugnación, incluso cuando éste sea desestimado. Asimismo, el autor propone modificar o introducir una disposición en la *Section 9* de la *Wills Act 1837* para prever la intervención preceptiva de un notario o, al menos, un *solicitor*, totalmente independientes y sin conexión alguna con los beneficiarios, y

garantizar la no concurrencia de «circunstancias sospechosas» en el otorgamiento del testamento. (J. M. B. S.)

LEGNANI, A.: «Gli "Opuscoli politici" di Francesco Orioli (1783-1856): un' estrema difesa del fedecommissario», *Archiv. Giur.*, fasc. II/III, 2000, pp. 245-293.

Estudio de las repercusiones sociales del fideicomiso a través del análisis y comentario del primer tomo de la obra *Opuscoli politici*, que recoge las respuestas de su autor, Francesco Orioli, a las críticas formuladas contra dicha figura jurídica por los representantes del iluminismo. (B. F. G.)

OECHSLER, J.: «Pflichtteil und Unternehmensnachfolge von Todes wegen», *AcP*, septiembre 2000, pp. 626-630.

El autor analiza el sistema alemán de legítimas, considerando la finalidad perseguida por el legislador y el necesario respeto a la voluntad del causante, que también incumbe a los legitimarios, siempre que no se lesione la porción a la que tienen derecho. En particular, se considera el tema de la sucesión del empresario y la necesidad de interpretar los preceptos del BGB, de manera que pueda conseguirse la conservación de la empresa como unidad. (I. G. P.)

SCALISE, R. J.: «The Chaos and Confusion of Modern Collation: A Critical Look into an Institution of Louisiana Succession Law», *Tul. L. Rev.*, 2000, vol. 75, pp. 411-457.

Tras el análisis crítico de la jurisprudencia sobre la colación en el Derecho de Louisiana, el autor recurre a la comparación con otros ordenamientos de la familia romano-francesa para individualizar los puntos de la regulación vigente que deben ser urgentemente modificados. Cabe destacar la propuesta de reemplazar la colación de toda atribución a título lucrativo por la regla inversa, presumiéndose dispensada, salvo que el donante exprese lo contrario. Esto parece más conforme con la realidad y se refleja ya en el nuevo artículo 867 del Código civil de Québec. (J. R. I.)

VAREILLE: «L'enfant de l'adultére et le juge des droits de l'homme», *RDS*, 2000, núm. 41, 1.^{er} ch., pp. 626-634. (R. A. R.)

VARIA

BARCA, A.: «La risarcibilità del danno per la lesione di interessi legittimi: orientamenti dottrinali e *revirement* delle sezioni unite», *NGCC*, 2000, núm. 4, pp. 423-440.

Evolución jurisprudencial y legislativa en materia de intereses legítimos. (Alma R. G.)

BENZAKOUR: «Les conditions d'exercice des avocats de l'Union européenne au sein des pays du Maghreb. L'expérience du Maroc», *GP*, 2001, núm. 14-16, pp. 2-7.

La experiencia marroquí se traduce en una voluntad de apertura y colaboración que ha de llevarse a cabo entre las organizaciones de abogados de los dos lados del Mediterráneo y cuya meta es la suscripción de acuerdos. (R. A. R.)

BLANCHARD: «Brèves de déontologie», *GP*, 2000, núm. 313-314, pp. 3-18.

Aspectos de la profesión de abogado, que incluye tratamiento del secreto profesional y la responsabilidad por su violación. (R. A. R.)

CORNU: «L'espérance d'intangibilité dans la vie des oeuvres. Réflexions sur la longévité de certains biens», *RTDC*, 2000, núm. 4, pp. 697-734.

Determinados bienes, por su valor cultural, moral o afectivo, parece que deben durar más tiempo que otros. Estudio sobre la intangibilidad de ciertos bienes, ya sea por naturaleza o por afectación, y las vicisitudes de la intangibilidad. (R. A. R.)

GALGANO, F.: «Il contraddittorio processuale è ora nella Costituzione», *CI*, 2000, núm. 3, pp. 1081-1085.

Conflicto entre la tutela de los intereses difusos y el respeto al principio de contradicción, tras ser elevado este último a principio constitucional con la reciente Ley de 23 de noviembre de 1999, núm. 2, que reforma el artículo 111 de la Constitución italiana. (Alma R. G.)

GROMEK-BROC: «Le barreau européen franchit les frontières. Vicissitudes de la directiva d'établissement pour les avocats», *RDS*, 2001, núm. 8, 1.^{er} ch., pp. 641-646.

Adaptación francesa de la Directiva de la Unión Europea 98/5/CE sobre ejercicio de la abogacía en los Estados de la Unión. Posiciones internas de los Estados antes de la directiva. Libertad de establecimiento plena de la directiva. (R. A. R.)

GRUMBACH/TILLIE: «Loi, convention collective et protocole d'accord sur les 35 heures dans la profession d'avocat», *GP*, 2001, núm. 14-16, pp. 12-18.

Los textos aplicables y aplicación de los textos. (R. A. R.)

HUGLO: «La mission spécifique d'une Cour Suprême dans l'application du Droit Communautaire: l'exemple de la Cour de Cassation française», *GP*, 2000, núm. 327-328, pp. 3 ss.

La Corte de casación, guardiana de la aplicación uniforme del Derecho comunitario. La Corte de casación, juez creador del Derecho. ¿Es la Corte de casación una jurisdicción comunitaria desconcentrada? (R. A. R.)

MÄDER, W.: «Sprache und Recht: Minderheitenschutzrecht in Deutschland», *JuS*, 2000, pp. 1150-1153.

Lengua y Derecho: protección jurídica de las minorías en Alemania.

Los conflictos lingüísticos son parte consustancial de los contactos humanos. A través de las cuestiones lingüísticas se profundiza cada vez más en la conciencia general. Pueblos y naciones existen y permanecen como sociedades lingüísticas. Contribuyen a crear su identidad. Su cuidado es una obligación de la Unión Europea. En la variedad lingüística reside una de las riquezas de Europa. A escala, la cuestión se puede traspasar a la política lingüística interna de los Estados. El artículo muestra, según la opinión de su autor, que las minorías autóctonas en Alemania están bien protegidas por el Derecho. (M. P. G. R.)

MIRABELLI, G./GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione- Terzo Quadrimestre 1999», *RDC*, 2000, núm. 3, parte segunda, pp. 429-447.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias de Derecho privado. (M. R. D. R.)

MIRABELLI, G./GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione- Primo Quadrimestre 2000», *RDC*, 2000, núm. 5, parte segunda, pp. 763-780.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias de Derecho privado. (M. R. D. R.)

MUSIELAK, H. J.: «Reform des Zivilprozesses. Zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessesreformgesetz-ZPO-RG)», *NJW*, 2000, pp. 2769-2779.

El artículo marca las líneas generales del proyecto de reforma de la Ley procesal civil, tema de gran actualidad en Alemania, y que fue tratado en la LXIII reunión anual de Juristas alemanes, celebrada en Leipzig en septiembre de 2000. (M. P. G. R.)

MUSIELAK, H. J.: «Der rechtskräftig entschiedene Lebenssachverhalt», *NJW*, 2000, pp. 3593-3599.

Este artículo realiza un estudio del principio *non bis in idem*, esto es, la prohibición de juzgar dos veces un asunto basado en hechos semejantes. Así se analiza la posibilidad de que una misma demanda pueda llevarse a cabo en dos procesos diferentes, estableciendo que sólo es factible en los casos en los que los hechos han cambiado de forma sustancial, produciendo una variación del objeto del litigio. (M. P. G. R.)

PIOTRAUT: «La notion de gravité dans le Code civil», *GP*, 2000, núm. 261-263, pp. 4-12 y 29-35.

La noción de gravedad en el Código civil tiene una dualidad de funciones: la adaptación y la moderación. Existe también un contraste de interpretaciones: extensiva y restrictiva. (R. A. R.)

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «Der EuGH und die Gerichte der Mitgliedstaaten – Komponenten der richterlichen Gewalt in der Europäischen Union», *NJW*, 2000, pp. 1889-1896.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y los Tribunales de los Estados miembros. Componentes del poder judicial en la Unión Europea.

El Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas expone la eficaz labor conjunta llevada a cabo por los Tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, respecto de la cuestión prejudicial. Ésta, pese al número creciente de procedimientos, está destinada a mantener su buen funcionamiento. En este sentido, el autor toma posición frente a las propuestas de reforma publicadas en los últimos tiempos. (M. P. G. R.)

SENNEVILLE: «Les réorganisations des cabinets d'avocats britanniques en France», *GP*, 2001, núm. 14-16, pp. 8-11.

Las perspectivas que se ofrecen a corto plazo en relación con la legislación europea, en particular con la Directiva de 16 de febrero de 1998, que se aplica en Francia desde el mes de marzo de 2000, y la reforma del régimen fiscal aplicable, supone la posibilidad de apertura profesional. Ésta deberá ir acompañada de la revolución cultural. (R. A. R.)

TOMÉ: «Principales modifications apportées par la loi du 1.^{er} août 2000 relative à la communication audiovisuelle à la loi du 30 septembre 1986», *GP*, 2000, núm. 315-316, pp. 3-5.

Estudia la estructura general de la ley y sus principales disposiciones penales. (R. A. R.)

TOUGNE: «Les problèmes de droit privé des rapatriés d'Algérie», *RDS*, 2000, núm. 32, 1.^{er} ch., pp. 491-496. (R. A. R.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

ALFREDO: «Droit de la concurrence: une approche franco-espagnole», *RDS*, 2000, núm. 42, ch. aff., pp. 645 ss. (R. A. R.)

BERTANI, M.: «Autori, artisti e statuto dell'impresa», *CI*, 2000, núm. 3, pp. 1297-1377.

El régimen de la empresa se aplica a todas las actividades de trabajo autónomo ejercitadas de modo empresarial. (Alma R. G.)

BILLE: «Le Marché intérieur et la communication commerciale: une contribution essentielle», *GP*, 2000, núm. 332-333, pp. 5-8.

El mercado interior. Un sector económico de pleno efectos. La libertad de expresión comercial. (R. A. R.)

BOSSHARD, M.: «Il marchio che gode di riconoscenza nel sistema della direttiva CEE n. 89/104 e della "nuova" legge marchi italiana», *NGCC*, 2000, núm. 4, pp. 424-450.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE, de 14 de septiembre de 1999, en materia de marcas. (Alma R. G.)

BUREAU/MOLFESSIS: «Le nouveau code de commerce? Une mystification», *RDS*, 2001, núm. 4, ch. aff., pp. 361-369.

Modificaciones del Código de comercio mediante la Ordenanza de 18 de septiembre de 2000. Problemas y complejidades del nuevo Código de comercio frente a la finalidad propuesta por la Ordenanza. (R. A. R.)

BYRT: «La protection des idées publicitaires en Droit Anglais», *GP*, 2000, núm. 332-333, pp. 19-21.

El *copyright*. La protección del material creativo, límites a la protección, la imitación de la publicidad de un competente. (R. A. R.)

CASSANO, G.: «Indirizzo elettronico di *internet* e segni distintivi», *NGCC*, 2000, núm. 6, pp. 691-698.

Relaciones entre Internet y la normativa reguladora de las marcas. (Alma R. G.)

DION: «2001. Entreprise, espoir et mutation», *RDS*, 2001, núm. 9, ch. aff., pp. 762-769.

La empresa societaria en la economía moderna. La empresa desde el punto de vista de una concepción meta-financiera para armonizarla con los nuevos tiempos. (R. A. R.)

FRISON-ROCHE: «Le droit de la regulation», *RDS*, 2001, núm. 7, ch. aff., pp. 610-616.

Derecho de la regulación y la distinción Derecho público y privado. Unidad de principios en este derecho y creación de zonas intermedias entre las dos grandes ramas del Derecho en general. (R. A. R.)

GALLOT LE LORIER/VARET: «Marques notoires mises à prix: *internet*, espace de liberté mais non sans loi», *RDS*, 2001, núm. 3, ch. aff., pp. 292-295.

Notas a la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Nanterre, de 31 de enero de 2000. (R. A. R.)

KRÜGER ANDERSEN: «Nouvelles règles sur la publicité comparative au Danemark», *GP*, 2000, núm. 332-333, pp. 13-14.

Reglamentación de la publicidad en Dinamarca. Nuevas reglas de la publicidad comparativa. Las reglas individuales. El mantenimiento de las reglas sobre la publicidad comparativa. (R.A.R.)

LOPILATO, V.: «L'impresa familiare e l'ammissibilità di un rapporto di "parentela societaria"», *NGCC*, 2000, núm. 5, pp. 572-584.

Artículo en torno a las empresas familiares. (*Alma R. G.*)

LÜTTGE, J. W.: «Unternehmensumwandlungen und Datenschutz», *NJW*, 2000, pp. 2463-2466.

Transformación de empresas y protección de datos. (*M. P. G. R.*)

PIZZOFERRATO, A.: «La tutela brevettuale delle invenzioni biotecnologiche», *CI*, 2000, núm. 3, pp. 1231-1251.

La disciplina internacional de las invenciones biotecnológicas. La Directiva 98/44/CE y su impacto sobre los estados miembros. Novedad y originalidad de las invenciones biotecnológicas. (*Alma R. G.*)

TESTA: «Violation des règles du Code d'autodiscipline publicitaire et concurrence déloyale: le cas italien», *GP*, 2000, núm. 332-333, pp. 22-23.

La ley y la autodisciplina publicitaria, dos mundos separados e incomunicados. (*R. A. R.*)

VV AA: «Le devoir de loyauté en droit des affaires», *GP*, 2000, núm. 338-340, pp. 3-88..

Exposiciones presentadas en el Coloquio de 28 de octubre de 1999 en París por la Comisión abierta de Derecho mercantil y económico de París, sobre el deber de lealtad en el mundo de los negocios. (*R. A. R.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

ALTMEPPEN, H.: «Zur Enthaftung des ausscheidenden Personengesellschafters», *NJW*, 2000, pp. 2529-2536.

La exoneración de responsabilidad del socio personal saliente.

Esta exoneración de responsabilidad debe comenzar, según el § 160 I.2 HGB, con la inscripción de la separación en el Registro Mercantil. Se considera que el conocimiento por parte de los acreedores de la separación es inapreciable, en tanto falte la inscripción. El autor muestra las fuentes históricas que fundamentan la opinión general en una cadena de malentendidos y defectos de valoración que, a su juicio, el legislador está obligado a aclarar. (*M. P. G. R.*)

BAYER, W.: «Aktionärsklagen de lege lata und de lege ferenda», *NJW*, 2000, pp. 2609-2619.

Las reclamaciones judiciales de los accionistas de *lege lata* y de *lege ferenda*. (*M. P. G. R.*)

BRUNSWICK: «SAS et capital investissement: vers la fin des pactes d'actionnaires extra-statutaires?», *RDS*, 2000, núm. 39, ch. aff., pp. 595 ss. (*R. A. R.*)

CROSIO, S.: «Acquisizione di società ad elevato contenuto tecnologico: clausole di *earn-out* e dichiarazione e garanzie del venditore», *CI*, 2000, núm. 3, pp. 1109-1123.

Aspectos mercantiles, contables y fiscales de los *earn-outs*. (*Alma R. G.*)

FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: «Le régime de la responsabilité civile de l'administrateur selon la loi espagnole sur les sociétés anonymes», *GP*, 2000, núm. 282-284, pp. 7-26.

Estudio de los principios directores y su aplicación: características esenciales de la responsabilidad de los administradores. Los elementos constitutivos de la responsabilidad. La responsabilidad en caso de pluralidad de administradores. Los mecanismos de reparación. La responsabilidad en presencia de causas legales de disolución de la sociedad. (*R. A. R.*)

FIGÀ-TALAMANCA, G.: «Numero, conto e misura nel regime giuridico del patrimonio sociale e della partecipazione azionaria», *RDC*, 2000, núm. 5, parte segunda, pp. 735-741.

Breve reflexión sobre el régimen patrimonial y posición de los socios en el modelo organizativo de la sociedad por acciones. (*M. R. D. R.*)

FOSSEART: «Stock-options et régime légal», *GP*, 2000, núm. 324-326, pp. 16-18.

La calificación de las *stok-options* como bien común o como bien propio, o según la distinción entre el título y el valor. (*R. A. R.*)

GALGANO, F.: «Il socio illimitatamente responsabile è, dunque, imprenditore», *CI*, 2000, núm. 2, pp. 607-612.

Dos novedades sobre la sujeción a quiebra del ex socio ilimitadamente responsable. (*Alma R. G.*)

GUIDOTTI, R.: «Sull'opposizione dei creditori alla fusione», *CI*, 2000, núm. 2, pp. 874-895.

Reflexión sobre el derecho de los acreedores a oponerse a la fusión de dos sociedades. (*Alma R. G.*)

HOYNINGEN-HUENE, G. V.: «Gesellschafter, Scheingesellschafter oder Arbeitnehmer?», *NJW*, 2000, pp. 3233-3239.

Socio, socio aparente o empresario.

El artículo trata de arrojar alguna luz sobre la zona gris existente entre el Derecho del trabajo y el Derecho de sociedades.

Para ello se muestran una serie de casos en los que se manifiesta esta cuestión de límites. A continuación se ponen de relieve criterios generales para establecer las fronteras entre ambos sectores. Acto seguido se tratan algunos problemas, como qué consecuencias tendría la aplicación del estatuto del empresario en el contrato de sociedad. (M. P. G. R.)

LIACE, G.: «L'esclusione del socio nelle società di persone», *CI*, 2000, núm. 3, pp. 1473-1491.

Algunas cuestiones sobre la exclusión del socio en las sociedades personalistas: la exclusión facultativa, la exclusión del socio administrador, la exclusión del socio comanditario, el procedimiento de exclusión, la oposición a la exclusión. (Alma R. G.)

MANZINI, G.: «La fusione cd. inversa, ossia l'incorporazione della controllante nella controllata», *CI*, 2000, núm. 2, pp. 850-873.

Reflexión sobre la hipótesis de la fusión cd. inversa (*reverse merger*). (Alma R. G.)

MARTINES, M. P.: «Inefficacia della delibera consiliare per lesione di diritto soggettivo», *CI*, 2000, núm. 1, pp. 115-123.

Reflexiones en torno a los derechos del socio. (Alma R. G.)

NIGRO, A.: «L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: cenni introduttivi», *NLCC*, 2000, núm. 1-2, pp. 135-148.

Ánalisis del Decreto legislativo de 8 de julio de 1999, núm. 270, sobre administración extraordinaria de empresas insolventes y el procedimiento concursal. (M. R. D. R.)

PAILLUSSEAU: «L'alerte du commissaire aux comptes dans la SAS. La notion de compatibilité dans le droit de la SAS», *SJ*, 2000, núm. 41, I-262, pp. 1851-1856.

Aplicación de las normas sobre sociedad anónima a estas sociedades. Supuestos de inaplicabilidad del procedimiento de emergencia previsto en las sociedades anónimas. Alternativas. (R. A. R.)

RAIMON: «Les sociétés non immatriculées et l'engagement des associés vis-à-vis des tiers», *GP*, 2000, núm. 355-356, pp. 2-9.

Tipos de sociedades no inmatriculadas. Recalificación de la sociedad en formación. La situación de los socios en estas sociedades pueden seguir dos

regímenes distintos según el artículo 1843 del Código civil o el artículo 1872-1 del Código civil. (R. A. R.)

SALAFIA, V.: «*Fusione di società in nome collettivo in società a responsabilità limitata, sentenza della Corte costituzionale in ordine alla legittimità costituzionale dell'art. 2503 c.c., rapporti in corso con il creditore - nota a Cass. 28 gennaio 2000 n. 948*», *GC*, 2000, núm. 6, pp. 1702-1704. (M. R. D. R.)

SALAFIA, V.: «*Opponibilità al curatore del fallimento di un socio dei società a responsabilità limitata del prezzo stabilito dallo statuto sociale per l'esercizio della prelazione sulla cessione di quote sociali - nota a Cass. 14 marzo 2000 n. 2909*», *GC*, 2000, núm. 10, pp. 2650-2654. (M. R. D. R.)

SANTARONI, M.: «*Integrazioni e modifiche al T.U. in materia bancaria e creditizia*», *NLCC*, 2000, núm. 3-4, pp. 493-500.

Breve análisis acerca del Decreto legislativo de 4 agosto de 1999, núm. 342, sobre adaptación e integración de la normativa europea en materia bancaria y crediticia: particulares operaciones de crédito, grupos bancarios, intermedios financieros, condiciones contractuales, etc. (M. R. D. R.)

SIMONETTI, H.: «*Abuso del diritto di voto e regola di buona fede nelle società di capitali*», *NGCC*, 2000, núm. 4, pp. 479-501.

Exclusión del derecho de voto del socio en sociedades de capital. (Alma R. G.)

VIDIRI, G.: «*Art. 1725, secondo comma, c.c. e revoca dell'amministratore di società a responsabilità limitata: un discutibile ricorso all'analogia - nota a Cass. 21 marzo 2000 n. 3312*», *GC*, 2000, núm. 7-8, pp. 1957-1961. (M. R. D. R.)

VIDIRI, G.: «*Domanda di liquidazione della quota ex art. 2289 c.c. e legittimazione passiva della società di persone - nota a Cass. 26 aprile 2000 n. 291*», *GC*, 2000, núm. 12, pp. 3191-3195. (M. R. D. R.)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

PLAB, G.: «*Die gesetzliche Neuregelung der vergleichenden Werbung*», *NJW*, 2000, pp. 3161-3170.

Las nuevas reglas legales sobre la publicidad comparativa.

El artículo muestra las normas más importantes que han entrado recientemente en vigor con la nueva Ley de publicidad comparativa. Al mismo tiempo, los preceptos de esta ley se someten a un examen crítico, con vistas a su compatibilidad con las normas europeas. (M. P. G. R.)

VIELHUES, M.: «Folgt die Rechtsprechung zu den Domain Names wirklich den Grundsätzen des Kennzeichenrechts?», *NJW*, 2000, pp. 3229-3243.

¿Verdaderamente sigue la jurisprudencia sobre nombres de dominio los fundamentos del Derecho de marcas? (M. P. G. R.)

CONTRATOS MERCANTILES

BENOUSSAN: «Franchise: l'exclusivité territoriale vidée de sa substance», *RDS*, 2000, núm. 41, ch. aff., pp. 629-644. (R. A. R.)

CHINDEMI, D.: «Invalidità della clausola di inversione del rischio in caso di mancata consegna del bene nel contratto di *leasing*», *NGCC*, 2000, núm. 3, pp. 324-329.

De nuevo sobre la naturaleza jurídica del *leasing* financiero. (Alma R. G.)

GAGGERO, P.: «La capitalizzazione degli interessi nei rapporti bancari», *NGCC*, 2000, núm. 3, pp. 332-343.

Artículo dedicado al anatocismo bancario. (Alma R. G.)

GAGGERO, P.: «Profili di costituzionalità della disciplina degli interessi bancari», *NGCC*, 2000, núm. 6, pp. 581-588.

Algunos aspectos sobre la capitalización de los intereses en las relaciones bancarias. (Alma R. G.)

LECLERQ: «L'arbitrage, garant de la loyauté commerciale», *GP*, 2001, núm. 31-32, pp. 3-5.

Breve estudio del arbitraje: necesidad de ley positiva y su aportación. (R. A. R.)

MATHIEU: «Taux effectif global, usure et crédit aux entreprises», *GP*, 2000, núm. 320-321, pp. 2-5.

Pone de manifiesto la aplicación de La ley de usura de 1960 y se les a las disposiciones T.A.G. (R. A. R.)

MEOLI, B.: «L'anatocismo bancario tra consuetudine e nuova disciplina», *NGCC*, 2000, núm. 4, pp. 457-478.

Razón de las modernas limitaciones al fenómeno del anatocismo. (Alma R. G.)

NOGUIER: «Publicité virtuelle à la télévision: légitimité des prohibitions actuelles?», *GP*, 2000, núm. 301-302, pp. 6-9.

La gran importancia que la publicidad tiene en la financiación de los programas audiovisuales hace que influya en el sector comercial. Regulación en el Decreto de 27 de marzo de 1992. (R. A. R.)

PICOD: «L'obligation de communication préalable à l'épreuve de la directive communautaire sur la publicité comparative», *RDS*, 2001, núm. 11, ch. aff., pp. 914-917.

Obligación de comunicación del artículo 121-12 del Código de consumo francés. La directiva comunitaria 97/55/CE no se ha adaptado al Derecho francés en plazo y es incompatible con la normativa francesa. Problemas de conflicto normativo. (R. A. R.)

SAINTE-ROSE: «Opérations de credit et application de la convention de Bruxelles», *GP*, 2001, núm. 66-67, pp. 20 ss.

Comentario a las sentencias de la Corte de casación civil de 18 de julio de 2000. (R. A. R.)

DERECHO CAMBIARIO

GUÉVEL: «L'acceptation sous condition d'une lettre de change», *GP*, 2000, núm. 315-316, pp. 17-20.

Comentario a la sentencia de la Corte de París, de 28 de abril de 1929. (R. A. R.)

MODULO, F./ZACCAGNINI, C.: «Brevi riflessioni sulle nuove disposizioni in tema di cartolarizzazione dei crediti», *NLCC*, 2000, núm. 1-2, pp. 73-106.

Breve reflexión sobre la Ley de 30 de abril de 1999, núm. 130, sobre la emisión de títulos de créditos pecuniarios objeto de cesión: aspectos formales, sustantivos, contables y fiscales, con referencia al modelo francés. (M. R. D. R.)

DERECHO CONCURSAL

CANET: «La compétence pour prescrire les répartitions et statuer sur les conflits de priviléges relatifs aux prix de cessions d'entreprises», *GP*, 2001, núm. 59-60, pp. 3-9.

El mandatario de justicia y su voz de prescribir en materia de reparto y de conflictos de privilegios. La competencia jurisdiccional. (R. A. R.)

DESPRAT: «L'article 621-32 (ancien article 40): son champ d'application, le rang de son privilége, les actions des créanciers titulaires de ce privilège et le sort de fonds déposés à la caisse de dépôts et consignations», *GP*, 2001, núm. 59-60, pp. 55-59.

El rango privilegio del artículo 621-32: el régimen de la Ley de 1985, el régimen de la Ley de 1994. Jurisprudencia. (R. A. R.)

FORTI, P.: «La conoscenza della qualità di imprenditore commerciale nella azione revocatoria fallimentare», *NGCC*, 2000, núm. 5, pp. 555-610.

Relevancia en tema de acción revocatoria de quiebra de la cualidad de empresario del sujeto declarado después en quiebra. (Alma R. G.)

FRAIMOUT: «La caution exerçant ses recours: un intrus dans la procédure collective du débiteur cautionné», *GP*, 2000, núm. 259-260, pp. 11-18.

La incidencia financiera del recurso de la garantía tras el pago integral de la deuda garantizada. La subsidiariedad de los recursos de las garantías en caso de pago parcial del crédito garantizado. (R. A. R.)

GAUTHIER: «La continuation du cours des intérêts dans le cadre de la liquidation judiciaire», *GP*, 2001, núm. 59-60, pp. 51-54.

La extensión práctica de la regla: el anatocismo y la imputación de pago. Los medios para limitar la regla. (R. A. R.)

HUILLE: «Les répartitions provisionnelles: leur régime juridique et leur fréquence en pratique», *GP*, 2001, núm. 59-60, pp. 10-14.

Pago provisional en período de observación y en caso de cesión o de liquidación judicial, así como en caso de plan de continuación. (R. A. R.)

LIENHARD: «Modalités de déclaration des créances (synthèse de la jurisprudence récente)», *RDS*, 2001, núm. 12, ch. aff., pp. 1011-1016.

Problemas de la Ley de 1985 sobre formalidades en la declaración de créditos. Influencia de la jurisprudencia y la reforma de 1994 sobre la sanción en caso de irregularidades. (R. A. R.)

MALHERBE: «La liquidation judiciaire et le syndicat des copropriétaires», *GP*, 2000, núm. 259-260, pp. 19-22. (R. A. R.)

MAROT: «Franchise et procédure collective: une vision globale», *RDS*, 2001, núm. 12, ch. aff., pp. 1017-1021.

Incedibilidad del contrato de franquicia por naturaleza. La cesión implica desconocer su objeto. Estudio a propósito de la Sentencia de la Corte de apelación de *Orleans* de 14 de septiembre de 2000. (R. A. R.)

NEUVILLE: «La transaction suspecte (observations sur la notion de transaction au regard des nullités de la période suspecte)», *RDS*, 2000, núm. 37, ch. aff., pp. 571 ss. (R. A. R.)

NICOLA, A.: «L'elaborazione giurisprudenziale in materia di rapporto tra procedura fallimentare e registro delle imprese», *CI*, 2000, núm. 1, pp. 104-114.

Publicidad de los procedimientos concursales en el Registro de Empresas. (*Alma R. G.*)

PIEDELIÈVRE: «Domaine et efficacité du droit de rétention en cas de procédure collective», *RDS*, 2001, núm. 5, ch. aff., pp. 441-443.

Estudio a propósito de las Sentencias de la Corte de casación comercial de 4 y 11 de julio de 2000. (*R. A. R.*)

ROUGER: «La distribution du prix de vente des immeubles dans les procédures collectives», *GP*, 2001, núm. 59-60, pp. 15-22.

El procedimiento. El reparto por el mandatario. El establecimiento del orden de prelación. (*R. A. R.*)

TEBOUL: «La réforme de la prévention et des procédures collectives», *GP*, 2000, núm. 343-344, pp. 2-9.

Los fines buscados en la fase de prevención y tras la apertura del procedimiento colectivo. El cese del pago y sus consecuencias. Los órganos del procedimiento y de los controles. El periodo de observación. La situación de los acreedores. Los planes de cesión y de continuación. El patrimonio de la empresa. La liquidación judicial. El reparto de fondos retenidos por los profesionales. Las sanciones. (*R. A. R.*)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Archiv. Giur.	Archivo Giurídico
Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contrato e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di famiglia e delle persone
Dir. Aut.	Il Diritto de autore
ERPL	European Review of Private Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
L.Q.R.	The Law Quarterly Review
Modern L. R.	The Modern Law Review
NGCC	La nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDS	Recueil Dalloz Sirey
RIDA	Revue Internationale du Droit d'auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Texas L. Rev.	Texas Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RESOLUCIONES DE LA DGRN COMENTADAS

Comentario a la RDGRN de 16 de marzo de 2000. Limitación de las facultades de los apoderados generales respecto de los actos dispositivos que hayan de calificarse de personalísimos por afectar a la eficacia de disposiciones testamentarias

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE

Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado
Registrador de la Propiedad
Doctor en Derecho

SUMARIO: I. *El supuesto de hecho y la cuestión debatida.*—II. *La calificación del Registrador.*—III. *El criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado y su argumentación.*—IV. Comentarios: 1. Requisitos de la revocación de legados mediante actos de enajenación posteriores. Interpretación del artículo 869 núm. 2 del Código Civil: A) Evolución histórica. B) Los requisitos de la eficacia revocatoria. 2. La interpretación estricta de los poderes y la insuficiencia de facultades conferidas mediante poder general para vender inmuebles previamente legados. La necesidad de poder especial. 3. El tipo de ineficacia del negocio transmisor celebrado mediante poder general respecto de cosa previamente legada por el poderdante. Posible convalidación del negocio mediante la renuncia al legado por el legatario una vez abierta la sucesión. 4. La posición del tercero que contrata con el *falsus procurator*. Los requisitos y límites del principio de seguridad jurídica. 5. El alcance de la calificación en materia de documentos notariales en casos de fraude de ley.

I. EL SUPUESTO DE HECHO Y LA CUESTIÓN DEBATIDA

La cuestión objeto de examen por parte de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de marzo de 2000 presentaba

los siguientes antecedentes de hecho relevantes, que resume la propia Resolución:

- a) con fecha 10 de junio de 1995, doña Soledad R.P. otorga testamento legando a una ahijada una vivienda;
- b) con fecha 27 de diciembre siguiente otorga poder general a favor de sus parientes don Francisco y don Ignasi C.R., que les faculta con carácter mancomunado para vender toda clase de bienes;
- c) con fecha 25 de enero de 1996, los citados apoderados venden la finca legada a cierta sociedad en formación constituida el inmediato anterior 16 de enero, todavía no inscrita en la fecha del otorgamiento de la escritura de venta;
- d) el 14 de marzo siguiente fallece la testadora y poderdante;
- e) ante la existencia de ciertos defectos en la escritura de venta, don Francisco y don Ignasi, en su doble calidad de apoderados y herederos de doña Soledad (acreditando este último extremo mediante aportar copia del testamento en que se contiene la institución de herederos a su favor y la ordenación del antes referido legado a favor de la ahijada de la causante), otorgan una escritura complementaria de la anterior de venta, subsanando los defectos;
- f) el Registrador, apercibido del contenido del citado testamento aportado junto con la segunda escritura complementaria, suspende la inscripción de la venta por falta de consentimiento de la legataria, estimando que existe insuficiencia del poder, ya que la venta tiene como consecuencia la revocación de un legado, que es acto personalísimo, y, además, produce como consecuencia un beneficio propio para los apoderados que acarrea una situación contraria a la voluntad de la testadora, generando un conflicto de intereses que determina la aplicabilidad de los criterios legales prohibitivos de la autocontratación.

Es, pues, objeto de debate en esta Resolución una cuestión que implica el estudio de la institución civil del legado de cosa concreta y determinada, sus posibles causas de revocación, en particular a través de su enajenación, la delimitación de la suficiencia de poderes para enajenar bienes previamente legados y, finalmente, el ámbito de la calificación registral de tales situaciones.

Es tesis central de este comentario, que ya avanzamos, en contra del criterio sostenido por la Resolución de 16 de marzo de 2000, la de entender que la enajenación de cosa legada mediante apoderado requiere el otorgamiento de poder especial al efecto, de forma que siendo el poder meramente general la enajenación no determinará la consecuencia de la revocación del legado y la paralela eficacia de la venta celebrada, sino que el legado mantendría su propia vigencia y eficacia por no cumplirse el presupuesto en que basa el efecto revocatorio el artículo 869-2 del Código Civil, que no es otro que el de la voluntad presunta o tácita del testador de dejar sin efecto la manda.

En definitiva, las verdaderas cuestiones sujetas a debate en este estudio, debidamente sistematizadas, son básicamente tres: a) la posible eficacia revocatoria de los legados de cosa concreta y determinada de las enajenaciones realizadas por el testador y sus requisitos; b) la interpretación estricta de los poderes y la insuficiencia de facultades de los poderes generales para la venta de cosa legada; c) la posible subsanación de la falta de eficacia de la venta de cosa legada hecha por apoderado general mediante renuncia al legado por parte del legatario directamente o mediante ratificación de la compraventa; y, por último, la interpretación de tales situaciones por los Registradores de la

Propiedad al calificar las escrituras en que se hayan documentado tales transmisiones.

II. LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR¹

La calificación antes sintetizada se desarrolló en los siguientes términos literales:

«Presentado el precedente documento, en unión de escritura de rectificación autorizada por el Notario don ..., de fecha 16 de julio de 1996, así como de copia auténtica del testamento otorgado el día 10 de junio de 1995, ante el Notario don ..., por doña Soledad R. P., titular registral de la finca transmitida, y del certificado del Registro de Últimas Voluntades y de defunción de la misma, y tras su examen y calificación conjunta (arts. 18 de la Ley Hipotecaria, 117 del Reglamento Hipotecario y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1950, entre otras), se suspende su inscripción por insuficiencia de las facultades representativas de los apoderados de la parte vendedora y consiguiente falta de poder de disposición sobre la finca objeto de la compraventa (arts. 1259 y 1714 del CC), por cuanto que:

a) el poder en base al que actuán los apoderados de la vendedora no comprende la facultad de revocación de mandas o legados, la cual, por otro lado, responde al carácter de acto personalísimo propio de los actos testamentarios, lo que exige intervención personal y directa del causante (véase art. 869 núm. 2 CC: “si el testador enajena...” y artículo 306 del Código de Sucesiones de Cataluña) o, al menos, la intervención de persona expresa y especialmente autorizada por aquél a tal fin; y la finca objeto de venta había sido legada como cosa cierta y determinada por doña Soledad R. P. a su ahijada doña Soledad A. R. en virtud de la cláusula primera del testamento antes citado;

b) por ello, se ha de considerar insuficiente a tal efecto un poder general que incluya en su ámbito “genéricamente” actos de enajenación de inmuebles, cuya interpretación ha de ser rigurosa y estricta, según reiterada jurisprudencia registral, a fin de evitar extralimitaciones en el uso del poder que redunden en perjuicio de los intereses del poderdante o alteren los términos de su voluntad (*cfr.* Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de junio de 1990, 18 de octubre de 1989, etcétera);

c) La jurisprudencia del Tribunal Supremo, acogiendo la doctrina de los comentaristas, ha sentado la conclusión de que la mera enajenación de la cosa legada no implica por sí la revocación tácita del legado si dicha enajenación no va acompañada de la voluntad revocatoria del testador, cuya voluntad no puede colegirse con certeza en este caso de pretendida revocación tácita de un legado de cosa específica y concreta ordenado en testamento próximo en su fecha al fallecimiento de la testadora, en virtud de un poder general que puede responder a múltiples objetos compatibles con la subsistencia del legado (de hecho fue empleado para la aceptación de una herencia deferida a favor de la

¹ Autor del presente estudio.

ahora causante). Véanse sentencias del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1880, 28 de octubre de 1930 y 13 de junio de 1994;

d) esta corriente jurisprudencial hace rechazar a la doctrina el efecto revocatorio del legado en los casos de enajenaciones forzosas, de vicios del consentimiento en el negocio transmisible, de insuficiencia de poder e, incluso para algunos autores, en los supuestos de enajenaciones que no hayan sido efectuadas directamente por el propio testador, dado que el artículo 869 número 2 Código Civil establece como causa de ineficacia del legado la enajenación hecha por el testador (“si el testador enajena...”), y según el artículo 743 Código Civil “serán ineficaces... las disposiciones testamentarias sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código”). Así, Albaladejo y Sánchez Calero;

e) esta misma corriente jurisprudencial ha sido acogida recientemente por el Código de Sucesiones de Cataluña consagrando normativamente algunos de los supuestos contemplados por la citada jurisprudencia que desvirtúan la presunta voluntad revocatoria del testador, supuestos basados en el común denominador de la falta de intención del causante de dejar ineficaz el legado (*cfr.* arts. 129, 306 y 307) y que ha de imponer la misma solución en cualquier otro caso en que concurra la misma *ratio iuris*;

f) repárese en que dada la doble condición de los representantes de la vendedora de apoderados de la misma y herederos suyos, la admisión del efecto revocatorio del legado operado por una enajenación efectuada en base a un poder general produciría un doble efecto: un beneficio propio para los representantes (al revocarse el legado no se subroga en el mismo el precio por la cosa, cuyo precio estaría destinado a integrar la masa hereditaria), lo que determina una situación de interés contrario a la voluntad expresa por la testadora al ordenar el legado, que se pone especialmente de manifiesto al otorgar una escritura de rectificación cuyo resultado, según se pretende, sería el de consolidar la revocación del legado; y, con ello, un perjuicio para los intereses de la legataria nombrada, quien, no mediando revocación de la disposición testamentaria en que se ordena el legado, adquiere desde la muerte del testador por la mera delación *e ipso iure* la propiedad de la cosa legada con eficacia real (véanse art. 881 CC y arts. 265 y 267 Código de Sucesiones de Cataluña, art. 6 núm. 4 CC y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de mayo de 1993, 4 de marzo de 1993 y 20 de septiembre de 1989, entre otras). El defecto se califica de subsanable por ser posible su subsanación mediante presentar escritura de ratificación de la venta o de renuncia al legado por la legataria nombrada.»

III. EL CRITERIO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y SU ARGUMENTACIÓN

La Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 16 de marzo de 2000, si bien deja a salvo las consecuencias que «judicialmente puedan alcanzarse de los hechos expuestos», revoca la calificación hecha por el Registrador en base a la siguiente argumentación:

«Sin prejuzgar las consecuencias que los hechos expresados puedan producir en la eficacia del legado, es lo cierto que las mismas no pueden afectar a la adquisición cuestionada, tanto por la necesaria protección de quienes de

buena fe –y ésta se presume siempre– confiaron en la apariencia de un poder vigente (cfr. arts. 1738 y 434 CC), como porque la existencia de un testamento anterior en modo alguno limita, en vida del testador, el alcance y eficacia de los poderes por él otorgados, ya sean generales para disponer, o limitados a la disposición del concreto bien legado; así se infiere de la propia naturaleza del testamento, en cuanto acto de última voluntad, que sólo alcanza eficacia a la muerte del testador, y que no limita la facultad del testador para su revocación (art. 739 CC), ni, consiguientemente, menoscaba sus actos de disposición *inter vivos*, –ya realizados personalmente, ya por medio de apoderado– de los que pueda resultar la ineffectuación, total o parcial, de la disposición testamentaria». Tras lo cual concluye afirmando el Centro Directivo que «el eventual beneficio de los apoderados escapa a la calificación registral, y nada impide que judicialmente puedan alcanzarse las consecuencias de los hechos expuestos».

Cuatro son los aspectos fundamentales de esta argumentación en los que se centra nuestra discrepancia con la citada Resolución, por entender que carecen del suficiente apoyo lógico y jurídico:

1.º Dado que el centro neurálgico de la calificación registral recurrida estriba en la tesis de que no cabe reconocer eficacia revocatoria (ni en cualquier otro sentido modificatoria) de un legado, ordenado mediante disposición testamentaria, al otorgamiento de un acto dispositivo realizado en base a un poder general sobre la misma cosa legada, resulta improcedente no entrar a juzgar «las consecuencias que los hechos expresados [antecedentes de la Resolución] puedan producir en la eficacia del legado». Con esta actitud elusiva de la citada cuestión se falta a la obligada congruencia del fallo o resolución del caso, pues se obvia el pronunciamiento sobre la cuestión fundamental del asunto planteado;

2.º No se discute, por así impetrarlo la seguridad del tráfico, la necesaria protección de quienes de buena fe confiaron en la apariencia de un poder vigente, ni que la buena fe se presume, pero claro es que tal presunción legal de buena fe simplemente dispensa de su prueba al favorecido por la misma, pero no impide la apreciación de elementos probatorios contrarios a ella, pues se trata de una mera presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure*, ya que para que este segundo supuesto se de la Ley concreta aplicable debe imponer una prohibición en orden a impedir la destrucción de la presunción mediante prueba en contrario (cfr. arts. 1250 y 1251 CC), prohibición que en este caso no se da (cfr. arts. 1738 y 434 CC);

3.º Tampoco se discute que el testamento, como acto de última voluntad, no limite la facultad del testador para su revocación, ni impida que ésta pueda tener lugar mediante la realización de actos dispositivos *inter vivos* realizados por el propio testador. Por tanto, esta afirmación de la Resolución comentada está fuera de contexto, pues, así procediendo, vuelve a faltar a la congruencia obligada la Resolución que, tratando de refutar una tesis, afirma lo que antes nadie había negado. Claramente la calificación registral recurrida había centrado su objeción en la imposibilidad jurídica de que la revocación tácita de la disposición testamentaria en que se ordenaba el legado tuviera lugar mediante acto dispositivo otorgado en nombre del testador por un apoderado general, pues es tesis esencial en que se basa la calificación que tal eficacia revocatoria sólo puede ser anudada a un acto personalísimo del testador (por sí o por un tercero con mandato especial –no general–), tesis que la Resolución aquí comentada y

combatida no alcanza a refutar, ni siquiera en grado de tentativa, pues sencillamente no analiza este último y fundamental aspecto de la cuestión;

4.º finalmente, la afirmación de que «el eventual beneficio de los apoderados escapa a la calificación registral» no precisa las razones que abonen su fundamentación, y en cierto sentido supone una delimitación incorrecta de la cuestión planteada, pues ningún beneficio, no siendo antijurídico, debe erigirse en obstáculo a la inscripción registral del negocio jurídico del que traiga causa. Y es que, ciertamente, no es *per se* el beneficio eventualmente obtenido por los poderdantes y herederos cuya expectativa sobre el caudal relicito se ve acrecida por la contraprestación pecuniaria abonada por la venta del bien antes legado y después, en base a un poder general, por los mismos vendido, sino la situación de contraposición de intereses o yuxtaposición de intereses controvertidos entre sí que se produce en la persona de los herederos y apoderados, lo que empaña la imparcialidad y neutralidad de intereses que debe presidir la actuación de todo apoderado, y cuya violentación debe ser evitada en una interpretación recta y atenta a la justificación y finalidad de las normas que imponen la proscripción de la autocontratación en nuestro Ordenamiento jurídico.

Veremos detalladamente cada uno de estos aspectos a continuación.

IV. COMENTARIOS

Principiaremos nuestros comentarios analizando la esencia de la cuestión planteada, esto es, los requisitos de la revocación de legados mediante la realización de actos de enajenación posteriores, prestando especial atención a la interpretación del artículo 869 número 2 del Código Civil.

1. REQUISITOS DE LA REVOCACIÓN DE LEGADOS MEDIANTE ACTOS DE ENAJENACIÓN POSTERIORES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 869 NÚMERO 2 DEL CÓDIGO CIVIL

Hagamos un breve repaso de la evolución histórica en la materia.

A) Evolución histórica

Hoy es causa de ineffectuación del legado el hecho de que en el período de la *vacatio testamenti* el testador transmita el objeto del legado en los términos del artículo 869.2.º del Código Civil. Hay, pues, revocación cuando un legado, válido y objetivamente efectivo, pierde su valor por no subsistir la voluntad de quien lo dispuso manifestada implícitamente en la enajenación de la cosa legada.

Este supuesto de revocación tácita tiene ascendencia romana, en donde fue conocido y regulado, según han dejado acreditado romanistas como Gayo, Biondi o Gangi².

² Hace un brillante estudio de las aportaciones de estos romanistas Félix HERNÁNDEZ GIL, a quien sigo en este punto, publicado en la Revista *La Ley*, vol. 1; 1981, pp. 1006 a 1013.

Brevemente, se pueden señalar como grandes hitos en la evolución histórica de esta figura, a partir del Derecho romano justinianeo, los siguientes:

– En el Derecho justinianeo se consideraba que el legado *iure civili* mantiene su eficacia, admitiendo sólo la revocación expresa y concediendo la *exceptio doli quasi contra voluntaten defunti petat*, y excluyendo la convalidación. Según esta doctrina, la enajenación voluntaria de la cosa legada supone revocación, pero no *ipso iure*, por lo que la *exceptio* debe suponerse en diversas decisiones: la donación de la cosa legada extingue el legado. Biondi afirma, para este período, que sostener que la enajenación conlleve siempre revocación automática es tan excesivo como lo opuesto. En general, puede concluirse que la revocación del legado no es la consecuencia legal y absoluta de la enajenación, y que se ha de hacer valer a través de la *exceptio doli*, que se concede caso por caso; la enajenación supone revocación no por sí misma, sino en cuanto hace desaparecer en el caso concreto la voluntad del disponente.

La principal discusión sobre el tema entre los romanistas se centra en si cualquier enajenación supone revocación del legado o si sólo se produce la revocación tácita con la enajenación cuando el disponente tuviera el *animus adimendi* o intención de revocar. La jurisprudencia, extractada por Biondi, está lejos de afirmaciones absolutas en uno u otro sentido, propendiéndose, en opinión del citado autor, a la discriminación y al análisis. Así concluye que la enajenación hecha *necessitate urgente* no supone revocación. Por el contrario, la donación de la cosa legada implica revocación.

Dado que la enajenación conduce a la revocación por vía de *exceptio*, el legatario de la cosa enajenada debía probar sólo la existencia y validez del legado. Era el heredero quien oponiendo la *exceptio doli*, debía demostrar que la enajenación supuso revocación. De aquí deriva la presunción de eficacia del legado, salvo prueba de la revocación.

– En nuestro Derecho histórico también se dio cabida a la revocación implícita o *nuda voluntate* (tácita *ademitio* del Derecho romano).

Así, en el Fuero Real (3,5,2), el legado quedaba sin efecto cuando el testador, después de hacerlo, enajenaba por cualquier título la cosa legada.

– Las Partidas cambiaron esta doctrina y distinguieron según que el acto de enajenación fuera a título oneroso o a título gratuito. La enajenación a título gratuito realizada por el testador de la cosa legada indicaba cambio de voluntad y revocación del legado, pero la enajenación de la misma cosa por título oneroso debía entenderse que respondía más bien a la existencia de una necesidad por falta de recursos y no a la voluntad de revocar, a no ser que pudiese probarse lo contrario.

– El proyecto de Código Civil de 1851 no entra en distinciones, estableciendo la revocación del legado en todos los casos de enajenación, partiendo de la necesaria existencia real y cierta de una voluntad revocatoria (art. 685), que actúa a modo de condición del efecto revocatorio indicado.

– Con ello, llegamos hasta el vigente Código Civil, cuyo artículo 869.2.º dispone que «el legado quedará sin efecto si el testador, enajenaba, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto de la parte enajenada. Si después de la enajenación volviera la cosa al dominio del testador aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá, después de este hecho, fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa».

Cuyo artículo es el que en el presente caso se somete a interpretación, de la que resultará, como se verá, que el efecto revocatorio no está dotado de automatismo, sino que se liga exclusivamente a aquellos casos en que exista una real y verdadera voluntad del testador de producir la revocación y dejar sin efecto el legado.

Como se puede observar en la reseña histórica de esta materia, existe una evolución con distintas etapas y matices, que no permiten concluir afirmando la existencia de una oposición total, entre nuestro Derecho histórico anterior al Código Civil, y la regulación de este último, ya que en todo caso, y al margen de la evolución experimentada en el ámbito de las presunciones y en el juego de las acciones y excepciones, existe el denominador común de no generar un efecto revocatorio automático por el hecho de la enajenación, sino por la existencia de una voluntad *adimendi*, y cuyo efecto revocatorio está sometido en la actualidad a los siguientes requisitos y límites que paso a examinar.

B) Los requisitos de la eficacia revocatoria

Al margen de otros requisitos señalados por la doctrina que carecen de interés a nuestros efectos, por no mediar discusión alguna sobre ellos, como los relativos al concepto y extensión de la enajenación o el relativo a la aplicación exclusiva del artículo 869. 2.º a los legados de especie o cualidad, como lo es el legado de cosa específica y determinada, nos centraremos en el requisito esencial de la voluntariedad de la enajenación hecha por el testador, con referencias a determinados supuestos de enajenaciones inválidas que carecen de eficacia revocatoria.

Dicen sobre este punto los autores y la jurisprudencia de forma concluyente que únicamente son revocatorias las enajenaciones personales y voluntarias o procedentes de un acto propio y querido por el testador.

El requisito de la personalidad del acto, dice Félix Hernández Gil³, está implícito en la frase con que se inicia el artículo 869. 2.º: «si el testador enajena». Puesto que tan sólo la voluntariedad en la enajenación fundamenta la presunción de revocación, las transmisiones de la propiedad de la cosa legada realizadas sin la voluntad del titular no son revocatorias; de este carácter carecerán las enajenaciones impuestas (expropiación por cualquiera de las causas que la Ley prevé) y las enajenaciones forzadas (enajenación a través de cualquiera de los procesos de ejecución regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil). En general, si sólo revoca el legado la enajenación voluntaria, deben excluirse del artículo 869. 2.º todas las situaciones que producen una transmisión de propiedad al margen de la voluntad del testador.

No se exige, sin embargo, que la enajenación se realice a través de un acto personalísimo del testador, puesto que no se excluye toda forma de representación en la manifestación de la voluntad de aquél, pero para que la enajenación llevada a cabo por representante voluntario sea eficaz para revocar el legado, se exige en todo caso que el testador hubiere facultado para transmitir la concreta cosa objeto del legado. Si la enajenación se produce sin un consentimiento expreso y específico, la revocación no tiene lugar. Por tanto, no

³ HERNÁNDEZ GIL, Félix, en *opus cit.*, p. 1010.

hay revocación si se ha dejado al representante la facultad de escoger entre varios el objeto de la enajenación, ni en general cuando la representación provenga de un poder general que faculte para actuar sobre cualesquiera bienes o derechos del conjunto del patrimonio del testador. En definitiva, se precisa actuar mediante poder especial.

Este principio básico de la voluntariedad, que entraña con el principio básico en materia sucesoria de primar por encima de las demás la voluntad del testador, haciendo de ella la Ley de la sucesión, y que enlaza asimismo con el carácter personalísimo de los actos testamentarios, sirve igualmente para guiar a los autores en la interpretación de los supuestos en que, no obstante la nulidad de la enajenación, persiste el efecto revocatorio.

Partiendo de la idea de que es esencial a la revocación la real y demostrada voluntad de enajenar y no el resultado práctico de la enajenación, dice al Albaladejo⁴ que es revocatoria toda enajenación hecha personal y voluntariamente por el testador, incluso la inválida –salvo que la invalidez proceda de carencia de una voluntad de enajenar verdadera y libre–, y, por tanto, aunque no sea eficaz legalmente para enajenar. Así, en particular, las enajenaciones anulables por causa no circunscrita a los vicios del consentimiento, puede llegar a revocar el legado, pero no hay presunción de revocación en enajenaciones anulables por vicios del consentimiento. De otra parte, cuando la enajenación adolece de nulidad absoluta, la presunción de revocación puede subsistir cuando la ineficacia se haya originado por causas que no eliminan la voluntad, como en caso de afectar el motivo de la nulidad a la forma o a la causa del contrato o cuando supongan infracción de prohibición legal (cfr. art. 6 núm. 3 CC).

En definitiva, el *animus adimendi* no existirá en los supuestos impeditivos de una libre y efectiva voluntad por parte del testador, es decir, en los supuestos de enajenaciones forzosas, de vicios del consentimiento en el negocio transmisor, en los supuestos de insuficiencia de poder o defectos en la representación, y en general en cualquier otro supuesto de falta de una real y efectiva voluntad en el enajenante al concluir el negocio, como sucedería en los supuestos de enajenación absolutamente simulada.

De la misma forma, concluye nuestra mejor doctrina que, en base al mismo principio de la voluntariedad, en los supuestos de enajenaciones bajo condición sucesiva sólo hay voluntad de enajenar si se realiza en evento que actúa como condición, y, por consiguiente, sólo se producirá el efecto revocatorio para el caso y momento de que se cumpla la condición.

La cita de los autores que han sostenido estos criterios sería muy extensa. Valga como botón de muestra las siguientes citas:

1.º Albaladejo⁵: «para que sea posible estimar la voluntad revocatoria, la enajenación debe de proceder del testador (que deba proceder de él lo dice literalmente el artículo: “si el testador enajenaba...”) *personalmente* –la cursiva es del autor citado– según lo expuesto al hablar de la transformación. *No es revocatoria*, pues, ni la enajenación que procede de tercero (como si el poder de disponer de la cosa no corresponda a su dueño, el testador, y quien lo tiene decide enajenarla), ni la que *lleva a cabo el representante legal o el*

⁴ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, en su obra *Comentarios al Código Civil*, en el comentario al art. 869, pp. 133 a 171.

⁵ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *opus cit.*, pag 146.

voluntario (salvo cuando enajenó por instrucciones recibidas de enajenar la cosa legada) ni la que el testador se ve obligado a soportar (como si la cosa legada le fue expropiada, o se hipotecó, e impagada la obligación asegurada, aquélla es enajenada en la ejecución hipotecaria, o los acreedores del testador promueven su venta para cobro de sus créditos), ni si la pierde porque alguien la usucape o la adquiera a *non dominio*, etcétera».

2.º Lledó Yagüe⁶: «Asimismo, de la misma forma que concluíamos en el apartado primero que la transformación tenía que circunscribirse a la persona del testador, en el caso de la *enajenación*, ésta ha de provenir exclusivamente del testador. Ahora bien, habría asimismo revocación si enajena un tercero el bien, a la sazón legado, sin mandato del dueño, pero éste ratifica después (arts. 1259, 1892, especialmente). Es decir, tiene que manifestarse una voluntariedad *iure proprio* en la enajenación que lleve a cabo el testador. Es decir, un deseo de desprenderte del bien, sin que exista *animus revertendi*. Así, no habría revocación en una enajenación judicial, por no ser voluntaria, el legado subsiste (Sentencia de 24 de diciembre de 1880)».

3.º Hernández Gil, Félix⁷: «Si la enajenación se ha producido sin el consentimiento, la revocación no tiene lugar; tampoco si se ha dejado al representante la facultad de escoger entre varios el objeto de la enajenación.

4.º Lacruz Berdejo⁸: «También se funda en la presunta voluntad del causante el apartado segundo del artículo 869. A la enajenación con pacto de retro debe asimilarse la hecha bajo término o condición resolutorios. La condición suspensiva, en tanto en cuanto no haya vencido, no supone inequívocamente la voluntad de revocar... tampoco supone revocación, pese a la letra del citado artículo 869-2.º, la nulidad de la enajenación por vicio o defecto en la voluntad de enajenar.

En cuanto a la jurisprudencia, mantiene una línea paralela a la de los autores. Así, cabe citar las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo, todas ellas en el sentido de rechazar la revocación automática del legado por la enajenación de la finca en ausencia del principio de voluntariedad del testador:

1.º La Sentencia de 24 de diciembre de 1880, antes del Código Civil, afirmó que no era revocatoria la enajenación de la cosa legada efectuada en ejecución de una hipoteca, precisamente porque la enajenación judicial no es de carácter voluntaria, considerando que entonces el legado se convierte en legado de cosa ajena.

2.º La Sentencia de 28 de octubre de 1930 declaró que el legado de cierto solar, que había sido posteriormente permutado por otro distinto por el testador, no había sido revocado, pues no mediaba voluntad revocatoria por parte del testador, sino la voluntad de transformar o subrogar el objeto del legado.

3.º En la Sentencia de 29 de septiembre de 1986 se discute en torno a la subsistencia o revocación de un legado de cosa específica, en particular una finca rústica, que los herederos de la testadora consideraban ineficaz por revocación tácita en virtud de haber sido objeto de concentración parcelaria, en la que tuvo lugar la aportación al expediente de la concreta finca legada a cambio de las correspondientes fincas de reemplazo. El Tribunal Supremo descarta la posible revocación del legado y sostiene su eficacia. Así razona el Alto

⁶ LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Derecho de Sucesiones*, vol. II, p. 586.

⁷ HERNÁNDEZ GIL, Félix, *opus cit.*, p. 1010 y 1011.

⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Sucesiones*, Edit Bosch, 1981, p. 305.

Tribunal que «expresada la voluntad *mortis causa* en testamento válido, no puede quedar la misma sin efecto como no hayan sobrevenido, o la revocación de éste en forma expresa y legal o el otorgamiento de otro testamento de contenido incompatible o contrario al del antecedente o si se da el caso de la revocación real (por destrucción material del testamento)... La última voluntad no afectada por alguna de esas modalidades de ineficacia sobrevenida, perdura fuera de ellas en cuanto tal expresión... de última voluntad: cuestión distingible de las de si su cumplimiento ha debido imposible y de la manera como haya de dársele la siempre debida efectividad. La subsistencia del legado sobre las fincas de reemplazo debe ser examinada en presencia del principio de que la concentración parcelaria aspira a dar satisfacción a la finalidad social, lo que es propio de todo ordenamiento de reforma, dejando inalterado, en lo posible, respetando la equidad y la autonomía privada, el estado de derecho existente y en el cual se incide sólo en aquella medida que resulte estrictamente precisa para lograr la finalidad social. Deben, por ello, permanecer inalterados los elementos subjetivos siempre que se logre, no obstante ello, la reforma estructural de la propiedad rústica... a ello obedece el que la parcela de reemplazo sea el objeto en que reaparecen los derechos de dominio y los demás derechos reales y situaciones jurídicas que tuvieron por base las fincas sujetas a concentración y que –según enfáticamente se asegura– pasarán a recaer, inalterados, sobre aquella parcela de reemplazo, según se establece en el artículo 65 de la Ley de concentración parcelaria».

De nuevo vemos cómo el Tribunal Supremo rechaza el efecto revocatorio, y propone en este caso la solución de la conversión del objeto del legado, que pasa a recaer sobre las fincas de reemplazo, como consecuencia de la aplicación imperativa de una Ley especial de concentración parcelaria que responde a una concreta finalidad social. Y es que, ciertamente, cabe admitir por vía de excepción la posibilidad de que se den simultáneamente una declaración de eficacia de una transmisión y al tiempo la afirmación de la eficacia del legado de la cosa transmitida, respecto de lo que hay que recordar que dicha transformación del objeto legado, subrogando una cosa en el lugar de otra, ha de provenir –y por los mismos fundamentos que en el caso de la enajenación voluntaria– de una real y efectiva voluntad del testador, o bien de un supuesto de subrogación forzosa impuesta en aplicación de leyes imperativas al propio testador, como en los casos de concentración parcelaria, expropiación forzosa o de una eventual ejecución hipotecaria sobre el bien legado.

4.º Por último, la Sentencia de 13 de junio de 1994 es ciertamente concluyente al declarar que «*La doctrina cuando estudia el precepto (art. 869 CC) es unánime al establecer una primera conclusión: es imprescindible que la enajenación o transformación de la cosa se produzca voluntariamente por el testador* (o por representante autorizado –es decir, según hemos visto, aquél que ostente un poder especial– o por tercero sin poder pero cuya actuación haya sido ratificada por el propietario –como puede observarse, añadimos, la posible ratificación aludida en su nota por el Registrador no resulta ser idea tan incongruente–. *Que lo decisivo para entender que queda sin efecto un legado... es la voluntad tácita... del testador expresada por medio de una transformación o enajenación de la cosa, se desprende incluso del propio texto del artículo.* Una segunda conclusión también generalmente admitida por la doctrina –sigue diciendo el Tribunal– es la que afirma que las enajenaciones de carácter forzoso, como hechos

independientes de la voluntad del testador no pueden tener carácter revocatorio porque les falta el elemento intelectual en que basar la presunción de que el causante quiso revocar el legado. Ejemplo característico de enajenación forzosa que no extingue el legado es la expropiación forzosa. No empece la intervención del donante en el trámite de justiprecio de la expropiación porque colaborar y no discutir el hecho irremediable de una expropiación no puede equiparse a la enajenación voluntaria». Tras cuyas argumentaciones, el Tribunal Supremo termina desestimando la casación que se interpuso por infracción del artículo 869 del Código Civil –al entender los recurrentes que dicho precepto establece una revocación automática del legado en todo caso de transmisión–, y ello en base al argumento inmutable de que dicha enajenación para producir tal efecto revocatorio debe responder a una voluntad real y efectiva del testador.

Antes de concluir este apartado, es preciso subrayar una última idea básica y esencial:

– Los supuestos de ineficacia de las disposiciones testamentarias han de ser objeto de interpretación estricta, según resulta del artículo 743 del Código Civil («serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código»), así como del artículo 129 del Código de sucesiones de Cataluña («los testamentos... así como la institución, el legado y demás disposiciones que contengan, perderán la eficacia si el testador los revoca»).

2. LA INTERPRETACIÓN ESTRICTA DE LOS PODERES Y LA INSUFICIENCIA DE FACULTADES CONFERIDAS MEDIANTE PODER GENERAL PARA VENDER INMUEBLES PREVIAMENTE LEGADOS. LA NECESIDAD DE PODER ESPECIAL

Es idea unánimemente compartida que la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado es constante en el sentido de exigir a Notarios y Registradores que interpreten de forma estricta las facultades concedidas en los poderes, encontrando su fundamento dicha interpretación estricta en el ámbito inmobiliario en el artículo 1713 del Código Civil («para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso»). Tal unanimidad me excusa de una exposición pormenorizada de dicha doctrina. Valga como mero recordatorio las siguientes frases del Centro Directivo: «la interpretación en materia de poderes ha de desenvolverse en un ámbito estricto para evitar que averiguaciones más o menos aventuradas puedan dar lugar a extralimitaciones perjudiciales para los intereses del apoderado». La Resolución de 19 de junio de 1990 insiste aún más en la necesidad de «cautela y rigor en la interpretación de los poderes». Dice al respecto a modo de glosa el Notario y Registrador de la propiedad Ávila Navarro que «Esta interpretación estricta es lógica: por muy amplios criterios que se sustenten respecto a la libertad individual y de la propiedad, y a la gestión por los propietarios de sus propios intereses, ha de exigirse rigurosamente la suficiencia y la prueba de los poderes cuando se trata de gestionar intereses ajenos».

Finalmente, cabe citar para concluir la Resolución de 12 de abril de 1996, según la cual «está fuera de discusión que la suficiencia del poder queda sometida a la calificación del Registrador, ya que, en cuanto aquella atañe a

las facultades apropiadas para el acto dispositivo que pretende inscribirse, afecta a la validez del propio acto».

Es ésta una doctrina que, emanada en ámbito de la calificación jurídica propia de los Registradores y de la actuación de los Notarios, es extrapolable con carácter general a cualquier ámbito de interpretación judicial o extrajudicial de las facultades conferidas a los representantes voluntarios en las escrituras de poder,

Pues bien, dado que de lo que se trata es de imponer una interpretación estricta parece importante partir de la distinción entre interpretación estricta e interpretación restrictiva, para determinar si en todo caso esta última debe quedar en todo caso proscrita o no. Dicen al respecto los autores (Castán, Puig Brutau, etc.) que la interpretación declarativa se dirige a explicar el texto legal, aunque para ello tenga que precisar el alcance de las palabras usadas.

Añaden que la interpretación declarativa no siempre puede quedar limitada a ser una interpretación literal, en el sentido de comprobar que el texto es claro y su letra manifiesta fielmente su contenido. Si la Ley o los contratos usan palabras que tienen más de un sentido, el intérprete ha de señalar cuál es el procedente y, por ello, sin dejar de ser la interpretación declarativa, puede dar un sentido estricto o lato a tales palabras. Puede tratarse de preceptos o pactos que hablen del «hombre», «parientes», «enajenación», etcétera. Así, la interpretación declarativa será estricta si llega a la conclusión de que al hablar del «hombre» se refiere sólo a varón, mientras que sería amplia o lata si entendiera que se refiere a hombre y mujer. Lo mismo cabe decir respecto de la palabra «parientes», según que se entienda referida solamente a los consanguíneos o también a los afines, así como respecto de la palabra «enajenación», según que se interprete sólo referida a transmisiones del dominio, o se extienda para abarcar asimismo la constitución de gravámenes.

Por tanto, cuando se interpretan unas palabras en sentido estricto o lato, no se pasa por ello a las interpretaciones restrictiva y extensiva. Así, cuando entre los posibles sentidos de las palabras se determina cuál es el más ajustado al contenido de la Ley, nada se restringe ni se extiende y la interpretación sigue siendo meramente declarativa.

Por consiguiente, la interpretación declarativa no experimenta ninguna corrección por obra del intérprete, aunque alguna de sus palabras hayan sido entendidas en sentido lato o estricto. En cambio, las interpretaciones restrictiva y extensiva son manifestaciones de una interpretación correctora o crítica, en el sentido de que el intérprete llega a la conclusión de que es necesario rectificar la letra de la disposición, aunque esté redactada con palabras claras y precisas, para que concuerden con su espíritu o finalidad.

Tras esta aclaración, veamos una cláusula común de poder general para vender bienes inmuebles redactada conforme a los modelos al uso. Dice así la cláusula: «... C) comprar y vender por precio confesado, de contado o aplazado, permuta y por cualquier otro título oneroso enajenar y adquirir bienes muebles e inmuebles... K) otorgar documentos públicos y privados congruentes con las facultades expresadas, incluso complementarios, aclaratorios y de rectificación...». Siguiendo una interpretación literalista de la transcrita cláusula, toda compraventa de inmuebles otorgada en base a dicho poder habría de entenderse incluido en su ámbito válidamente, al margen de cualesquiera otras consideraciones jurídicas. Así, siguiendo tal interpre-

ción, habría de aceptarse como perfectamente válidos cualesquiera de los siguientes supuestos:

- Compraventa de fincas sujetas a un régimen de prohibición de disponer en virtud de resolución judicial o administrativa;
- Ventas de fincas sujetas a un régimen de sustitución fideicomisaria;
- Ventas de inmuebles o establecimientos mercantiles otorgadas en base a poderes que facultaran para enajenar y que hayan sido otorgados por menores de edad o incapaces;
- Ventas de inmuebles o derechos reales realizados en base a un poder otorgado concurriendo en el otorgante vicios del consentimiento;
- Ventas de inmuebles sujetos a un régimen de inalienabilidad, por ejemplo, por pertenecer al ámbito de los bienes del dominio público;
- Ventas de inmuebles pertenecientes al patrimonio de un menor sujeto a la patria potestad del poderdante realizadas por tercero en base a un poder general, prescindiendo del carácter personal que revisten los deberes y facultades inherentes a la patria-potestad;
- Ventas de inmuebles otorgadas a favor, en calidad de comprador, del mismo apoderado, en base a un poder general que no salve expresamente la posibilidad de autocontratar;
- Ventas de bienes hechas a favor del tutor del poderdante (habiendo otorgado el poder antes de la declaración de incapacidad).
- Venta de bienes determinados legados en un testamento previo por el poderdante, siendo el poder general y no especial. Se ha de reparar, para este supuesto, en que el poder no contiene entre las facultades que otorga la de revocar legados, ni podría contenerla dado que la revocación de disposiciones testamentarias se ha de realizar a través de actos personalísimos (*cfr.* art. 738 CC).

En muchos de los casos citados, el obstáculo a la inscripción en el Registro de la Propiedad de tales enajenaciones lo será otro diferente al de la insuficiencia de poderes, por constar previamente inscritos o anotados bien la prohibición de enajenar, bien la cláusula testamentaria de sustitución fideicomisaria, bien la declaración judicial de incapacidad, bien el carácter de dominio público del inmueble, etcétera. Pero aquí se contemplan tales situaciones no como situaciones jurídicas inscritas, sino como situaciones que se acreditan documentalmente al Registrador mediante la presentación de los títulos de los que resulten, de forma coetánea o previa a la propia documentación relativa a la enajenación y, acaso, como complementaria a la misma. Así, por ejemplo, en el caso de que para acreditar la titularidad del disponente se presente el título sucesorio otorgado por el titular registral vigente, integrado por un testamento abierto en el que se contenga, además de la institución de heredero a favor del referido transmitente, la cláusula de sustitución fideicomisaria.

Es evidente que en la interpretación de los contratos y, en particular, de los poderes, se ha de cohonestar su contenido con otras instituciones jurídicas que puedan venir relacionadas con el caso concreto de que se trate. Así, por ejemplo, fuera del caso particular que nos ocupa, es evidente que un poder otorgado para contratar en los más amplios términos no comprende la facultad de celebrar un contrato matrimonial, o un contrato sucesorio (allí donde se admite la vocación paccionada), ni un poder que atribuya facultades para renunciar derechos se podrá interpretar en el sentido de atribuir potestades para renunciar, verbigracia, los derechos y facultades propios de la patria potestad, ni podrá inter-

pretarse que comprenda la facultad de renunciar al derecho de alimentos, ni un poder que atribuya facultades para transigir, podrá ser aplicado para transigir derechos no susceptibles de transacción, como los relativos al estado civil de las personas o a las cuestiones matrimoniales, así como tampoco cabrá interpretar una cláusula de sometimiento a arbitraje como extensiva a cuestiones que no puedan ser objeto del mismo (por ejemplo, las ya resueltas por sentencia firme), ni cabrá realizar a través de un poder general aquellos actos que tengan carácter personal o personalísimo, como sería el supuesto de haber recibido el poderdante el encargo de fijar el precio en una compraventa en los supuestos del artículo 1447 del Código Civil, dado su carácter fiduciario, ni podrá mediante poder general, por la misma causa, otorgarse un testamento (art. 670 CC: «el testamento es un acto personalísimo; no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario»), ni realizar un acto de revocación de disposición testamentaria (art. 738 CC «el testamento no puede revocarse en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar»).

Es decir, no cabe interpretar las facultades otorgadas en una escritura de poder al margen del conjunto de instituciones jurídicas y disposiciones legales de carácter imperativo que tengan relación por su ámbito de aplicación con el caso concreto de que se trate. No cabe, pues, que por la vía del apoderamiento se produzcan infracciones en los principios, por ejemplo, de inalienabilidad de los bienes de dominio público, o en aquellos que rigen la materia de la capacidad de las personas o los que definen los supuestos de vicios del consentimiento, o *los que establecen el carácter personalísimo de determinados actos*, o los que declaran la irrenunciabilidad de determinados derechos, etcétera.

En relación con este tema, no se puede olvidar que la teoría de la representación está sujeta a ciertos límites que definen su ámbito, y que en general excluyen la misma en materias como las referentes al Derecho de familia (reconocer hijos naturales, adopción de niños, completar la capacidad de obrar del menor emancipado, etc.), al estado civil de las personas (contraer matrimonio, ejercitar el derecho de opción por una determinada vecindad civil, etc.), en que los actos deben realizarse personalmente por los interesados, *así como en materia de Derecho sucesorio, especialmente considerando que el fundamento de la vocación hereditaria descansa en la voluntad del causante, considerándose como actos personalísimos los de otorgamiento de testamento y su revocación*, así como los encargos de confianza realizados en orden a la institución de heredero o a la distribución de la herencia, allí donde se admiten, o el encargo de confianza y, por tanto, personalísimo que resulta del nombramiento de albacea o ejecutor testamentario, cuyo ejercicio es incompatible con su delegación mediante poder general (art. 909 CC: «El albacea no podrá delegar el cargo si no tuviese expresa autorización del testador»). En todos estos casos como máximo se admitirá que el interesado actúe por medio de un *nuncius* o de un procurador con poder especial.

Llegados a este punto se impone la precisión de observar que *para poder realizar con eficacia revocatoria una enajenación mediante apoderado de un bien inmueble previamente legado es necesario un poder especial y no general, es decir, en que el apoderado recibe del poderdante una autorización especial y concreta en relación con la finca objeto del legado*, siendo la voluntad del poderdante la que viene a integrar la estructura del negocio celebrado. Por ello, se ha de recordar cómo la idea de poder especial –como

señalan Díez-Picazo y Gullón- «*aparece en la Ley como exigencia para determinados actos*». Dicen los autores citados que «quiere decirse que en determinados casos la Ley admite que un determinado acto jurídico sea realizado por medio de un representante, siempre que el poder de representación sea especial. El hecho de que en el poder especial —siguen diciendo— el acto y el bien o interés estén especialmente contemplados por el porderdante supone una cierta voluntad del acto por parte de éste y de sus efectos jurídicos, de manera que no sólo asume las consecuencias del eventual pacto que el representante pueda realizar, sino que se manifiesta una voluntad sobre el acto concreto». Es evidente que esta distinción es plenamente aplicable a nuestro caso.

De hecho, el negocio representativo celebrado por el representante con el tercero, presenta la peculiaridad de que produce o presupone una disociación entre la persona que materialmente realiza el negocio y las que asumen sus consecuencias y efectos jurídicos. Tal cuestión ha sido ampliamente estudiada en la doctrina, en la que se han elaborado numerosas teorías que van desde la teoría de la voluntad, según la cual la única voluntad relevante es la del representado, hasta la teoría de la declaración que traslada la esencia del negocio a la voluntad del representante, de manera que la declaración de voluntad que conforma el negocio representativo se forma en el representante, pero vincula los efectos de tal declaración en el representado. Esta última es la teoría más extendida en la doctrina para los supuestos de representación ordinaria, es decir, a excepción de los supuestos de nombramiento de mero *nuncius* o emisario⁹. Siendo, pues, la voluntad del representante la que, siempre que actúen dentro del ámbito de las facultades concedidas, viene a integrarse en la estructura negocial, es lógico que se exija poder especial (esto es, en que el porderdante manifieste una voluntad respecto del acto concreto) para aquellos actos que por su carácter personalísimo implican la necesidad de una voluntad real, efectiva y concreta sobre los mismos por parte de aquél en cuya cabeza van a parar los efectos que tales actos. Esta idea entraña con el criterio interpretativo basado en la investigación de la voluntad verdadera de los contratantes, al margen de la discusión sobre si se ha de seguir una interpretación subjetiva u objetiva.

3. EL TIPO DE INEFICACIA DEL NEGOCIO TRANSMISIVO CELEBRADO MEDIANTE PODER GENERAL RESPECTO DE COSA PREVIAMENTE LEGADA POR EL PODERDANTE. POSIBLE CONVALIDACIÓN DEL NEGOCIO MEDIANTE LA RENUNCIA AL LEGADO POR EL LEGATARIO UNA VEZ ABIERTA LA SUCESIÓN

Cabe plantear la cuestión de cuál sería el tipo concreto de ineficacia civil del negocio jurídico transmisivo celebrado mediante poder general respecto de cosa previamente legada por el porderdante, si nulo, si anulable, si rescindible, etcétera.

La respuesta a este tema de la modalidad de ineficacia, puede inferirse de las disposiciones legales reguladoras de las actuaciones por tercero sin poder o con poder insuficiente, y en particular de los artículos 1259 y 1714 del

⁹ RIVERO HERNÁNDEZ en «la voluntad negocial y la representación», en el libro homenaje a Ramón María Roca Sastre.

Código Civil, que tratan del tema de la representación sin poder. En el negocio representativo una de las partes realiza el negocio valiéndose de un representante que ejecuta materialmente el negocio, pero actuando en interés y por cuenta del representado o persona en quien recaen los efectos del negocio. Pero, como se desprende de las citadas disposiciones, para que tal suceda, ya se ha indicado que es necesario que el representante actúe dentro de los límites del poder de representación, lo cual es predictable tanto para el supuesto de inexistencia del poder, como en el de insuficiencia del mismo para realizar aquel concreto negocio.

A tal situación del representante que actúa sin poder se refiere el artículo 1259-2.^º del Código Civil cuando dice que «*El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante*», a cuyo supuesto se equipara el del representante que actúa con un poder insuficiente con base a lo dispuesto por los artículos 1714 y 1727-2 del mismo Código, a cuyo tenor «en lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente». De lo dicho se desprende que la actuación del representante sin poder, frente a la verdadera representación, viene a ser como un supuesto de la gestión de negocios sin mandato (arts. 1888 y ss CC), y esta similitud permite al legislador adoptar idéntica solución para lograr que lo hecho por el representante sin poder o el gestor sin mandato repercuta en la esfera jurídica de la persona en cuyo interés y por cuenta del cual se actuó. El instrumento que utiliza el legislador para ello es el de la ratificación de lo hecho por el representante sin poder (véase art. 1259-2.^º CC) o la ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio (art. 1892), que los exégetas indican que en esencia supone una declaración unilateral de voluntad procedente de la persona por la cual se actúa y en cuyo mérito le afectan posteriormente las consecuencias de los actos realizados por el *falsus procurator* o gestor sin mandato.

Esta posibilidad de ratificación posterior ha generado tradicionalmente controversia en nuestra doctrina acerca de la interpretación del sentido de la expresión del artículo 1259-2.^º del Código cuando establece que «*El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo*», pues se discute acerca de si el legislador emplea el término «nulo» en un sentido estricto, o si se refiere a un tipo de ineficacia distinto. Tales vacilaciones se perciben también en la jurisprudencia que ha sentado muy diversos pronunciamientos al respecto. Así, la Sentencia de 9 de mayo de 1932, entre otras, se atiene a la literalidad del artículo, y califica de nulo el contrato realizado por el representante que obra sin poder o con poder insuficiente. La Sentencia de 14 de diciembre de 1940 distingue la ratificación de la confirmación del contrato anulable, y con base a ello recusa la tesis de la anulabilidad para explicar esta nulidad *ex artículo 1295-2.^º del Código*. Dicha Sentencia, y otras de posterior fecha semejantes a ella, hablan de inexistencia de contrato por falta del concurso del consentimiento, si bien esta declaración de inexistencia queda muy mitigada por cuanto admiten que este elemento esencial pueda aparecer posteriormente (así, la de 25 de julio de 1946). Otra Sentencia de 7 de julio de 1944 dice que la nulidad del artículo 1259 del Código se asemeja más a la inexistencia que a la anulabilidad, pero matiza seguidamente que no hay aquí «un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión, subordinado a una *conditio*

iuris, de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se da, se considera el negocio como válido y eficaz desde el principio, a favor y en contra del representado, y por el contrario, si la ratificación no se produce, será el negocio nulo e ineficaz para aquél» (así, Sentencia de 5 de febrero de 1969).

Más recientemente, el Alto Tribunal se reafirma en esta última tesis, y así afirma en su Sentencia de 11 de octubre de 1990 que: «Si bien el art. 1259 CC dice que el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal es nulo, ese mismo precepto y el 1727 admiten que el negocio concluido en nombre del representado sin poder de representación o con extralimitación de poder puede ser ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgó, ratificación que purifica el negocio (*ratihabitio mandato reputatur*) y lo hace válido desde su origen y durante la pendencia de la *conditio iuris* que la ratificación supone (SS 14 de diciembre de 1940; 7 de julio de 1944; 27 de mayo de 1958; 25 de octubre de 1975; 15 de noviembre de 1977; 18 de septiembre de 1987, etc.). Si la expresada doctrina se pone en conexión con la subrogación del heredero en la situación jurídica del causante, que se opera por efecto de la sucesión *mortis causa*, y con la aceptación pura y simple de una herencia determinante de confusión entre los derechos del causante y los del heredero, ha de concluirse que en el presente caso se ha producido una verdadera y propia ratificación del contrato de compraventa llevada a cabo por el heredero único, que además es el que celebró dicho contrato como mandatario y a quien únicamente podría perjudicar esa ratificación».

En la misma línea se pronuncia la Sentencia de 17 de junio de 1991, en la que, haciendo pedagogía jurídica, distingue el instituto civil de la ratificación de otras figuras próximas pero distintas, como la confirmación de actos anulables o la renuncia a las acciones de anulabilidad, afirmando lo que sigue: «Este saneamiento posterior, les viene a dar plena validez –*ratihabitio mandato comparatur*–, como si se hubieran celebrado con apoderamientos legales y suficientes. No se trata ni se ha producido una actividad confirmatoria, en cuanto ésta purifica a los posibles pactos anulables (art. 1313 CC), bien mediante la convalidación de los vicios originarios de que adolecen, convirtiendo en regular lo que era negocio irregular, o bien mediante la dejación y renuncia de las acciones de anulabilidad que asisten a los interesados en el asunto convenido, no obstante perdurar los defectos originarios, sino y siguiendo lo expuesto, se trata de un verdadero y eficaz acto ratificativo, llevado a cabo durante la subsistencia del contrato de venta, ya que no se produjo acto revocatorio alguno, y al que haya que atribuirle efectos retroactivos, pues se cumplió la condición suspensiva, que vedaba su dinámica de eficacia, en tanto no se produjese y consolidara en forma definitiva el estado de pendencia de que adolecía el convenio, sujeto a la necesaria aprobación, lo que no puede reputarse como un nuevo negocio, sino la afirmación perfección del ya existente y relacionado».

Por su parte, la Sentencia de 25 de febrero de 1994 destaca dos notas adicionales para completar la caracterización de esta figura de la ratificación de la actuación del gestor, éstas son la de operar sus efectos retroactivamente y la de poderse formular de forma tácita deducida de la propia conducta del pseudo-representado. En efecto, dice al respecto esta Sentencia:

«... Con la ratificación *a posteriori* del *dominus* se acepta lo realizado por su gestor y asume sus consecuencias, transformando lo realizado por el gestor en una actuación plenamente representativa que despliega todos sus

efectos en orden a la representación (*raihabitio mandato aequiparatur*); es decir, ni se combate, ni se niega esa anterior “autorización representativa” y, en consecuencia, ningún inconveniente jurídico puede oponerse a la ratificación tácita realizada por los dueños de la finca que respetaron con pulcritud, de manera total, pura y simple, sin alteración alguna, lo pactado por aquellos a quienes habían otorgado dicha “autorización representativa”, aunque ésta no se expresase en el negocio, que quedó purificado y plenamente eficaz, sanando todo posible defecto con carácter retroactivo».

No creo que sea del mayor interés desde un punto de vista práctico mediar en tan viva polémica doctrinal y jurisprudencial, contribuyendo a dogmatizar en exceso con referencia a las categorías de ineficacia jurídica. Lo que en cualquier caso resulta evidente es que cualquiera sea la solución por la que se opte en dicha polémica no nos encontraremos en ningún caso ante un acto jurídico plenamente válido, que son aquellos a los que nuestro Ordenamiento jurídico (art. 18 LH) otorga acceso al Registro de la Propiedad.

Finalmente, en cuanto al tema de la ratificación, ya vemos cómo la misma no resulta incompatible con la declaración de ineficacia civil del contrato calificado, constituyendo, en palabras del Tribunal Supremo, una *conditio iuris* a la que se subordina el negocio celebrado por el representante sin poder o con poder insuficiente, y que admite expresamente el artículo 1259 2.º del Código Civil, no obstante haber declarado previamente la sanción de nulidad del contrato. Esta ratificación es evidente que en nuestro caso de venta de cosa legada mediante poder general corresponde otorgarla al propio testador, como dueño del negocio que es, y en quien evidentemente quedan residenciadas tanto la potestad o poder dispositivo sobre su completo patrimonio, incluido obviamente los bienes sobre los que hubiese podido ordenar un legado, como la propia facultad de revocar los legados y demás disposiciones de última voluntad que hubiese podido ordenar por vía testamentaria, con la particularidad, como vengo repitiendo, de que esta última facultad revocatoria ha de ejercitarse de forma personal y directa –o mediante *nuncius*–, por tener la consideración legal de actos personalísimos.

Ahora bien, cabe plantearse la cuestión de la ratificación para la hipótesis de que sobrevenga el fallecimiento del testador antes de haber prestado su asentimiento ratificador a la venta celebrada. En esta hipótesis, cabría sostener la ineficacia definitiva del contrato celebrado por el representante con poder insuficiente ante la imposibilidad de cumplir la *conditio iuris* a que queda sometida la validez del citado contrato, haciendo tránsito a un supuesto de inexistencia de la relación contractual por falta de la necesaria concurrencia de voluntades entre las partes contratantes.

Sin embargo, esta solución extrema no casa bien con el conjunto jurisprudencial recaído en la exégesis del artículo 1259-2.º del Código Civil, que está inspirado en el principio del *favor actis*. Es por ello que ningún obstáculo serio se adivina a la posible atribución de la facultad convalidatoria de la ratificación a favor de los herederos del causante, como subrogados en la propia personalidad jurídica de aquellos en las relaciones jurídicas que no se hayan de extinguir por el fallecimiento de su titular. Éste es el criterio seguido explícitamente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1990 ya citada en la que se afirma que: «Si la expresada doctrina [la posible ratificación realizada sin poder o con poder insuficiente] se pone en conexión con la subrogación del heredero en la situación jurídica del causante, que se opera

por efecto de la sucesión *mortis causa*, y con la aceptación pura y simple de una herencia determinante de confusión entre los derechos del causante y los del heredero, ha de concluirse que en el presente caso se ha producido una verdadera y propia ratificación del contrato de compraventa llevada a cabo por el heredero único, que además es el que celebró dicho contrato como mandatario y a quien únicamente podría perjudicar esa ratificación».

Ahora bien, el Tribunal Supremo, como vemos, no se apoya exclusivamente en la idea de la subrogación del heredero en la situación jurídica del causante, sino también, atendiendo a criterios de justicia material, acude a la idea de que el heredero que ratifica es la única persona a quien podría perjudicar esa ratificación, lo cual, además, no es un mero criterio de equidad, sino que en materia contractual se apoya en diversos preceptos que imponen la commutatividad de las prestaciones recíprocas y que proscriben el enriquecimiento injusto. Precisamente por faltar este último requisito de ser el único perjudicado por la ratificación, resulta impropio que la ratificación del contrato de compraventa de cosa legada la realice el heredero del causante, quien lejos de verse perjudicado por tal enajenación se vería beneficiado por la misma, ya que el precio que integra la contraprestación pasaría a integrarse en la masa hereditaria como un activo más de la misma, siendo así que el legado revocado por la ratificación de la compraventa figura en tal masa pero como pasivo o carga de la misma, de la que se libera el heredero por su revocación. Ello determinaría una situación de interés contrario a la voluntad expresada por el testador al ordenar el legado. Dicha contradicción de intereses resultaría más patente en el caso de que el apoderado cuya intervención se pretende ratificar coincida con la propia persona del heredero que otorga el acto de la ratificación.

Dicha situación de interés enfrentado a la voluntad del causante permitiría entender aplicables las relativas a la prevención de tales supuestos, y que corresponden al principio general del derecho de evitar las situaciones de enriquecimiento injusto. Cabe recordar en este punto la idea expresada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 20 de octubre de 1994, según la cual: «No debe omitirse que la regla general es desfavorable al autocontrato (cfr. arts. 1459 CC y 267 del Código de Comercio) y que, en este caso, el que tiene el poder para vender la finca que vende es el que libremente fija el precio por el que la compra para sí (cfr., en cambio, art. 1449 CC), y el que «confiesa» por la vendedora que ésta ya lo ha recibido (cfr., en cambio, art. 1231 y 1232 CC)». Por ello hay que plantearse la posibilidad de que se entienda atribuida la facultad de ratificar a quien siendo sucesor del *de cuius* a quien siendo sucesor del mismo a título particular le sucede en plenitud en la relación jurídico-real que el causante tenía sobre la concreta cosa objeto del legado, y en quien concurre la circunstancia antes vista de ser el único perjudicado por la propia ratificación. Esta intervención del legatario podría revestir una doble modalidad, la consistente en una renuncia del legado deferido y la de un acto de afirmación o consentimiento ratificador de la enajenación realizada con poder insuficiente.

En cuanto a la posible subsanación del contrato mediante la renuncia al legado por parte del legatario, no parece que ofrezca objeciones, toda vez que la renuncia opera sus efectos *ex tunc*, produciéndose el consiguiente acrecimiento de la masa hereditaria y deviniendo ineficaz la propia cláusula testamentaria que ordenaba el legado por ministerio de la citada renuncia voluntaria.

ria del legatario. Las posibles objeciones se centrarían en la subsanación mediante ratificación de la compra por parte del legatario.

Acerca de dicha posible ratificación, cabe hacer constar que, sobre contar con el amparo del artículo reiteradamente citado 1259-2.^º del Código Civil, convergen en favor de la misma las siguientes razones:

1.^º constituye dicha ratificación una forma de renuncia del propio legado, por lo que se reconduce el supuesto al anteriormente visto;

2.^º el legatario sucede a título particular al causante (no a título universal), pero de forma plena y exclusiva en la relación jurídico-real que tenía sobre la cosa en forma de dominio;

3.^º evita la intervención ratificadora de quien presenta una situación de conflicto de intereses con el cumplimiento de la voluntad del testador, es decir, del heredero, que puede desembocar en un supuesto de enriquecimiento injusto, con el consiguiente lucro cesante en la persona del legatario;

4.^º evita, por último, la solución maximalista de entender inexistente el contrato que, además de representar un exceso de dogmatismo jurídico que se compadece mal con la jurisprudencia vertida sobre el artículo 1259-2.^º del Código Civil, cierra la puerta a toda consideración sobre los intereses del tercero con quien contrató el *falsus procurator*, y que en ausencia de un conflicto real, por venirse a la ratificación el legatario, deben ser atendidos si no existen razones que contravinieran la presunción de su buena fe.

4. LA POSICIÓN DEL TERCERO QUE CONTRATA CON EL *FALSUS PROCURATOR*. LOS LÍMITES Y REQUISITOS DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Ciertamente, cuando hablamos de un contrato de mandato con poder de representación, como pone de manifiesto Puig Brutau, existe una relación jurídica que enlaza directamente a las partes verdaderamente interesadas en los efectos del acto representativo, por lo que el 1727-1.^º del Código Civil dispone que «el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato». Ahora bien, si el mandatario excede los límites del poder atribuido, el Código le hace único responsable frente a la persona con la que ha contratado (véase art. 1725), y ello al margen de la posible ratificación del contrato celebrado por parte del *dominus*.

Así pues, el tercero que contrata con el mandatario no queda desprotegido, sino que tiene acción contra aquél por incumplimiento del contrato. En el ejercicio de tal acción el tercero podrá con frecuencia obtener una satisfacción completa de la prestación que reclame. Ahora bien, tratándose de prestaciones no fungibles ni genéricas, sino específicas y determinadas, como sucede en la compraventa de bienes inmuebles, es evidente que la ejecución forzosa por vía judicial a que pueda conducir la acción del tercero no podrá ser una ejecución *in natura*, sino de tipo indemnizatorio, como sucedería en el supuesto que vengo contemplando de venta de cosa legada mediante un poder general. La situación comentada guarda analogías con la de los supuestos en que el mandatario contrata con terceros tras la revocación de su poder o la muerte del mandante. Para tales casos, el Código subordinaba la validez y eficacia de lo hecho por el mandatario a un doble requisito: la ignorancia de la revocación o de la muerte del mandante por parte del mandatario, y la

buena fe del tercero (art. 1738 CC). Por tanto, lo decisivo es el conocimiento del mandatario, y no el del tercero.

No obstante, existen determinados supuestos en que en la relación externa entre mandante y tercero, la protección de este último está avalada por razones singulares. Así, resulta palmario que será de aplicación el mencionado artículo 1738 cuando ignora la revocación del poder o la muerte del mandante tanto el apoderado como la persona que con él, a través de su representante, ha contratado. Sin embargo, surge cuestión cuando sólo el mandatario conoce el hecho del mandato pero el tercero la ignore. Ante tal situación el Código Civil establece una la solución matizada, que consiste en diferenciar según que el mandato otorgado tuviese por objeto contratar con personas determinadas, es decir, tuviesen carácter especial y no meramente general, para cuyo supuesto se establece la regla de que la revocación no puede perjudicar a los terceros si no se les ha hecho saber (véase art. 1734). La solución del Código parece equilibrada, ya que sostener dicha regla de forma indiscriminada, es decir, sosteniendo la eficacia del contrato en todo caso, supondría dar prioridad a la seguridad del tercero en perjuicio de los intereses de quien se ve sometido a una relación contractual no consentida por él, en contra del principio contractualista básico en nuestro Derecho de la voluntariedad.

Aun con todo, cabe admitir por hipótesis determinados supuestos en que el tercero que contrató ignorando la revocación del poder general o su limitación para determinados casos (como el de la imposibilidad de emplear el poder para vender una cosa previamente legada a que reiteradamente vengo haciendo referencia), pueda intentar en sede judicial defender la validez y eficacia del acto representativo, no sólo por haber ignorado la revocación o limitación, sino por no existir ninguna razón para considerar que de forma directa o indirecta haya podido conocerla, lo cual exigirá un examen de las circunstancias de hecho precedentes, coetáneas y subsiguientes a la celebración del propio acto representativo, lo cual requerirá la intervención de la autoridad judicial en sede de un procedimiento de plena cognición.

Desde un punto de vista práctico, esta situación puede parecer contraria al principio de seguridad jurídica que rige en materia de contratación inmobiliaria. Pero, por un lado, hay que poner de manifiesto que dicho principio está sometido a ciertas excepciones. Así, se ha de recordar, siquiera sea brevemente, que la eficacia de numerosos contratos, aun cuando estén dotados de forma pública notarial, dependen en cuanto a su desenvolvimiento jurídico posterior de posibles y variadas vicisitudes jurídicas. Así, un contrato de compraventa podrá quedar afectado por una sanción de nulidad como consecuencia de la circunstancia sobrevenida de una declaración de quiebra con retroacción de efectos a fecha anterior al contrato (art. 878 del Código de Comercio). Igualmente, dicha compraventa podrá devenir ineficaz como consecuencia de una acción reivindicatoria, o como consecuencia de un procedimiento de ejecución de créditos «superprivilegiados», etcétera. En sentido inverso, un negocio de compraventa inicialmente ineficaz por, por ejemplo, ilicitud del objeto (art. 1271 CC) por el carácter demanial del mismo, podrá devenir sobrevidamente eficaz si media un expediente de desafectación previo, desde cuya nueva condición patrimonial será posible dar cumplimiento ulterior al citado contrato.

Por otro lado, en este conflicto entre el principio consensualista que ampara el derecho del poderdante, en los supuestos de revocación o limitación de facultades examinados, para no verse sometido a una relación con-

tractual no consentida ni querida por él, y el principio de seguridad jurídica que protege a los terceros contratantes, se ha de reparar en la circunstancia de que el contrato celebrado extralimitándose las facultades representativas no deviene ineficaz de forma absoluta, sino que genera acción del tercero frente al mandatario, que quedará obligado como lo está quien vende una cosa ajena, y cuyos efectos obligaciones y de posible responsabilidad contractual por falta de cumplimiento son innegables, y ello sin perjuicio de la restitución de las recíprocas prestaciones intercambiadas, de forma que el tercero se verá reintegrado en el *integrum* del precio pagado por la cosa.

Por último, hay que recordar que el principio de seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario requiere, para su pleno desenvolvimiento, la previa inscripción registral de los correspondientes títulos, de forma que no mediando ésta no cabe entender quebrantado tal principio. Otra cosa es pretender que para obtener tal seguridad jurídica el Registro haya de inscribir títulos que adolezcan de determinados vicios, como el examinado de insuficiencia de poderes, lo cual veda el principio de legalidad a que están sometidos los Registradores en su actuación, de forma que por imperativo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria sólo deben acceder al Registro de la Propiedad actos dispositivos plenamente válidos. De no respetar este principio, la existencia de posteriores actos dispositivos sobre el mismo inmueble podría dar lugar de forma eventual a la aparición de un tercero inscrito protegido por el principio de la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que hiciera, caso de practicarse las inscripciones solicitadas, inútil cualquier intervención posterior en un posible litigio en torno a la cosa objeto del legado en la sede que le es propia, es decir, en el ámbito del procedimiento judicial que pueda corresponder. Es el criterio que parece haber guiado a la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 20 de octubre de 1994 a que después volveremos y que, por lo que ahora interesa, declara que: «La previa revocación del poder hace que en la venta del inmueble falte la concorde voluntad de vendedor y comprador y, consiguientemente, que falte el específico consentimiento negocial exigido como básico en todo negocio bilateral (cfr. arts. 1261-1.º CC) y no hay en el presente caso razones suficientes ni de justicia ni de seguridad del tráfico para hacer excepción a la consiguiente ineficacia del contrato». Como se aprecia claramente, se considera que la regla general en estos casos es la de la ineficacia, siendo, pues, la excepción la de la eficacia.

Y es que los efectos de una inscripción pueden llegar a producir, como es bien sabido, no sólo presunciones de legitimación, sino, incluso, verdaderas adquisiciones *a non domino*, condicionando así un posible pronunciamiento judicial posterior. Sin embargo, frente a tales efectos de una inscripción practicada, una inscripción suspendida en virtud de una calificación suspensiva o denegatoria, conviene recordarlo, no genera efecto de cosa juzgada y, según declara el artículo 101 del Reglamento Hipotecario, «se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción...», y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título...». Por tanto, parece preferible no prejuzgar registralmente una situación que directamente aparece sometida a patologías jurídicas y a evidente riesgo de litigiosidad, desnaturalizando la función cautelar y preventiva de la calificación registral.

5. EL ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN EN MATERIA DE DOCUMENTOS NOTARIALES EN CASOS DE FRAUDE DE LEY

Es evidente que no todo supuesto calificable como de insuficiencia de poderes debe ser interpretado como constitutivo de un supuesto de abuso malicioso de poder, ni determinante de un supuesto de fraude de ley. Ahora bien, sería ingenuo negar que en determinados casos las extralimitaciones en los usos y aplicaciones concretas que se pueden hacer de las facultades concedidas en un poder general pueden derivar en verdaderos casos de fraude legal. Tales supuestos, en cuanto están ligados a una intencionalidad concreta, pueden escapar del control de la calificación registral, como escapan los casos de dolo o intimidación en la formación de la voluntad, o los supuestos de rescisión por lesión u otros, pues la determinación de la concurrencia de estos factores exige la práctica de pruebas de todo tipo, no sólo documentales, que han de ser residencias en sede judicial. Ahora bien, ello no quiere decir en modo alguno que la calificación esté restringida a operaciones mecánicas de aplicación formal de determinados preceptos, ni que al Registrador le esté vetado acudir a la hermenéutica y a la interpretación contextual, cuando el contexto resulte de la propia documentación sujeta a calificación y de los datos obrantes en el propio Registro.

Así, la propia Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de abril de 1991 afirma que el principio de la buena fe, exige para apreciar el carácter fraudulento de un negocio, bien la intencionalidad subjetiva de burlar una norma, o también –añade explícitamente– podrá atribuirse dicho carácter al negocio en caso de producir un resultado antijurídico, de forma que si, según lo dicho, el Registrador carece de medios para indagar en la conciencia o *psique* de los contratantes averiguando su intencionalidad subjetiva, no cabe duda de que podrá apreciar tal carácter fraudulento cuando de forma objetiva resulte de la documentación la existencia de un resultado antijurídico. Así resulta, por ejemplo, de la *Resolución de 4 de marzo de 1993*, en la que se lee textualmente lo siguiente: «El Registro ha de ser instrumento de seguridad y no debe socavarse su prestigio haciéndole cobijo de fantasías y fraudes».

Que el Registrador puede ponderar las circunstancias concurrentes del caso para apreciar las presunciones legales, y entre ellas la de la buena fe, lo pone de manifiesto, entre otras, la *Resolución de 20 de octubre de 1994*, en la que se resuelve un supuesto en que el recurrente alegaba que el acto que había otorgado en uso de cierto poder que le había sido conferido por su esposa y después revocado era eficaz, alegando para justificarlo el artículo 1738 del Código Civil y afirmando que al tiempo de contratar ignoraba la revocación y que así había de ser presumido en base al principio de la buena fe. La Dirección General sale al paso de esa idea de que el Registrador ha de aplicar a todo trance el principio de presunción de buena fe, y al respecto sostiene «que resulta excesivo en el presente caso partir de una presunción de ignorancia de la revocación por el apoderado, pues el deber de intercomunicación que asume conforme a la buena fe (art. 1258 CC), implica la posibilidad de conocer de forma inmediata la revocación, y esta posibilidad pasa a probabilidad e, incluso, a presunción, cuando poderdante y apoderado son entre sí cónyuges, lo que permite presumir la constante comunicación entre los cónyuges, aunque físicamente no tuvieran el mismo domicilio».

El Centro Directivo modaliza, pues, en su interpretación el artículo 1738 del Código Civil dando realce a la voluntad del representado cuando no existe suficiente fundamento para excepcionar la regla general del concurso verdadero de voluntades para hacer surgir el contrato, y así señala que: «La previa revocación del poder hace que en la venta del inmueble falte la concorde voluntad de vendedor y comprador y, consiguientemente, que falte el específico consentimiento negocial exigido como básico en todo negocio bilateral (*cfr.* arts. 1261-1.º CC) y no hay en el presente caso razones suficientes ni de justicia ni de seguridad del tráfico para hacer excepción a la consiguiente ineficacia del contrato. No debe omitirse que la regla general es desfavorable al autocontrato (*cfr.* arts. 1469 CC y 267 del Código de Comercio) y que, en este caso, el que tiene el poder para vender la finca que vende es el que libremente fija el precio por el que la compra para sí (*cfr.*, en cambio, art. 1449 CC), y el que «confiesa» por la vendedora que ésta ya lo ha recibido (*cfr.*, en cambio, arts. 1231 y 1232 CC). Téngase, finalmente, en cuenta que nuestro ordenamiento expresa supuestos (*cfr.* art. 55-III CC) y respecto de los terceros que conocen la revocación, art. 1738 CC), en que la previa revocación del poder hace inexistente el consentimiento negocial formado por la declaración del apoderado y la de la otra parte, aunque el apoderado no haya conocido la revocación, requisito, pues, éste –el de la notificación al apoderado– que no es esencial para que la revocación produzca efectos.

De la documentación que obra en el Registro –sigue diciendo la Dirección General– aparece que la enajenación que se pretende inscribir no resulta consentida por el titular registral, y si bien ha sido otorgada en su nombre, el otorgante no tenía ya poder suficiente, por lo cual no será inscribible sin la oportuna ratificación hecha por el titular registral (*cfr.* art. 1269 CC)».

Hemos de recordar, que en cuanto la posibilidad de conocimiento de la existencia del legado, realizando una interpretación de posibles contextos que acompañen la venta de la cosa legada que venimos estudiando en este trabajo, tal posibilidad existe ciertamente, e incluso la probabilidad y aun la presunción de conocimiento de dicho legado por parte de los herederos, como por ejemplo en el caso de que en éstos concurran conjuntamente la cualidad de tales y la de apoderados generales y familiares próximos del testador (supuesto frecuente en la práctica tratándose de poderdantes de edad avanzada), conjunto de circunstancias que dibujan una relación de confianza entre los mismos y el testador o testadora que genera aquella probabilidad¹⁰. Circunstancias contextuales que, resultando acreditadas de forma documental y fehaciente, el Registrador no podrá desatender en el ejercicio de su facultad calificadora.

En conclusión, cabe afirmar que las razones expresadas cuestionan la interpretación del conjunto de los preceptos en juego en esta compleja materia llevada a cabo por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 16 de marzo de 2000, pues revelan su carencia de sólido fundamento, según extensamente se ha expuesto en las páginas precedentes.

¹⁰ *Vid.* el supuesto de hecho que dio lugar al Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de abril de 1997.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE EL ESTADO CIVIL (AÑO 2000)

Isabel ARANA DE LA FUENTE
Universidad Autónoma de Madrid

1. INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO

1.1 Inscripción dentro de plazo: no consta la filiación materna; reconocimiento de la paternidad.

- A falta de parte médico del parto, ha de comprobarse el alumbramiento con intervención del médico Forense.
- Se comprueba que el nacimiento ha acaecido en Ceuta o que, al menos, éste es el primer lugar conocido de residencia.
- Es inscribible el reconocimiento de la paternidad efectuado por un español dentro de plazo.
- No constando la filiación materna, se consigna como nombre propio de madre, a efectos identificadores, uno corriente impuesto de oficio.

Resolución de la DGRN de 29 de enero de 2000.

HECHOS:

Con fecha 2 de febrero de 1999, ante el Registro Civil de C., el promotor, de nacionalidad española y soltero, solicitó la inscripción de nacimiento de la menor S., a la que reconoce como hija suya no matrimonial, nacida el 11 de enero de 1999 en el domicilio familiar del promotor. La madre de la recién nacida, tras haberla abandonado en el citado domicilio, no ha podido ser localizada por hallarse en paradero desconocido. La madre y dos vecinos del promotor afirmaron ser ciertos los hechos por él manifestados, aunque otras personas de ese mismo vecindario afirmaron no conocerlos.

El informe del médico forense confirmó la edad de la recién nacida y constata la ausencia en ella, por caída espontánea, del cordón umbilical.

El Juez Encargado dictó auto por el que denegó la pretensión deducida.

El promotor interpuso recurso frente a dicho acuerdo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 17, 109, 120 y 124 del Código Civil; 28, 42, 43, 44, 47, 48, 55 y 95 de la Ley del Registro Civil; 166 a 169, 188, 191 y 311 a

316 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 4 de noviembre de 1966, 2, 16 y 17 de febrero, 14 de septiembre y 2 de diciembre de 1999 y 7 de enero de 2000.

II. Aunque estas actuaciones se hayan tramitado como si se tratase de un expediente de inscripción fuera de plazo de un nacimiento, lo cierto es que la declaración de éste se ha presentado dentro del plazo reglamentario de treinta días (*cfr.* arts. 42 LRC y 166 RRC), existiendo justa causa para ello debido a la no localización de la madre. Por tanto, al existir la declaración, pero no el parte médico del parto, ha sido preciso, a través de las diligencias de comprobación de la declaración (*cfr.* art. 28 LRC), acreditar el hecho del alumbramiento, por medio de la intervención del médico forense adscrito al Registro Civil (*cfr.* arts. 44 LRC y 169 RRC), así como el lugar del alumbramiento.

III. Habiendo quedado acreditado la existencia en la ciudad de C. de una niña recién nacida y que su nacimiento ha acaecido en dicha ciudad o, al menos, que es ésta el primer lugar conocido de estancia de la nacida (*cfr.* art. 169 RRC), el Registro Civil de la misma es el competente para extender la inscripción de nacimiento solicitada.

IV. Respecto de la filiación paterna, dado que ha sobrevenido, dentro del plazo para inscribir el nacimiento, un reconocimiento de la paternidad otorgado por un español en una de las formas solemnes exigidas (*cfr.* art. 120-1.^º CC), este reconocimiento es inscribible por sí mismo (*cfr.* arts. 124-2.^º CC y 188 RRC).

No sucede lo mismo con la filiación materna, que no ha quedado determinada legalmente, por la no intervención ni localización de la madre (*cfr.* arts. 120 CC y 47 LRC).

En esta situación, la nacida ha de ostentar los mismos apellidos del padre (*cfr.* art. 55 LRC) y habrá de consignarse, como nombre propio de la madre a los solos efectos de identificar a la recién nacida, uno de uso corriente impuesto de oficio por el Encargado (art. 191 RRC), quien deberá obrar con discreción y atendiendo a las circunstancias del caso (*cfr.* Res. 4 de noviembre de 1966).

La Dirección General acordó estimar el recurso y ordenar que se inscriba el nacimiento de S., acaecido en C., el 11 de enero de 1999, haciendo constar las menciones de identidad oportunas del padre y, sin constancia de la filiación materna, se impondrá de oficio por el Encargado un nombre propio de madre a los solos efectos identificadores.

1.2 Inscripción fuera de plazo

- Presunción de paternidad del marido de la madre: se inscribe la filiación matrimonial porque el nacimiento ha acaecido antes de transcurridos trescientos días desde la separación de los cónyuges.

HECHOS:

Con fecha 13 de noviembre de 1997, la promotora, separada judicialmente de su esposo, y don F. J., soltero, solicitaron la inscripción de nacimiento del menor F. J., nacido el 5 de noviembre de 1994, como hijo no matrimonial de ambos.

La promotora convivió con su esposo hasta el ingreso de éste en prisión, hecho que, según la promotora, acaeció el día 22 de enero de 1994, y según su esposo, el 27 de abril de 1994. Los cónyuges, sin embargo, habían presentado demanda de separación judicial en 1992 y dicha separación fue decretada por sentencia de 8 de enero de 1997. El mencionado esposo también reclama la paternidad del menor por considerar que es hijo suyo.

El Juez Encargado dictó auto por el que acordó la inscripción de nacimiento fuera de plazo del menor F. J., como hijo no matrimonial de los promotores, al estimar que la presunción de paternidad del marido de la madre había quedado destruida. Este último presentó recurso frente a dicho acuerdo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 69, 113, 115, 116, 120, 129, 134, 136, 137, 1250, 1251 y 1814 del Código Civil; 2 y 95 de la Ley del Registro Civil; 183 y 311 a 316 del Reglamento del Registro Civil; la Circular de 2 de junio de 1981, y las Resoluciones de 7 de mayo, 8 de junio, 16 de julio, 22 de octubre y 19 de noviembre de 1998, y 19 de febrero, 19 de abril, 25 de mayo y 31 de diciembre de 1999.

II. La cuestión básica que se discute es la filiación paterna que debe figurar en el asiento de inscripción fuera de plazo de nacimiento. A estos efectos hay que tener en cuenta que, si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial, dada la fuerza probatoria (*cfr.* art. 113 CC) de la presunción de paternidad del marido de la madre (art. 116 CC), mientras no llegue a desvirtuarse su eficacia probatoria (*cfr.* arts. 1250 y 1251 CC). Desde el momento en que se solicita la inscripción de la filiación matrimonial, está cumplido el requisito exigido para admitir como prueba la presunción de paternidad del marido (*cfr.* arts. 113 CC y 2 LRC), requisito que, en este caso, ha sido cumplido por el marido de la madre.

III. Por otra parte, como vienen señalando las últimas Resoluciones de la DRGN en esta materia, a partir de la Resolución de 13 de mayo de 1987, no es necesario para inscribir la filiación matrimonial que se compruebe, además, la posesión de estado de tal filiación, a pesar de lo que indicó en su momento la Circular de 2 de junio de 1981, que se ha de estimar superada en este punto, como se desprende de la redacción dada al artículo 314 del Reglamento del registro Civil por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto. La razón estriba en que, conforme al artículo 113 del Código Civil y en las condiciones que este precepto establece, la sola presunción de paternidad del marido es un medio de prueba suficiente de la filiación matrimonial presumida.

IV. En el presente caso, el niño ha nacido el 5 de noviembre de 1994 y la separación de hecho se remonta a la fecha en que el marido de la madre

ingresó en prisión, lo cual tuvo lugar, según el auto apelado, el 22 de enero de 1994, y, según el recurrente, el 27 de abril de 1994. Tanto en un caso como otro resulta que, desde el momento en que se inicia la separación de hecho —y antes de ella existe la presunción de convivencia entre los cónyuges del art. 69 CC— hasta la fecha del nacimiento del hijo, no habían transcurrido trescientos días, de modo que entra en juego la repetida presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 del Código Civil.

Siendo esto así, ha de inscribirse la filiación matrimonial. El reconocimiento de la filiación no matrimonial otorgado por la madre casada y por varón distinto del marido, es ineficaz por estar acreditada la filiación matrimonial contradictoria (*cfr.* art. 113-2.º CC), y la oposición de una y otro habrá de hacerse valer en la vía judicial oportuna.

La Dirección General acordó estimar el recurso y ordenar que se inscriba el nacimiento del menor, como hijo matrimonial de la promotora y su esposo.

1.3 Inscripción de nacimiento y de filiación materna.

- La filiación materna queda determinada por el parto.
- Una vez determinada la filiación materna, ésta ha de constar en el Registro Civil, sin que la madre pueda ocultar su identidad.

Resoluciones de la DGRN de 12 de julio y 24 de octubre de 2000.

HECHOS:

En los dos casos a que se refieren estas Resoluciones, la Dirección General de Atención a la Infancia de la Comunidad Autónoma catalana solicitó, en enero y mayo de 2000, se inscribiesen en el Registro Civil competente los nacimientos de sendos menores, acaecidos en distintos días del mes de diciembre de 1999, de padres desconocidos y cuyas respectivas madres formalizaron las correspondientes actas de renuncia a sus derechos y deberes inherentes a la patria potestad. Tras ser declarada la situación de desamparo respecto de ambos menores, la citada Dirección General asumió su tutela legal y solicitó que, en las inscripciones de nacimiento instadas, no conste la identidad de las madres, ya que, según lo dispuesto en el artículo 167 del reglamento del registro Civil, el parte facultativo de alumbramiento no ha de mencionar a la madre contra su voluntad.

En sendos casos, los Jueces Encargados acordaron la práctica de las inscripciones de nacimiento de los menores con constancia de la identidad de sus respectivas madres biológicas y la Dirección General de Atención a la Infancia presentó recurso contra cada uno de dichos autos ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Las Resoluciones correspondientes, desestiman tales recursos y contienen fundamentos jurídicos similares.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 10, 14 y 24 y Disposición derogatoria de la Constitución; 120 del Código Civil; 87 y 93 del Código de Familia de Cataluña,

aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio; 47 y 51 de la Ley del Registro Civil; 21, 22, 167 y 182 del Reglamento del Registro Civil; el Convenio número 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil, de 12 de septiembre de 1962, sobre Determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales, al que se ha adherido España (BOE 17 abril 1984); la Orden Ministerial de 10 de noviembre de 1999 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

II. La sentencia del TS de 21 de septiembre de 1999 se pronuncia de modo tajante sobre la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 167 del Reglamento del Registro Civil, que permitía a la madre ocultar la maternidad no descubriendo su identidad en el parte médico de asistencia al parto. El Tribunal Supremo declara que dicho sistema se opone frontalmente a diversos preceptos constitucionales. No puede permitirse que el hijo biológico pierda por completo el nexo que le permitiría conocer su verdadera filiación debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes.

En consecuencia, el Ministerio de Justicia que, al aprobar el nuevo cuestionario para la declaración de nacimiento, mediante la O.M. de 10 de noviembre de 1999, ha suprimido las referencias que el antiguo cuestionario hacía al citado artículo 167 del Reglamento del Registro Civil (O.M. 26 mayo 1998).

III. La maternidad queda, pues, determinada en nuestro Derecho por el hecho del parto, conforme al principio tradicional *mater semper certa est*, cuya vigencia en todo el territorio español se produce desde que España se adhiere, en 1984, al Convenio Internacional sobre Determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales. Además, en Cataluña, la vigencia de ese principio resulta hoy claramente de los dispuesto en los artículos 87 y 93 del Código de Familia, en cuanto establecen, de un lado, que la «filiación por naturaleza, en relación a la madre, resulta del nacimiento» y, de otro lado, que la filiación no matrimonial queda determinada, en lo que se refiere a la madre, «por el informe médico o el documento que exija la legislación del Registro Civil para la inscripción».

IV. Consiguientemente, una vez que el informe médico contiene la identidad de la madre, la maternidad queda determinada legalmente, y la misma debe reflejarse en la inscripción de nacimiento del hijo. Todo ello no vulnera el derecho a la intimidad de los interesados, ya que, tanto el derecho a la intimidad de la madre como el del hijo no matrimonial, están suficientemente garantizados por la legislación del Registro Civil, puesto que la respectiva inscripción de nacimiento es de publicidad restringida (*cfr.* arts. 51 LRC y 21 y 22 RRC).

La Dirección General acordó, en sendas Resoluciones, desestimar los correspondientes recursos y confirmar las decisiones recurridas.

1.4 Inscripción fuera de plazo. Reconocimiento de la paternidad.

- Competencia del Registro Civil Central por estar los promotores domiciliados en España, aunque los nacimientos han acaecido en el extranjero.
- La inscripción de la escritura pública de reconocimiento no requiere ratificación del interesado ni comprobación de su voluntad.

- Como se trata de menores reconocidos, es necesario el consentimiento de la madre y representante legal.**

Resolución de la DGRN de 9 de septiembre de 2000 (7.º).

HECHOS:

Ante el Registro Civil Central, la promotora solicitó la inscripción de nacimiento de sus hijas A. y R. H., nacida la primera en Alemania, el 30 de enero de 1996, y la segunda en Pakistán, el 24 de abril de 1997, alegando que la filiación materna de ambas quedó determinada en el momento del nacimiento, mientras que la filiación paterna fue establecida mediante escritura pública de reconocimiento de paternidad, otorgada el 8 de noviembre de 1999, por el esposo de la promotora, de nacionalidad española. Dicho reconocimiento fue objeto de anotación marginal en la inscripción de matrimonio de los padres, con fecha 10 de noviembre de 1999.

El Juez Encargado acordó suspender la orden de comparecencia de la promotora y su esposo hasta que se acredite documentalmente su domicilio en España, argumentando que dicha comparecencia era necesaria para comprobar la veracidad biológica del reconocimiento de paternidad y por aplicación del artículo 28 de la Ley del Registro Civil.

La promotora interpuso recurso frente a dicho acuerdo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, al que acompañaba documentación pública acreditativa de su residencia en España.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 17, 119 y 124 del Código Civil; 15, 16, 24, 26, 27 y 28 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 94 y 154 del Reglamento del Registro Civil, y la Circular de 2 de junio de 1981.

II. Dado que los promotores han acreditado tener su domicilio en España, el Registro Civil Central es competente para inscribir los nacimientos acaecidos en el extranjero y el reconocimiento de la paternidad de un español otorgado en escritura pública.

III. En cuanto a la inscripción del reconocimiento, no es necesaria la ratificación personal del autor del reconocimiento. La escritura está sujeta a la calificación del Encargado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley del Registro Civil, y es improcedente la comprobación de la escritura por medio de esa ratificación. Nótese que el artículo 28 de la Ley del Registro Civil permite al Encargado realizar, en el plazo de diez días, las comprobaciones oportunas, pero ello es sólo cuando tenga dudas fundadas en la exactitud de las declaraciones, de modo que esta facultad no alcanza a la calificación de los documentos públicos, en los que la voluntad del otorgante ha quedado solemnizada y no tiene que reiterarse.

Sin embargo, sí es necesaria la comparecencia de la madre y representante legal de las menores reconocidas, la cual ha de prestar su consentimiento expreso al reconocimiento de la paternidad, bien por medio de esa comparecencia, bien por documento público (*cfr.* art. 124-1.º CC).

IV. Por otra parte, una vez que la escritura pública de reconocimiento pueda ser inscrita, cuando conste el consentimiento de la madre de las menores, la inscripción marginal ya es posible y obligada, de suerte que, si no hay título suficiente para practicar las inscripciones principales de nacimiento, habrán de extenderse las oportunas anotaciones soporte de las inscripciones marginales, conforme a las previsiones del artículo 154-1.^º del Reglamento del Registro Civil.

La Dirección General acordó estimar parcialmente el recurso, declarar la competencia del Registro Civil Central y que no es necesaria la ratificación del autor del reconocimiento, así como advertir que, para inscribir éste, debe la madre prestar su consentimiento expreso por comparecencia personal o por escritura pública.

1.5 Inscripción fuera de plazo. Filiación paterna no matrimonial.

– **Cuando la madre, representante legal del menor, no haya otorgado su consentimiento al reconocimiento paterno, es necesaria la aprobación judicial, que se promueve de oficio.**

Resolución de la DGRN de 4 de noviembre de 2000.

HECHOS:

Con fecha 24 de mayo de 2000, el Ministerio Fiscal solicitó del Registro Civil competente la inscripción de nacimiento fuera de plazo de una menor, nacida el 8 de octubre de 1999, manifestando que la menor es hija de doña V. y que don J. afirma ser el padre de la nacida, si bien la madre se opone a dicho reconocimiento.

El Juez Encargado dictó auto por el que acordó que se practicase la inscripción fuera de plazo del nacimiento de la menor, como hija no matrimonial de don J. y doña V., la cual interpuso recurso frente a dicho acuerdo, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, impugnando la inscripción de la filiación paterna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 124 del Código Civil; 95 de la Ley del Registro Civil; 186 del Reglamento del Registro Civil.

II. Conforme al artículo 124-1.^º del Código Civil, la eficacia del reconocimiento de un menor requiere «el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido». Como, por razones que se ignoran, la madre, representante legal de la menor, no ha prestado su consentimiento expreso al reconocimiento de la paternidad, la eficacia de éste y su siguiente inscripción queda subordinada a la aprobación judicial, para la cual debe remitirse, de oficio, testimonio de estas actuaciones (*cfr.* art. 186 RRC). Por el momento sólo es inscribible la filiación no matrimonial materna.

La Dirección general acordó estimar el recurso y ordenar que se inscriba el nacimiento de la menor, sin referencia a filiación paterna alguna, y que se remita testimonio de las actuaciones seguidas al órgano judicial competente, a fin de que apruebe o deniegue el reconocimiento de la paternidad.

1.6 Reconocimiento de paternidad no matrimonial.

- En Navarra, el reconocimiento de la paternidad de un menor es válido por sí mismo, sin que puedan aplicarse las normas del artículo 125 del Código Civil.**

Resolución de la DGRN de 17 de junio de 2000 (2.º).

HECHOS:

Ante el Registro Civil de E., con fecha 30 de junio de 1999, don J. A. G., mayor de edad, reconoció como hijo suyo a J. Z. G., nacido el día 20 de mayo de 1999, con vecindad civil navarra e hijo de doña I. Z. G., la cual compareció dando su consentimiento al reconocimiento efectuado y manifestando su minoría de edad (diecisiete años). Con la misma fecha, compareció el padre de doña I. Z. G., manifestado que no daba su consentimiento al reconocimiento de paternidad efectuado por el promotor, dada la minoría de edad de su hija.

El Juez Encargado dictó auto estimando el reconocimiento de paternidad efectuado. El padre de doña I. Z. G. presentó recurso frente a dicho auto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, alegando que el citado reconocimiento es nulo por vulnerar el artículo 124 del Código Civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistas las Leyes 68, 698 y 70 de la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra; los artículos 9, 14, 120 y 124 del Código Civil; 47 y 49 de la Ley del Registro Civil, y las Resoluciones de 7 de mayo de 1998, 4 de junio de 1999 y 24 de abril de 2000.

II. Respecto de la filiación no matrimonial, dado que al nacido le corresponde la vecindad civil navarra, las cuestiones relacionadas con la determinación de su filiación han de resolverse a la luz de lo que establecen las normas civiles vigentes en Navarra, las cuales contienen una regulación completa de la filiación no matrimonial, determinada por el reconocimiento. Por consiguiente, es improcedente completar dicha regulación con normas contenidas en el Código Civil.

Concretamente, el reconocimiento de la paternidad de un menor de edad efectuado por el padre, por declaración, ante el Encargado del Registro Civil (Ley 69), no está sujeto a requisito alguno supletorio del consentimiento del menor (Ley 69), de modo que la validez y eficacia de tal reconocimiento, así como su consiguiente inscripción en el Registro Civil, no pueden quedar subordinados al cumplimiento de los requisitos que el artículo 124 del Código Civil exige, tratándose de reconocimientos regulados por el Derecho Común. Por las

mismas razones, también es improcedente aplicar al caso la suspensión de la inscripción de la paternidad, tal y como está prevista en el párrafo segundo de dicho artículo 124 del Código Civil.

III. Ha de advertirse, finalmente, que el hecho de que el reconocimiento paterno sea válido e inscribible no impide que el mismo pueda ser impugnado, no ya sólo por el propio menor al alcanzar la plena capacidad, sino también por su representante legal durante la minoría de edad y con justa causa (*cfr.* Leyes 69 y 70), pero es claro que tal impugnación requiere ejercitarse judicialmente la correspondiente acción.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar la decisión recurrida.

1.7 Reconocimiento de la paternidad no matrimonial: cancelación de la inscripción.

- No procede cuando el reconocimiento de la paternidad se ha formalizado a los dos días del nacimiento por comparecencia ante el Juez y aunque no se haya notificado a la madre el reconocimiento.**

Resolución de la DGRN de 14 de octubre de 2000 (5.º).

HECHOS:

Con fecha 9 de enero de 1996, y a solicitud de don P. B. G., el Juez de Paz de M. –lugar donde está domiciliado el solicitante– acordó inscribir el nacimiento, acaecido en C. dos días antes, de la menor M. K., como hija no matrimonial de don P. B. G. y doña J. M. de T. Esta última solicitó posteriormente, ante el Registro Civil de C., la cancelación de dicha inscripción, a la que califica de nula por dos motivos: 1.º) falta de competencia del órgano que la realizó, ya que dicha competencia corresponde al Juez de Primera Instancia Encargado del Registro Civil de C.; y 2.º) por no habersele notificado a la promotora, como madre y representante legal de la menor, el reconocimiento de paternidad efectuado. Solicitó, asimismo, que se practique, en el Registro Civil de C., una nueva inscripción de nacimiento de la menor, con los apellidos sólo de la madre y, como nombre propio del padre, a los solos efectos identificativos, el que ella propone.

El Juez Encargado dictó auto por el que se mantenía la validez del reconocimiento de la paternidad y se ordenaba el traslado de la inscripción de nacimiento de la menor al Registro Civil de C., por ser el competente, dado que es el correspondiente al lugar en que el nacimiento se produjo, con cancelación de la inscripción practicada en el Registro Civil de M. Según se afirma en el mencionado auto, al no existir solicitud conjunta de ambos progenitores, no concurren los requisitos para la excepción de competencia general, que permitiría inscribir el nacimiento no en el Registro del lugar en que aquél se produjo, sino en el correspondiente al domicilio de cualquiera de los progenitores legalmente conocidos (*cfr.* art. 16 LRC), tal y como señaló la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de abril de 1994.

La promotora interpuso recurso frente a dicho auto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 116, 120 y 124 del Código Civil; 92 y 95 de la Ley del Registro Civil; 46, 182, 188, 297 y 342 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 18 de agosto de 1982 y 21 de junio de 1995.

II. El recurso se centra en determinar si es posible la cancelación de una inscripción de paternidad no matrimonial efectuada por el padre, a los dos días del nacimiento de hijo, mediante comparecencia ante el Juez de Paz de su domicilio. Ha de tenerse presente, como norma básica, que la regla general es que, para practicar tal cancelación, hay que acudir a la vía judicial ordinaria, y que sólo es posible suprimir una inscripción por expediente gubernativo cuando se trate de «asientos no permitidos o cuya práctica se haya basado de modo evidente, según el propio asiento, en título manifiestamente ilegal» (art. 95-2.º LRC).

III. Dado que la inscripción de la paternidad es un asiento permitido, la cuestión se limita a si el reconocimiento se ha formalizado en título manifiestamente ilegal. A estos efectos, la recurrente alega que el Juez de Paz no es competente para extender inscripciones de nacimiento de un hijo no matrimonial, porque el artículo 46 del Reglamento del Registro Civil sólo le faculta para extender, dentro de plazo, las inscripciones de nacimiento de hijos habidos en matrimonio.

Sin embargo, el párrafo primero de este artículo 46 del Reglamento del Registro Civil indica que en los Registros municipales el Juez de Paz actúa por delegación del Encargado y con iguales facultades, salvo en los expedientes; y el párrafo tercero del mismo artículo le permite extender asientos de nacimiento con filiación no matrimonial, como cualquiera otro de los no comprendidos en el párrafo segundo del repetido artículo 46, en casos de urgente necesidad, recibiendo instrucción particular y por escrito del Encargado.

De aquí se deduce que la inscripción del reconocimiento de la paternidad extendida por el Juez de Paz no es por este solo concepto nula, y menos aún en las condiciones en que es posible cancelarla por expediente gubernativo por aplicación del artículo 95-2.º de la Ley del Registro Civil. Para la validez de los asientos no puede importar el grado en que el Juez de Paz o el Encargado del Registro han cumplido con su deber de solicitar o impartir las instrucciones necesarias para el desempeño del Registro.

IV. También alega la recurrente, como vicio de nulidad del reconocimiento, que el mismo no fue notificado a la madre, como impone el artículo 188 del Reglamento del Registro Civil, a fin de facilitar a ésta la suspensión de la inscripción de paternidad a la que tiene derecho por aplicación del artículo 124 del Código Civil. Pero esta omisión, aparte de que de los hechos se deduce que la madre tuvo conocimiento del reconocimiento, no puede llegar a viciar de nulidad el reconocimiento de paternidad efectuado, el cual, como efectuado dentro de plazo, es directamente inscribible sin necesidad de contar con el consentimiento del representante legal del menor, ni con la aprobación judicial, previstos, en otro caso, por el artículo 124-1.º del Código Civil. Además, en todo caso, como ha transcurrido un año desde el nacimiento, ya ha caducado el derecho de la madre a solicitar la suspensión de la inscripción de la paternidad (cfr. art. 124-2.º CC).

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

1.8 Reconocimiento de la paternidad no matrimonial.**– Código de Familia de Cataluña: requisitos de validez.****Resolución de la DGRN de 20 de diciembre de 2000.****HECHOS:**

Con fecha 20 de septiembre, don M. R. M., ante el Juez Encargado del Registro Civil de R., formuló reconocimiento de paternidad no matrimonial respecto de la menor M. G. S., nacida el 31 de marzo de 1998, con vecindad civil catalana, cuya madre, doña M. G. S., manifestó su consentimiento a dicho reconocimiento. Durante la tramitación del oportuno expediente, el Ministerio Fiscal, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley del Registro Civil, se opuso a dicho reconocimiento por haber tenido conocimiento de la pendencia de un proceso declarativo en el que otra persona, don M. A., reclama la paternidad biológica de la misma menor.

El Juez Encargado dictó auto denegando el reconocimiento paterno no matrimonial efectuado por el promotor, a fin de evitar posibles discrepancias entre el Registro Civil y la realidad.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, alegando que la pendencia de un proceso declarativo sobre reconocimiento de paternidad no es motivo suficiente para desestimar su solicitud, pues tan sólo la sentencia firme en dicho proceso determinaría la validez o no del reconocimiento interesado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9 y 14 del Código Civil; 93 y 96 del Código de Familia catalán, aprobado por la Ley 9/1998, de 15 de julio; y las Resoluciones de 22 de noviembre de 1994 y 13 de mayo de 1998.

II. Puesto que la menor reconocida tiene la vecindad civil catalana, todas las cuestiones sobre la determinación de su filiación no matrimonial han de resolverse a la luz de lo que establece el Código de Familia catalán, que contiene una regulación total de la materia, por lo que no es procedente aplicar al caso reglas del Código Civil.

Conforme al artículo 93 del citado Código de Familia, el reconocimiento de la paternidad no matrimonial puede hacerse por comparecencia ante el Juez Encargado del Registro Civil. Ahora bien, tratándose del reconocimiento realizado por este procedimiento a favor de una menor de edad y transcurrido el plazo para la inscripción de nacimiento, su eficacia requiere (*cfr.* art. 96 del mismo Código) la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y del otro progenitor conocido.

Dado que en el caso presente no ha concurrido la indicada aprobación judicial, es evidente, sin que importe por el momento la actitud favorable de la madre, que el reconocimiento de la paternidad es ineficaz y, por tanto, no inscribible en el Registro Civil.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

1.9 Inscripción de nacimiento y de filiación adoptiva constituida en Guatemala.

- No es inscribible, por ser adopción simple, aunque los adoptantes renuncien al derecho a su revocación.

Resolución de la DGRN de 5 de abril de 2000 (2.º).

HECHOS:

Con fecha 18 de febrero de 1997, un matrimonio de españoles solicitaron ante el Registro Civil de su domicilio la inscripción de nacimiento y adopción de su hija, nacida el 10 de marzo de 1996 en Guatemala, país donde se formalizó dicha adopción. Según quedó acreditado, conforme a lo dispuesto en el Código Civil guatemalteco, la adopción es revocable; no extiende sus efectos a los parientes de adoptante y adoptado, y no produce la ruptura de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia biológica, pues en caso de fallecer el adoptante durante la menor edad del adoptado, éste vuelve al poder de sus padres naturales, del tutor o de la institución social competente.

El Juez Encargado dictó acuerdo, el 20 de marzo de 1997, por el que denegó la inscripción de nacimiento y adopción instadas, fundado en las diferencias existentes entre las adopciones respectivamente reguladas por el Ordenamiento jurídico guatemalteco y el español. Todo ello sin perjuicio de que el documento extranjero de constitución de la adopción, por afectar a ciudadanos españoles, sea susceptible de anotación en el Registro Civil que, en su caso, se extendería al margen de la anotación prevista por el artículo 154-1.º del Reglamento del Registro Civil, haciendo constar que no está acreditada conforme a la ley nacionalidad española del nacido.

Los promotores manifestaron su conformidad con dicho acuerdo y solicitaron la práctica de las anotaciones en él mencionadas. Posteriormente, con fecha 4 de agosto de 1999, estos mismos promotores, al amparo del artículo 9-5º *in fine* del Código Civil, en su redacción por Ley 18/1999, de 18 de mayo, renunciaron al derecho de revocación de la adopción que les otorgan las leyes de Guatemala, y solicitaron nuevamente que se practicase la inscripción oportuna.

El Juez Encargado, con fecha 18 de noviembre de 1999, dictó acuerdo por el que denegó el reconocimiento de efectos de la adopción constituida en Guatemala, fundamentado el acuerdo en que la normativa de este país no se corresponda con la ley española reguladora de la adopción.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho acuerdo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que, una vez han renunciado válidamente a su derecho a la revocación de la adopción, ya no hay obstáculos para que ésta sea reconocida en España.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 11, 12, 20, 108, 154, 162, 176, 178 y 180 del Código Civil; 1, 15, 16, 23, 38 y 46 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 85, 145, 152 y 154 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 24 de enero, 22 de abril, 4 y 27 de junio, 23 de agosto, 14 de octubre y 2 de

diciembre de 1997, 29 de mayo y 13 de noviembre de 1998, y 11 de mayo de 1999.

II. Aunque la renuncia al derecho a revocar la adopción, formulada por los recurrentes, ha levantado uno de los obstáculos que impiden el reconocimiento en España de la adopción guatemalteca, no se produce aún la correspondencia de efectos que el artículo 9-5.^º del Código Civil exige para que una adopción extranjera pueda ser reconocida como tal en el Ordenamiento español.

Si se tiene en cuenta que la adopción única que regula el Código Civil español supone la integración a todos los efectos del adoptado en la familia del adoptante o adoptantes y, como regla, la ruptura total de vínculos con la familia anterior (*cfr.* arts. 108, 176 y 178 CC), mientras que la adopción guatemalteca sólo produce efectos entre adoptante y adoptado; el adoptado no es siquiera heredero legal del segundo; el adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesión recíproca; y el adoptado menor de edad al morir el adoptante, vuelve al poder de sus padres naturales, hay que concluir que la adopción examinada en este caso no guarda puntos de contacto con la adopción del Código Civil español, y no puede considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que contiene el artículo 1 de la Ley del Registro Civil, so pena de producir equívocos en cuanto a la eficacia de la adopción inscrita.

III. Con posterioridad al auto luego recurrido, los interesados presentaron un acta de opción a la nacionalidad española por razón de patria potestad, contando con la autorización previa del Encargado del Registro Civil de su domicilio (*cfr.* art. 20 CC). Claro está que se trata de una cuestión nueva, ajena a la decisión recurrida, y que aquí no puede ser examinada (*cfr.* art. 358-2.^º y 3.^º RRC), sin perjuicio de que la inscribibilidad de dicha opción deba ser objeto ahora de calificación por el Encargado.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el auto apelado, sin perjuicio de la calificación del nuevo documento aportado durante la tramitación del recurso.

2. NACIONALIDAD

2.1 Declaración sobre nacionalidad.

– No es español el nacido en España hijo de padre iraquí documentado como apátrida.

Resolución de la DGRN de 24 de abril de 2000 (1.^a).

HECHOS:

La promotora, de nacionalidad marroquí, y su esposo, iraquí de origen y documentado como apátrida, nacidos ambos en el extranjero y domiciliados en M. (España), solicitaron ante el Registro Civil de M. la nacionalidad española de origen para su hijo, nacido en 1994 en dicha ciudad, y que carece de nacionalidad.

El Juez Encargado dictó auto por el que desestimó la pretensión formulada, por estimar que no está probado que el padre del menor haya perdido su

nacionalidad iraquí. El Ministerio Fiscal interesó la confirmación del auto por sus propios fundamentos, pues en caso de carecer el padre de nacionalidad, le correspondería al menor la nacionalidad marroquí de la madre.

Los promotores recurrieron frente a dicho auto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 7 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990; 12 y 17 del Código Civil; 96 de la Ley del Registro Civil; 335, 338 y 340 del Reglamento del Registro Civil; 31 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; 63 d el Reglamento aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, y las Resoluciones de 18 de enero y 2 de abril y 11 de mayo de 1997, y 5 de junio de 1999.

II. La cuestión que se discute en este recurso es la de si puede declararse con valor de simple presunción, por medio del oportuno expediente gubernativo (*cfr.* art. 96-2.º LRC), que tiene la nacionalidad española de origen un niño, nacido en España en 1994, hijo de madre marroquí y de padre iraquí de origen, documentado como apátrida, habiendo ambos progenitores nacido fuera del territorio español.

III. El artículo 17-1-c del Código Civil establece que son españoles de origen «los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad». Teniendo en cuenta que, de acuerdo con el conocimiento adquirido de la legislación iraquí (*cfr.* art. 12-6.º CC), si el padre conservara esta nacionalidad, la misma correspondería *de iure* al hijo, ésta es la única cuestión que debe resolverse.

IV. Es cierto que en el permiso de residencia del padre consta el mismo como apátrida, pero esta caracterización, si basta a los efectos de la regulación de la situación administrativa como extranjero del interesado, no es prueba suficiente de que éste realmente haya incurrido en causa legal de pérdida de la nacionalidad iraquí originaria, lo cual sólo sucede, según la legislación de este país, en casos absolutamente excepcionales, que deberían ser probados. El artículo 31 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, establece un régimen especial para los extranjeros que «carezcan de documentación personal y acrediten que el país de su nacionalidad no les reconoce la misma», de modo que es esta imposibilidad *de facto* para obtener documentación extranjera la decisiva a efectos de permitir este régimen especial, sin que para la obtención de documentación española en tales casos se exija la prueba de que el interesado ha perdido *de iure* su nacionalidad anterior. Así lo confirma el artículo 63 del Reglamento de ejecución de dicha Ley, que regula la constancia de estas personas en una Sección especial del Registro de extranjeros y la entrega a los mismos de una cédula de inscripción, básica para la solicitud del permiso de residencia.

V. Por consiguiente, tanto la apatridia *de iure* como la *de facto* posibilitan la cédula de inscripción, por lo que la obtención de esta cédula no es prueba suficiente de la primera. Es claro, sin embargo, que sólo la apatridia originaria *de iure* es la que justifica la atribución de la nacionalidad española *iure soli* en nuestro Derecho, con independencia de las dificultades burocráticas

que puedan tener los interesados para obtener de las autoridades de su país la documentación nacional que les corresponde.

VI. Al no estar suficientemente probado que al nacido no le corresponda *iure sanguinis* la nacionalidad iraquí de su padre, resulta inútil examinar la cuestión sobre la eventual nacionalidad marroquí del menor por filiación materna.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

2.2 Cancelación de nota marginal de declaración con valor de simple presunción de nacionalidad española.

- La rectificación y cancelación de las anotaciones puede realizarse en virtud de expediente gubernativo en que se acredeite la inexactitud, sin que sea necesaria una sentencia judicial firme.

Resolución de la DGRN de 27 de diciembre de 2000.

HECHOS:

Con fecha 26 de diciembre de 1991, el Juez Encargado del Registro Civil competente declaró, como resultado del expediente oportuno, que es español de origen un menor, nacido en España en 1991, hijo matrimonial de padres chinos, nacidos en China y con domicilio en España, al amparo del artículo 17-1.º-c del Código Civil. Una vez firme el auto, se practicó al margen del asiento la anotación oportuna.

En abril de 2000, habiendo solicitado el padre del menor una certificación de nacimiento de éste, el Ministerio Fiscal interesó del Registro Civil de M. que se incoase el expediente, previsto en los artículos 96 de la Ley del Registro Civil y 335 del Reglamento del Registro Civil, para que se declarase con valor de simple presunción que el citado menor no ostenta la nacionalidad española, al corresponderle desde su nacimiento la nacionalidad china de sus progenitores, y se cancelase la anotación practicada.

La Juez Encargada dictó auto acordando la cancelación del asiento marginal que obra en la inscripción de nacimiento del menor, por la que se declaraba con valor de simple presunción la nacionalidad española de éste, según establecen las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a partir de la de 30 de diciembre de 1992, que determinó que los hijos de ciudadanos chinos nacidos en España ostentan, desde su nacimiento, la nacionalidad china de sus progenitores.

El promotor presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que las Resoluciones citadas son posteriores al nacimiento de su hijo, por lo que no pueden serle aplicadas, ya que los principios constitucionales consagran la irretroactividad de las normas restrictivas de derechos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 6, 12 y 17 del Código Civil; 96 de la Ley del Registro Civil; 24, 26, 38 y 92 a 96 de la Ley del Registro Civil, 16, 94, 145,

147, 148, 149, 335, 338 y 340 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 2 de junio de 1987, 10 de septiembre de 1988, 21 de septiembre de 1990, 27 de marzo de 1991, 30 de diciembre de 1992, 9 de febrero, 20 de abril, 31 de mayo, 22 de noviembre y 1 de diciembre de 1993, 8 de enero, 8 de marzo, 15 de junio y 26 de noviembre de 1994, 11 de enero y 23 de abril de 1996, 22 de diciembre de 1997, 18 de abril y 26 de junio de 1998 y 7 de julio y 16 de octubre de 1999.

II. En cuanto al fondo del asunto, es indudable que no corresponde al nacido la nacionalidad española porque, como viene declarando reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, a partir de la Resolución de 30 de diciembre de 1992, de acuerdo con el conocimiento obtenido de la legislación china aplicable, los hijos de ciudadanos chinos nacidos en el extranjero tiene *iure sanguinis* la nacionalidad de sus progenitores, salvo que en el momento del nacimiento les corresponda *iure soli* la nacionalidad del país donde este hecho haya acaecido, lo que no sucede en el Derecho español, dado el carácter subsidiario de la atribución de la nacionalidad española por *ius soli* y que la finalidad evidente del artículo 17-1-c del Código Civil es la de evitar situación de apatridia originaria, que aquí no se producen.

III. Sin embargo, en el presente caso se plantea, además, un problema procedimental para dejar sin efecto la declaración con valor de simple presunción, ya firme, y la anotación practicada. Este problema ha de resolverse a la vista de un principio básico de la legislación del Registro Civil, como es el de lograr la debida concordancia entre el Registro y la realidad (cfr. arts. 24 y 26 LRC y 94 RRC). En desarrollo de este principio se ha indicado repetidamente por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que, mientras subsista el interés público, no juega en el ámbito del Registro Civil el principio de autoridad de cosa juzgada, de modo que es posible reiterar un expediente sobre cuestión ya decidida si las nuevas actuaciones tienen su fundamento en hechos descubiertos posteriormente que no pudieron ser tenidos en cuenta en la Resolución anterior. Por esto, ha de ser posible ahora que, de oficio y a iniciativa del Ministerio Fiscal, se inicie de nuevo expediente para declarar con valor de presunción que al nacido no le corresponde la nacionalidad española.

IV. En consecuencia, la declaración negativa de la nacionalidad española debe tener acceso al Registro, para cancelar mediante ella la anotación previamente practicada, a pesar de que, en general (cfr. Res. 1 diciembre 1993), esas declaraciones negativas no acceden al Registro.

No es obstáculo para esta cancelación que, con arreglo al artículo 92 de la Ley del Registro Civil, y a salvo las excepciones contenidas en los tres artículos siguientes, las inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme en juicio ordinario, porque respecto de las anotaciones, en congruencia con su menor eficacia (cfr. arts. 38 LRC y 145 RRC), rige un principio distinto. En efecto, el artículo 147 del Reglamento del Registro Civil establece una regla de aplicación preferente, permitiendo que las anotaciones puedan ser rectificadas y canceladas en virtud de expediente gubernativo en que se acredite la inexactitud, lo cual es lo que en este caso sucede.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

2.3 Adquisición de la nacionalidad española por opción.

- La opción a la nacionalidad española por razón de patria potestad no es posible cuando no queda debidamente acreditado que la optante haya estado sujeta a la patria potestad de una española.**

Resolución de la DGRN de 13 de diciembre de 2000 (2.º).

HECHOS:

En abril de 2000, ante el Registro Civil Central, se solicitó la opción a la nacionalidad española de una menor, nacida el 7 de enero de 1984 en la República Dominicana, alegando estar sometida a la patria potestad de madre española.

Según quedó acreditado, la madre de la menor obtuvo la nacionalidad española por residencia con fecha 21 de enero de 1999; la inscripción de nacimiento de la optante en un Registro dominicano se efectuó transcurridos más de 15 años desde su nacimiento y pocos días después de habersele concedido a la madre la nacionalidad española; dicha inscripción de nacimiento se practicó mediante la simple declaración del padre de la optante, también dominicano, y en ella aparece como hija de padres solteros, cuando según consta en el Registro Civil Central, los progenitores habían contraído matrimonio en la República Dominicana en 1967.

El Juez Encargado dictó acuerdo denegando lo solicitado por considerar que ni el certificado de nacimiento aportado, ni el Registro que lo expidió, reúnen las condiciones y garantías exigidas por los artículos 23 de la Ley del Registro Civil y 85 del Reglamento del Registro Civil.

La promotora interpuso recuso frente a dicho acuerdo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 20 del Código Civil; 15 y 23 de la Ley del Registro Civil; 60, 85, 226 y 227 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 14, 18 y 24 de marzo, 8 y 24 de abril, 12 de junio, 10 de julio, 25 de septiembre y 10 de octubre de 2000.

II. Para que un nacimiento acaecido en el extranjero pueda inscribirse en el Registro Civil español es necesario que aquél afecte a algún ciudadano español (*cfr. arts. 15 LRC y 66 RRC*), pudiendo prescindirse en la tramitación del expediente de inscripción fuera de plazo cuando se presente certificación del asiento extendido en un Registro extranjero, «siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española» (art. 23-2.º LRC), y siempre que el Registro extranjero sea «regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española» (art. 85-1.º RRC).

III. En el presente caso se pretende inscribir un nacimiento acaecido en 1984 en la República Dominicana por virtud de documento dominicano que certifica una inscripción de nacimiento extendida fuera de plazo mediante la sola declaración del padre y sin intervención alguna de la madre.

En esta situación, y sin perjuicio de lo que pudiera decidirse en el expediente de inscripción fuera de plazo a la vista de las pruebas que en él se presenten, hay que concluir que la certificación dominicana aportada no reúne las condiciones exigidas por los artículos 23 de la Ley del Registro Civil y 85 del Reglamento del Registro Civil para dar fe de la filiación materna alegada. Por lo mismo, no puede considerarse acreditado por ahora que la pretendida optante a la nacionalidad española haya estado sujeta a la patria potestad de una española (*cfr.* art. 20 CC).

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado, dejando a salvo lo que pudiera decidirse en el expediente de inscripción fuera de plazo de nacimiento, siempre que en él se justifiquen los requisitos precisos.

2.4 Consolidación de la nacionalidad española.

- De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo, se declara tal consolidación por posesión de estado a favor de un saharaui que residía en el Sahara entre 1976 y 1977.

Resolución de la DGRN de 23 de junio de 2000 (1.º).

HECHOS:

Ante el Registro Civil de su domicilio en España, con fecha 23 de noviembre de 1998, el promotor declaró haber nacido en el antiguo Sahara español, el 15 de julio de 1953, de padres también allí nacidos, y solicita sea declarada con valor de presunción su nacionalidad española de origen.

Según quedó acreditado, el promotor trabajó para una empresa española y, en febrero de 1976, regresó al Sahara donde se incorporó a los campamentos de refugiados saharauis. Entre los documentos aportados se incluye partida de nacimiento, fotocopia del Libro de Familia y del pasaporte españoles, informe de vida laboral emitido por la Seguridad Social española, certificado de estar incluido en el censo del Gobierno General del Sahara y certificado de los servicios prestados del Ministerio de Administraciones Públicas.

Antes de que el Juez Encargado adoptase acuerdo sobre esta solicitud, el promotor obtuvo la nacionalidad española por residencia, por lo que aquél dictó auto desestimando la pretensión formulada al tener ya el interesado concedida la nacionalidad que reclama.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 18 y 24 del Código Civil; 67 y 96 de la Ley del Registro Civil, 232, 335 y 338 del Reglamento del Registro Civil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998; el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, y las Resoluciones de 9 de septiembre y 4 de diciembre de 1999, y de 1 y 7 de marzo de 2000.

II. El recurrente, cuyo nacimiento consta inscrito en el Registro Civil de la antigua posesión española en el Sahara, solicita se declare que tiene la nacionalidad española de origen, con fundamento, entre otros argumentos, en la doctrina sentada para el caso particular de otro saharaui por la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998.

Ahora bien, aun reconociendo la dificultad –no apreciada por dicha Sentencia– de conceder eficacia retroactiva al artículo 18 del Código Civil, dando trascendencia a una posesión y utilización de la nacionalidad española derivadas de actos muy anteriores a la Ley de 17 de diciembre de 1990, que introdujo ese artículo, lo cierto es que en el caso presente concurren circunstancias específicas que permiten aplicar al caso la doctrina de aquella sentencia, pues suponen una coincidencia notable con el supuesto de hecho singular contemplado en la decisión del Tribunal Supremo.

III. La primera de estas circunstancias es que está suficientemente probado que el interesado no estaba incluido en ninguno de los dos supuestos en los que, en función de su residencia y en razón de determinada documentación, se permitía a los naturales saharauis el derecho de optar a la nacionalidad española en los términos y plazo establecidos en el Real Decreto de 10 de agosto de 1976. En efecto, durante todo el período de tiempo en que estuvo en vigor el citado Real Decreto, el promotor no residía en España ni en el extranjero, sino en el Sahara y, por tanto, no pudo optar por la nacionalidad española en el plazo de un año, al amparo de esta disposición.

IV. La segunda de las circunstancias apuntadas consiste en que el promotor ha acreditado suficientemente la posesión y utilización continuada de la nacionalidad española. En efecto, siguiendo la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998, los documentos administrativos expedidos por las autoridades españolas deben considerarse como signos de posesión de estado y, por tanto, ser tenidos en cuenta como medios de prueba. La admisión de esta documentación española, no obstante haber quedado la misma anulada y desprovista de todo valor conforme a la Disposición Final Segunda del repetido Real Decreto (cuya validez no ha sido puesto en duda), hay que entenderla como corolario de la aplicación retroactiva del artículo 18 del Código Civil efectuada por el alto tribunal en la sentencia que se cita.

En cualquier caso, y sin entrar a valorar la oportunidad o no de la admisión de tales pruebas, es evidente que, con base en las mismas, el promotor reúne los requisitos que para la consolidación de la nacionalidad establece el artículo 18 del Código Civil, máxime en el caso presente en el que, además, el interesado ha obtenido la nacionalidad española por residencia (de diez años), lo que no es un hecho incompatible con el ahora descubierto, en cuanto a su nacionalidad española de origen.

La Dirección General acordó estimar el recurso y ordenar que en la inscripción de nacimiento del interesado se haga constar, por anotación, que ostenta la nacionalidad española de origen con valor de simple presunción.

2.5 Recuperación y consolidación de la nacionalidad española.

- Para recuperar la nacionalidad española, ésta ha de haberse ostentado antes *de iure*.

- **No prospera la consolidación de la nacionalidad española por un saharaui que, a diferencia del caso de la STS de 28 de octubre de 1998, residía en España durante la vigencia del Real Decreto de 10 de agosto de 1976.**

Resolución de la DGRN de 1 de marzo de 2000 (1.º).

HECHOS:

Ante el Registro Civil de su domicilio en F. (España), el 16 de mayo de 1995, el promotor, nacido en el antiguo Sahara español, promovió expediente para la recuperación de la nacionalidad española de origen. Según declaraciones del promotor, lleva residiendo en F. desde hace más de treinta años, y la pérdida de su nacionalidad española fue debida a no haber hecho uso del derecho concedido por el Real Decreto de 10 de agosto de 1976. Acompañaba a su solicitud, entre otros documentos, fotocopia del DNI, expedido en 1967, de la cartilla de la Seguridad Social y del Libro de Familia, así como certificado del padrón del Municipio de F., donde reside.

La Juez Encargada propuso elevar el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual procedió a su devolución al Registro Civil de origen por entender que el promotor no estaba documentado con residencia legal en España, y que la situación de los naturales del Sahara en relación con la nacionalidad española fue abordada por el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, concediendo a los naturales del Sahara, provistos de determinada documentación española, un especial derecho de opción a la nacionalidad española, quedando quienes no hicieron uso de ese derecho totalmente desvinculados de España.

El promotor recurrió frente a la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual remitió de nuevo las actuaciones al Registro Civil del domicilio de aquél, haciendo constar: 1.º) Que el Sahara nunca fue territorio español a efectos de adquisición de la nacionalidad española, ni sus habitantes fueron españoles en sentido estricto, sino que aquel territorio se entendía sometido a la soberanía española y sus habitantes súbditos españoles, pero no nacionales, y 2.º) Que no procede la recuperación de la nacionalidad española puesto que nunca la ha ostentado. La situación de los naturales del Sahara en relación con la nacionalidad española fue abordada por el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, en los términos antes expuestos.

El promotor presentó recurso de reposición ante la Dirección General de los Registros y del Notariado frente a la resolución denegatoria. La Dirección General devolvió una vez más las actuaciones al Registro Civil, por entender ser competencia del mismo.

El Juez Encargado dictó autor por el que desestimó el recurso de reposición. El promotor presentó recurso de apelación frente a dicho auto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 18, 22 y 26 del Código Civil; 46, 64 y 96 de la Ley del Registro Civil; 226 a 229, 335, 338 y 340 del Reglamento del Registro Civil; la Ley 40/1975, de 19 de noviembre; el Real Decreto 2258/1976, de

10 de agosto; la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998, y las Resoluciones de 23 y 2 de marzo, 20 de mayo, 9 y 3 de septiembre, 1, 4 y 15 de diciembre de 1999, y 21 y 26 de febrero de 2000.

II. Para poder recuperar la nacionalidad española es necesario acreditar suficientemente que el interesado ha ostentado *de iure* dicha nacionalidad en un momento anterior. Esta justificación no se ha proporcionado en este caso, en el que se trata de un saharaui nacido en 1938, porque los naturales del Sahara no eran, por este solo concepto, nacionales españoles, sino súbditos de España que se beneficiaban de la nacionalidad española, por más que de ciertas disposiciones anteriores al abandono por España de ese territorio pudiera deducirse otra cosa. Entender que los saharauis no eran españoles es la conclusión que se deduce, sin duda, de la Ley de 19 de noviembre de 1975 y del Real Decreto de 10 de agosto de 1976, porque este último concedió a los naturales del Sahara un derecho a optar por la nacionalidad española, que el recurrente no ejercitó en su momento oportuno.

III. Es cierto que, dada la intervención en las actuaciones del Encargado del Registro Civil del recurrente, las confusas actuaciones seguidas podrían enfocarse como una declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción (*cfr.* arts. 96-2.º LRC y 335 y 338 RRC), a través de la invocación de que el promotor ha consolidado la nacionalidad española (*cfr.* art. 18 CC) por su posesión y utilización por más de diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, luego anulado. Para un caso particular, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 así lo ha admitido. Ahora bien, la aplicación de la doctrina de esta sentencia parte de la idea de que la consolidación de la nacionalidad española pudo beneficiar a un saharaui que, en el plazo de un año en el que estuvo vigente la opción a la nacionalidad española del Real Decreto citado en 1976, residiera en el territorio del Sahara, cuando en el caso actual, según resulta de diversas manifestaciones del interesado, éste residía en España en las fechas indicadas, por lo que pudo optar en su momento y, si no lo hizo, ya no puede hacerlo ahora, ni consolidar la nacionalidad española poseída de hecho. Queda a salvo que el interesado pueda obtener la nacionalidad española por residencia o por carta de naturaleza.

La Dirección General acordó desestimar el recurso.

3. MATRIMONIO

3.1 Autorización de matrimonio civil.

- **El extranjero divorciado en el extranjero tiene capacidad para contraer matrimonio, sin que sea preciso el trámite de *exequatur* en la sentencia de divorcio.**

Resolución de la DGRN de 6 de noviembre de 2000 (1.º).

HECHOS:

Con fecha 31 de julio de 2000, el promotor, de nacionalidad española, y la promotora, solicitaron ante el Registro Civil de su domicilio autorización

para contraer matrimonio civil. Según quedó acreditado, la promotora había contraído un anterior matrimonio en Cuba, disuelto por posterior sentencia de divorcio dictada por autoridad judicial cubana.

La Juez Encargada dictó auto por el que denegaba la autorización solicitada, fundado en que la sentencia de divorcio dictada por un Tribunal extranjero sólo produce efectos en el Ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento mediante el correspondiente *exequatur* del Tribunal Supremo.

La promotora interpuso recurso frente a dicho auto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, al cual se adhirió el Ministerio Fiscal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9 y 107 del Código Civil y 84 del Reglamento del Registro Civil.

II. La capacidad para contraer matrimonio de un extranjero se rige por su estatuto personal, determinado por la ley nacional (art. 9-1.º CC). En el presente caso está acreditado por la documentación presentada que la interesada, nacional cubana, es de estado civil divorciada, según sentencia firme dictada en Cuba, por lo que, en principio, no hay dificultad alguna para su matrimonio civil con un español.

III. No debe inducir a confusión que el artículo 107-2.º del Código Civil establezca que las sentencias de divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque esta exigencia del *exequatur* de la sentencia extranjera de divorcio ha de entenderse limitada a sentencias extranjeras que afecten a ciudadanos españoles o a matrimonios previamente inscritos en el Registro Civil español, lo que no ocurre en el presente caso. Como señala el artículo 84-1.º del Reglamento del Registro Civil, no es necesario que tengan fuerza directa en España las sentencias extranjeras que determinen o completen la capacidad para el acto inscribible. La sentencia de divorcio cubana tiene pleno valor probatorio para acreditar la capacidad matrimonial de la ciudadana cubana.

La Dirección General acordó estimar el recurso y revocar el auto apelado, declarando que el obstáculo apreciado no impide la autorización del matrimonio.

3.2 Autorización de matrimonio civil.

- Se autoriza el que quieren celebrar en España una colombiana y un español, puesto que no hay motivos bastantes para deducir la simulación.

Resolución de la DGRN de 16 de diciembre de 2000 (1.º).

HECHOS:

El 14 de septiembre de 2000, el promotor, español y la promotora, de nacionalidad colombiana y domiciliada en España, solicitaron ante el Registro Civil competente la oportuna autorización para contraer matrimonio civil.

De las correspondientes audiencias reservadas con cada uno de los interesados, resultó que ambos declararon haber comenzado a vivir juntos en el propio mes de septiembre, pero no coinciden en cuanto a la fecha en que una y otro afirman haberse conocido, y la promotora desconoce el nombre y las señas de la empresa en que trabaja su novio, así como los estudios y las aficiones de éste.

El Juez Encargado dictó auto denegando lo solicitado, ya que, de lo manifestados en las audiencias reservadas, se desprende que lo pretendido con el proyectado matrimonio es la obtención de unos fines distintos, como son la residencia legal o la nacionalidad española del contrayente extranjero.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de Derechos Civiles y Políticos; la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos; los artículos 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 73, 74 y 1253 del Código Civil; 238 y 245, 246 y 247 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995, y las Resoluciones de 8 y 10 de julio, 4 y 27 de septiembre, 16 y 20 de octubre, 14 y 25 de noviembre y 4 y 7 de diciembre de 2000.

II. Dentro de la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio civil, existe un trámite esencial e imprescindible (*cfr.* Instrucción de 9 de enero de 1995, norma 3.º), como es la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el Instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (*cfr.* art. 246 RRC).

III. La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos –especialmente en los matrimonios entre español y extranjero– en cuanto que por él puede, en ocasiones, descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (*cfr.* arts. 45 y 73-1.º CC).

Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo, normalmente, pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (art. 1253 CC).

IV. En este caso concreto, los hechos comprobados no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. Las relaciones entre los promotores se encuentran acreditadas por medio de los respectivos certificados de empadronamiento, de los que

resulta su común domicilio (*cfr.* art. 16 Ley 7/1985, de 2 de abril, sobre Bases del Régimen Local en su redacción por la Ley 4/1996, de 10 de enero), y ambos han manifestado un conocimiento bastante de sus respectivas circunstancias personales. El desconocimiento, que ha mostrado ella en su declaración, sobre algunos detalles personales de él no son motivo suficiente para la denegación, ya que para apreciar la existencia de fraude hay que contar con más datos objetivos relevantes, siendo así que tanto en la fecha y modo en que iniciaron sus relaciones, como en otros muchos extremos relativos a circunstancias personales y familiares, ha habido en sendas declaraciones reservadas una amplia coincidencia, debiendo prescindirse de los motivos particulares que inducen a los promotores para fundar una familia, pues su indagación invadiría la esfera de su intimidad personal, constitucionalmente protegida.

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar el auto apelado y declarar que no hay obstáculo para que el Juez Encargado apruebe la autorización del matrimonio.

3.3 Autorización de matrimonio civil.

- Se deniega la autorización para que dos extranjeros contraigan matrimonio civil en España por falta de verdadero consentimiento matrimonial.

Resolución de la DGRN de 22 de diciembre de 2000 (2.º).

HECHOS:

Ante el Registro Civil de su lugar de residencia en España, la promotora, de 71 años de edad, con doble nacionalidad, italiana y argentina, y el promotor, de 30 años de edad y nacionalidad rusa, solicitaron autorización para contraer matrimonio civil.

Del trámite de audiencia personal y reservada a cada promotor, resultan una serie de hechos significativos, cuáles son la discrepancia sobre el piso en que van a vivir; la creencia de ella sobre el trabajo de él, cuando éste manifiesta que no trabaja; la creencia de él sobre que ella tiene sólo un hermano, cuando tiene nueve, y las dificultades de comunicación entre ellos por ignorancia de los respectivos idiomas.

La Juez Encargada dictó auto por el que denegaba la autorización para celebrar el matrimonio proyectado por los interesados fundado en la falta de consentimiento matrimonial.

Los promotores presentaron recurso frente a dicho auto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, sobre

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de Derechos Civiles y Políticos; 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 73, 74 y 1253 del Código Civil; 238 y 245, 246 y 247 del Reglamento del Registro Civil; la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos; la Instrucción de 9 de enero de 1995, y las Resoluciones de 4, 8 y 27 de septiembre y 4 de diciembre de 2000.

II. Dentro de la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio civil, existe un trámite esencial e imprescindible (*cfr.* Instrucción de 9 de enero de 1995, norma 3.^a), como es la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el Instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (*cfr.* art. 246 RRC).

III. La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos –especialmente en los matrimonios entre español y extranjero– en cuanto que por él puede, en ocasiones, descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (*cfr.* arts. 45 y 73-1.^º CC).

Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo, normalmente, pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (art. 1253 CC).

IV. En el presente caso, en el que se pretende un matrimonio entre un ruso y una italiana, en el trámite de la audiencia personal y reservada de los promotores, éstos han puesto de manifiesto una serie de contradicciones relevantes, así como un claro desconocimiento mutuo, a lo que hay que unir la notable diferencia de edad entre ellos, todo lo cual ha llevado al Ministerio Fiscal y al Juez Encargado a deducir la inexistencia de verdadero consentimiento matrimonial. Su deducción no puede tildarse de ilógica o arbitraria y siempre ha de tenerse en cuenta que, por razones de inmediación, las personas que han presenciado las manifestaciones de los interesados son quienes están en mejores condiciones para apreciar una posible simulación.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

3.4 Dispensa de edad para contraer matrimonio.

– No se concede la dispensa de edad, vista la oposición del padre y del Ministerio Fiscal.

Resolución de la DGRN de 29 de abril de 2000 (1.^a).

HECHOS:

La promotora, española, de 15 años de edad, solicitó ante el Registro Civil de su domicilio le fuera concedida dispensa para contraer matrimonio civil con don E., ciudadano nigeriano mayor de edad. Tanto la madre de la promotora como don E., manifestaron su conformidad con lo solicitado, pero el padre de la menor se opuso al matrimonio de su hija por considerar que ésta es demasiado joven y que debe continuar sus estudios.

Según quedó acreditado, don E. convive en el domicilio familiar de la menor, cuyos padres se hallan en trámite de separación matrimonial.

La Juez Encargada dictó auto denegando la dispensa de edad por estimar que no existe justa causa para concederla y que es más adecuado para los intereses de la menor.

La promotora presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, alegando que desea contraer matrimonio porque está esperando un hijo de don E., y que las manifestaciones de su padre sólo se deben considerar relativamente, ya que sufre trastornos mentales. El Ministerio Fiscal interesó la confirmación del auto apelado y la desestimación del recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 46, 48 y 75 del Código Civil; 17, 74 y 97 de la Ley del Registro Civil; 260 a 262, 355 y 365 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 30 de noviembre de 1989, y las Resoluciones de 25 de enero y 28 de marzo de 1985, 28 de diciembre de 1987, 7 de abril de 1995, 25 de abril de 1996 y 10 de septiembre de 1997.

II. El menor no emancipado necesita, para contraer matrimonio, obtener la oportuna dispensa de edad que, a partir de los catorce años, la concede el Juez de Primera Instancia Encargado del Registro Civil del domicilio (*cfr.* arts. 48 CC, 17 LRC y 365 RRC) en un expediente registral sometido al régimen de recursos de la legislación del Registro Civil.

III. En el presente caso, la peticionaria ha alegado, como justa causa para la obtención de la dispensa, el estar embarazada y que la oposición de su padre está fundamentada en problemas mentales que éste padece. Tal embarazo, no obstante ser una causa de cierta entidad, no puede por sí sólo ser suficiente para la obtención de dicha dispensa, como tampoco lo pueden ser los supuestos problemas mentales del padre. En efecto, ninguno de los argumentos expuestos por la recurrente está probado y el Encargado debe tratar, con un criterio objetivo, de cerciorarse respecto a la conveniencia del matrimonio para la solicitante. Y es evidente que, para llegar a esa apreciación, debe tener en cuenta, muy especialmente, las manifestaciones de los padres y del Ministerio Fiscal, como defensor nato del menor. Teniendo en cuenta que tanto el padre como el Fiscal consideran que es conveniente que la menor no interrumpa sus estudios y que ambos manifiestan su oposición al pretendido matrimonio, es procedente el criterio del Encargado de entender que no existe justa causa para conceder la dispensa de edad.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

3.5 Dispensa de edad para contraer matrimonio.

- Se concede la dispensa de edad, pese a la oposición del Ministerio Fiscal, porque la menor vive con independencia de los padres, éstos prestan su conformidad al matrimonio y los futuros contraentes disponen de vivienda.**

Resolución de la DGRN de 28 de noviembre de 2000.

HECHOS:

Los promotores solicitaron ante el Registro Civil de su domicilio le fuera concedida dispensa de edad a la hija matrimonial de ambos, de 14 años de edad, a fin de que pueda contraer matrimonio civil con un mayor de edad. Los peticionarios manifestaron que están separados y que la hija vive con su abuela, quien ha puesto un piso a disposición de la nieta para que lo utilice como vivienda una vez se haya casado. Además, tanto el padre como la madre consideran que su hija está preparada para contraer matrimonio y declaran estar conformes con el enlace.

La Juez Encargada dictó auto por el que acordó no haber lugar a conceder la dispensa de edad solicitada, por no apreciarse que exista justa causa para ello.

Los promotores presentaron recurso frente a dicho auto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. El Ministerio Fiscal interesó la confirmación del auto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 48 del Código Civil; 260 y 261 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 25 de enero y 18 de septiembre de 1987.

II. El menor de edad y mayor de catorce años necesita, para contraer matrimonio, obtener la oportuna dispensa de edad, que puede conceder el Juez de Primera Instancia Encargado del Registro Civil de su domicilio, si concurre justa causa.

III. En el presente caso, si se tiene en cuenta que está suficientemente acreditado que la menor vive con independencia de sus padres, que éstos prestan su conformidad al matrimonio y que los interesados disponen de un piso para establecer en él su hogar, no hay motivos para denegar la dispensa por falta de justa causa.

La Dirección General acordó estimar el recurso y conceder a la menor la dispensa de edad solicitada.

3.6 Inscripción de matrimonio civil celebrado en el extranjero.

- No es inscribible el segundo matrimonio de un español divorciado en el extranjero, mientras no se obtenga el *exequatur* de la sentencia de divorcio.**

Resolución de la DGRN de 9 de febrero de 2000 (1.º).

HECHOS:

Al promotor, español de origen, nacido en 1953, le fue concedida también la nacionalidad sueca, si bien conservó la española, puesto que, con fecha 16 de septiembre de 1987, ante el Encargado del Registro Civil Consular de la Embajada de España en Estocolmo, declaró su voluntad de conservar la nacionalidad española.

Con fecha 27 de diciembre de 1988, como ciudadano sueco, contrajo matrimonio que fue, posteriormente, disuelto mediante sentencia firme de divorcio, dictada el 25 de julio de 1990 por Tribunal judicial sueco. El día 18 de septiembre de 1996, este mismo señor contrajo un segundo matrimonio en R. (Marruecos), con ciudadana marroquí. En el acta matrimonial marroquí correspondiente consta la celebración de matrimonio entre un nacional sueco y una nacional marroquí.

Con fecha 26 de agosto de 1998, el esposo solicitó, ante el Registro Civil de M. (España), la inscripción de su segundo matrimonio.

Trasladas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez Encargado dictó auto por el que se denegaba la inscripción instada, en tanto no se inscriba en el Registro Civil el primer matrimonio contraído por el promotor español, así como el posterior divorcio, previo el correspondiente *exequatur* de la sentencia extranjera de divorcio, otorgado por el Tribunal Supremo.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 46, 73 y 107 del Código Civil; 23 de la Ley del Registro Civil; 85 y 256 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 14 de mayo, 4 y 8 de junio y 19 de octubre de 1998 y 22 de mayo de 1999.

II. El recurrente, español de origen y del que consta formuló declaración de conservación de la nacionalidad española el 16 de septiembre de 1987, contrajo matrimonio en Suecia el 27 de diciembre de 1988, que no se inscribió en el Registro Civil Consular, que fue disuelto por divorcio en 1990 mediante sentencia dictada por un juez sueco.

III. Para permitir ahora la inscripción de su segundo matrimonio, no influye el hecho de que el interesado hubiera obtenido en Suecia sentencia de divorcio del primer matrimonio, porque esta sentencia, tratándose de un español, no produce efectos en España mientras no se obtenga su reconocimiento a través de *exequatur* ante la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (cfr. art. 107-2.^º CC). Hasta entonces, el primer matrimonio subsiste y la inscripción del segundo queda impedida por existir, al menos formalmente, el impedimento de ligamen.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

3.7 Inscripción de matrimonio civil celebrado en el extranjero.

- No es inscribible en el Registro Civil el matrimonio poligámico celebrado en el extranjero por el rito musulmán.**

Resolución de la DGRN de 14 de diciembre de 2000.

HECHOS:

Don E., senegalés de origen, contrajo un primer matrimonio con ciudadana senegalesa en Senegal, en el año 1976, conforme al rito musulmán; dicho matrimonio no fue inscrito en ningún Registro ni convalidado civilmente en aquel país. Con fecha 10 de septiembre de 1988, dicho señor contrajo nuevo matrimonio, con otra ciudadana senegalesa, que fue celebrado también en Senegal y por el rito musulmán.

Con fecha 31 de marzo de 2000, don E. obtuvo la nacionalidad española por residencia, procediendo seguidamente a solicitar, ante el Registro Civil Central, la inscripción de su segundo matrimonio.

El Juez Encargado dictó auto por el que denegaba lo solicitado, debido a que, en el momento de celebrarse el matrimonio cuya inscripción se insta, el esposo estaba ligado por un anterior vínculo matrimonial no disuelto.

El promotor presentó recurso frente a dicho auto ante la DGNR, alegando que el primer matrimonio, celebrado por el rito musulmán y no inscrito en ningún Registro, no fue convalidado civilmente en su país, por lo que dicho matrimonio, a efectos legales, es nulo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 8, 9, 12 y 65 del Código Civil; 15, 16, 23 y 35 de la Ley del Registro Civil; 12, 66, 68, 256, 257 y 258 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 8 de abril, 30 de septiembre y 2 de noviembre de 1999.

II. Cuando una persona adquiere la nacionalidad española, su matrimonio anterior subsistente, celebrado en el extranjero, ha de inscribirse, en principio, en el Registro Civil español (*cfr.* art. 66-1.º RRC). La inscripción requiere, en todo caso, además del título documental oportuno o de un expediente (*cfr.* arts. 256 y 257 RRC), que el enlace sea válido para el ordenamiento español.

III. El matrimonio poligámico cuya inscripción se intenta, se celebró en 1988, cuando consta también acreditado por la declaración del promotor que había celebrado un matrimonio anterior, en el año 1976, que hay que presumir válido y subsistente.

Aunque el segundo enlace sea válido para el ordenamiento senegalés y, en principio, hay que aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (*cfr.* art. 12-3.º CC), que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer.

No puede admitirse que en una inscripción de matrimonio, en el Registro español, conste que uno de los contrayentes ya estaba casado cuando se celebró el enlace. Recuérdese que el estado civil de cada contrayente en ese momento es un dato obligado en la inscripción de matrimonio (*cfr.* arts. 35 LRC y 12 RRC).

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

3.8 Inscripción de matrimonio civil celebrado en el extranjero.

- **Se inscribe el matrimonio de una española y un dominicano, celebrado en la República Dominicana, porque no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.**

Resolución de la DGRN de 6 de noviembre de 2000 (2.º).

HECHOS:

Con fecha 2 de marzo de 2000, la promotora, de nacionalidad española, solicitó ante el Consulado General de España en S. D. (República Dominicana), la inscripción de su matrimonio con ciudadano dominicano, celebrado el 17 de diciembre de 1999 en aquel país y conforme a la *lex loci*.

Según resulta del trámite de audiencia reservada a cada uno de los promotores, las relaciones entre ellos no se han limitado a unos pocos días, sino que han tenido una duración más prolongada en el tiempo (desde octubre de 1999), siquiera por vía telefónica, además de la relación personal mantenida durante los breves períodos de permanencia de ella en la República Dominicana. Pese a ello, en las declaraciones del contrayente se aprecian imprecisiones sobre algunas cuestiones concretas, como la fecha exacta de nacimiento de su esposa.

El Cónsul General de España en S. D. acordó denegar la inscripción de matrimonio solicitada, por considerar que no existe verdadero consentimiento matrimonial, como lo demuestran, entre otros datos, la falta de convivencia y desconocimiento mutuo, tratándose de un negocio jurídico simulado con objetivos económicos y migratorios irregulares.

La promotora presentó recurso frente a dicho acuerdo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de Derechos Civiles y Políticos; la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de

lucha contra los matrimonios fraudulentos; los artículos 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 73, 74 y 1253 del Código civil; 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 54, 85, 245, 246, 247, 256, 257 y 354 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995, y las Resoluciones de 3 y 13 de enero, 3 de marzo, 25 y 4 de abril, 22 y 25 de mayo, 6 de junio, 4 de septiembre, 11, 16, 20 y 25 de octubre de 2000.

II. No sólo en el expediente previo a la celebración del matrimonio civil, a través del trámite de audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente (art. 246 RRC), sino también cuando se intenta inscribir en el Registro Civil español un matrimonio ya celebrado en el extranjero mediante la certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (art. 256-3.º RRC), es deber del Encargado cerciorarse de la inexistencia de impedimentos u obstáculos legales que provoquen la nulidad del matrimonio.

Especialmente para evitar la inscripción de los llamados matrimonios de complacencia, en los que el verdadero propósito de las partes no es ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero, facilitando su situación en relación con los requisitos de entrada y permanencia en España, el Encargado debe calificar, a través de las declaraciones complementarias oportunas que integran el título inscribible (cfr. art. 256 RRC), si ha habido verdadero consentimiento matrimonial o si, por el contrario, se trata de un matrimonio simulado, nulo por la ausencia de dicho consentimiento matrimonial.

III. Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo, normalmente, pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (art. 1253 CC).

IV. En el presente caso, los hechos comprobados por medio de esas declaraciones complementarias oportunas, no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. Los esposos iniciaron sus relaciones en octubre de 1999 y, ciertamente, existe alguna imprecisión en la declaración del contrayente sobre algún aspecto concreto, como la fecha exacta de nacimiento de su esposa, pero en el conjunto de las respuestas dadas durante la audiencia reservada realizada, ha demostrado tener un suficiente conocimiento de sus datos personales y familiares. Además, ha quedado acreditado que, después de la celebración del matrimonio, en diciembre de 1999, se ha mantenido la relación telefónica entre ellos de forma frecuente y periódica.

V. Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9-2.^a de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar (aquí inscribir) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa. Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del

matrimonio (*cfr.* art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario, en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto».

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar el auto apelado y ordenar que se inscriba el matrimonio.

3.9 Inscripción de matrimonio civil celebrado en el extranjero.

- **No es inscribible el matrimonio de una española y un dominicano, celebrado en la República Dominicana, pues se trata de un matrimonio «de complacencia», nulo por simulación.**

Resolución de la DGRN de 26 de diciembre de 2000 (3.º).

HECHOS:

Ante el Consulado General de España en S. D. (República Dominicana), el 31 de marzo de 2000, el promotor, de 21 años de edad, con nacionalidad dominicana y residente en aquel país, y la promotora, de 34 años de edad, española y residente en España, solicitaron la inscripción de su matrimonio, celebrado el día 27 de marzo de 2000, conforme a la *lex loci*, en la República Dominicana.

Del trámite de audiencia personal y reservada a cada uno de los contrayentes, resultó que él desconoce los siguientes datos relativos a su esposa: fecha y lugar de nacimiento, domicilio y teléfono en España, fecha de su matrimonio, así como las fechas en que ella ha viajado a la República Dominicana después de que se conocieron. Igualmente, el promotor manifestó que desea residir en España porque «se puede encontrar mejor trabajo» y que, «para viajar a España, le dijeron que tenía que casarse para que todo saliera mejor».

El Encargado del Registro Civil Consular en S. D. dictó resolución denegando la inscripción solicitada, al estimar que no existe verdadero consentimiento matrimonial, sino que lo que se pretende es dar apariencia a un negocio jurídico simulado con objetivos económicos y migratorios irregulares.

La promotora presentó recurso frente a dicho acuerdo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de Derechos Civiles y Políticos; la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos; los artículos 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 49, 56, 65, 73 y 1253 del Código Civil; 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 54, 85, 245, 246, 247, 256, 257 y 354 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995, y las Resoluciones de 24 de julio, 27 de septiembre, 5 y 25 de octubre, y 8 de noviembre de 2000.

II. El matrimonio de complacencia es, indudablemente, nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (*cfr.* arts. 45 y 73-11.º CC). Para evitar, en la medida de lo posible, la existencia aparente de estos matrimonio y su inscripción en el Registro Civil, la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó, en su momento, la Instrucción de 9 de enero de 1995, dirigida a impedir que algunos extranjeros obtengan la entrada en España, o regularicen su estancia en ella, por medio de un matrimonio simulado con ciudadanos españoles.

III. La citada Instrucción trata de evitar que esos matrimonios fraudulentos lleguen a celebrarse dentro del territorio español, recordando la importancia que, en el expediente previo a la celebración del matrimonio civil, tiene el trámite de audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente (art. 246 RRC), como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el enlace (*cfr.* arts. 56-1.º CC; 245 y 247 RRC), entre ellos la ausencia de consentimiento matrimonial.

Pues bien, análogas medidas deben adoptarse cuando se intenta inscribir, en un Registro Consular o en el Central, un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la *lex loci*. El Encargado debe comprobar si concurren los requisitos legales, sin excepción alguna, para la celebración del matrimonio (*cfr.* art. 65 CC), y esta comprobación, si el matrimonio consta por «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (art. 256 RRC), requiere que, por medio de la calificación de ese documento y «de las declaraciones complementarias oportunas», se llegue a la convicción de que no hay dudas «de la realidad del hecho y de su legalidad, conforme a la ley española». Así lo señala el artículo 256 del Reglamento del Registro Civil, siguiendo el mismo criterio que, para permitir otras inscripciones sin expediente y en virtud de certificación de un registro extranjero, establecen los artículos 23-2.º de la Ley del Registro Civil y 85 del Reglamento del Registro Civil.

IV. Esta extensión de las medidas, tendentes a evitar la inscripción de matrimonios simulados, por más que hayan sido celebrados en el extranjero, viene siendo propugnada por la doctrina de la DRGN, a partir de la Resolución de 30 de mayo de 1995, debiendo denegarse la inscripción cuando existan una serie de hechos objetivos, comprobados por las declaraciones de los propios interesados y por las demás pruebas presentadas, de los que sea razonable deducir, según las reglas del criterio humano (*cfr.* art. 1253 CC), que el matrimonio es nulo por simulación.

V. En el presente caso, de los hechos comprobados es una deducción razonable, y en modo alguno arbitraria, entender que el matrimonio es nulo por simulación. Así lo han estimado el Canciller del Consulado en funciones de Ministerio Fiscal (art. 54 RRC) y el Encargado del Registro Consular, los cuales, por su inmediación a los hechos, son quienes más fácilmente pueden apreciarlos y formar su convicción respecto de ellos. Esta conclusión, obtenida en momentos cronológicamente más próximos a la celebración del matrimonio, no quedaría desvirtuada por un expediente posterior, el del artículo 257 del Reglamento del Registro Civil, del cual debe prescindirse por razones de economía procesal (*cfr.* art. 354 RRC), si es que se estima que, además de la vía judicial, quedara abierto este camino ante la denegación adoptada en la calificación efectuada por la vía del artículo 256 del Reglamento del Registro Civil.

La Dirección General acordó desestimar el recurso, dejando a salvo la vía judicial ordinaria.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Llanos CABEDO SERNA, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Antonio JIMÉNEZ CLAR, Carlos ORTEGA MELIÁN, María Begoña RIBERA BLANES, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Ignacio TIRADO MARTÍ, María Luisa VALLÉS AMORÉS**

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. Prescripción y caducidad. Doctrina general.—Son dos figuras jurídicas totalmente diferentes: la prescripción establece un plazo susceptible de interrupción y debe ser alegada por la parte para su estimación judicial mientras que la caducidad no admite interrupción.

Artículo 1472 CC. Plazo de prescripción.—El plazo de seis meses establecido en el artículo 1472 CC es de prescripción y no de caducidad, lo que supone la posibilidad de su interrupción y la necesidad de su alegación de parte. Dicho plazo especial es corto con la finalidad de salvar la eficacia y la validez del contrato de compraventa de bienes inmuebles al que se refiere. (STS de 10 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Colisol, S.A.*, adquirió en documento privado a doña Dolores, doña María y doña Josefa G. S. unas fincas propiedad de las mismas con expresión de su cabida. Al incumplir las vendedoras su obligación de elevar a escritura pública dicho contrato, la mercantil compradora interpuso demanda de menor cuantía por la que suplicaba se declarase válida la compraventa efectuada, se condenara a las vendedoras a otorgar escritura pública, se redujera el precio si se confirmaba reducción en la cabida expresada así como que se condenara al pago de los daños y los perjuicios causados. Las demandadas se opusieron alegando prescripción de la acción ejercitada y formularon reconvenión.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de prescripción alegada contra la demanda y desestimó la reconvenCIÓN. Al interponerse recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia de instancia al estimar la demanda en su petición principal. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (LL. C. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho al honor. Derecho a la libertad de expresión y de información. Colisión entre ambos.—El TS ha declarado de forma reiterada que en el tema de la colisión entre ambos derechos no se puede establecer apriorísticamente los límites entre uno y otro sino que dicha delimitación debe hacerse caso por caso.

Posición prevalente de la libertad de información. Presupuestos.—El Tribunal ha establecido igualmente que el derecho a la libertad de información tiene una posición prevalente frente al derecho al honor siempre y cuando se den los siguientes presupuestos: que la información transmitida sea veraz; que la misma se refiera a asuntos de interés general y que no sobrepase el fin informativo que pretende dando un matiz injurioso. (STS de 5 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J.R.R. interpone demanda de protección civil del derecho al honor contra don A.L.A. por entender que las declaraciones realizadas por éste sobre su persona en un programa radiofónico son injuriosas. Sin embargo, los Tribunales declararon que dichas declaraciones no contenían ningún matiz injurioso sino que eran veraces, se referían a asuntos de interés público y cumplían una finalidad informativa.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia desestimando el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (LL. C. S.)

3. Derecho al honor y libertad de información: colisión entre ambos. Falta de veracidad de la información por no haber sido contrastada conforme a la profesionalidad informativa.—Para resolver la colisión entre dos derechos fundamentales como son el derecho al honor (art. 18 CE) y el derecho a difundir información veraz [art. 20.1, letra d)] ha establecido el TC una doctrina, que es seguida por el TS, conforme a la cual debe darse prevalencia a la libertad de información siempre que dicha información esté referida a asuntos de relevancia pública o interés general, y además, resulte veraz. En concreto y respecto a este segundo requisito, debe entenderse, de acuerdo con las SSTC 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990, 178/1993, 336/1993 y 41/1994, seguidas por SSTS de 20 de diciembre de 1994, 26 de junio de 1996, 5 de febrero, 28 de mayo, 22 de junio, 25 de septiembre, 15 y 25 de noviembre y 31 de diciembre de 1998 y 23 de marzo de 1999, que «una determinada información como veraz, aunque más tarde resulte inexacta, con tal de que se haya observado por el informador el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente

(...). O sea que una información se puede estimar como veraz, cuando conciernen las siguientes circunstancias: *a) que haya sido rectamente obtenida, y b) que con profesionalidad se hayan realizado las oportunas averiguaciones*», lo que no ocurre, a juicio tanto de la Audiencia como del TS, en el presente caso.

De la misma forma, la veracidad no es exigible de todos los extremos que constituyen la noticia o información, sino que debe ir referida al núcleo esencial de la misma, lo que ya había sido reiterado por el TS, entre otras, en SS de 6 de marzo y 30 de diciembre de 1995, 26 de junio de 1996, 13 de febrero de 1997, 28 de mayo de 1998 y 8 de marzo de 1999.

Cuantificación del daño atendiendo a la categoría profesional de los agraviados. Igualdad del mismo dentro de un determinado estamento.—La segunda de las cuestiones que merecen ser resaltadas del presente caso, y que constituye el único motivo acogido por el TS, es el relativo a la fijación de la cuantía de la indemnización que corresponde a los demandantes, una vez que la Audiencia Provincial ha declarado, y el TS mantiene, la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de los mismos. El TS equipara la indemnización dispar que la Audiencia Provincial les había concedido (quince millones a uno y diez a otro), y ello a pesar de que los propios demandantes habían establecido tal discriminación cuantitativa en la propia demanda (pidieron setenta y cinco y cuarenta millones, respectivamente), con el siguiente argumento: «efectivamente, una interpretación correcta de los módulos valorativos de una posible indemnización para el caso de agresión al honor, y aplicables al presente caso, se puede estimar lógica la realizada en la sentencia recurrida —categoría profesional de los afectados, el ámbito territorial en el que vivían y la hora de audiencia en que se emitió la entrevista—; pero, ahora bien, lo que no es lógico que una valoración tan evanescente como es la de fijar la indemnización en estos casos, se pueda dar una valoración distinta, según sea Coronel —mayor indemnización— o Capitán —menor indemnización—, ya que el derecho a ser respetado en el propio honor es igual, dentro de un determinado estamento, cualquiera que sea la graduación o categoría que se tenga u ostente». (STS de 24 de septiembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan Miguel C.S.—C. y don Antonio Rafael L.G. interpusieron demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra la *Cadena Ondas Populares Españolas* (COPE) y contra doña Encarna S.J., locutora radiofónica, sobre protección de los derechos fundamentales de la persona, solicitando se declarase la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes y se condenase a los demandados a pagar una indemnización por el daño ocasionado. La demanda se basaba en una entrevista emitida por aquella cadena en la que un recluta contaba a la locutora la sodomización de que había sido objeto con fuerza y violencia en el centro militar donde estaba cumplimiento el servicio militar por parte de los ahora demandantes, Coronel y Capitán, respectivamente, del mismo. Antes de estas declaraciones, el recluta había interpuesto la correspondiente denuncia penal, que fue sobreseída con posterioridad a la emisión de la entrevista por haberse demostrado que tales acusaciones eran falsas. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia la desestimó íntegramente.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso interpuesto y con revocación parcial de la anterior declaró la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes y condenó a los demandados a indemnizarles solidariamente con la cantidad de quince millones de pesetas para don Juan Miguel y de diez millones para don Antonio Rafael. Interpuesto recurso de casación, el TS lo estimó parcialmente en el sentido de fijar igual indemnización para los dos demandantes.

NOTA.—En la sentencia que nos ocupa se mantiene intacta la afirmación que hiciera la Audiencia Provincial de Madrid acerca de la falsedad de la información; en concreto, se concluye que la información no es veraz porque no ha sido adecuadamente contrastada conforme a la profesionalidad informativa, a los efectos de dar prevalencia al derecho al honor sobre la libertad de información. Sin embargo, parece más correcta la postura adoptada en el Voto Particular que los Magistrados don Antonio Gullón y don Xavier O'Callaghan hacen a la presente sentencia, disintiendo del parecer de la mayoría. La información debió reputarse veraz, al menos en el momento en que se produce: se había interpuesto una denuncia sobre los posibles abusos ocurridos en un cuartel en ocasión de hallarse el denunciante efectuando el servicio militar, se habían relatado también en la revista *Interviú* con nombres y apellidos y en la entrevista que dio origen al proceso el recluta volvió a reiterarlos como ciertos y veraces, limitándose la reportera a recogerlos y afirmar su deseo de que la justicia recayera sobre los culpables.

Estos hechos fueron declarados con posterioridad falsos, pero, como dicen los firmantes del Voto Particular: «Ahora bien, que las imputaciones a los actores fueron falsas, carentes de toda base objetiva, no puede generar ninguna responsabilidad para las demandadas en un programa que se emite meses antes del descubrimiento de la falsedad (...). Así las cosas, en el programa radiofónico no se dieron los nombres que hasta entonces nadie conocía, por lo que carece de todo sentido lógico que se haga responsable al programa por algo que no transmitió y que, entonces, objetivamente era cierto: la imputación a los recurrentes de los denunciados».

Más contundentes son aún las siguientes líneas que se pasan a transcribir: «Claro está que desde un punto de vista utópico cabría negar al periodista la difusión de hechos que se han producido por dos vías: que cuando el asunto estuviera *sub iudice*, no puede hablarse ni comentarse nada más que la sentencia firme que recayera; o bien que se limitara a dar cuenta escueta y simple de lo acontecido (en nuestro caso, lectura de las denuncias) sin poner ni quitar absolutamente nada. Los firmantes de este voto rechazan semejantes limitaciones por contrarias a un estado de Derecho democrático; cercenan la libertad de información hasta límites insospechados, que es la base esencial del pluralismo democrático». (A. G. C.)

4. **Tutela judicial.**—Convocar al pleito por medio de edictos publicados en el Boletín Oficial, al no conocer el hecho del fallecimiento del convocado, no supone una transgresión de la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 24 CE. Se requiere para su alegación la realización de una conducta

procedimental activa. La publicación por edictos evita la situación de indefensión.

Consentimiento de los menores en la celebración de un contrato de compraventa.—Existen tres situaciones que cabe distinguir en cuanto a la prestación del consentimiento por menores en un contrato. En primer lugar, las relaciones jurídicas con menores de edad dotados de discernimiento suficiente que prestan su consentimiento. Estas situaciones no son radicalmente nulas ya que, aunque no posean la capacidad jurídica exigida, sin embargo el consentimiento contractual existe y sus efectos quedan aplazados hasta la mayoría de edad; «se trata de un consentimiento hacia tiempo futuro, ya que al llegar a la mayoría de edad pueden efectuar su ratificación confirmatoria.» El contrato se consideraría anulable, aplicándole el plazo sanatorio de cuatro años del artículo 1301 CC. Idéntica solución hallamos en las situaciones en las que los padres otorguen el consentimiento en nombre de sus hijos sin la autorización judicial (S de 9 de mayo de 1994). Supuesto distinto es el que recoge la celebración del contrato con un menor sin que el mismo preste su consentimiento. El consentimiento inexistente acarrea la nulidad radical del contrato. No cabe confundir el consentimiento prestado por la minoría de edad con la carencia o falta del mismo, que invalida la relación jurídica (SS de 28 de abril de 1977, 4 de abril de 1984, 1 de febrero de 1986 y 2 de junio de 1989). El plazo de cuatro años procede para los casos en los que se ha prestado consentimiento, ya que concurren los requisitos del artículo 1261 CC. La relaciones afectadas con la nulidad radical no pueden convalidarse por el transcurso del tiempo.

Confirmación tácita del contrato celebrado con menor.—Un negocio plenamente nulo e inexistente, por ausencia de consentimiento del menor no es susceptible de ser convalidado posteriormente al alcanzar la mayoría de edad. La confirmación, según reiterada doctrina jurisprudencial, aparece únicamente en negocios cuyo vicio no impide su existencia, saneándolos la convalidación con efectos retroactivos (SS de 14 de diciembre de 1940, 7 de julio de 1944 y 25 de junio de 1946).

Venta de cosa común.—La transmisión de un bien común sólo es posible con el acuerdo unánime de los condoninos, siendo afectada la venta con la nulidad radical (SS de 6 de mayo de 1958, 23 de junio de 1976, 11 de noviembre de 1991). (STS de 21 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró en 1965 contrato de compraventa en documento privado entre doña Ana y una de sus hijas menor de edad y los compradores don Willy y doña Margaret, que resultó encontrarse fallecida, sin comunicarlo su marido a lo largo del proceso. En el contrato se estipuló una cláusula que aclaraba que los hijos de doña Ana (todos ellos menores de edad) se hallaban de acuerdo con la venta realizada, y en prueba de ello firmaba la mayor, también menor de edad. Los compradores demandan ante el Juzgado de Primera Instancia otorgamiento de escritura pública, a la que se acumula la de los vendedores solicitando la nulidad del contrato de compraventa realizado. El Juez desestimó la demanda de otorgamiento y estimó la acumulada pidiendo la nulidad de la venta de bienes de menores. La Audiencia confirmó la desestimación, y respecto a la sentencia estimatoria, suprimió el pronunciamiento relativo a la devolución de parte del precio que deja impre-

juzgada. El TS desestimó el recurso interpuesto por los primeros demandados. (P. S. S.)

5. Incapacitación. Extensión y límites.—Cabe declararla parcial sometiendo al incapaz a un régimen de tutela respecto de los actos que excedan de la administración ordinaria de sus bienes y de los de disposición y gravamen de los mismos. La sentencia de incapacidad debe concretar cuales son los actos que quedan prohibidos al incapaz sin que pueda utilizar términos ambiguos o vagos. (STS de 26 de julio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El recurrente es declarado incapaz en primera instancia de forma parcial. En el orden personal, se le declara incapaz para las actividades que superen las suyas habituales y en el orden patrimonial para aquellos actos que el tutor no puede realizar sin autorización judicial, remitiéndose la sentencia a los artículos correspondientes del Código civil. El incapaz recurre en apelación y posteriormente en casación.

El TS declaró haber lugar parcialmente al recurso, casó y anuló parcialmente la sentencia recurrida estableciendo un régimen de tutela limitado a actos que excedan la administración ordinaria de los bienes y a los de disposición y gravamen de los mismos, eliminando la mención de incapacidad parcial en el orden personal. (LL. C. S.)

6. Incapacitación. Medios de prueba.—La incapacitación tal y como está regulada hoy en el Código civil, actúa restringiendo o anulando la capacidad de obrar de las personas físicas y no limitando su capacidad jurídica. «En todo procedimiento de incapacitación está en juego nada menos que la pretendida negación a un ciudadano o ciudadana mayor de edad de su capacidad para regir su persona y administrar sus bienes del modo que tenga por conveniente (STS de 30 de diciembre de 1995)». La capacidad de las personas físicas es un atributo de la personalidad, no obstante cabe su restricción y control «por disposición expresa de la ley, mediante las que han sido llamadas circunstancias modificativas de la capacidad, *al presumirse siempre la capacidad mental mientras no se demuestre lo contrario, por los medios procesales legales arbitrados, observancia de las garantías constitucionales y con base en pruebas concluyentes y rotundas en contrario, que conforman probanzas directas*, dada la trascendencia de la resolución en cuanto priva a la persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial (SSTS de 19 de febrero de 1996 y 19 de mayo de 1998)». Por lo tanto, «es un principio general indiscutido que la capacidad de las personas se presume siempre, mientras que su incapacidad, en cuanto excepción debe ser probada de modo evidente y completo (SSTS de 22 de agosto de 1970, 31 de octubre de 1928, 27 de mayo de 1959, 11 de junio y 14 de octubre de 1966, 7 de diciembre de 1983, 7 de octubre de 1987, 8 de noviembre de 1989, 4 de enero de 1991, 3 de septiembre de 1996)».

En el proceso de incapacitación «quiebra el principio dispositivo y de aportación de parte, introduciéndose el inquisitivo y la investigación de oficio por parte de los órganos jurisdiccionales, que deben llevar al proceso cualquier medio de prueba destinado a determinar la concurrencia o no de las circunstancias determinantes de la incapacidad (STS de 12 de junio de 1989)». La prueba en el proceso de incapacitación está sometida a la normativa gene-

ral de la LEC, pero al versar éste sobre un tema tan particular –*la libertad propia de los seres humanos*– y no sometido a la disponibilidad de las partes existen también normas procesales especiales. De ahí que en el procedimiento de incapacitación la prueba se pueda considerar contemplada en tres aspectos:

– Prueba practicada a instancia de parte, que se rige por las normas procesales comunes,

– El juez puede acordar de oficio las pruebas que estime pertinentes, puede acordarlas según su prudente arbitrio y practicarlas como mejor proceda, lo cual «les adentra en el proceso, no solo como árbitros y directores del mismo, sino también como activos integrantes que, sin ser propias partes, sí están interesados en la aportación de todo el material preciso probatorio» (STS de 31 de diciembre de 1990), a estos dos aspectos se refiere el último inciso del artículo 208.

– Deber del juez de practicar tres pruebas: examen personal del presunto incapaz (SSTS de 20 de febrero y 12 de junio de 1989, 31 de diciembre de 1991, 16 de febrero de 1996), oír a los parientes más próximos del presunto incapaz (SSTS de 30 de febrero de 1995, 19 de febrero de 1996), finalmente, consultar el dictamen de un facultativo. Las transgresiones de este artículo 208 deben remediararse con la nulidad de las actuaciones a partir del momento donde puede entenderse cometida la infracción por omisión (SSTS de 20 de febrero y 12 de junio de 1989, 20 de marzo y 24 de mayo de 1991).

Límites de la incapacitación.—En la redacción del Código civil anterior a la Ley de 24 de octubre de 1983 se distinguía entre incapacitación plena e incapacitación limitada y, asimismo, entre tutela plena y tutela limitada. Literalmente, el Código únicamente admitía la posible fijación de la extensión y límites de la tutela y del grado mayor o menor de capacidad o incapacidad al referirse a los sordomudos que no pudieran leer ni escribir. Se seguía de ello la regla de que la incapacitación en los casos de locura, demencia y enfermedad mental era una incapacidad plena sin posibilidad alguna de graduación judicial. Sin embargo, la STS de 5 de marzo de 1947 quiebra esta línea doctrinal y reconoce «la graduación de las mismas con mayor o menor amplitud», nueva línea que se repite posteriormente hasta que definitivamente es reconocida en Derecho dispositivo por la reforma de 1983 en donde el artículo 210 otorga a la sentencia un amplio poder de determinación de la extensión y los límites de la incapacitación y el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. La incapacidad no es uniforme, es graduable. El estado civil de incapacitación es uno, sin perjuicio de la diferente amplitud del actuar jurídico del declarado incapaz. Por ello, la sentencia de incapacitación determinará los límites y la extensión de ésta, es decir, si es total o parcial y si la parcialidad es cuantitativa y se refiere a ciertos actos, o bien es parcial cualitativa en el sentido de capacidad restringida, precisando el complemento de capacidad del curador.

Curatela.—Los artículos 286 y 287 fijan las fuentes de la curatela de donde se siguen los tipos de ésta que hoy se recogen: la de los menores (arts. 286 y 288); la de los prodigos (arts. 286, 288, 294 y ss.) y la de los incapacitados (arts. 287, 289 y 290). Lo que diferencia a las dos primeras de la última es su presupuesto: en la de los menores y la prodigalidad se parte de una situación de previa capacidad; en la otra de una declaración oficial de incapacidad. (STS de 16 de septiembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Se promueve demanda de incapacitación de T.S.D. ante el Juzgado de Barbastro que estima en parte la demanda y declara la incapacidad parcial y la sujeción a curatela. Promovido recurso ante la Audiencia Provincial de Huesca se revoca la sentencia declarándose la incapacidad y la sujeción a tutela. El TS da lugar a la casación declarando que el impedimento de la persona sólo alcanza a los actos de disposición del patrimonio para los que necesita el complemento de capacidad del curador.

NOTA.—En este pronunciamiento el TS reitera una doctrina totalmente consolidada en aras a encontrar «un equilibrio entre dos grandes principios: de un lado las garantías legal y judicial de la incapacitación (arts. 199 y 200) y de otro, el principio de graduación judicial de la misma (manifestado especialmente en los arts. 210 y 287) (STS de 31 de octubre de 1994)». Como categoría de producción judicial es una resolución de este tipo la que crea la situación jurídica y el estatuto de persona incapacitada según la tipicidad de causas que reconoce el artículo 200. De los informes periciales emitidos por los facultativos se deduce que el impedimento de la persona no es total, solo parcial en materia patrimonial por lo que se sujeta al incapaz a curatela, debiendo el curador «no suplir la voluntad del afectado, sino reforzarla, controlarla y encauzarla, completando su deficiente capacidad (STS de 31 de diciembre de 1991)», en este caso tendrá la función de complementar la capacidad de los actos de disposición. (M. F. N. C.)

7. Defensor judicial. Diferencias con el representante legal.—El Código civil no permite que un menor o un incapacitado se encuentre falto de alguien que le represente y le ampare. Por ello, se prevé que si nadie ejerce —por la causa que fuere— la tutela o curatela o bien hay oposición de intereses, se nombra un defensor judicial que represente y ampare los intereses del menor o incapacitado. «El defensor judicial es un cargo de nombramiento judicial para un determinado asunto, con las atribuciones que le haya conferido el juez al designarlo, no es un representante del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y por ello cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido (STS 10 de marzo de 1994)».

El defensor judicial es una figura de guarda de los menores e incapacitados cuyas características básicas radican en su temporalidad, subsidiariedad y coexistencia con la presencia bien de la patria potestad, bien de la tutela, bien de cualquiera de los tipos de curatela. Esta concepción del cargo está asimilada por una línea jurisprudencial consolidada. Así la STS de 12 de junio de 1985 afirma que «se trata de una figura presidida por la idea de transitoriedad y de concreta designación para un específico caso ... lo que excluye todo aspecto de institución permanente para la representación del menor».

Supuestos en los que procede el nombramiento del defensor. Inexistencia de contraposición de intereses.—Procede el nombramiento del defensor judicial en tres supuestos diferenciados, dos concretos: existencia de conflicto de intereses (art. 299.1) y no desempeño del cargo (art. 299.2) y otro genérico: los demás casos (art. 293.3). En relación con la sentencia anotada el artículo 162 CC excluye la representación de los padres como manifestación del ejercicio de la patria potestad cuando «exista contraposición de intereses

entre los padres y el hijo», proclamándose por tanto a la designación de un defensor judicial. Sin embargo, «no se puede dar por sentado que en todos los casos en los que intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de su hijo menor, ha de existir siempre una contradicción de intereses (RDGRN 6 de febrero de 1995)». Es decir, la regla general es la representación de los hijos por sus padres, por lo que será necesario demostrar la existencia de un conflicto de intereses para que quede excluida tal representación. En este sentido por contraposición de intereses se entiende, conforme a la STS de 12 de junio de 1985 «cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es en perjuicio del patrimonio de la otra». En el mismo sentido se han pronunciado las SSTS de 6 de octubre de 1934, 30 de octubre de 1961, así como la STSJ de Navarra de 24 de octubre de 1934. A tenor de esta línea jurisprudencial los tribunales establecen reglas que permiten determinar caso por caso cuándo existe contraposición de intereses. Uno de los supuestos más habituales, y para el que existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial, es el que se produce a la muerte de uno de los progenitores debido a la concurrencia del superviviente y de los hijos comunes a la sucesión del fallecido, debiendo liquidar previamente la sociedad de gananciales en su caso. Fuera del ámbito de la liquidación de la sociedad de gananciales y de la sucesión, la jurisprudencia ha tocado el tema de la contraposición de intereses en una serie de cuestiones puntuales, haciendo uso del criterio general, es decir, no existe contraposición de intereses cuando la posición del progenitor y la del hijo se defienden con el mismo tipo de actuaciones, no siendo, por tanto, necesario el nombramiento de un defensor judicial. En este sentido considera el TS que el defensor judicial no es necesario cuando «el menor se halla bajo la protección judicial, como ocurre en el caso ahora planteado, donde se trata de fijar las indemnizaciones a percibir por los menores de edad, pues aunque sea su padre como representante legal, el que haya de recibirlas, al ser éstas determinadas por los Tribunales en cantidad fija queda el padre privado de todo arbitrio o facultad para perjudicar a sus hijos señalando otras sumas inferiores en su propio beneficio (STS 5 de octubre de 1981)».

Distribución de la indemnización entre las partes: cuestión interna.—No constituye defecto legal la ausencia de proposición relacionada con la distribución de la indemnización solicitada y conjunta para el padre y el hijo. La sentencia en este aspecto reitera la doctrina establecida en la STS de 22 de diciembre de 1989 que establece que «no puede estimarse defecto ... el hecho de que la indemnización que, de forma legal o conjunta, pide la actora para ella y para su hijo menor, no haya especificado la parte que va a corresponder a una y a otro. Pues ello es cuestión totalmente ajena, tanto al objeto de esta *litis*, como al control de la entidad demandada, por pertenecer exclusivamente al ámbito de las relaciones internas entre madre e hijos demandantes y que, en todo caso, debe supervisar o señalar el órgano jurisdiccional, dada, la minoría de edad del hijo». (STS de 16 de julio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Se promueve demanda de juicio de menor cuantía por A.J.G. en su nombre y en el de su hijo menor sobre indemnización de daños y perjuicios causados en accidente de circulación. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, mientras que la sentencia dictada en apelación declara la nulidad de todos los actos practicados en el procedimiento anterior. Promovido recurso de casación ante el TS por los actores se estima parcialmente la demanda y se pronuncia sobre ausencia de contraposición de

intereses cuando la posición del progenitor y la del hijo se defienden en el mismo tipo de actuaciones.

NOTA.—En este pronunciamiento el TS hace aplicación de la reiteradísima línea jurisprudencial que determina la contraposición de intereses entre representante y representado «cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es en perjuicio del patrimonio de la otra (STS de 12 de junio de 1985)». En este caso no existe contraposición de intereses y, por tanto, no es necesario el nombramiento de un defensor judicial, porque al hallarse el menor bajo la protección judicial, el padre está privado de toda facultad que pueda perjudicar y menoscabar el interés de su hijo.

No aplica en este caso el TS el artículo 167 CC de cara a obtener una medida *a priori* que evite los peligros sobre las fortunas de los menores cuando éstas consisten en cantidades de dinero obtenidas como consecuencia de indemnización por daños y perjuicios, bien por daños sufridos por el propio menor, bien por la muerte de uno de sus progenitores. Corre el peligro de que se volatilice la fortuna en virtud de un acto dependiente únicamente de la voluntad del progenitor. (M. F. N. C.)

8. Reglamentación de la vecindad civil: competencia exclusiva del Estado.—La reglamentación de la vecindad civil corresponde en exclusiva al Estado, a pesar de que ciertos preceptos de ordenamientos autonómicos se han ocupado de la cuestión. El artículo 149.1.8. CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para elaborar normas que resuelvan conflictos de leyes. Por lo tanto, el sistema de Derecho interregional es único en España lo que veda a las CCAA legislar sobre la cuestión. Esta idea ha sido defendida por las SSTC de 6 de mayo, 8 de julio y 12 de marzo de 1993, 29 de julio de 1983, 23 de junio de 1988 y 11 de mayo de 1989 entre otras. Esta prohibición impide a las CCAA generar cualquier tipo de norma dirigida a determinar la legislación aplicable en casos de Derecho interregional, ya se trate de normas de conflicto, autolimitadas, normas de extensión o de materias especiales. La aplicación de estos presupuestos al tema de la vecindad civil llevó a la STC de 8 de julio de 1993 a establecer que «es a las Cortes Generales a quien corresponde el establecimiento de las normas de conflicto para la solución de supuestos de tráfico interregional y, aún antes, la definición y regulación de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas. Debe por consiguiente el Estado regular el modo de adquisición y régimen jurídico de la vecindad civil (que es criterio para la sujeción al Derecho civil común o al especial o al foral y punto de conexión para la determinación de la ley personal: arts. 14.1 y 16.1.1.º CC) y disponer también cuál será la ley aplicable a la vecindad civil diversa. Es del todo claro, que las normas estatales de Derecho civil interregional delimitarán el ámbito de aplicación personal de los varios ordenamientos civiles que coexisten en España, delimitación para la cual no ofrece la CE pauta o criterio positivo alguno».

Adquisición de la vecindad civil.—El artículo 14.1 CC supone una reiteración o concreción del artículo 16 ya que determina la sujeción al Derecho civil común o a uno de los Derechos forales en virtud del criterio de la vecindad civil. Aunque el precepto no lo indica, se deduce del artículo 16, dicha sujeción se refiere a las materias que tradicionalmente se integran en el «esta-

tuto de la persona». La vecindad civil se adquiere por *iure sanguinis* o por *iure soli*. La segunda de las formas de adquisición no es inmutable puesto que por una residencia continuada de los sujetos la vecindad civil puede verse alterada. Nos centraremos en esta última por ser a la que se refiere la sentencia anotada.

El apartado 5.º del artículo 14 establece el criterio de *iure soli* de cara a la adquisición de la vecindad civil, «se adquiere la vecindad civil por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esta su voluntad, o por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante ese plazo». En este supuesto, la adquisición de la vecindad civil se produce *ex lege*, por el mero hecho de la residencia. En algunas sentencias el TS ha entendido que dicha adquisición se produce en virtud de «una declaración tácita de voluntad», por lo que es posible revocar dicha declaración mediante actos de los que se deduzca la voluntad de las partes de no aceptar el cambio de vecindad civil (SSTS de 27 de octubre de 1900, 11 de noviembre de 1902, 23 de diciembre de 1904, 20 de abril de 1917, 13 de marzo de 1929, 21 de enero de 1958, 14 de diciembre de 1967). Sin embargo, otro cuerpo de jurisprudencia mantiene la postura de estimar que el cambio de vecindad civil se produce al margen de la voluntad del sujeto, *ex lege*, por el mero hecho de la residencia continuada en un territorio determinado (SSTS 30 de octubre de 1901, 23 de diciembre de 1904, 18 de marzo de 1932, 4 de junio de 1934, 10 de octubre de 1960, 20 de diciembre de 1985).

El cambio de vecindad civil por residencia no opera si el sujeto se traslada a país extranjero o si reside en distintos territorios sin que se verifiquen los diez años de residencia continuada en un mismo territorio.

Prueba de la vecindad civil.—«La dificultad de la prueba de la vecindad civil deriva del hecho de que el Código civil admite una adquisición automática de la nueva vecindad civil, que no necesariamente consta en el Registro civil (RDGRN 6 de noviembre de 1980)». Existen tres modos de probar la vecindad civil: *a*) mediante las declaraciones que se hacen constar en el Registro Civil, cuando proceden, es decir, cuando la vecindad civil se adquiere o conserva mediante declaración de voluntad del sujeto; *b*) mediante presunciones, según lo establecido en la LRC; *c*) mediante la posesión de estado. En cualquiera de ellas es determinante probar la «residencia habitual» del sujeto. (STS de 28 de enero de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Promovida demanda de separación por la esposa, el demandado solicita que se dicte sentencia que declare que el régimen económico al que ha estado sometido el matrimonio ha sido el de gananciales, así como el carácter ganancial de una serie de bienes y la rectificación en el Registro de los mismos. A lo que alega la demandante que el matrimonio se ha regido económico por la más absoluta separación de bienes. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y declaró que el régimen de bienes del matrimonio era el de la sociedad de gananciales así como los pedimentos solicitados por el marido. El TS casó la sentencia y confirmó la de primera instancia.

NOTA.—En la resolución de este conflicto el TS aplica la normativa sobre Derecho interregional contenida en los artículos 14 y 16 CC (el primero de ellos antiguo art. 15) de cara a resolver un conflicto de leyes civiles coexistentes dentro del territorio nacional.

El problema radica en determinar la vecindad civil del matrimonio ya que, aclarada ésta, se resuelve con facilidad el régimen económico al que estaba sometido el matrimonio ante la inexistencia de capitulaciones matrimoniales en las que se especificase. Ambas partes habían residido en Tarrasa desde 1949 y 1954 respectivamente, contrayendo matrimonio en 1964. En ese momento llevaban «residiendo habitualmente» en Cataluña con sus respectivos padres más de diez años, por lo que al no existir manifestación en contrario ganaron la vecindad civil catalana, *ex lege*, siguiendo el criterio de *iure soli* que establecía el antiguo artículo 15 y que recoge en la actualidad el 14 CC. Al no otorgar capitulaciones matrimoniales y dada la vecindad civil catalana de los cónyuges, su régimen económico matrimonial queda sometido al régimen de separación de bienes según disponía el artículo 7 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña, promulgada por la Ley 40/1960 de 21 de julio, siguiendo la tradición jurídica del territorio que establece que en defecto de régimen escogido, rige, en el ámbito territorial catalán, el régimen de separación de bienes. (M. F. N. C.)

9. Tercería de dominio.—Para la consecución de éxito de toda tercería de dominio es necesaria la titularidad dominical del tercerista sobre el bien embargado, así como la condición de tercero con respecto a la deuda garantizada con el embargo. La condición de tercero no concurre en los socios de una sociedad en la que existe confusión de patrimonios en virtud de la aplicación del levantamiento del velo. En referencia al título dominical, el contrato de arrendamiento en documento privado, no constituye título apto por sí sólo para probar la adquisición del dominio, en el caso concreto de embargo de maquinaria, sin ser infringido por ello el artículo 1225 CC. No se trata de la imposibilidad de un documento privado para basar una tercería de dominio, no obstante sí lo es en los casos en los que pueda existir confusión de patrimonios entre la sociedad y sus socios.

Doctrina del levantamiento del velo.—En las situaciones de confusión de patrimonios de los socios con la entidad mercantil, es admisible penetrar en el *substratum* de las sociedades o entidades con personalidad jurídica, con la finalidad de evitar perjuicios para intereses privados o públicos, «o bien ser utilizada como vehículo de fraude» (SS de 28 mayo de 1984, 16 de julio de 1987, 25 de enero, 24 de octubre y 24 de diciembre de 1988, 16 de octubre de 1989, 15 de abril de 1992, 12 de febrero de 1993, 9 de octubre de 1995, 25 de octubre de 1997, 30 de mayo de 1998). (STS de 31 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes don Mateo, don Elías, don Pedro y don Pedro, siendo copropietarios de dos naves industriales, constituyeron sociedad de responsabilidad limitada como únicos socios. Mediante documento privado, el 15 de abril de 1986 los demandantes ceden en arrendamiento a la sociedad las mencionadas naves. En 1988 don Antonio promueve contra la sociedad juicio ejecutivo por el que se embargan las maquinarias existentes en las naves arrendadas. En abril de 1994, los copropietarios promueven contra don Antonio y la sociedad proceso de tercería de dominio, afirmando ser los propietarios de los bienes muebles embargados. La demanda es desestimada en primera instancia. Tras el recurso de apelación,

es de nuevo desestimada, declarando no haber lugar a la tercería de dominio. Contra la referida sentencia de la Audiencia, se interpone recurso de casación, declarando la Sala 1.^a no ha lugar. (P. S. S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

10. Compraventa de inmuebles: cuerpo cierto: error obstativo.—El error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración en el negocio jurídico, con la característica de que tal desacuerdo es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente; la sentencia recurrida afirma contundentemente como hecho acreditado que se produjo esta divergencia y que, pese a que sí se declaró, nunca se quiso y nunca hubo voluntad de vender y comprar la finca núm. 28.860 ocupada por las oficinas de un Banco como arrendatario.

Inaplicabilidad del artículo 1266 CC.—Este artículo se refiere al error-vicio y aquí nos hallamos ante un error obstativo; el ámbito de aquella norma lo concreta el artículo 1300: sólo se aplica al contrato que reúne todos los elementos de éste, es decir, aquél en que ha habido error en la voluntad (error vicio) y no error en la declaración (error obstativo), provocando el primero la anulabilidad y este último la inexistencia, que es la producida en este caso. En cuanto a la declaración, es hecho probado que nunca se quiso declarar (declaración) porque nunca se quiso (voluntad) la compraventa de la finca registral núm. 28.860, que estaba separada del resto y sigue estando ocupada por una entidad arrendataria; así que nunca se quiso lo que se declaró, lo cual es la definición exacta del error obstativo. La jurisprudencia es reiterada en cuanto al error-vicio, y muy poco frecuente en error obstativo, respecto del cual las ss. de 23 de mayo de 1935 y 17 de octubre de 1989 no son coincidentes como para integrar jurisprudencia en el caso presente.

Principio de autorresponsabilidad.—La doctrina científica no es fuente del derecho y, por tanto, no puede sustentar un motivo de casación; los hechos probados acreditan una divergencia inconsciente de ambas partes, compradora y vendedora, respecto a la compraventa de la finca registral citada, que no se quiso vender y comprar, y sí se incluyó en las escrituras.

Efectos.—Es errónea la invocación de la infracción del artículo 1303 Código civil en relación con el 1308 CC en orden a la obligación de restituir el precio con los intereses, argumentándose que si se declara la inexistencia de la compraventa de la finca registral núm. 28.860, debe devolverse el precio que se pagó por ella. Pero ello no es así en el presente caso pues se declara probado que se compró un cuerpo cierto que no incluía la citada finca registral, y se pagó un precio por aquél, pero no por ésta; así que no se declara la nulidad del contrato sino que se declara que éste nunca existió, ni la cosa, ni el precio.

Infracción del artículo 38 LH.—Se denuncia infracción del artículo 38. II LH pero la misma no existe, pues se ha ejercitado, en la demanda reconvenicional, una acción de inexistencia de la compraventa, terminología discutible, pero sin que pueda exigirse la fórmula legal, también discutible, como si se tratara de fórmulas sacramentales y, como consecuencia, la cancelación de los asientos correspondientes, con lo que se ha cumplido correctamente la norma alegada como infringida.

Magistrado que interviene en primera instancia y en apelación.—Nada obsta a que forme parte de la Sala civil que resolvió el recurso de apelación el mismo que fue Juez en la primera instancia, y que no llegó a poner sentencia; el artículo 219, causa 10.^a LOPJ declara que es causa de abstención y, en su caso, de recusación, el haber resuelto el pleito en anterior instancia, pero ello resulta inaplicable al caso actual, pues el Magistrado que formó la Sala en la Audiencia Provincial en trámite de apelación no había llegado a dictar sentencia en primera instancia. Se reitera la STS de 5 diciembre 1995. (STS de 22 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia por su cuidado tecnicismo (Pte. O'Callaghan Muñoz) recaída sobre error obstativo en negocio *inter vivos*, respecto del cual no hay acuerdo doctrinal entre nosotros, y muy escasa jurisprudencia. Las discrepancias no versan tanto sobre la calificación o descripción de esa discordancia entre la voluntad interna y la declarada, cuanto sobre la norma aplicable. De Castro, *El negocio jurídico* (Madrid 1967), p. 124, lo ha planteado con claridad: «¿Habrá que estar a lo declarado? ¿Se considerará inexistente la declaración? ¿Deberá considerarse anulable? En el momento actual, la postura más extremista de la teoría de la declaración parece abandonada y lo que preocupa a la doctrina es saber cuál sea el procedimiento más adecuado para privar de efectos a la declaración defectuosa, si el de la nulidad o el de la anulación; después, si se podrá exigir indemnización por el daño que haya podido sufrir quien atendiera a la declaración anulada. Con fidelidad a la lógica, buena parte de la doctrina defiende que la naturaleza misma del error obstativo implica la inexistencia del negocio, pues como en el caso de la *vis atrox seu ablativa* hay una ausencia radical de voluntad; siendo entonces la declaración, no medio, sino obstáculo para el consentimiento de los contratantes». El autor citado comparte aquella opinión entendiendo que el contrato no ha llegado a existir (*op. cit.* p. 125). Solución de la inexistencia del negocio que fue tempranamente patrocinada por STS de 23 mayo 1935 (Pte. Castán), en un caso de expedición de una participación de lotería en cuya redacción se incurrió en un *lapsus calami* (haciendo el amanuense constar por error un número diferente que resultó favorecido con un premio gordo); y que ahora se ratifica, —a mi juicio— con acierto, en la sentencia extractada. Pero en la STS de 17 de octubre de 1989 (Pte. López Vilas) se sostuvo, en sentido contrario, que el error obstativo no debe producir la nulidad del acto porque el principio de responsabilidad negocial impone que quien se equivocó debió rectificar inmediatamente después, si no quería quedar vinculado por la declaración errónea, y porque el principio de protección de la apariencia aconseja que no quede perjudicado quien contrata de buena fe confiado en lo que hace la otra parte; se trataba de una hipótesis compleja, pues los prestatarios que conciernen una hipoteca incurrieron en error sobre el objeto al adquirir la finca, ulteriormente corregido, pero no lo fue, en cambio, la escritura de hipoteca; hay, además, interferencia del artículo 34 LH. En el 4.^º FD de la sentencia extractada se recuerda que la doctrina científica no es fuente del derecho, en probable alusión a los razonamientos transcritos de la sentencia de 1989. En la doctrina. *vide* recientemente

convincientes argumentos a favor de la primera orientación por Rivero Hernández, en *Lacruz et alii, Elementos*, II-1.º, 3.ª ed. (Barcelona 1994) p. 378 s. (G. G. C.)

11. Negocio fiduciario: inexistencia.—El TS, de acuerdo con la doctrina más reciente, asimila el negocio fiduciario al negocio simulado con simulación relativa, cuyo negocio disimulado será válido si reúne los elementos precisos para su validez. En el presente caso no existe negocio fiduciario sino simulado ya que la compraventa carece de ánimo de vender y de precio, siendo nulo el negocio jurídico disimulado o encubierto por tratarse de un pacto comisorio, prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

Incongruencia: inexistencia.—La sentencia no incurre en incongruencia cuando desestima totalmente los pedimentos de la demanda.

Motivación de la sentencia: existencia.—La sentencia recurrida incurre en falta de motivación ya que no hace referencia alguna a la petición de devolución del préstamo rechazando dicho pedimento sin ninguna motivación. (STS de 15 de junio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Don Anastasio R.P., doña Anastasia P.M. y doña Asunción T.F. venden en escritura pública una serie de fincas rústicas a don Ernesto M.R. y a don Ignacio M.S., reconociendo en documento privado que se trata de una compraventa con pacto de retro en garantía de las cantidades adeudadas por los vendedores a los compradores que carece de ánimo de vender y de precio. Ante el impago de la deuda, los herederos de don Ignacio M.S. interponen demanda ejercitando acción de reclamación de la cantidad pendiente de pago y acción reivindicatoria sobre parte de los bienes objeto de la compraventa. Los demandados se opusieron a la demanda y formularon reconvenCIÓN.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y la reconvenCIÓN condenando a los demandados al pago de la deuda y declarando en favor de los demandantes la propiedad de los bienes. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó totalmente la sentencia de instancia. El TS declaró haber lugar al recurso de casación, declarando nula la venta y condenando a los demandados al pago de la cantidad adeudada. (LL. C. S.)

12. Interpretación de contratos. Función del Juzgador de Instancia.—El TS ha establecido de manera reiterada que la interpretación de los contratos es una función propia de los Juzgadores de Instancia sin que dicha interpretación pueda ser modificada en casación salvo que sea absurda, ilógica o contraria a las normas que regulan los criterios interpretativos. En el presente caso, el TS entiende que la interpretación realizada en la instancia es correcta ya que no se trata de un contrato de *leasing* o arrendamiento financiero como pretende el recurrente sino de un negocio fiduciario.

Tercería de dominio. Negocio fiduciario.—El contrato en que se basa la tercería de dominio no es un arrendamiento financiero sino un negocio fiduciario por lo que no se ha producido transmisión alguna de propiedad en favor del tercero por la razón por la que no puede prosperar la tercería dominical planteada por el demandante. (STS de 13 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—*Centroban Leasing, S.A.*, interpone demanda de tercera de dominio contra la *Tesorería General de la Seguridad Social* y contra otro alegando ser propietaria del bien embargado en virtud de un contrato de *leasing* o arrendamiento financiero cuando en realidad se trata de un negocio fiduciario por el cual la demandante no llegó nunca a adquirir la propiedad del bien careciendo por lo tanto de título para plantear una tercera.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso y revocó la sentencia de la instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (LL. C. S.)

13. Simulación de compraventa. Validez de la donación disimulada.—La compraventa carente de precio es el resultado de una simulación relativa (art. 1276 CC), en los casos en los que existe un verdadero *animus donandi*, así como el otorgamiento de dicha venta simulada en escritura pública. Se inclina la doctrina jurisprudencial de la Sala por la admisión de la validez de la donación en las situaciones en las que se carece de precio y se cumple el requisito de la forma pública, en aplicación del artículo 633 CC, siempre que no se realice en perjuicio de terceros, en fraude de ley (art. 6.4.)

Constitución de usufructo, sin conformar el mismo carga o modo.—La ignorancia de la existencia del usufructo no supone la revocación de la donación por incumplimiento de cargas o modo alguno, en aplicación del artículo 647 CC. No se configura el usufructo como carga o modo sino como derecho real vitalicio sobre el bien. El efecto de la simulación relativa de un contrato de compraventa consiste en la validez de la donación, así como el usufructo vitalicio constituido. (STS de 2 de noviembre de 1999; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Doña Rosario celebró en escritura pública contrato de compraventa con su sobrina, reservándose el usufructo vitalicio de una finca urbana. Dicha compraventa carecía de precio, existiendo un verdadero *animus donandi*. Posteriormente formuló demanda contra la donataria y los que compraron el piso a ésta, siendo desestimada en primera instancia. La Audiencia Provincial revocó la sentencia, revocando la donación bajo forma de compraventa y declaró nula la enajenación del inmueble. El TS casó la sentencia, estimando parcialmente la demanda y declara inexistente por simulación la compraventa, conteniendo una donación disimulada y válida, al igual que el usufructo que sobre el bien se constituye. (P. S. S.)

14. Tratos preliminares: calificación.—Las relaciones y contactos socioeconómicos acaecidos entre las partes, deben ser encajadas dentro de la figura jurídica de los denominados *tratos preliminares* (*Vorverhandlungen, Trattative*), teoría construida por la doctrina germánica y razonablemente asimilada por la española, la cual se puede definir como el conjunto de actos y operaciones que los intervinientes y *ad lateres* realizan con el fin de discutir y preparar un contrato; debiéndose afirmar que dichas operaciones se desenvuelven en un área nebulosa y desde luego evanescente, pues las mismas hay que enfocarlas desde un punto de vista muy amplio —ideas, especulaciones, planteamientos—, pero que siempre tendrán el denominador común de no suponer acto jurídico alguno, ya que de dichas referidas operaciones no se derivan, de manera inmediata, efectos jurídicos mensurables.

Responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*.—De dichos tratos sociales o contactos sociales —según denominación germánica—, puede y debe derivarse una cierta responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*, según expresa la STS de 16 de mayo de 1988, pues al faltar relación contractual, se nos ofrece como responsabilidad aquiliana, puesto que no puede negarse violación del principio *neminem laedit*; pudiéndose derivar también a través de la teoría del abuso del derecho; en ambos casos desemboca ineludiblemente en la aplicación del artículo 1902 CC.

Requisitos.—En el presente caso se declara probado: *a) una acción negligente constituida por una falta de lealtad cuyo núcleo fue una ruptura unilateral por parte de las entidades ahora recurrentes del proyecto inicial de los demandados en la instancia; b) unos perjuicios que deben mensurarse desde un punto de vista del interés negativo; y c) el nexo causal entre la acción y los perjuicios*, pues la ruptura de negociaciones al defraudar la buena fe provoca la vanidad de unos gastos, esfuerzos y trabajos, dándose esa ligazón que se recoge en la sentencia recurrida y se acepta en casación. (STS de 16 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Se pide una indemnización por los gastos devengados durante el estudio del proyecto, factibilidad del mismo y forma de realizarlo, así como también por las cantidades dejadas de percibir como consecuencia de la no realización del proyecto, y, finalmente, por el daño moral causado. El Juzgado de Primera Instancia condena a abonar la cantidad de medio millón de dólares USA, valor de los años 1987/1988, (sin que conste que la estimación de la demanda lo haya sido sólo parcial); la Audiencia Provincial rechaza la apelación y el TS desestima el recurso de casación. En la doctrina española cabe reseñar, sobre el tema, las recientes aportaciones de Clara Asúa González, *La culpa «in contrahendo»* (Bilbao 1989), y M.ª Paz García Rubio, *La responsabilidad precontractual en el derecho español* (Madrid 1991). La sentencia anotada ha optado por la vía de la responsabilidad extracontractual, sin duda defendible en ausencia de normativa expresa, y mayoritaria en la doctrina de la Sala 1.^a (amplia exposición del estado de la cuestión por Rivero Hernández, en *Lacruz et alii, Elementos*, II-1, 3.^a ed. (Barcelona 1994) p.399 ss. (G. G. C.)

15. Identificación entre la acción en fraude de acreedores y la de rescisión de los contratos.—A pesar de los recelos iniciales a identificar el fraude de acreedores con la rescisión de los contratos, la jurisprudencia ha advertido que, en realidad, el artículo 1111 y los artículos 1291.3 ss, regulan la misma acción que aparece enunciada en el primero y desarrollada en estos últimos, poniendo además de relieve la íntima relación que existe entre ambos preceptos (SSTS de 25 de junio de 1927, 10 de julio de 1928, 21 de junio de 1945, 7 de enero de 1958).

Acción pauliana: requisitos para su ejercicio.—Establece la STS de 28 de noviembre de 1994 que la acción rescisoria o pauliana viene a consistir un remedio de carácter subsidiario «habiendo declarado reiteradamente la doctrina de esta Sala (SSTS de 12 de marzo de 1984, 24 de noviembre de 1988 y 27 de mayo de 1992), que el Código civil la establece a favor de los acreedores para proteger y lograr la efectividad de sus créditos en bienes del deudor demandado».

Son innumerables las SSTS que enumeran los requisitos necesarios para el ejercicio de esta acción. De forma clara y concisa los recoge la STS de 12 de julio de 1940 al establecer que «la doctrina científica y la jurisprudencia viene señalando como supuestos y requisitos necesarios para que pueda ésta ser ejercida, los siguientes: *a*) que exista un crédito a favor del actor; *b*) que el deudor haya celebrado un acto o contrato posterior que beneficie a un tercero proporcionándole una ventaja patrimonial; *c*) que el acreedor resulte perjudicado por la disposición a favor del tercero –*eventus damni*–, y a la vez se beneficie con la declaración de ineficacia, sin tener otro recurso legal para obtener la reparación de dicho perjuicio; *d*) que el acto que se impugne sea fraudulento –*consilium fraudis*–; *e*) que el tercer adquirente, caso de ser la enajenación onerosa, haya sido cómplice en el fraude. A continuación, realizaremos algunas matizaciones en torno a la concepción de los mismos por la jurisprudencia actual y su evolución.

En relación al primer requisito el problema se centra en la exigibilidad del crédito. No parece acertado requerir que el crédito tenga que ser exigible en el momento en que se realizó el acto de disposición. De hecho, la jurisprudencia no suele prestar atención a este requisito; en todo caso lo exigible es «la existencia de un crédito vencido, líquido y exigible» en el momento en que se ejerce la acción (STS de 13 de febrero de 1993). Incluso un cuerpo formado de jurisprudencia estima la acción aunque el crédito no esté vencido ni siquiera en el momento de su ejercicio, actuando entonces como un medio para recomponer la disminuida garantía que para el acreedor constituye el patrimonio del deudor (SSTS de 15 de abril de 1955, 28 de enero de 1966, 17 de marzo de 1972, 13 de mayo de 1974, 20 de diciembre de 1978, 2 de marzo de 1981, 6 de abril de 1992).

Dos caracteres importantes derivan del tercer requisito: el *eventus damni* y la subsidiariedad de la acción. Respecto al primero de ellos el acto produce un perjuicio al acreedor cuando provoque, en el patrimonio del deudor, una disminución que lo deje insuficiente para atender al crédito, es decir, una insolvencia a la que a la jurisprudencia le basta con que sea relativa. Entonces será revocable el acto que haya provocado en el patrimonio del deudor una disminución que imposibilite el cumplimiento íntegro de la obligación contraída, por lo que «la insolvencia del deudor se determinará no sólo por la imposibilidad de pago completo, sino también por la disminución de posibilidades económicas efectivas para dar satisfacción a la exigibilidad integral del crédito» (SSTS de 28 de octubre de 1993 y 7 de enero de 1958, 7 de febrero de 1991, 6 de abril de 1992, 31 de octubre de 1994, 31 de diciembre de 1997, 15 de junio de 1998). Inicialmente la insolvencia quedaba justificada por la prueba del hecho negativo de la carencia absoluta de los bienes del deudor (SSTS de 9 de mayo de 1896, 20 de marzo y 9 de diciembre de 1908, 30 de enero de 1917, 1 de mayo de 1922, 4 de junio de 1928). Sin embargo, suavizando esta prueba, la jurisprudencia ha afirmado reiteradamente que lo que debe quedar justificado es que han sido perseguidos los bienes de los directamente responsables, para acreditar así la ausencia de bienes libres (STS de 21 de abril de 1964). La necesidad de acreditar el daño va unida al carácter subsidiario de la acción, que impone una doble limitación o actividad por parte del acreedor: por un lado, sólo procede en defecto de bienes del deudor tal y como lo entiende actualmente la jurisprudencia, por otro lado sólo cabe ejercitárla a falta de todo otro remedio que le permita cobrar. Esta última concepción de la subsidiariedad significa que se haya procedido a la reclamación y

que posteriormente, según los casos haya tenido lugar la solicitud de embargo preventivo de los bienes del deudor o la iniciación del procedimiento de apremio que acabe en la reclamación judicial del mismo. En este sentido se pronuncian las SSTS de 15 de febrero y 17 de febrero de 1986, 14 de octubre de 1987, 27 de mayo de 1992, 5 de diciembre de 1994, 4 de septiembre de 1995 y 28 de octubre de 1997 entre otras.

Finalmente, nos centraremos en el significado del *consilium fraudis* que exige el cuarto requisito. Durante un tiempo la jurisprudencia entendió que existía fraude cuando había intención de perjudicar a los acreedores con el acto fraudulento exigiendo, por tanto, la intencionalidad fraudulenta de los participantes en el acto. En este sentido se pronunciaron las SSTS de 10 de julio de 1886, «a propósito de defraudar», 13 de marzo de 1902, «obrar a sabiendas y de mala fe»; o 25 de octubre de 1895, «partícipe en el engaño». Teniendo en cuenta que el mayor problema que presenta el fraude es su dificultad probatoria identificarlo con una determinada conducta o *animus* del deudor sólo sirve para crear una dificultad de prueba para el actor que utiliza la acción. Por eso de forma paralela aparece otra línea jurisprudencial más avanzada, que se va imponiendo en los últimos años, y se caracteriza por rechazar la exigencia de cualquier *animus* y entender que hay *consilium fraudis* cuando el deudor se percata de que es insolvente o deviene tal por el acto que proyecta y, sin embargo, lo realiza, lo que implica conciencia del perjuicio que ocasiona. En ese sentido se pronuncian las SSTS de 10 de julio de 1928, 14 de enero de 1935, 9 de octubre de 1966, 23 de julio y 23 de octubre de 1990. (STS de 25 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Los acreedores-actores interponen demanda como ejercicio de una acción pauliana o revocatoria por vulneración de sus expectativas de cobro del crédito ante la venta de un bien inmueble integrante de su garantía. Estimada en ambas instancias la acción revocatoria, el TS la confirma al concurrir en el supuesto los requisitos constitutivos de la misma.

NOTA.—Procede el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana por concurrencia de todos los requisitos que la jurisprudencia y la doctrina exigen para su correcto ejercicio. Confirmada su procedencia por el TS y dado el carácter personal de la acción no se perseguirá directamente los bienes, sino que se irá contra el acto que provocó su salida del patrimonio, en este caso la compraventa, y una vez restituido podrán los actores cobrarse el crédito. (M. F. N. C.)

16. Relación entre la acción de cumplimiento y la acción de resolución del artículo 1124 CC.—El precepto 1124 CC establece la facultad de resolver las obligaciones cuando uno de los obligados no cumple lo que le incumbe. Se faculta al perjudicado por ello a escoger u optar entre exigir el cumplimiento o la resolución, unido en ambos supuestos a la indemnización de daños y perjuicios. Se otorga la posibilidad de escoger por la resolución tras haber optado por el cumplimiento en un principio, cuando éste resultare imposible.

Ejercicio de las acciones en casos de compraventa con pago aplazado.—En los casos de impago del precio en compraventa es usual pretender ambas situaciones, no obstante la acción resolutoria y la de cumplimiento son incompatibles o contradictorias. El que puedan ejercitarse de manera alternativa o subsidiaria, después de haber optado por el cumplimiento, no conlleva

que quepa la posibilidad de ejercitarse de manera conjunta disgregando el contrato en distintas partes. El contrato es único y no cabe escindirlo en partes. La circunstancia del pago aplazado no acarrea necesariamente que sea posible reclamar por el impago de unos su abono, y por otros la resolución. (STS de 17 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte demandante, antes de interponer la demanda solicitando la resolución por incumplimiento del contrato de compraventa, ante el impago parcial del primer plazo del precio y la falta de abono del segundo, estaba ejercitando la acción de cumplimiento del contrato exigiendo el plazo. La demanda se desestimó en primera instancia, al considerarse que no pueden ejercitarse simultáneamente las acciones de cumplimiento y resolución. Idénticos motivos alega la Audiencia para desestimar el recurso. El TS desestima el recurso de casación. (P. S. S.)

17. Compraventa: calificación: civil y no mercantil: por agricultores respecto de sus productos.—Siendo los demandantes agricultores que venden a la demandada una cosecha de patatas procedentes de fincas que aquéllos cultivaron con tal fin de mercado, no puede calificarse la operación, al amparo del artículo 325 CCO., por el simple hecho de que el comprador las adquiera para revenderlas transformadas, pues la norma que así lo dispone con carácter general tiene una excepción en el artículo 326-2.º CCO al establecer que no se reputarán mercantiles «las ventas que hicieran los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados»; así se ha resuelto en SSTS de 4 de febrero de 1925, 30 de octubre de 1981 y 30 de junio de 1982, habiendo de regirse el contrato en litigio por las normas del Código civil en todas las consecuencias que del mismo se deriven.

Venta de cosa futura: *emptio rei speratae*.—El contrato de 28 de octubre de 1991 tiene por objeto la venta de una cosecha de patatas, no dañadas, ni verdes, con calibres de 45 milímetros en adelante, y aptas para ser destinadas al frito de chips y consumo humano, correspondientes a las variedades Turia y Agria que los demandantes tenían sembradas en el cortijo La Tercia; tal descripción contractual nos lleva a calificarlo como venta de cosa futura, entendiendo por tal aquella cosa que se espera según el curso natural de las de su especie, y que por lo tanto ha de venir aunque no existe en el momento de la celebración del contrato; lo que se corrobora en este caso al consignarse que la cosecha de patata así vendida en octubre de 1991 había de entregarse en los meses de mayo, junio y julio de 1992. Además se trata de venta de cosa esperada, que no de esperanza, con las consecuencias diferentes que en el cumplimiento imponen una y otra desde el contrato comutativo y obligación recíproca que comporta la de la primera modalidad, y del aleatorio en el segundo tipo de contrato. Se aplica el artículo 1271 CC y la doctrina contenida en SSTS, entre otras, de 17 de febrero de 1967, 3 de junio de 1970, 23 y 30 de octubre de 1981, y 30 de octubre de 1989.

Incumplimiento de los vendedores: mercancía no apta para el fin convenido: resolución ex artículo 1124 CC.—Se declara probado que la mercancía vendida no era apta para el fin convenido, pues aunque inicialmente se retiraron 135.200 kilogramos de patatas, de los 600.000 contratadas, liquidándose en la forma que las partes convinieron, lo cierto es que reanudada la recogida se comprobó la inidoneidad del resto, no pudiéndose rebatir esta última alegando la no presencia de hongos y bacterias en las patatas vendidas

y con la mera afirmación de ser aptas para el consumo, ya que lo pactado fue el destino al frito de chips.

Estimación de motivos que no conducen a la estimación del recurso.—Dado que el recurso de casación se da contra el fallo y no contra sus razonamientos, la estimación de motivos que no van a producir un nuevo fallo, no permite casar en parte aquella sentencia, según SSTS de 7 de abril de 1993 y 30 de diciembre de 1998, y las que en ellas se citan, por lo que procede desestimar el presente recurso. (STS de 31 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—¿Contrato de suministro o de compraventa? A lo primero parece inclinar la periodicidad de entregas y la liquidación de la primera o primeras entregas realizadas; pero en el contrato se habla de una cantidad total correspondiendo a la cosecha de un determinado año. Por lo demás, no hay unanimidad, ni doctrinal ni jurisprudencial, para definir el contrato de suministro y establecer su régimen. Me parece razonable la postura de Rivero Hernández (en *Lacruz, et alii Elementos*, II-2, Madrid 1999, p. 66) para quien, en caso de considerarse autónomo el contrato de suministro, cada prestación parcial, y su precio proporcional correspondiente, son prestaciones de carácter principal, independientes y de ejecución autónoma, en relación sinalagmática recíproca con el precio, y con valor y entidad propia y principal a efectos de resolución del contrato por incumplimiento, particularmente cuando el dejarse de cumplir alguna prestación suponga una frustración del fin del contrato para su acreedor. Esta situación se ha dado indudablemente en el presente caso. Pero el TS no plantea el tema, y se limita a calificar, sin más, el contrato de compraventa civil, con base en el artículo 326-2.º CCO siguiendo una línea interpretativa tradicional, que la doctrina civilista no cuestiona (a diferencia de la doctrina mercantilista: Broseta, Manual, 9.ª ed., Madrid 1991, p. 434; también a nivel de la *praxis*, así Cano Rico, *Manual práctico de contratación mercantil*, I, 4.ª ed., Madrid 1999, p. 259) y sin que tampoco haya motivos para alterarla (puede verse el estado de la cuestión desde la perspectiva civilista, García Cantero, *Comentarios Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*, t. XIX, 2.ª ed., Madrid 1991, p. 19 s.). Por lo demás, parece correcto, en la indicada línea jurisprudencial, calificar el contrato de *emptio rei speratae*, aunque bajo esa perspectiva habría que considerar, el aquí enjuiciado, de incumplimiento parcial. (G. G. C.)

18. Compraventa. Resolución por incumplimiento.—El TS ha declarado que es requisito necesario para resolver cualquier contrato conforme al artículo 1124 CC que la parte que resuelve haya cumplido sus obligaciones, por lo que el vendedor no puede resolver un contrato de compraventa con base en el artículo 1504 del Código civil si ha rehusado recibir el precio sin causa impeditiva para ello.

Venta de bien ganancial. Anulación.—La venta de un bien ganancial es anulable si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges, si bien la transmisión puede ser subsanada si el consentimiento se presta posteriormente o por el aquietamiento del cónyuge interesado.

Litisconsorcio pasivo necesario. Existencia.—La acción de nulidad del contrato debe dirigirse contra todos los intervenientes en el mismo. La reconvenCIÓN no es la vía procesal adecuada para solicitar la nulidad del contrato

en el que intervinieron el actor y los codemandados ya que solamente puede ser contestada por el actor reconvenido y no por los demás demandados. (STS de 15 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Ángel M.C. adquiere bienes inmuebles en documento privado pactándose el precio en forma aplazada. Al rehusar los vendedores, don Miguel S. F. y su hijo don Ricardo S. G., recibir el precio pese al ofrecimiento y posterior consignación del mismo por el comprador, el mismo interpone demanda solicitando el cumplimiento del contrato y su elevación a escritura pública. Los demandados se oponen y formulan reconvención solicitando que se resuelva el contrato por incumplimiento del comprador en el pago del precio. Formula igualmente reconvención doña Clementina G.R., esposa y madre respectivamente de los vendedores, solicitando la nulidad del contrato de compraventa por transmitir bienes gananciales sin su consentimiento.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (LL. C. S.)

19. Compraventa: resolución. Requerimiento del artículo 1504 CC. En el supuesto de incumplimiento de la obligación de pago por parte del comprador, se resuelve el contrato previo requerimiento judicial o notarial del vendedor lo que implica una intimación al comprador para que se avenga a resolver la obligación y a no poner obstáculos a ese modo de extinguirla, no constituyendo una intimación al pago con resolución por ministerio de la ley si éste no se produce.

Efectos de la resolución.—La resolución produce efectos retroactivos salvo lo dispuesto en los artículos 1124, 1295 y 1298 CC respecto de los terceros adquirentes de buena fe y de los amparados por la fe pública registral, produciéndose igualmente respecto a éstos la resolución pero transformándose la obligación de restitución en obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al vendedor. (STS de 24 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—El señor L.C. vende una planta de garaje a don Agustín N.N. y a don Camilo T. R. en escritura pública en 1980, incumpliendo los compradores la obligación de pago del precio en los términos pactados. Posteriormente el señor L.C. vende la misma planta de garaje a don Valeriano R.C. en escritura pública inscrita. Don Agustín N.N. y don Camilo T.R. interponen demanda contra don L.C. y don Valeriano R.C. solicitando que se declare la nulidad de la escritura pública otorgada por los dos demandados así como su inscripción registral. Los demandados se oponen alegando falta de acción por haber quedado resuelta la primitiva compraventa por impago del precio, formulando don L.C. reconvención para que se declare la resolución de la primitiva compraventa por aplicación del artículo 1504 del CC.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó la anterior sentencia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (LL. C. S.)

20. Tercería de dominio. Concepto y naturaleza jurídica.—La tercería de dominio es una acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de propiedad del demandante tercerista y el levantamiento del embargo trabado a instancia del codemandado sobre el bien que aparecía como propiedad del otro codemandado.

Leasing. Concepto y naturaleza jurídica.—El *leasing* o arrendamiento financiero es un contrato que tiene por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos por la empresa de *leasing* para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, a lo que se añade una opción de compra a su término en favor del usuario. Se trata de un contrato complejo y atípico, gobernado por sus propias estipulaciones y jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio. La entidad de *leasing* es la titular dominical del bien que si es embargado podrá ejercitar con éxito la tercería de dominio.

Interpretación de los contratos. Función del juzgador de instancia.—La función de calificar e interpretar el contrato compete al Tribunal *a quo*, estando cerrada en principio al control casacional y sólo accede a ello si la interpretación hecha por el órgano de instancia ha sido ilógica, absurda o contraria a Derecho. En el presente caso, la calificación hecha por la Audiencia Provincial es perfectamente fundada ya que se trata efectivamente de un contrato de *leasing* y no de una compraventa a plazos de bienes muebles. (STS de 19 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Banco Bilbao Vizcaya Leasing, S.A.*, interpone demanda de tercería de dominio contra la mercantil *Comerco, S.A.*, entidad embargada, y contra la *Tesorería General de la Seguridad Social*, entidad embargante, solicitando que se declare que el bien embargado es propiedad de la demandante en virtud a un contrato de *leasing* celebrado entre ambas mercantiles y que se alce el embargo trabado. La mercantil *Comerco, S.A.*, se allana a la demanda y la *Tesorería general de la Seguridad Social* se opone a la misma.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (LL. C. S.)

21. Interpretación de contratos. Función del Juzgador de instancia.—El TS ha establecido de manera reiterada que la interpretación de los contratos es una función propia de los Juzgadores de instancia sin que dicha interpretación pueda ser modificada en casación salvo que sea absurda, ilógica o contraria a las normas que regulan los criterios interpretativos. En el presente caso, el TS entiende que la interpretación realizada en la instancia es correcta ya que se trata de un contrato de *leasing* o arrendamiento financiero y no de una compraventa a plazos.

Leasing. Naturaleza jurídica.—No es suficiente para desvirtuar la calificación de un contrato como de *leasing* o arrendamiento financiero el importe más o menos elevado de la cuota residual para ejercitarse la opción de compra ni el pacto consistente en que en caso de incumplimiento de la arrendataria ésta deba pagar a la arrendadora los efectos vencidos o pendientes de vencer, incluso el representativo de la cuota residual. (STS de 15 de junio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Lico Leasing, S.A.*, interpone demanda de tercería de dominio contra la mercantil *Transportes J.J.R., S.L.* con la cual había celebrado un contrato de *leasing* o arrendamiento financiero cuyo objeto era un vehículo marca Pegaso, tipo tractocamión, y contra la *Tesorería General de la Seguridad Social* solicitando que se declare que el vehículo Pegaso embargado por la *Tesorería General de la Seguridad Social* a la mercantil codemandada es propiedad de la demandante y que se proceda al alzamiento del embargo. La mercantil codemandada no se personó en el proceso declarándose en rebeldía y la *Tesorería General de la Seguridad Social* se opuso a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia. El TS declaró haber lugar al recurso de casación, casó y anuló la sentencia recurrida y confirmó la dictada en primera instancia. (LL. C. S.)

22. Interpretación de contratos. Función del Juzgador de instancia.—El TS ha establecido de manera reiterada que la interpretación de los contratos es una función propia de los Juzgadores de instancia sin que dicha interpretación pueda ser modificada en casación salvo que sea absurda, ilógica o contraria a la ley. En el presente caso, el TS entiende que la interpretación realizada en la instancia es correcta ya que la transmisión de los locales comerciales al hijo de la demandada consistió en una donación y no en una cesión a título oneroso como pretendía la recurrente.

Donación de bienes inmuebles. Escritura pública: requisito *ad solemnitatem*.—El TS tiene establecido que el otorgamiento de escritura pública es un requisito esencial (*ad solemnitatem*) para la validez del contrato de donación de bienes inmuebles de tal modo que una donación hecha en documento privado carece de validez. (STS de 19 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Antonia T.B. y la mercantil *Espiral Penedés, S.A.*, celebran un contrato de permuta por el que se ceden mutua y respectivamente dos solares edificables y varios locales comerciales. Dichas partes hacen constar en documento privado que la propiedad de los citados locales se transmite a un hijo de doña Antonia T. B., don Gabriel G.T. Tras el fallecimiento de este, doña Isabel O.R. y doña Meritxell G.O., viuda e hija respectivamente, interponen demanda de menor cuantía contra doña Antonia T. B. solicitando que se declare que la transmisión de los locales comerciales a don Gabriel G.T. es una cesión válida y eficaz y que se condene a la demandada a la entrega de los mismos y a la formalización de escritura pública de cesión a favor de las demandantes. La demandada se opone a la demanda y formula reconvenCIÓN.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvenCIÓN. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó íntegramente la sentencia de instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (LL. C. S.)

23. Naturaleza jurídica de la donación. Requisitos formales.—El contrato de donación, aunque regulado en nuestro Código civil como un modo de adquirir la propiedad —art. 609— no cabe la menor duda que ha de tener la

consideración y tratamiento de un contrato y, así, es casi unánime la doctrina moderna en la que predomina la concepción contractualista de la donación, que tiene su actual reflejo legislativo en el actual Código civil alemán. Ahora bien, dentro de esa estimación indiscutible, hay que proclamar que el contrato de donación sobre bienes inmuebles exige unas formalidades muy concretas y *sui generis*, como son su plasmación en escritura pública y la necesidad de la aceptación por parte del donatario. La necesidad de la plasmación de la donación en escritura pública, es un requisito *ad solemnitatem*, o sea, esencial para la eficacia del mismo que exige nuestro Código civil, concretamente en su artículo 633, y con ello se rompe la norma general de nuestro sistema contractual, absolutamente impregnado por un principio espiritualista, para el que la forma escrita se exige únicamente como requisito *ad probationem*. Nunca podrá producir efectos y ni siquiera estimarse como válida una donación sobre bienes inmuebles, si no se ha plasmado la misma y, asimismo, la aceptación del donatario en escritura pública. (STS de 31 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don G.R.C pretendía declararse usufructuario de un local de negocio en virtud de una donación verbal que había celebrado con su propietario. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestiman la demanda y el TS no da lugar al recurso de casación. (M. B. R. B.)

24. Contrato de prestación de servicios de bar-cafetería en una estación ferroviaria en la que RENFE facilita el local. No puede calificarse como arrendamiento de negocio y queda sujeto a la legislación común.—La STS de 31 de marzo de 1993, en un caso idéntico al que nos ocupa en el que también solicitaba RENFE la resolución de un contrato de similar contenido, entendió excluido el mismo del ámbito de aplicación del Decreto 4101/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LAU, por entender que no se trataba de un arrendamiento de local de negocio. Precisamente de esta última sentencia, reproducida literalmente en este punto, procede la calificación del contrato en litigio que establece la de 24 de enero de 2000: «aun si se reconoce la afinidad existente entre este atípico contrato de prestación de servicios en una “estación de ferrocarril”, y el arrendamiento, nunca podría aceptarse que se reconduzca a un arrendamiento de local de negocio, pues, en cualquier caso, nos hallaríamos ante un arrendamiento complejo excluido de la Ley de Arrendamientos Urbanos por cuanto el arrendatario se obliga a realizar prestaciones que no son propias y específicas de la relación arrendaticia, supuesto éste de exclusión reconocido jurisprudencialmente».

Las razones que llevan a esta exclusión, tomadas de la Audiencia Provincial de Barcelona son que «la esencia y finalidad del contrato litigioso vienen determinadas por la colaboración en el servicio ferroviario prestando servicios a los viajeros —no importa que a la cafetería instalada en la estación de ferrocarril tengan acceso otras personas, pues ello es algo accidental— y a tal fin, se facilita por RENFE el local adecuado (...) sin que exista indicio alguno de que haya tratado de eludirse subrepticiamente la sujeción del contrato a la Ley de Arrendamientos Urbanos para obviar derechos irrenunciables de los supuestos arrendatarios, sino que las condiciones generales del contrato son coherentes con la evidente finalidad de aquél, relacionada, en el presente caso con el servicio público propio de la arrendadora en cuanto viene a complementarlo, al estar orientado principalmente, dada su ubicación, a los usuarios

del mismo, consideraciones todas ellas que evidencian que la relación aquí analizada forma parte de un complejo armónico del que no puede desligarse para quedar sometido a la especialidad arrendaticia».

De esta forma, se une la presente sentencia a otras muchas que excluyen la aplicación de la LAU, y en consecuencia del sistema de prórrogas forzosas, a determinados contratos que no encuentran un adecuado acomodo a la finalidad arrendaticia exclusiva propia de la misma Ley. Así, las SSTS, algunas citadas por la que nos ocupa, de 29 de mayo de 1950 y 26 de marzo de 1979 (arrendamiento *ad meliorandum* o *ad aedificandum*), 29 de diciembre de 1986 (arrendamiento complejo de explotación de restaurante, bar, hotel y apartamentos, con cita de las de 3 de abril de 1984 y 10 de junio de 1986), 4 de octubre de 1995 (arrendamiento de local para máquina de hacer retratos con signos, que formaba parte de un parque de atracciones) y 29 de julio de 1996 (arrendamiento de local para pastelería en un centro comercial).

La interpretación y calificación de los contratos. Facultad del juzgador de instancia.—Constituye doctrina consolidada del TS que la interpretación y calificación de los contratos es una facultad que corresponde exclusivamente al juzgador de instancia, no siendo admisible, por regla, su revisión en casación, salvo que haya llevado a un resultado del todo ilógico o irracional. El TS cita en su apoyo, como ya lo había hecho la S de 31 de marzo de 1993, las SS de 19 de enero de 1990 y 16 de octubre de 1992. A éstas pueden añadirse las más recientes de 11 y 19 de junio, 27 de julio, 2, 9 y 25 de octubre, 11 de noviembre y 14 y 18 de diciembre de 1999 y 20 de enero de 2000.

No obstante reconocer esta facultad al juzgador de instancia, al final no podemos llegar a saber cuál ha sido la calificación que ha merecido el contrato litigioso; solamente sabemos que queda excluido del ámbito de aplicación de la LAU, a tenor de las palabras siguientes: «no se trata aquí de diferenciar las categorías de arrendamiento de industria y de local de negocio, sino de que, tanto si se califica el contrato como de prestación de un servicio auxiliar de colaboración con el general ferroviario como si entiende que merece la conceptuación de arrendamiento complejo, se halla excluido de la legislación especial, por lo que no está sujeto a la prórroga forzosa en la misma establecido».

Aplicación preferente de la ley civil común sobre la especial de arrendamientos urbanos.—Afirma la presente sentencia, en lo que parece un *obiter dictum*, que la legislación especial de arrendamientos urbanos es una normativa de carácter excepcional (STS de 21 de abril de 1951) frente a la común representada por el Código civil, por lo que en caso de duda sobre la aplicación de una u otra, debe otorgarse preferencia a esta última en cuanto dictada para la mayoría de los casos en lugar de seguir el criterio de la especialidad (STS de 10 de febrero de 1986).

En nuestra opinión y no obstante el hecho de que corresponde a los tribunales la calificación de los contratos y la determinación de la normativa aplicable a los mismos, no parece que pueda decirse, cualquiera que sea la norma que finalmente resulte aplicable, que las leyes llamadas especiales, como la existente en materia arrendaticia, deban tenerse por normas excepcionales. Las normas especiales acogen los principios de las normas generales; son las normas excepcionales, sean generales o especiales, las que se apartan de estos principios y las que exigen ser interpretadas restrictivamente (art. 4.2.º CC). (STS de 24 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Red Nacional de Ferrocarriles Españoles* (RENFE) interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra don Antonio L.C. y doña Pilar R.L. solicitando se declarase resuelto el contrato de prestación de los servicios de bar-cafetería de la estación de Mataró y una indemnización de daños y perjuicios. Los demandados, contestada esta demanda, formularon reconvenCIÓN solicitando se declarase que el contrato que vinculaba a los litigantes lo era de local de negocio y no de prestación de servicios, quedando sujeto por tanto, a la legislación especial urbana de 1964 y a la prórroga forzosa que establecía su artículo 57. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y declaró la resolución de dicho contrato y la indemnización solicitada por los demandados; asimismo desestimó la demanda reconvencional íntegramente.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona revocó esta resolución en lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios concedida a la demandante, modificando los criterios a los que debía ajustarse. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo. (A. G. C.)

25. Arrendamientos urbanos. El cambio de denominación social de la arrendataria no es traspaso ilegal de local de negocio.—El cambio en la denominación de una sociedad anónima (*Banco Espíritu Santo*, por *Banco Industrial del Mediterráneo, S.A.*) no conlleva la pérdida o alteración de su personalidad jurídica. Por ello, si esta sociedad es arrendataria de un local de negocio, dicho cambio no supone cesión o traspaso arrendatario alguno que pueda dar lugar, a voluntad del arrendador y sobre la base jurídica de los artículos 32 y 114 del texto refundido de la LAU aprobada por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, a la resolución del contrato.

Esta doctrina encuentra su apoyo, a juicio del Alto Tribunal, en la STS de 29 de diciembre de 1992, en un caso en el que el arrendador condicionó su consentimiento a la subrogación en el arrendamiento del local de negocio de su propiedad a la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad que habría de subrogarse. La inscripción se llevó a cabo, pero el nombre social adoptado presentaba una pequeña modificación en relación al que, según el documento de subrogación, tendría la sociedad. Por ello, el propietario solicitaba se declarase la resolución del arrendamiento, lo que fue declarado tanto en primera como en segunda instancia, pero rechazó el TS por entender que se trataba de la misma sociedad cuyo traspaso había sido consentido, y por tanto, que éste no era ilegal.

Estos supuestos deben distinguirse de aquellos en los que un tercero ajeno a la relación jurídica, arrendatario subrepticio dice el TS, usa y aprovecha el local sin el consentimiento expreso o tácito de la parte arrendadora (SSTS de 30 de enero de 1995, 20 de junio de 1996, 30 de septiembre de 1997, y las que ésta cita, de 7 de enero, 2 de marzo y 13 de noviembre de 1991), lo que da derecho al arrendador a resolver el contrato.

Arrendamientos urbanos. La venta de la totalidad de las acciones de una sociedad a otra tampoco supone traspaso ilegal.—Aunque de forma poco clara a tenor del relato fáctico que hace la presente sentencia, parece que con posterioridad al cambio de denominación social se produce la venta de todas las acciones de la nueva sociedad a otra distinta (*Banco Espíritu Santo e*

Comercial de Lisboa), lo que la parte demandante y recurrida en casación interpretaba como un caso de traspaso inconsentido conforme a la legislación especial arrendaticia urbana representada por la Ley de 24 de diciembre de 1994. Tal argumentación es rechazada por el TS: «la venta de todas las acciones de una sociedad anónima a otra sociedad de la misma naturaleza (sin que exista fusión entre ellas) no entraña, por sí sola, la pérdida de la personalidad jurídica de aquélla cuyas acciones fueron vendidas, sino que ambas (transmитente y adquirente) conservan sus respectivas personalidades jurídicas, por lo que no puede en modo alguno decirse que la sociedad adquirente se haya introducido en el arrendamiento del local del que era arrendataria la sociedad cuyas acciones han sido vendidas, sino que ésta continúa conservando la condición de arrendataria del referido local, con su propia personalidad jurídica».

Aunque en ningún momento se afirme que se trata de una fusión de sociedades, la Sala declara, a mayor abundamiento, que aunque tal fusión se hubiere producido tampoco esto sería motivo determinante de la resolución del contrato, pues a ello se opone la redacción que en el momento de dictar la sentencia que anotamos presentaba el artículo 31.4 de la mencionada LAU: «No se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de sociedades o entidades públicas o privadas, pero el arrendador tendrá derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiese producido». Esta redacción procede, como se dice en esta sentencia, del artículo 19 la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y de la DA 5.ª de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria. (STS de 4 de octubre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Doña Beatriz, doña María Dolores, doña Silvia y doña María del Carmen A.V. interpusieron demanda de juicio de cognición contra las entidades *Banco Industrial del Mediterráneo, S.A.*, y *Banco Espíritu Santo e Comercial de Lisboa* solicitando se declarase resuelto el contrato de arrendamiento de un local de negocio, del cual las demandantes eran las propietarias, por traspaso, subarriendo o cesión inconsentidos que la primera entidad había hecho a la segunda. Se basaba la demanda en el hecho de que el primer banco había vendido todas sus acciones al segundo, aunque conservaba su personalidad jurídica, lo que a su juicio conllevaba traspaso que no había sido consentido. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia la desestimó íntegramente.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Albacete estimó el recurso y declaró resuelto el contrato de arrendamiento y haber lugar al desahucio del arrendatario. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró haber lugar al mismo, revocó la sentencia dictada en apelación y confirmó íntegramente la de primera instancia. (A. G. C.)

26. Responsabilidad civil médica. Naturaleza jurídica de la relación médico-paciente.—La relación jurídica de demandante y demandado deriva de contrato de paciente y médico, consistente en un tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis; contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra, que, como define el artículo 1544 CC

en relación con el 1583 CC, es aquél por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto.

Obligación de actividad u obligación de resultado.—Si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente de contrato de prestación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación que no siempre está dentro de sus posibilidades, hay casos en que se trata de obligación de resultado puesto que el médico se obliga a producir un resultado: son los casos, entre otros, de cirugía estética, vasectomía y odontología; este último supuesto lo recoge la STS de 7 de febrero de 1990, que, tras referirse al contrato habitual de prestación de servicios, añade: «...salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias...».

Indemnización.—Se aprecia el incumplimiento de la obligación de resultado que había contraído el médico en el contrato de obra, cuyo incumplimiento imputable al mismo, produce la responsabilidad que consistirá, en el cumplimiento por equivalencia, *id quod interest* que comprende la indemnización de los daños materiales y de los daños morales. (STS de 28 de junio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.ª Rosario C.G. acude a la clínica dental del médico odontólogo don Enrique B.C. para someterse a un tratamiento con el fin de obtener el saneamiento o rehabilitación de su boca tras la colocación de una prótesis dental. Después de nueve años de doloroso tratamiento no se consigue el resultado pretendido, lo cual obliga a la paciente a acudir a otros médicos.

La sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado núm. 12 de Barcelona es revocada por la Audiencia Provincial, sección 4.^a de la misma ciudad y contra ella, la actora alza recurso de casación que viene a confirmar la dictada en primera instancia en todos sus pronunciamientos. (M. B. R. B.)

27. Contrato de obra: vicios ruinógenos: defecto de construcción: doctrina general.—Acreditada la merma de coeficientes de seguridad en los pilares, indudablemente la estabilidad y firmeza del edificio no resulta completa si los mismos no se refuerzan adecuadamente en sus dimensiones y disposición, por lo que la sentencia recurrida, partiendo de la prueba pericial más conveniente, alcanzó la conclusión de tratarse de defecto constructivo instaurado por la mala ejecución de la obra, toda vez que, al ser defectuosos dichos pilares, resultan vulnerables a las brusquedades eólicas y movimientos sísmicos, frecuentes en la zona donde se halla levantada el edificio, por lo que se trata de estructura endeble e inadecuada que ya de por sí representa un vicio ruinógeno con carga potencial suficiente para poder causar efectivos daños materiales, por desplazamiento del centro de gravedad de la construcción y del centro geométrico de la misma.

Concepto moderno de ruina.—La más moderna doctrina de esta Sala sobre el concepto de ruina, en proyección progresiva, entiende que la conforman todos aquellos vicios que impidan, y también dificulten, el disfrute, la normal utilización y habitabilidad, por representar riesgo potencial de llegar a hacer inútil la edificación, incrementándose con el transcurso del tiempo si no se adoptan oportunamente las medidas correctas y efectivas necesarias,

debiendo considerarse que a los compradores de las viviendas también les asiste el derecho de su uso con la tranquilidad que aporta una construcción correcta, no estando obligados a soportar las inquietudes y desasosiegos que proporcionan estados edificativos imperfectos, como el del pleito.

Solidaridad.—En la producción de los daños han convergido diversas causas que pueden ser tanto de concurrencia simultánea o sucesiva, generadoras de una causa total eficiente; no cabe considerar como no eficiente la que, concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última, y las mismas no permiten individualizar las competencias profesionales de los que han sido demandados y objeto de la pronunciada. La sentencia de apelación con todo detalle enumera los plurales vicios o defectos constructivos y no particulariza, por la ausencia de datos probatorios suficientes, la naturaleza de las diversas causas que instauraron los mismos, por lo que no se pudo alcanzar criterios decisivos para imputar con exclusividad determinados resultados dañosos a cada uno de los partícipes responsable de la actuación constructiva llevada a cabo. De este modo la doctrina jurisprudencial consolidada resultó correctamente aplicada, en cuanto tiene dicho que la responsabilidad solidaria ha de aplicarse cuando se da convergencia de actividades plurales que confluyen en la formación de vicios constructivos constitutivos de ruina, pues todos, desde diversas posiciones, han contribuido, en mayor o menor grado que no se puede precisar, a los defectos funcionales y ruina del edificio.

Responsabilidad del arquitecto técnico.—El arquitecto técnico asume la función de colaborador especializado de la construcción y las actividades de inspeccionar, controlar y ordenar la correcta ejecución de la obra impuestas por la ley, siendo el profesional que debe mantener más contactos directos, asiduos e inmediatos con el proceso constructivo, conservando la necesaria autonomía profesional operativa; por lo que habiéndose establecido como hecho probado, defectuosa vigilancia y control, así como en el empleo de los materiales correctos, su responsabilidad concurrente se impone conforme a SSTS de 15 de octubre de 1991, 11 de julio y 12 de noviembre de 1992, 5 de febrero de 1993 y 2 de diciembre de 1994, alcanzándose cuando se produce no sólo mala ejecución de la obra, sino defectuosa dirección de la obra (STS de 22 de setiembre de 1994), extendiéndose a los mismos la responsabilidad del artículo 1591 CC por razón de obra deficientemente ejecutada, o en forma descuidada (SSTS de 29 de noviembre 1993 y 2 de febrero de 1996).

Plazo de garantía y de prescripción.—La obra se concluyó el 13 de junio de 1983 y la demanda se presentó el 12 de junio de 1993; para que resulte inaplicable el artículo 1591 CC ha de tratarse de vicios posteriores al plazo decenal, operando la prescripción cuando manifestado el vicio ruinógeno dentro del plazo de garantía de los diez años contados desde la terminación de la construcción, y nacida, por tanto, la correspondiente acción para exigir esta responsabilidad *ex lege*, la demanda se interpone dentro del plazo de quince años que establece el artículo 1964 CC (SSTS de 14 de febrero y 15 de julio de 1991, 21 de marzo y 17 de septiembre de 1996, entre otras).

Responsabilidad del arquitecto proyectista y del arquitecto director de la obra.—La Audiencia Provincial absolió al arquitecto, autor del proyecto básico, al confirmar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, pero tal pronunciamiento no puede extenderse al arquitecto superior encargado de la ejecución y dirección de la obra, en razón a su acreditada mala gestión de la misma, de conformidad al *factum* demostrado, teniendo al respecto decla-

rado la doctrina de esta Sala que su responsabilidad ha de exigírsele cuando se producen vicios en la dirección, al no haber solucionado satisfactoriamente los problemas edificativos y su realización adecuada conforme al proyecto básico, encontrando apoyo la responsabilidad exigida en la especialidad de sus conocimientos, y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en el proceso de la obra, lo que le impone desplegar la diligencia suficiente, acomodada al preciso rigor técnico para lograr el éxito consolidado del proyecto y ejecución que se le encargó (SSTS de 16 de junio de 1991, 27 de junio de 1994, 15 y 25 de mayo de 1995, 10 de octubre y 9 de noviembre de 1996).

Incongruencia: no se da.—Se invoca la incongruencia de la sentencia de la Audiencia Provincial en cuanto a que la condena a hacer que se peticionó en la demanda no lo fue con el alcance de condena solidaria y el fallo no incluyó este concepto jurídico, si bien en el FD 2.^º se declara que procede la responsabilidad solidaria de los demandados que resultaron condenados. Ahora bien, lo que efectivamente se suplicó fue la condena de los procesalmente interpelados a reparar el edificio del pleito, y la misma opera como solidaria al no poderse individualizar las concurrentes responsabilidades, conforme a jurisprudencia reiterada; el recurso no puede acogerse, no obstante la omisión en la literalidad del fallo de que se trata de responsabilidad solidaria, la que se impone, pues del escrito de demanda se desprende de forma inequívoca que lo que se suplicó fue la solidaridad responsable de los demandados, y no llevar a cabo ahora condena solidaria supondría una contradicción frontal a los hechos probados, aceptados por esta Sala, cuando el fallo de la sentencia no excluyó expresamente la solidaridad y no contradice radicalmente lo razonado en los fundamentos. (STS de 18 de diciembre de 1999; no ha lugar.) (G. G. C.)

28. Responsabilidad del arquitecto por vicios ruinógenos en la construcción de edificios. Aplicación de los artículos 1214 y 1591 CC.—A los recurrentes les basta acreditar la realidad de los vicios ruinógenos constructivos y el origen de los mismos que no fue otro que las deficiencias de edificación acontecidas en el plazo decenal que señala el artículo 1591 CC, correspondiendo al arquitecto demandado demostrar que en la causación de los daños intervino actuar imputable exclusivamente a los actores o que no procede atribuirle responsabilidad alguna, por ser correcta su actuación profesional, lo que no sucedió, conforme se deja dicho y ello acarrea la infracción del artículo 1214 CC que se denuncia en el motivo segundo, y se acoge, por no haber demostrado quién le correspondía el hecho impeditivo u obstativo esencial, desde el momento en que el arquitecto no aportó prueba suficiente para acreditar haber llevado a cabo también en forma correcta la dirección de la obra, sin perjuicio de su planificación deficiente.

El principio de responsabilidad solidaria en la construcción.—Al no poder individualizarse las responsabilidades de los diversos intervenientes en el proceso constructivo, se impone la condena solidaria de los demandados, y con ello del arquitecto-director, conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial que proclama que la solidaridad viene impuesta a constructores y técnicos que hayan contribuido a la producción de los daños, ante la ausencia de conductas y actuaciones concretas atribuibles a identificadas personas. Dicha solidaridad, establecida como impropia, lo es en beneficio de los perjudicados y actúa como medio apto para que los acreditados como implicados y res-

ponsables en deficiente hacer edificativo no puedan eludir sus obligaciones reparadoras. (STS de 25 de junio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Se plantea demanda contra la entidad *Nova Promotora S.L.*, y el arquitecto de la obra don Juan Bautista A.S. por la apreciación en el edificio de agrietamientos, zonas de humedad en techos y paredes, deterioros en pinturas y escayolas, así como deficiencias en el asentamiento y diferencias en la cimentación. Todo lo cual conforma el concepto de ruina funcional tantas veces reiterado por la doctrina jurisprudencial.

El Juzgado de Primera Instancia de Elda estimó íntegramente la demanda. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Valencia revocó la sentencia apelada para absolver al arquitecto y mantener la condena de la entidad promotora. El TS estimó el recurso de casación y confirmó la sentencia de primera instancia. (M. B. R. B.)

29. Contrato de obra. Responsabilidad decenal del promotor por vicios en la construcción constitutivos de ruina.—La jurisprudencia ha llevado a cabo una labor integradora para incluir en la llamada responsabilidad decenal del artículo 1591 CC a la moderna figura del promotor. En esta línea debe situarse la presente sentencia, que sigue en este punto, entre las más recientes, a las SSTS de 26 de junio y 3 de septiembre de 1997, 21 de octubre y 20 de noviembre de 1998 y 21 de junio de 1999 (esta última, para otorgar legitimación activa, además de pasiva, al promotor). Esta responsabilidad de los promotores, bien por culpa *in vigilando*, bien *in eligendo*, no es extracontractual sino que se deriva del artículo 1591 CC por tratarse de un supuesto de ruina (STS de 30 de diciembre de 1998, en el mismo sentido).

Las razones para incluir al promotor en aquel precepto también han sido expuestas, entre otras, por las SSTS de 8 de octubre de 1990, 1 de octubre de 1991, 28 de enero de 1994, 20 de noviembre de 1998 y 1 de octubre de 1999, y reiteradas por la que nos ocupa: «*a*) que la obra se realiza en beneficio del promotor; *b*) que se destina al tráfico mediante la venta a terceros; *c*) que los adquirentes confían en su prestigio profesional; *d*) que es el promotor quien elige y contrata a los técnicos y al constructor y *e*) que al adoptar criterio contrario produce desamparo o limita a los futuros compradores, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervenientes en la construcción».

Responsabilidad solidaria del promotor y arquitecto cuando no pueden individualizarse las respectivas responsabilidades.—También es doctrina consolidada entender a los responsables que participaron en el proceso constructivo como responsables solidarios (SSTS de 29 de mayo, 5 de julio y 3 de septiembre de 1997, 4 de marzo, 2 y 8 de junio, 19 de octubre y 20 de noviembre de 1998 y 6 de marzo de 1999), excepto cuando sea posible delimitar e individualizar con facilidad las concretas responsabilidades de aquéllos (así, SS de 27 de abril de 1995, 3 de octubre de 1996, 22 de marzo de 1997 y 31 de enero de 1998).

La presente sentencia también lo establece así siguiendo casi literalmente a la de 21 de marzo de 1996, del mismo Ponente: «La doctrina jurisprudencial reiterada establece la solidaridad de los intervenientes en el proceso constructivo que con su actuación determinaron la situación de ruina, calificándola como impropia y lo es en beneficio de los perjudicados para cuando no resulta posible individualizar responsabilidades concretas, pero actuando no

en forma siempre automática y definitiva, sino como medio para evitar que los implicados responsables, debidamente acreditados como tales, puedan eludir sus obligaciones, atentando al sentido y literalidad del artículo 1591 CC, que como enseña la S de 21 de marzo de 1991, resulta anticipado y también previsor en la protección de consumidores y usuarios». (STS de 13 de octubre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Surya, S.A.*, propietaria de una nave industrial declarada ruinosa por defectos en la cimentación, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra el arquitecto y director de la obra, don Rafael R. B., contra la entidad promotora, *Suministros de Arcilla, S.A.*, y contra la constructora, *Construcciones Sivel, S.A.*, solicitando se les condenase a pagarle, en concepto de daños y perjuicios, la cuantía de setenta millones de pesetas más intereses. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia la estimó parcialmente y condenó al arquitecto a pagar algo más de cincuenta millones de pesetas, absolviendo al resto de los demandados.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso y condenó solidariamente al arquitecto y a la promotora a pagar a la actora más de veintitrés millones. Recurrida en casación la sentencia por la demandante y la promotora, el TS desestimó el recurso de la primera y estimó parcialmente el de la segunda exclusivamente en cuanto al pronunciamiento sobre costas. (A. G. C.)

30. Contrato de obra. Incremento del precio por aumento de la obra: necesidad del consentimiento del propietario.—El artículo 1593 CC establece que, cuando se celebra un contrato de obra por un ajuste alzado que ha de ser ejecutado conforme a un plano previamente convenido con el propietario de la obra, el contratista no puede pedir un incremento del precio aunque se hayan incrementado los gastos derivados de la mano de obra o materiales que deban emplearse. La excepción a esta regla es el caso en el que se produce un aumento de la obra que ha sido consentido por el propietario.

En este sentido, la jurisprudencia ha llevado a cabo un flexible interpretación del precepto en cuanto a la exigencia de este consentimiento del propietario. Se ha admitido en forma verbal, a pesar de que el artículo 1593 *in fine* CC se refiera a «autorización del propietario» (SSTS de 21 de julio de 1993, 28 de marzo de 1996 y 13 de octubre de 1999), de forma tácita (entre otras, SS de 28 de marzo de 1996, 2 de julio y 26 de junio de 1998 y 6 de abril de 1999), reiterando esta doctrina recientemente las de 16 y 20 de marzo y 26 de junio de 1998. Incluso se ha llegado a decir que vale como consentimiento del propietario el haberse realizado las obras sin su oposición o reparos (SS de 2 de diciembre de 1985, 28 de febrero de 1986, y muy especialmente, de 23 de noviembre de 1987). Es más, en la S de 26 de junio de 1998 el actor había realizado, fuera de proyecto, los trabajos de electricidad y fontanería que eran necesarios para dotar de habitabilidad al inmueble y se entendió que ha de apreciarse la concurrencia del consentimiento en quien la aprovecha conciriendo tales circunstancias.

Frente a éstas, hay que citar dos sentencias: la de 7 de mayo y la de 13 de julio de 1997. En la primera se entendió que no concurrió el consentimiento

del propietario porque una cláusula expresa del contrato impedía el aumento de la obra; en la segunda, otra cláusula expresa exigía unos determinados requisitos, que no se cumplieron, para el aumento de la obra, como que fuera por escrito y con proyecto adicional (en idéntico sentido, la de 22 de diciembre de 1977).

Como puede observarse en definitiva, la jurisprudencia se inclina por interpretar de forma flexible el artículo 1593 CC a efectos de considerar el asentimiento del propietario al aumento de la obra, rechazándose solamente cuando de forma expresa se hubiere pactado su exclusión o se sometiere a determinadas condiciones que no se hayan observado. A pesar de ello, la sentencia que anotamos, confirmando la apreciación de la Audiencia Provincial, parece abrir una vía intermedia, restrictiva en cuanto a la apreciación de este consentimiento, puesto que el incremento de la obra parece que, aunque no consentido por la comunidad propietaria, sí lo fue por la dirección técnica de la misma, el arquitecto que ésta había nombrado y que actuaba como delegado suyo, lo que en el caso resuelto por la STS de 20 de marzo de 1998 sí se tuvo en cuenta a estos efectos. En cualquier caso, entiende el Tribunal que esta es una cuestión de hecho que fue apreciada por el Juzgado de Instancia y debe mantenerse, por tanto, en casación.

No cabe apreciar enriquecimiento sin causa.—No prospera la alegación de enriquecimiento injustificado o sin causa del recurrente, y ello a pesar de que, según se dice en el relato de hechos, el incremento del precio de la obra por aumento de la misma lo fue en un cincuenta y cuatro por ciento cuando apenas había transcurrido un mes desde su inicio. Sobre esta cuestión es claro el TS cuando afirma: «la causa deja de ser injusta y se torna en justa y suficiente cuando existe una clara disposición legal y cuando existe, como en este caso, resoluciones judiciales, que definen los derechos litigiosos».

Probablemente no era esta la vía más adecuada, dada la excepcionalidad que cabe predicar de su aplicación, para que el contratista pudiera obtener alguna indemnización por el exceso o aumento de la obra declarado como no consentido por el propietario. Quizá quepa en estos casos la aplicación de las normas Código civil en materia de liquidación del estado posesorio, y más concretamente, en cuanto a las mejoras, bien útiles, bien necesarias; en concreto, del artículo 453 CC.

Cuantía exigible a efectos de interposición del recurso de casación.—En los dos recursos de casación que dan lugar a la presente sentencia se plantea la cuestión de si lo reclamado en la demanda excedía los seis millones de pesetas que exige el artículo 1687.1.º c) LEC, en la redacción dada al mismo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma procesal, a efectos de la interposición del recurso de casación. En el primero de los recursos (interpuesto por don José Antonio D. U.) quedó claro que la cuantía excedió de los ocho millones, aunque la parte demandada y recurrida en casación sostenía lo contrario sobre la base de una presunta oferta que había sido dirigida a la demandante para llegar a un acuerdo amistoso, que finalmente no prosperó. En el segundo de los recursos (interpuesto por don Rafael N. R.) se acogió la postura de la parte recurrida porque la cuantía litigiosa superaba los seis millones como consecuencia de la acumulación de autos, pero la cuantía reclamada por el recurrente, que consistía en sus honorarios profesionales, no superaba el millón de pesetas y además ya le había sido abonada en parte. En esta línea se cita la STS de 29 de julio de 1993: «cuando se trata de actuaciones acumuladas, pero inde-

pendientes, cuando se admite la acumulación para no alterar la continencia de la causa y no alcanza la cuantía exigida por el artículo 1687.1.º c), (...), procede la desestimación del motivo». (STS de 18 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Rafael N. R. interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra la Comunidad de Propietarios de la calle Subida al Castillo, núm. X, de San Sebastián, y solidariamente contra doña María del Carmen P.B. Posteriormente se acordó la acumulación de estos autos a los que se venían tramitándose como consecuencia de las demandas, también sobre reclamación de cantidad, interpuestas por don José Antonio y don Ignacio D.U. contra dicha Comunidad y contra don Rafael N.R., respectivamente. Contestadas las demandas, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando en parte la interpuesta por don Rafael contra la Comunidad de Propietarios, resultando absuelta de la misma doña María del Carmen P.B. En cuanto a las otras demandas, se estimó también parcialmente la interpuesta contra la Comunidad, condenando a los copropietarios al pago de la cantidad fijada en proporción a las respectivas cuotas de participación en los gastos comunes, con responsabilidad solidaria de la comunidad, y se desestimó la demanda interpuesta contra don Rafael N.R.

Apelada la sentencia por don Rafael N.R. y don José Antonio D.U., la Audiencia Provincial de San Sebastián desestimó los recursos y confirmó íntegramente la resolución de primera instancia. Interpuestos sendos recursos de casación, el TS declaró no haber lugar a los mismos. (A. G. C.)

31. Concepto y contenido del contrato de mandato.—El artículo 1709 CC define el contrato de mandato, entendiendo por tal un contrato mediante el cual «se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra». Doctrina y jurisprudencia subrayan que ninguna de las características que definen el mandato en el texto codificado son esenciales al mismo, por lo que las partes pueden adaptar y configurar el mandato a sus particulares necesidades. Teniendo en cuenta este premisa aclaratoria la jurisprudencia, cuando ha analizado el concepto de mandato, ha hecho algo más importante que poner al día el texto codificado, pues ha cambiado radicalmente la estructura de la institución, sin llegar a elaborar una teoría general de la misma. De hecho, el análisis de la misma se hace desde la perspectiva que ofrecen cuatro presupuestos que concurren en todo mandato: la voluntad del mandante o del comitente, el poder, el negocio concertado por el mandatario o comisionista y, finalmente la imputación de efectos al mandante o comisionista. En primer lugar analizaremos el contenido del poder, pues la particularidad de la sentencia anotada deriva de la relación del mismo con los otros tres presupuestos.

El poder es un acto expreso y formal del mandato que incorpora unas garantías de origen (quién es el mandante), de contenido (cuál es la voluntad), y de identificación del mandatario. Es llamativo que la jurisprudencia española no se ha dejado tentar por las modas de los debates doctrinales sobre la naturaleza y alcance del poder. Por el contrario, reitera que el mandato y el poder están basados en la voluntad, que es esencialmente revoca-

ble. No admite la abstracción, la independencia formal entre poder y mandato, y las teorías extremas sobre la representación. En definitiva, la jurisprudencia ha sabido salvaguardar la noción básica de mandato como voluntad y no como poder; el poder por sí mismo no se puede caracterizar como negocio sino como instrumento formal de ejecución de un mandato, y de garantía frente a terceros.

Extralimitación del apoderamiento.—La jurisprudencia se plantea reiteradamente el valor del contrato otorgado por el mandatario sin poder o extralimitándose el poder, es decir, cuál es el destino de un acto jurídico realizado por el mandatario que excede de la voluntad del mandante y cuál la vinculación y responsabilidad del mandante y mandatario en relación al tercero con quien se ha celebrado el acto que extralimita el poder otorgado. En relación con el primer interrogante no es fácil determinar cuándo la extralimitación produce la nulidad del acto por falta de poder, o se considera como una mera irregularidad interna entre mandante y mandatario, sin limitar la eficacia del acto realizado con un tercero. Generalmente, la jurisprudencia no admite la validez del mismo cuando la desviación es sustancial. Esta es la opción que sigue la sentencia anotada al analizar la extralimitación, no atendiendo a la literalidad del poder, sino a la intención y voluntad del otorgante «las facultades concedidas a los mandatarios para realizar negocios jurídicos por cuenta de la mandante tiene su origen en la conforme declaración de voluntad que proviene del mismo, a la que deben de acomodarse y ajustarse, lo que no autoriza al mandatario a realizar negocios con terceros que no eran los previstos, ni queridos y, por tanto, autorizados por quién concedió el poder. El exceso del mandato repercute en las relaciones creadas por consecuencia del ejercicio abusivo, en el sentido de que el mandante puede considerarse ajeno a los mismos, los que carecen de validez y eficacia frente al principal, por no conformarse con su voluntad (STS de 27 de enero de 2000)». También declararon la nulidad del acto otorgado con poder insuficiente las SSTS de 27 de octubre de 1958, 23 de febrero de 1963, 15 de enero de 1989, 25 de junio de 1990 así como la de 24 de febrero de 1995. En otras ocasiones la jurisprudencia declara que el contrato realizado con extralimitación de poder no es ni inexistente, ni nulo. En estos casos la extralimitación se estudia en relación con una interpretación amplia del poder otorgado; a falta de delimitación exacta de su contenido, el acto es imputable al *dominus negotii*. En este sentido se pronuncian las SSTS de 29 de enero de 1945, 17 de mayo de 1968, 5 de febrero de 1969 y 12 de diciembre de 1989.

Responsabilidad del mandatario.—La extralimitación es sustancial cuando se traiciona mediante ella el fin esencial del contrato de mandato, bien por error, bien conscientemente. Pero esta extralimitación lleva implícito un problema como es la protección de los terceros con los que el mandatario ha celebrado el negocio. De la interpretación conjunta de los artículos 1101, 1718, 1725, 1726 y 1727 todos del CC deducimos la solución al mismo y así lo expresa la sentencia anotada al establecer que estos terceros «no resultan totalmente desamparados por la actuación del mandatario que sobrepasa lo encargado, pues si bien en estos casos el mandante no queda vinculado, salvo que otorgue su aprobación, es entonces cuando se produce la responsabilidad del mandatario, en forma personal y directa, conforme al artículo 1725 y con el alcance que establece el artículo 1726, ya que su actuación resulta desprovista de los poderes necesarios y suficientes». Esta fue la solución por la que

optó el TS en ss. como la de 23 de marzo de 1949, 8 de febrero de 1968 o 12 de marzo de 1993. (STS de 27 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesto recurso de casación por el mandatario, demandado originario, argumentando la inexistencia de extralimitación en sus actuaciones en base al poder otorgado por el mandante, el TS desestima el recurso y confirma la sentencia de apelación que repetía la de primera instancia cuyo contenido consistía en la declaración de nulidad de los negocios jurídicos por excederse el mandatario del mandato recibido.

NOTA.—La declaración de nulidad de los negocios realizados sin poder o extralimitar el mismo, así como la responsabilidad que de esta actuación deriva hacia el mandatario es consecuencia del principio general de responsabilidad por la apariencia creada y por la confianza generada en los terceros que exige un deber de positivo del mandante de destruir y denunciar aquella apariencia jurídica que, inicialmente, le puede ser imputable. (M. F. N. C.)

32. Mandato verbal expreso: requisitos para su existencia. Actuación *nomine propio* del mandatario.—«Para que un contrato pueda ser válidamente concluido en nombre de otro, el mandato ha de ser expreso, aunque no sea por escrito, o ha de resultar de actos inequívocos o concluyentes (STS de 21 de julio de 1994)»; alejándose con ello nuestro código en sede de mandato del código Napoleónico que deroga expresamente el llamado mandato tácito.

En la sentencia anotada la relación negocial existente entre demandante y demandado se identifica con el contrato de mandato que define el artículo 1709 CC, es decir, «como efectiva cooperación que tiene por objeto cumplir el encargo recibido para llevar a cabo cualquier acto, servicio o realización del alguna cosa (STS de 18 de enero de 2000)». El encargo se transmite de modo verbal expreso y para un cometido concreto, cual es la compra de la finca objeto del pleito, entregando el mandante cierta cantidad dineraria para el pago de lo adquirido. La voluntad concorde del mandatario exigida por el artículo 1710 CC se produce tácitamente.

El problema se suscita por la actuación *nomine propio* del mandatario ante la dificultad de determinar cuándo se actúa como mandatario en nombre de otro y con efectos para otro, y cuando se actúa en nombre propio y con efectos para sí mismo. Este problema generalmente se presenta entre nuestra jurisprudencia ante una actividad que ha producido importantes plusvalías y que el mandatario pretende alegar que se efectuó en su nombre. De hecho, no se pretende la nulidad ni la ineficacia del acto, sino la imputabilidad del mismo a este sujeto con efectos generales (SSTS de 27 de marzo de 1967, 6 de mayo de 1972, 26 de noviembre de 1974, 30 de marzo de 1990).

De los hechos de la sentencia anotada queda totalmente esclarecido que en el mandatario concurre actuación en nombre propio y en nombre del mandante. El recurrente compra la finca objeto del pleito como mandatario del actor respecto a la porción indivisa que este reclama (6/16 partes), no respecto a la totalidad, ya que por el resto (10/16 partes) actúa en nombre propio.

Prescripción adquisitiva.—La prescripción adquisitiva conduce a la adquisición de la propiedad por la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida durante el tiempo establecido por la ley, diez o veintiún

te años si además concurre justo título y buena fe o por un período de treinta años cuando estos últimos están ausentes.

El justo título que se requiere para la prescripción adquisitiva ordinaria ha de ser un título que legalmente baste para transmitir la propiedad (art. 1952 CC), pero que no la ha transmitido ante la falta de poder de disposición del tradente. Sin embargo, es capaz de generar una posesión en concepto de dueño apta para usucapir. Por lo tanto, el título de la usucapión es un acto de adquisición posesoria con el que normalmente debía coincidir una adquisición del derecho. En virtud de la compra efectuada por el recurrente adquirió para sí y para su hermano, por lo tanto, su posesión respecto a las 6/16 partes de la finca correspondientes al mandante no es en concepto de dueño único sino como coposición en nombre de otro hasta que la división se efectuase. Además, en ningún caso concurriría la buena fe exigida por el artículo 1950 CC y completada por el 433 CC al ser consciente el mandatario de que esa porción de finca corresponde a su hermano. (STS de 18 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El TS confirma el pronunciamiento de la sentencia de apelación que a su vez se hace eco del que fue pronunciado por el Juzgado de Primera Instancia reconociendo que el actor es propietario proindiviso de seis dieciseisavas partes de la mitad indivisa de siete fincas compradas en su nombre en virtud de un mandato verbal expreso por el recurrente mandatario que lo aceptó tácitamente. (M. F. N. C.)

33. Culpas extracontractual: muerte por disparo de arma asignada a policía nacional: responsabilidad del Estado: competencia de la jurisdicción civil: derecho transitorio.—La competencia de la jurisdicción civil en este caso viene determinada tanto por la naturaleza meramente civil de la acción, como por lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la derogada LRJAE de 1957, vigente en la fecha del suceso originador de este pleito. Corresponde recordar la presencia de dudas en la práctica forense sobre la concreción del orden jurisdiccional correspondiente para sustanciar las reclamaciones indemnizatorias contra la Administración, propiciadas, muchas veces, por los propios Tribunales, con la argumentación de que no existe una clara delimitación competencial en este espacio, pues, frente a la generalidad del artículo 3 b) de la Ley de 1956, se encuentra el alcance de la responsabilidad extracontractual contenida en el artículo 1902 CC, relativa a que el conocimiento del orden civil, en materia de daños producidos por una Administración Pública, procede cuando ésta no ha ejercitado potestades soberanas, y la del orden contencioso-administrativo en caso contrario. La normativa actualmente aplicable, aparte de las disposiciones aprobadas por las respectivas CCAA se encuentra en los artículos 106.2 y 149. ap. 1, regla 18.^a, CE, en el artículo 2, letra e) de la Ley de 13 de julio de 1998, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y en los 139 ss. de la Ley de 26 de noviembre de 1992, desarrollado por RD de 26 de marzo de 1993. Se evidencia un cambio del panorama competencial, con la tendencia en la nueva legislación, de conformidad con el espíritu imperante en las pautas administrativas recién dictadas, y en el artículo 215 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de concentrar las reclamaciones contra la Administración en la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, por razones de seguridad jurídica, conviene respetar los criterios competenciales precedentes para los asuntos iniciados antes del cambio legislativo aludido, pues su quiebra perjudicaría el

principio de la tutela jurídica efectiva y produciría indefensión, con clara vulneración del artículo 24.1 CE.

Responsabilidad del Estado por muerte ocurrida por disparo de arma perteneciente a miembros de la seguridad del estado.—La acción culposa con el resultado lesivo objeto de este debate, de la que fue responsable un funcionario público, se encuentra dentro de las previsiones del artículo 1902 CC, alcanzando al Estado las consecuencias de esa conducta por aplicación de los artículos 40 y 41 LRJAE, así como de la Ley de 4 de diciembre de 1978, que impone la obligación de vigilancia y seguridad a los cuerpos y miembros de Seguridad del Estado, de considerarse y estar siempre de servicio permanente, aunque se hallen libres o frances de servicio ordinario; como asimismo le cabe al Estado por aplicación del artículo 1903 CC. (**STS de 31 de diciembre de 1999**; no ha lugar.) (G. G. C.)

34. Yuxtaposición de responsabilidad contractual y extracontractual: admisibilidad.—La yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, respecto a un mismo hecho dañoso es perfectamente posible en nuestro Derecho (SSTS de 26 de diciembre de 1997, de 18 de mayo y 5 de julio de 1999, entre otras). Su fundamento radica en que el hecho dañoso supone una violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, se infringe el deber general de no dañar a otro.

La jurisdicción civil es la competente para conocer de las cuestiones relativas a las reclamaciones sobre responsabilidad extracontractual.—En los supuestos de coexistencia de responsabilidades, contractual o extracontractual, el perjudicado podrá optar entre ejercitar la acción aquiliana o la acción de responsabilidad contractual. Puede darse la circunstancia de que el conocimiento de estas acciones estén atribuidas a diferentes órdenes jurisdiccionales. En estos casos, y con independencia de cual sea el orden jurisdiccional a quien corresponda la competencia para conocer de las reclamaciones nacidas dentro del ámbito contractual, el conocimiento de las cuestiones relativas al ejercicio de la acción aquiliana es competencia de la jurisdicción civil (SSTS de 15 de febrero de 1994, 26 de diciembre de 1997 y, 23 de julio de 1998). (**Auto TS de 11 de enero de 2000**; inadmisión del recurso de casación.)

HECHOS.—El actor reclama indemnización de daños y perjuicios que le han sido producidos por la falta de efectividad de un contrato de trabajo. El recurso de casación se articula en un único motivo: exceso de jurisdicción por razón de la materia al entender que el litigio era competencia de la jurisdicción laboral. El TS dicta auto de inadmisión del recurso de casación. (C. O. M.)

35. Accidente de trabajo con resultado de muerte de un operario de la minería del carbón. Jurisdicción civil.—Lo acontecido fue la plasmación de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica del contrato de trabajo, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por su carácter residual y extensivo, máxime cuando en la demanda se hace alusión a que la acción ejercitada es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios con cobertura en los artículos 1902 y 1903 CC (SSTS de 21 de marzo de 1997 y 13 de octubre de 1998).

Indemnización de daños y perjuicios: factores determinantes del cálculo resarcitorio.—Se ha de aceptar en el caso la indemnización reclamada, toda vez que se han ponderado el salario medio que percibía el trabajador fallecido, las pensiones de viudedad y orfandad reconocidas a los actores, el perjuicio económico real habido por la fatal secuela del fallecimiento del esposo y padre de los demandantes y la particularidad de la *pecunia doloris*, con la incidencia, además, de la circunstancia de que la víctima dejara viuda y huérfanos menores de edad en el tiempo del suceso, y del agravamiento de la evolución del tratamiento médico-psicológico de la esposa.

Requisitos de la responsabilidad extracontractual.—Uno, subjetivo, consistente en la existencia de una acción u omisión generadora de una conducta imprudente o negligente atribuible a la persona o entidad contra la que la acción se dirige; otro, objetivo, relativo a la realidad de un daño o lesión; y, por último, la relación causal entre el daño y la falta.

Ausencia de medidas eficaces para la evitación del daño en la actividad preventiva: la diligencia reglamentaria no es suficiente.—Las tareas laborales en las minas de carbón ofrecen clara y singular peligrosidad, de manera que la actividad preventiva ha de manifestarse con mayor sensibilidad que en otros campos del trabajo, mediante la rigurosa adopción no sólo de las previsiones reglamentarias, sino de otras *ad hoc*, y, según la *lex artis*, en verdad, técnicamente imaginativas para evitar y reducir los efectos de los desfavorables acontecimientos que pueden producirse. La falta de tal diligencia preventiva en el supuesto de autos, provoca la declaración de culpabilidad civil de la empresa, debido a que, según reiterada doctrina jurisprudencial no resulta suficiente la diligencia reglamentaria, si la realidad fáctica evidencia que las garantías adoptadas para evitar los daños previsibles han resultado ineficaces.

Diligencia exigible en el artículo 1902 CC.—Si bien el artículo 1902 CC descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para evitar el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación a resarcir (SSTS de 31 de enero de 1982 y 1 de octubre de 1985, entre otras).

Proceder conforme a las disposiciones legales no implica inexistencia de culpa.—No siendo suficiente para la inexistencia de culpa acreditar que se procedió con sujeción a las disposiciones legales que, al no haber ofrecido resultado positivo, revelan su insuficiencia y la falta de algo por prevenir, estando por tanto incompleta la diligencia (SSTS de 12 de febrero de 1981 y 3 de diciembre de 1983, entre otras). (STS de 13 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Los dos hijos y la esposa de un picador en la minería del carbón, que muere por una explosión de grisú, demandaron a la empresa minera, en la que el fallecido prestaba sus servicios cuando se produjo el accidente, para que les indemnizara conjuntamente con catorce millones de pesetas la muerte de su padre y esposo. El Juzgado estimó parcialmente la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de instancia al declarar de oficio la incompetencia

del orden jurisdiccional civil para conocer del asunto. El TS da lugar a la casación planteada por la parte demandante. (*I. D.-L.*)

36. Responsabilidad civil extracontractual de entidad pública.—El artículo 41 LRJAE, de 26 de julio de 1957, vigente al tiempo de ocurrir los hechos impone la responsabilidad del Estado o, en su caso, como el presente, de la Comunidad Autónoma cuando actúa en relaciones de Derecho privado. Además, en el presente caso no se ha aplicado el artículo 1903 CC sino el artículo 1902 CC por considerar que la conducta omisiva de la Comunidad Autónoma ha causado el daño consistente en el incendio de la máquina del demandante.

Cuantía de la indemnización.—Es reiterada la doctrina jurisprudencial que afirma que el *quantum* indemnizatorio no es revisable en casación; se trata de una función atribuida a la Sala de instancia, salvo que, se hayan combatido las bases o presupuestos de dicha cuantificación, cuestión que no se plantea en el presente caso. La solidaridad pasiva en el caso de la indemnización que deben satisfacer las demandadas tiene su fundamento en la imposibilidad de determinar su grado de causalidad en la producción del resultado dañoso. (STS de 21 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—El 23 de junio de 1987 se encontraba el señor J.C.R utilizando su máquina cosechadora en el campo cuando, al entrar ésta en contacto con el cable de conducción eléctrica, que no se encontraba en las condiciones de seguridad adecuadas, se incendió.

La Audiencia Provincial de Madrid resolvió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia condenando solidariamente a *Iberdrola, S.A.*, y a la Comunidad Autónoma de Madrid al pago de 2.500.000 pesetas. Ambas demandadas interponen sendos recursos de casación contra dicha sentencia pero el TS declara no haber lugar al recurso. (*M. B. R. B.*)

37. Lesiones de espectador en partido de fútbol-sala: por explosión de petardos: responsabilidad del Patronato Municipal de Deportes.—El Patronato Deportivo Municipal de T. fue constituido al amparo del artículo 85.3 de la Ley de 1985 reguladora de las Bases del Régimen Local, previsora de una de las formas de gestión directa de los servicios públicos municipales, adoptando la forma de un organismo autónomo municipal, con personalidad jurídica propia, si bien con dependencia y subordinación funcionales al Ayuntamiento; el artículo 68 de la Ley del Deporte de 1990 atribuye a los organizadores y propietarios de las instalaciones deportivas la obligación de garantizar las medidas de seguridad en sus recintos deportivos de acuerdo con lo legal y reglamentariamente establecido, y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por incumplimiento de tales prescripciones; en el presente caso, el Patronato, cuando cedía sus instalaciones municipales al Club de fútbol-sala T., se limitaba a enviar al lugar un par de empleados que aseguraban sólo la apertura, cierre y control de mantenimiento, pero que no se hacían cargo del deber de vigilancia y seguridad; se declara probado que en el interior del recinto deportivo se expendían bebidas alcohólicas, y que ese día, y para tal espectáculo, no se avisó a la Delegación del Gobierno por parte del Club. En conclusión, puede considerarse una actuación paradigmática de negligencia, por parte de un ente municipal, el permitir la celebración en su recinto, sin presencia de la fuerza pública que garantice el orden y la seguri-

dad en dicho lugar, de tales competiciones deportivas, patentizándose así su negligencia, desinterés y descuido.

Alcance de la responsabilidad.—No puede pretenderse que el artículo 68 de la Ley del Deporte se refiera sólo a la seguridad de las instalaciones, con lamentable olvido de que en la escala axiológica que marca nuestro ordenamiento jurídico, desde la norma fundamental al resto de las disposiciones, las personas son más importantes que las cosas; ni que la vigilancia de los asistentes a los espectáculos deportivos de propiedad municipal sólo incumbe a las fuerzas de seguridad del estado; entre las medidas de cautela y custodia figura la de no permitir espectáculo sin tal presencia para evitar que un espectador sufra lesiones y secuelas permanentes como en el caso.

Exoneración de la Liga Nacional de fútbol-sala.—Según el artículo 25 del Real Decreto de 20 de diciembre de 1991, sobre Federaciones Deportivas Españolas, no incumbe a éstas organizar «espectáculos deportivos» sino «competiciones», debiendo encargarse del orden de los partidos, señalamiento de fechas, arbitrajes y demás de su incumbencia, pero no se extiende a la concreta actividad deportiva en cuanto espectáculo, ni a los terceros, que incumbe exclusivamente a los Clubes respectivos y a los propietarios de los recintos; es decir, no le compete la vigilancia de un concreto evento deportivo, sino la organización de una liga nacional.

Exoneración del Ayuntamiento.—Cierto que el Patronato Municipal de Deportes presenta una subordinación y dependencia funcional respecto del Ayuntamiento, pero ostenta personalidad propia y cometidos determinados, incumbiéndole la gestión, promoción, administración y regulación de las instalaciones deportivas del municipio; la propiedad de tales recintos por parte del Ayuntamiento no es la propiedad de un bien cualquiera, sino una titularidad de bienes de uso público y con finalidad pública, y para la administración, gestión, explotación y ejercicio de las facultades municipales en bienes de esta clase, tales bienes se atribuyen a un ente público, con independencia del Ayuntamiento, a saber, el Patronato Deportivo Municipal de T.; las obligaciones de seguridad y vigilancia de los recintos no pueden imputarse al Ayuntamiento, pues no es la mera titularidad de bienes de uso y servicios público la generante de responsabilidades, cuando existe un ente público municipal *ad hoc*, con personalidad pública, diferente del Ayuntamiento, a quien incumben las obligaciones del propietario en esta clase de recintos. (STS de 22 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Con ocasión de un partido de fútbol-sala un espectador sufrió lesiones, con secuelas, en un oído, por explosión de una traca o petardo, y reclama una indemnización de 19.800.000 pesetas al Ayuntamiento, al Patronato Municipal de Deportes, al Club organizador de la competición y a la Liga Nacional de fútbol-sala. El Juzgado de Primera Instancia absuelve al Ayuntamiento y a la Liga Nacional de fútbol-sala, condenando al Patronato y al Club organizador, al abono solidario de una indemnización de poco más de dos millones de pesetas. La Audiencia Provincial elevó la indemnización a casi cinco millones pesetas. Recurren en casación, tanto el Patronato como el espectador lesionado, desestimándose ambos recursos con base en la doctrina extractada. Los hechos ocurren en mayo de 1991. (G. G. C.)

38. Responsabilidad extracontractual por ocultar la paternidad de un menor. Inaplicabilidad del artículo 1902 CC.—Ciertamente, los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1902 del texto legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora C., ya que fue a comienzos del año 1990 cuando ésta tuvo conocimiento de que la paternidad de su hijo Jorge Ignacio no correspondía, realmente, a su marido. Por tanto, es imposible calificar de dolosa la actuación y conducta de la señora C. en torno a ocultar al señor R. la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio. (STS de 22 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Gustavo R.S y doña M.^a Concepción C.S contraen matrimonio en 1956 del cual nacen siete hijos. Después de trece años de convivencia, los cónyuges acuerdan su separación y, posteriormente, consiguen la nulidad de su matrimonio otorgada por el Tribunal eclesiástico de Rabat. En 1990, uno de sus hijos, don Jorge Ignacio R.C. se somete a una prueba para investigar su paternidad y el resultado de la misma excluye a don Gustavo R.S. y señala a don Jesús I. de M. como su verdadero padre. Posteriormente, don Jorge Ignacio presenta demanda para impugnar la paternidad de don Gustavo, el cual, decide, a su vez, interponer demanda contra doña M.^a Concepción para reclamarle los alimentos abonados a don Jorge Ignacio y el daño moral causado por la actitud dolosa de la demandada.

Tanto en primera instancia como en apelación se desestima la demanda y doña M.^a Concepción es absuelta de todas las pretensiones deducidas contra ella. El TS desestima el recurso de casación. (M. B. R. B.)

39. Accidente ferroviario. Muerte de una persona al ser alcanzado por el tren cuando andaba. En los casos de muerte por un acto ilícito, el destinatario directo de la indemnización junto a la vía. Responsabilidad civil. Personas legitimadas para entablar la acción en caso de muerte de la víctima: los perjudicados.—Era la propia víctima y por sucesión sus herederos (SSTS de 30 de diciembre de 1932, 27 de noviembre de 1954 y 24 de febrero de 1968). Esta tesis está hoy superada por el propio TS, que ha rectificado su anterior postura, al afirmar categóricamente que, en estos casos, los destinatarios inmediatos y directos son los perjudicados, que reciben la indemnización por derecho propio y no por vía hereditaria, cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, debiendo entenderse por perjudicado aquella persona ligada a la víctima por vínculos próximos de familia, afecto, relaciones de convivencia real, dependencia económica y otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios derivados directamente de la muerte producida por el hecho delictivo (SSTS de 24 de noviembre de 1970, 10 de febrero de 1972, 25 de marzo de 1983 y 23 de marzo de 1985). En todo caso se impone en estos supuestos considerar en los reclamantes una doble cualidad, como perjudicados *iure proprio* y como herederos de la víctima (STS, de 1 de julio de 1981).

Diligencia exigible en los supuestos de accidentes ferroviarios.—Para que la conducta del agente pueda ser calificada de diligente y exenta, por tanto, de toda connotación de antijuricidad, no basta con que se hayan adoptado las exigencias que reglamentariamente vengan impuestas, sino que ha de atemperarse a las medidas de prudencia y precaución que vengan impuestas por las circunstancias (de personas, tiempo y lugar) concurrentes en cada caso concreto para evitar la producción del resultado dañoso. En el caso, a la producción del evento dañoso contribuyó decisivamente la conducta de la dirección de RENFE al no haber adoptado las medidas procedentes para evitar el acceso indiscriminado de personas a la vía a su paso por la localidad de Salou, como hubiera sido la colocación de vallas que impidieran ese acceso, así como la instalación de pasos subterráneos o elevados para el cruce de las vías.

Daño moral por pérdida de un hijo: cuantificación.—Se fijó una indemnización de dos millones de pesetas como compensación del daño moral sufrido por la pérdida de su hijo. (STS de 4 de noviembre de 1999; *ha lugar*.)

HECHOS.—El 1 de julio de 1992 don Francisco S.R., soltero y de veinticinco años de edad, falleció a consecuencia de haber sido golpeado por una de las unidades de un tren cuyo recorrido era Málaga-Barcelona. El accidente tuvo lugar a la altura del paso a nivel de la calle Barcelona de la localidad de Salou. El fallecido se encontraba andando paralelo a la vía del tren en el momento de ser alcanzado por el mismo. En el lugar en que ocurrieron los hechos existe la posibilidad de acceso a la vía de cualquier persona, ya que la misma no tiene protección alguna, solamente el paso a nivel de la citada calle, que se cierra automáticamente al paso de los convoyes.

La víctima vivía con su padre el cual demandó, en nombre de la herencia yacente de su hijo, a RENFE en solicitud de una indemnización de veinte millones de pesetas. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda al apreciar falta de acción a favor de la invocada herencia yacente. El TS da lugar al recurso de casación y condena a RENFE a indemnizar al actor con dos millones de pesetas como compensación del daño moral sufrido por la pérdida de su hijo. (*I. D.-L.*)

40. Culpa extracontractual: responsabilidad de RENFE: viajero accidentado al arrancar súbitamente el tren; negligencia de los empleados.—Se considera probado que el tren fue arrancado sin cerciorarse por los encargados del mismo de que no habían terminado de subir los pasajeros que se proponían hacerlo; conducta de los empleados de RENFE que encaja plenamente en el concepto de acción u omisión causante de daño, con intervención de culpa o negligencia que contempla el artículo 1902 CC.

Consorcio de Compensación de Seguros: inaplicabilidad del artículo 24 CE.—En la narración de hechos probados se deduce la existencia de una actuación culposa de los encargados del tren, lo que impide aplicar la presunción de inocencia del artículo 24 CE. (STS de 14 de diciembre de 1999; *no ha lugar*.)

HECHOS.—En primera instancia se desestima la reclamación del viajero, pero en apelación se estima parcialmente el suplico de la demanda reduciendo los dieciséis millones solicitados a dos millones y medio aproximadamente; es curioso que se rechazan los

argumentos de los demandados, basados en la culpa exclusiva de la víctima, omitiendo toda referencia a culpa compartida por ésta, aunque *de hecho* viene a darse el mismo resultado; habiendo amputación del pie izquierdo, incapacidad para el trabajo y *reducción de la personalidad en un 20 por ciento* no parece que esa cuantía indemnizatoria estimada sirva para reparar razonablemente los daños causados hace ya una decena de años. Un criterio más *realista* en cuanto a la cuantía de los daños se mantiene en sentencia dictada al día siguiente por la misma Sala e idéntico Ponente. (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: accidente de trabajo en empresa al servicio de RENFE: negligencia al no cortar fluido en reparaciones: sentencia penal absolutoria por estimar prescripción.—No produce cosa juzgada civil la sentencia penal que absuelve por estimar la concurrencia de prescripción, según la doctrina contenida en SSTS de 12 de julio y 23 de mayo de 1998 y STC de 25 de abril de 1994; resulta inoperante que la sentencia penal haga reserva de acciones civiles respecto de la RENFE y no en relación con la empresa a cuyo servicio estaba, ya que ambas habían sido inculpadas.

Culpa de la víctima: elevación de la cuantía por la Audiencia Provincial.—El Tribunal de instancia ha motivado o explicado las razones de conceder una mayor indemnización que el Juzgado de Primera Instancia, declarando que la experiencia del trabajador ha de ser entendida desde su categoría profesional de peón, y aun cuando el encargado de la obra pueda tener bajo sus órdenes a muchos trabajadores —lo que no sucedía el día del accidente—, no consta que el lesionado, en el trabajo que estaba desarrollando, tuviese de modo continuo un trabajador de categoría profesional superior, que diera las instrucciones oportunas en cada momento acerca de la forma de realizar el trabajo; por todo ello eleva la indemnización de veinticinco a cuarenta millones. (STS de 15 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—Los hechos ocurren en 1987 cuando el lesionado, con otros compañeros, trabaja en la estación de Abando pasando cables de comunicación, recibiendo una descarga de 3.000 voltios, quedándose secuelas en miembros superior derecho e inferior izquierdo, y el llamado pie equino, que le obliga a llevar bastones para deambular, alternando con el uso de silla de ruedas, así como alteraciones de la sensibilidad táctil y dolorosa, dificultades en la expresión oral y diversas cicatrices, con obligación de realizar ejercicios de rehabilitación. Partiendo de la facultad moderadora que el artículo 1103 CC atribuye a los Tribunales de instancia, no parece que la Audiencia Provincial se extralimitara al elevar, de forma notable, la cuantía de la indemnización, valorando adecuadamente la negligencia propia con que contribuyó a la producción del daño. Aunque las circunstancias fácticas no son idénticas, llama la atención la gran diferencia de cuantía (de dos millones y medio a cuarenta) respecto de la sentencia dictada el día anterior, en la que había amputación de un miembro inferior e incapacidad laboral permanente. Si la baremación de las indemnizaciones no convence mayoritariamente, la notable disparidad que resulta del arbitrio del Tribunal de instancia tampoco parece de recibo. (G. G. C.)

42. Culpa extracontractual: accidente de trabajo con resultado de lesiones graves de una trabajadora agrícola. La presunción de culpa del agente: excepciones.—En materia de culpa extracontractual debe presumirse la existencia de negligencia en el causante del daño, salvo en los supuestos de fuerza mayor y cuando el autor de la acción y omisión acredite debidamente haber actuado con el cuidado que requieren las circunstancias del lugar, tiempo y que la culpa del perjudicado, en la hipótesis de que concurra, se presente con caracteres de exclusividad o con tan acusado relieve como para absorber a otra culpa concurrente.

Concurrencia de culpas: moderación de la responsabilidad del agente.—En este caso sólo puede apreciarse cierta compensación (de la responsabilidad mejor que de la culpa, como precisó la STS de 15 de diciembre de 1984) traducible en moderación del montante económico a satisfacer. (STS de 18 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Un tractor que circulaba sobre el terreno de labor de una finca agrícola, que hacía difícil el paso al estar plantada de árboles frutales, rozó el árbol donde estaba subida una trabajadora agrícola recogiendo fruta, lo que produjo que ésta cayera al suelo y fuese arrollada por el vehículo ocasionándosele lesiones graves. La trabajadora demandó a los dos propietarios de la finca, al propietario del tractor, que era uno de los anteriores, y al conductor del mismo. La demanda fue desestimada en el Juzgado. La Audiencia admitió el recurso presentado por la actora y el TS no dio lugar a la casación. (*C. O. M.*)

43. Responsabilidad extracontractual por daños causados en un edificio colindante. Diferencias entre la acción ejercitada con base en los artículos 1902 y 1903 CC y la ejercitada basándose en el artículo 1591 del mismo texto.—La actividad desarrollada en este caso por la entidad promotora no se corresponde con la figura clásica de la promotora en los términos que la jurisprudencia consideró adecuado, cuando se ejercita la acción de los artículos 1591 y ss. CC; que, en definitiva, es distinta la responsabilidad que puede exigirse al amparo de lo dispuesto en los artículos 1902 y 1903 CC, a la que se puede derivar de la responsabilidad de la promotora, cuando interviene en el proceso de construcción del propio edificio en el que se causan los daños. Se insiste en las diferencias entre la aplicación del supuesto de hecho del artículo 1591 CC sobre las promotoras, a cuando se ejercita una acción análoga a la presente, porque, en definitiva, habida cuenta la diferente intervención de los interesados, esto es, promotor, técnico y constructor, habrá de señalarse que las obras se llevaban a término por el constructor de la obra, el cual, no era el promotor, bajo la dirección técnica y facultativa de forma directa del arquitecto de la obra, por lo que debe excluirse la responsabilidad de la promotora.

Responsabilidad del arquitecto.—La condena impuesta a la promotora ha de atemperarse para su adecuada apreciación a las características de la acción ejercitada y, sobre todo, a las circunstancias integradoras de la figura del susodicho promotor, y para ello, se subraya: 1.º) que la acción ejercitada lo es con base a la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC, esto es, precisamente, la acción que ejercen los perjudicados o dañados como propietarios de sus viviendas, que se han visto perjudicados por obras realizadas en una edificación colindante o anexa a la misma; 2.º) que la causa de las

obras, naturalmente, fueron por defectos de la excavación y la responsabilidad, en principio, se imputa a los técnicos intervenientes en la misma, fundamentalmente, al arquitecto director de la obra, que no sólo fue el encargado del proyecto, sino, el que debía asumir la dirección técnica al respecto.

No es aplicable la doctrina que equipara la figura del promotor a la del contratista.—La jurisprudencia, en torno al artículo 1591 CC, considera responsable a la figura del promotor, y sin perjuicio de que lo sea el contratista ejecutor de la obra, por su decisiva intervención en todo el proceso de construcción, bien, a través de una labor de intermediación coordinando los intereses de los posibles adquirentes o usuarios de la vivienda, o bien a través de una decisiva intervención en la elección de las empresas ejecutoras de las obras. La doctrina de esta Sala fue desde un principio unánime y pacífica, equiparando la figura del promotor con la del contratista, a efectos de incluirlo en la responsabilidad decenal establecida en el artículo 1591 CC; y las razones que motivaron este criterio fueron las siguientes: *a)* que la obra se realiza en su beneficio; *b)* que se encamina al tráfico de la venta a terceros; *c)* que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial; *d)* que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos; y *e)* que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervenientes en la construcción. Sin embargo, esta doctrina no puede ser aplicable al caso, en donde se imputa responsabilidad a quien es en exclusiva promotor de las obras en el edificio originario o contiguo, porque, precisamente de cuya ejecución, se derivan las causadas en el edificio colindante objeto del presente litigio, por lo que es preciso, pues, en este supuesto, apartar aquella integración de la figura del promotor como persona que, de modo intermediario, conecta los intereses de los usuarios, o bienes de las viviendas, con todas las entidades y técnicos intervenientes en la ejecución, por cuanto, en este litigio debe estimarse como relevante la esfera de subjetividad en la relación de causalidad productora del daño, siendo el principal causante del daño, básicamente, el arquitecto y sin que se cuestione la existencia de dependencia alguna entre la susodicha promotora y el arquitecto responsable. (STS de 3 de julio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—A causa de una excavación inadecuada en un solar se producen daños a los propietarios de una finca colindante. Los vecinos del inmueble afectado interponen demanda contra el arquitecto don Javier R.V. y la entidad promotora *B. de Obras y Garajes, S.A.*, ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, el cual estima la demanda y condena a la reparación del 50 por ciento de los daños causados. La Audiencia Provincial de Barcelona estima parcialmente el recurso de apelación presentado por la parte actora y condena al pago de la totalidad de los daños a los responsables solidarios. Se interpone recurso de casación por parte de la aseguradora de la entidad promotora y el TS lo admite. (M. B. R. B.)

44. Culpa extracontractual: responsabilidad por los menores confiados por sus padres al Instituto Catalán de Servicios a la Juventud: inversión de la carga de la prueba.—Esta Sala tiene declarado que los padres que confían sus hijos a una determinada institución que los acoge, los someten y entregan a la tutela y cuidado ajenos, que ha de ser suficiente y dotado de las mayores seguridades para evitar todo suceso negativo, y al producirse

estos resultados acreditan la insuficiente de las medidas o disposición que presentan las cosas, es decir, que falta algo por prevenir, presentándose por tanto incompletas las diligencias tomadas, recayendo la carga de la prueba de haber obrado con la completa diligencia que debe concurrir en aquél al que se le atribuye la causación del daño ocasionado.

Muerte por caída desde balcón, al intentar saltar una joven internada en albergue de centro dependiente de la Generalidad de Cataluña: concurrencia de culpas.—El acto inicial desencadenante del accidente mortal hay que atribuirlo a la víctima, tratándose de una joven de trece años de edad y por tanto con capacidad suficiente para discernir el peligro que suponía saltar de balcón a balcón, lo que pone de manifiesto una actuación, no sólo temeraria, sino evidentemente peligrosa, cuando lo adecuado era utilizar la vía correcta y normal de comunicación entre las habitaciones que facilitaba el pasillo interior.

Responsabilidad del Centro de Acogida.—La entidad recurrente no resulta totalmente ajena al suceso, pues no se está ante un caso fortuito claro y que se imponga, ya que no adoptó —se hizo con posterioridad al accidente (suplementos y enrejados en los laterales de los balcones)—, las medidas de seguridad suficientes y necesarias, dada la disponibilidad estructural que tenían los voladizos, para evitar el paso de uno a otro por los usuarios del albergue, tratándose de personas jóvenes, proclives a afrontar peligros de forma irreflexiva. Concurre una clara y decidida falta de previsión de la entidad recurrente, la que, al tomar para su custodia, tutela y protección a los jóvenes que se alojaban en el edificio, debió de disponer todas las medidas de seguridad posibles a su alcance para evitar accidentes que resultaban convenientes y fáciles de ejecución, llevando a cabo cerramientos útiles protectores de los balcones, a los que se abrían los dormitorios de los internos. Se trata de una omisión dotada de la suficiente intensidad causal en relación al accidente, que determina la responsabilidad concurrente del Instituto con la de la víctima; si bien la disposición de los balcones no contravenía normativa alguna, no resulta ello suficiente cuando se trata de edificaciones destinadas a acoger personas menores de edad, por resultar del todo necesario evitar todo peligro, evitando las facilidades que lo anuncian. (STS de 30 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—La sentencia extractada (Pte. Villagómez Rodil) pone a cargo de las instituciones al servicio de la Juventud (la víctima tenía trece años) un especial deber de precaución en relación con las habitaciones que pongan a disposición de la misma; había una distancia superior a un metro entre los balcones, que la joven intentó franquear, saltando y cayendo al vacío. Para quedar exento de responsabilidad, según la doctrina de esta Sentencia, la institución debía haber colocado obstáculos que impidieran dicho salto. Cualquiera, sea el motivo que impulse a realizar tal acción (por juego, por evitar una reprimenda como parece ser la del caso, ¿si se declara un incendio?) es evidente que una adolescente de trece años, normalmente educada, debe saber que no se entra a las habitaciones por el balcón; por ello acertadamente se califica de temeraria su conducta. Sin embargo, no parece tan razonable que, en lugar de asumir las consecuencias de sus actos, se condene al Albergue por no haber impedido materialmente el hecho de saltar, causa única del daño que sufrió la víctima. (G. G. C.)

45. El caso fortuito: presupuestos. La ausencia de culpa.—Para que se estime el caso fortuito es necesario demostrar que el resultado dañoso fue imprevisible o inevitable. En caso contrario, posibilidad de prever o evitar el daño, no se puede hablar de caso fortuito, pues habría culpa, y la simple presencia de la misma excluye la apreciación del caso fortuito.

El deber de diligencia. Valoración.—El deber de diligencia exigible en orden a prevenir o evitar el resultado dañoso se mide en función de la específica situación en la que se ha producido el daño. En atención a éstas circunstancias se valorará si el causante del daño ha incurrido o no en culpa.

Especial referencia a la diligencia exigible en los supuestos de daños sufrido por menores.—En relación con los daños sufridos por menores en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia exige un mayor grado en el cumplimiento del deber de diligencia, esto es, medidas de previsión, vigilancia, atención y cuidado (SSTS de 13 de septiembre de 1985, 11 de julio de 1990, 5 y 22 de febrero, 28 de mayo y 4 de junio de 1991, entre otras). En este sentido, se estima, que se ha incumplido el deber de prevenir cuando el daño se produce en el desarrollo de una actividad por sí peligrosa (SSTS de 10 de junio de 1983, 10 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991, 20 de mayo de 1993, 30 de junio de 1995, 10 de diciembre de 1996). Por el contrario, se admite la ausencia de culpa cuando: el daño era difícilmente previsible dentro de un orden cotidiano y normal (SSTS de 21 de noviembre de 1990 y de 10 de marzo de 1997); se trata de un juego sin peligro (STS de 8 de marzo de 1999); o si concurre culpa exclusiva de la víctima (SSTS de 18 de febrero de 1985, 17 de julio de 1986 y 2 de abril de 1988).

Responsabilidad de los titulares de los Centros de Enseñanza: fundamento (arts. 1902 o 1903 CC).—Los titulares de los Centros de Enseñanza responden por los daños causados por sus alumnos durante los períodos de tiempo que estén bajo su control o vigilancia. Dicha responsabilidad se puede fundamentar tanto desde la perspectiva del artículo 1903 CC —culpa *in vigilando o in eligendo*—, como desde el artículo 1902 —culpa *in omitiendo*— (SSTS de 10 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991, 30 de octubre de 1992, 15 de diciembre de 1994, entre otras).

Módulo para determinar el *quantum indemnizatorio*: las secuelas. Quedan excluidas las expectativas de futuro sin base científica actual.—En el concepto de secuelas se incluyen todos los aspectos que sean consecuencia permanente de la lesión, tales como: minoración orgánica, funcional o estética. En la valoración de las mismas se habrá de tener en cuenta los daños de carácter físico y psicológico. No cabe incluir dentro del *quantum indemnizatorio* las expectativas de futuro sin base científica actual, pues no es conforme con la seguridad jurídica. (STS de 18 de octubre de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Con ocasión de hallarse varios niños jugando en el patio de un colegio y como consecuencia de dichas actividades infantiles un menor, de siete años de edad, sufre una grave lesión con pérdida del globo ocular. En concreto el referido entretenimiento consistía en el manejo de unos palos con el propósito de imitar el juego de «marcianos». En el momento de producirse el suceso, los niños estaban de actividades extraescolares organizadas por un centro de titularidad pública. Los padres del menor lesionado demandan a la entidad pública de la que depende el centro, al profesor que los vigilaba en el momento de producirse el daño, y a los padres del niño que lanzó el palo. En primera instancia se estima la

demanda en lo que se refiere al ente público y se absuelven a los demás codemandados. En segunda instancia se confirma la sentencia salvo en lo referente a la indemnización solicitada que fue elevada. El TS no da lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

46. Culpa extracontractual: lesiones sufridas por menor en clase de gimnasia: centro docente dependiente de Junta de Andalucía: competencia civil.—El desarrollo concreto de la actividad docente por una profesora de educación física, no supone un servicio público *stricto sensu*, es decir, no es una actividad propiamente administrativa; aquella era una funcionaria pública, pero no actuaba en funciones de imperio, no estaba revestida, ni directa, ni por delegación, de prerrogativas de índole pública; no concurría una actuación de poder público en uso de las potestades públicas. La actividad en que se produjo el daño encajaba más en el ámbito del artículo 41 LRJAE que en el del artículo 40, tanto más si se tiene en cuenta que el ámbito del segundo ha sido objeto jurisprudencialmente de una interpretación restrictiva, especialmente cuando la Administración se ocupa de actividades paralelas, sustitutiva de ésta, o en las que se dan en la sociedad las dos posibilidades operativas (por la Administración y por los particulares), como ocurre con las sanitarias y las docentes, tal y como tiene señalada esta Sala (por todas STS de 23 de diciembre de 1997). No tienen similitud con el presente los supuestos resueltos por SSTS de 3 de octubre de 1994 (actuación de la Gerencia Municipal de un Ayuntamiento), 29 de diciembre de 1995 (accidente atribuido a defectuosa instalación de valla protectora en vía pública), y 2 de febrero de 1996 (muerte por disparo de la Guardia Civil con ocasión de huelga), que se invocan en el recurso.

Demandas dirigidas contra compañías de seguros en cumplimiento de contrato privado: vis *attractiva* de la jurisdicción civil.—Presentada la demanda después de la entrada en vigor de la Ley de 1992, hay que aplicar la doctrina de la *vis attractiva* de la jurisdicción civil; no se trata del seguro obligatorio, sino del celebrado por el Centro abarcando los accidentes corporales y/o materiales causados a terceros, teniendo esta consideración los alumnos. Esta asunción de competencia se halla en línea de cabal coherencia con SSTS de 16 de mayo de 1987, 7 de abril de 1989, 10 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991, 5 de octubre de 1995, 22 de noviembre de 1996, 23 de diciembre de 1997, 28 de diciembre de 1998 y 24 de febrero y 6 de mayo de 1999; no es aplicable la STS de 16 de diciembre de 1998 por que en ella se demanda únicamente a un ente administrativo.

Estimación del recurso: efecto positivo de jurisdicción.—Al estimar el recurso y asumir esta Sala las funciones del juzgador de instancia, pese a la redacción imperfecta del núm. 1.º, ap. 1.º del artículo 1715 LEC, que prevé el exceso de jurisdicción, pero no el defecto, rige en nuestro sistema casacional el denominado efecto positivo de jurisdicción, implícito en dicho artículo y reconocido por reiterada doctrina de esta Sala (SS de 2 de junio de 1989, 26 de marzo de 1991 y 30 de mayo de 1998).

Culpa de la profesora: salto sobre trampolín elástico.—La producción del accidente se debió a no haberse observado por la profesora que ordenaba y dirigía el ejercicio, la diligencia media que le era exigible, dado que no adoptó las medidas de precaución y seguridad que la prudencia imponía en atención a un riesgo previsible en relación con la naturaleza de la actividad y las demás circunstancias concurrentes, obrando con evidente descuido y exce-

so de confianza, sin dar la debida consideración al peligro que entrañaba la clase de educación física que había mandado efectuar a los alumnos, riesgo que por su preparación y titulación no le era ajeno. La apreciación culposa se fundamenta en una estimación subjetiva pura, sin que sea preciso en el caso acudir a ninguno de los expedientes que admite la jurisprudencia en orden al acogimiento de la responsabilidad cuasi-objetiva.

Exoneración del director del colegio.—En el director del colegio no se aprecia la existencia de un comportamiento con incidencia en el nexo causal; es cierto que es el coordinador de las actividades del centro, y el encargado de hacer las compras (entre ellas, la del aparato de autos), y ordenar los pagos, y asimismo que debía conocer que el uso del trampolín estaba previsto en la programación escolar; no consta que este último hubiera sido vedado por las Autoridades responsables de Educación y Ciencia; no cabe descargar en el director una especie de responsabilidad genérica por todo lo que ocurre en el mismo, con el riesgo de convertir la *culpa in vigilando* en un expediente que conduzca a la responsabilidad objetiva pura, que la regulación positiva no admite y la jurisprudencia rechaza.

Cuantía de la indemnización: gran invalidez.—Para fijar la indemnización en la suma de ciento veinte millones de pesetas la Sala ha tenido especialmente en cuenta las gravísimas secuelas físicas y psíquicas que le han quedado al demandante, según resulta de las diferentes pruebas practicadas, sin que resulte preciso concretar los graves padecimientos que afectan al lesionado, sin que obste que la cantidad expresada sea superior a la interesada en el Juicio de Faltas previo, porque es doctrina de esta Sala que cuando se trata de daños corporales o personales, la cifra indemnizatoria pedida en un proceso penal anterior no vincula respecto de la solicitada después en vía civil.

Prescripción de la acción: efectos de la interrupción.—No puede estimarse la excepción de prescripción porque si bien el hecho ocurrió el 13 de enero de 1988, y la demanda no se presentó hasta el 19 de julio de 1993, el transcurso del plazo prescriptivo fue interrumpido por la tramitación de una causa penal por el mismo hecho, y por la reclamación previa en la vía gubernativa; efecto interruptivo que no sólo paraliza el transcurso del plazo, sino que deja sin efecto el tiempo transcurrido con anterioridad, de tal modo que el computo se inicia *ex novo* una vez producida la interrupción, o cesados sus efectos.

Sentencia penal absolutoria.—Dichas resoluciones, en cuanto que no declaran la inexistencia del hecho, no vinculan al juzgador que conoce del proceso civil, el cual goza de total soberanía, no ya sólo para valorar el material probatorio practicado en los autos, sino incluso los datos de hecho que obren en el testimonio del proceso penal incorporado a aquéllos.

Responsabilidad de la Administración autonómica.—Viene determinada por la aplicación de la normativa sustantiva de la LRJAE de 1956, vigente al tiempo del accidente, ya que el artículo 1903, párrafo 5.º, CC (por *culpa in vigilando* o *in eligendo*) que habla del Estado, pero es aplicable a todas las Administraciones Públicas, aunque en realidad su contenido resultó absorbido por el artículo 41 de la LRJAE; y tal responsabilidad tiene carácter directo, operando prácticamente, según la doctrina de esta Sala, con el efecto del vínculo de solidaridad respecto a los otros responsables.

Responsabilidad de la compañía de seguros.—Deriva del artículo 70 de la Ley de 1980, y también tiene carácter directo según el artículo 76 de dicha

Ley, debiendo responder hasta el límite de la cantidad máxima asegurada. (STS de 22 de diciembre de 1999; ha lugar.)

NOTA.—La importancia de este fallo (Pte. Corbal Fernández) viene avalada por haber sido absolutorias las sentencias de instancia, la elevada cuantía de la indemnización concedida (se otorgan 120 millones frente a los 160 solicitados), la reiteración de la jurisdicción civil siguiendo una doctrina habitual anterior a la Ley de 1992, y el fino análisis jurídico de la responsabilidad en que ha incurrido la profesora de gimnasia, mientras se exonerá al director del Centro.

Para matizar tal responsabilidad la sentencia toma en consideración: la edad de los alumnos; el tipo de aparato que entraña, no una excesiva, pero sí una cierta peligrosidad; la dificultad del ejercicio, harto patente (breve carrera de ocho metros aproximadamente para, a continuación, tomar impulso sobre el trampolín y botar en posición vertical sobre una colchoneta), que además se revela por las caídas producidas y el temor de los alumnos a realizar el salto; la falta de técnica en la realización del ejercicio, el que habría requerido una mayor y lenta preparación, sin que sea suficiente una mera explicación verbal; la presión añadida que pesaba sobre los alumnos que temían no aprobar la asignatura si no lograban, o al menos intentaban el ejercicio; y, sobre todo, el no haber estado la profesora más cerca del lugar del salto, o de la caída, bien personalmente o por medio de personas expertas que le auxiliaren para el caso de producirse el desequilibrio, pues éste era previsible, incluso por la causa de pisar mal el trampolín, algo posible dadas las circunstancias expuestas, y todo ello con mayor razón todavía si se tiene en cuenta que era la primera clase en que los alumnos del grupo actuante realizaban el ejercicio (FD 6.º).

Aunque en el extenso FD 3.º se alude brevemente a la resolución del problema en la perspectiva jurisdiccional afectada por la Ley de 26 de noviembre de 1992, en realidad los hechos acaecen con anterioridad, por lo cual se enjuicia el hecho a la luz de la LRJAE siendo de destacar la calificación que recibe la actividad docente aunque se desarrolle en centros dependientes de la Comunidad Andaluza; parece claro que la profesora responsable del daño es funcionario público pero su actividad no está revestida de *imperium*; como último argumento se invoca la *vis atractiva* de la jurisdicción civil derivada del hecho de demandarse simultáneamente a la compañía aseguradora.

No hay datos específicos que permitan inculpar al director del centro en el caso de autos; a mi juicio, se hubiera implicado en los hechos de haber estado presente de modo activo en la clase de gimnasia, o de haber dictado instrucciones para su impartición, o de haber adquirido un material no homologado. Hay que dar la razón a la sentencia cuando advierte de los riesgos de convertir el deber de vigilancia que pesa sobre el director, en una responsabilidad genérica que sirviera para cubrir toda clase de actividades escolares.

La gran invalidez que afecta al lesionado, nacido en 1973, es coherente con la cuantía de la indemnización fijada en la suma de

ciento veinte millones pesetas, cifra que, según las circunstancias, no parece excesiva. (G. G. C.)

47. Responsabilidad extracontractual de los titulares de centros docentes por los daños causados por sus alumnos. Límite temporal.—La responsabilidad de las personas y entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior que establece el artículo 1903 CC, en su apartado quinto, por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad, se halla condicionada temporalmente en el sentido de que tales daños y perjuicios han de ser causados «durante los períodos de tiempo en que los mismos (los alumnos menores de edad) se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias», lo que encuentra su razón de ser en que, tratándose de una responsabilidad por culpa *in vigilando*, las funciones de guarda y custodia sobre aquellos alumnos sólo se transfieren a los profesores o cuidadores del centro desde el momento de la entrada en el mismo de los alumnos hasta su salida de él finalizada la jornada escolar. Por ello, era requisito necesario para la prosperabilidad de la acción indemnizatoria ejercitada, la prueba de que las lesiones sufridas por la menor hija de los actores se produjeron durante ese lapso de tiempo en que los alumnos quedaban sujetos a la vigilancia del personal del centro, lo que no se ha conseguido en autos ya que los hechos ocurrieron al acceder la menor al recinto exterior del colegio por una cancilla situada a unos veinte metros de la entrada principal del edificio en que se encuentran las aulas, cancilla que separa ese espacio exterior del colegio de la vía pública, por lo que no puede afirmarse que los hechos se produjeron cuando el personal del centro había asumido ya las funciones de vigilancia de los alumnos a ellos encomendados. (STS de 4 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La menor Estefanía L.S. se encontraba jugando con otros niños a unos veinte metros de la entrada principal del Colegio público de Educación General Básica de Chantada, cuando uno de sus compañeros la empuja y ella se agarra a la cancilla que separa el colegio de la vía pública, siendo ésta cerrada por otro de los niños, lo cual le supuso el aplastamiento de la mano derecha.

Los padres de Estefanía interponen demanda contra el Ayuntamiento de Chantada y la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria. La demanda es desestimada por el Juzgado de Primera Instancia de Chantada, de forma que, los demandantes interponen recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Lugo obteniendo el mismo resultado. El TS desestima el recurso de casación. (M. B. R. B.)

48. Responsabilidad civil médica. Negligencia del médico anestesista como causa del resultado dañoso.—El eje de la cuestión grava en si la parada cardiaca fue detectada rápidamente y se tomaron las medidas adecuadas o pasó inadvertida en un principio y hubo un retraso en la aplicación de las maniobras de reanimación. Desde el punto de vista técnico, se puede afirmar en esencia, que se trata de una monitorización a través de una pantalla que recoge dos tipos de datos, unos dígitos que recogen la frecuencia cardíaca en cada momento y un registro osciloscópico de un trazado electrocardiográfico. La información aparece en pantalla pero no queda almacenada en ningún tipo de memoria ni queda recogida en ningún registro gráfico en papel

o en otro soporte. Este sistema de monitorización exige un control directo por parte de un profesional para verificar que la frecuencia cardíaca y el trazado se encuentran dentro de la normalidad y detectar los posibles problemas que surjan con relación a los parámetros sometidos a control e iniciar el tratamiento adecuado. La importancia del tiempo de duración de la parada cardíaca se erige en el elemento nuclear del caso que nos ocupa para establecer si hubo una actitud diligente por parte de los profesionales en detectar la parada cardíaca con la suficiente precocidad y aplicar las medidas terapéuticas necesarias. La cuestión debe conducirse, por ello, al tema central, esto es, que la monitorización permitía a un anestesista atento detectar, con suma rapidez, las anomalías del ritmo cardíaco, de manera que una intervención inmediata con los fármacos adecuados hubiera evitado la prolongación de la bradicardia y procurado la rápida reanimación, según los patrones normales, y sin necesidad de acudir al concepto de «labilidad» que entraña una hipótesis no demostrada. La valoración de la prueba lleva a establecer que fue la negligencia del médico anestesista, causa eficaz del daño que se desencadenó, por la tardanza en la aplicación de los medios terapéuticos adecuados.

Reparación del daño causado. Condena solidaria.—Obviamente, acreditada como está la relación de dependencia del médico anestesista con el Servicio Andaluz de la Salud en uno de cuyos centros tuvo lugar la desdicha intervención quirúrgica, procede que la condena correspondiente se extienda con carácter solidario, al expresado demandado. Consecuentemente con lo razonado, debe condenarse a don Francisco R.C. y al Servicio Andaluz de la Salud, con carácter solidario, a abonar a don Francisco T.R., en la representación que ostenta, la cantidad pedida de 25.000.000 de pesetas. Tal cantidad se conceptualiza, sin embargo, no como una suma dineraria sino como la cantidad que en la fecha en que se pide resulta equivalente con la reparación indemnizatoria. Tiene, en definitiva, carácter de deuda de valor que requiere, en todo caso, su actualización a la fecha de esta sentencia mediante su conversión al valor en pesetas constantes, o lo que es lo mismo, exige su conversión a pesetas actuales, teniendo en cuenta la depreciación monetaria. Consiguientemente, la condena comprende: *a) la cantidad de 25.000.000 de pesetas, que deberá hacerse efectiva inmediatamente, conforme al artículo 921, en relación el artículo 927, ambos LEC; b) también debe pagarse el exceso de capital que resulte, previa su determinación en ejecución de sentencia, por la actualización de la cantidad de 25.000.000 de pesetas, en pesetas constantes a la fecha de esta sentencia, tomando en consideración para establecerla, la depreciación monetaria experimentada, desde la fecha de interposición de la demanda hasta el momento indicado. Es decir, que una vez establecida la cifra del capital actualizado deberá restarse de la misma la cantidad de 25.000.000 de pesetas, y la diferencia es el exceso que asimismo se debe satisfacer. Todas las cantidades devengarán, en su caso, los intereses del artículo 921 LEC desde que son líquidas o, desde que se liquiden por resolución judicial.* (STS de 15 de julio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El menor Antonio T.O. se somete a una intervención quirúrgica que se practica para corregir un estrabismo y durante ésta, sufre una parada cardíaca que le provoca lesiones irreversibles (tetraparesia espática con afectación extrapiramidal) debido a la ausencia de control por el anestesista del monitor que indicaba la frecuencia cardíaca.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Almería dictan sentencia desestimando el recurso. El TS estima el recurso de casación de la parte actora y condena solidariamente al anestesista y al Servicio Andaluz de Salud. (M. B. R. B.)

49. Responsabilidad médica: doctrina general.—Examinada la actuación de los diversos médicos intervenientes, se llega a la conclusión de que no se ha probado una conducta productora, en nexo causal, del daño, y se ha acreditado, en cambio, que su actuación fue correcta. Ha lugar a reproducir la STS de 29 de junio de 1999 referida a la doctrina jurisprudencial muy reiterada de la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato de prestación de servicios (distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en supuestos de cirugía estética, odontología, o vasectomía) como si deriva de una relación extracontractual, que es obligación de actividad (o de medios), y no de resultado.

Responsabilidad del Servicio Andaluz de Sanidad: resultado desproporcionado: *res ipsa loquitur*.—En cambio, a la actuación del Servicio Andaluz de la Salud hay que aplicar la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur*, que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana, y a la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de acción del demandado, aunque no se conozca el detalle exacto, y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima (STS de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998 y 29 de junio de 1999). En el presente caso una mujer se somete a una operación relativamente sencilla, consistente en la extirpación quirúrgica del cristalino para remediar una afección de cataratas, y pierde el ojo izquierdo, sin que el centro médico le facilite explicaciones coherentes sobre ello; en verdad se trata de un resultado desproporcionado, y la cosa habla por sí misma, habiendo clara apariencia de prueba de la culpa, culpa virtual que si no consta la negligencia de médicos concretos, sí aparece una presunción desfavorable que puede generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización.

Responsabilidad de la empresa por sus dependientes: aplicación de la Ley de Consumidores.—La responsabilidad del Servicio Andaluz de la Salud se fundamenta en el artículo 1903, párrafo. 4.º, CC, es decir, en la 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, constituyendo un supuesto de responsabilidad sanitaria manifestada en la responsabilidad del centro médico por deficiencias de funcionamiento u organización, negligencias del personal, etcétera; según indica la STS de 29 de junio de 1999, es una subespecie de la responsabilidad médica, más cerca de la responsabilidad sanitaria en general,

la derivada de conductas que supongan una falta de coordinación entre los especialistas que tratan a una paciente, y con mayor razón si ocurre dentro del mismo centro sanitario. Por lo demás son aplicables a este supuesto los artículos 1, 28 y 29 de la Ley de 19 de julio de 1984, debido a que la demandante es consumidora, ha utilizado unos servicios entre los que se incluyen los sanitarios, y la producción de un daño genera la responsabilidad objetiva que desarrollan los artículos 25 ss. de la indicada Ley, tal como lo consideran las SSTS de 1 y 21 de julio de 1997 y 29 de junio de 1999. (STS de 9 de diciembre de 1999; ha lugar.) (G. G. C.)

50. Responsabilidad médica: solidaridad entre el médico y el INSALUD.—Acreditada una conexión causal en la producción del daño, consistente en la paraplejia parcial consecuente a la intervención de un accidentado laboral, entra en juego el vínculo de solidaridad que se presenta como el más adecuado y apto para que el derecho a ser indemnizado, que corresponde al perjudicado, en una situación que no provocó ni tuvo parte alguna, sea efectivo y no resulte vaciado en su contenido económico compensador, como tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia; existente solidaridad entre los codemandados, a todos ellos afecta el efecto interruptivo del plazo de prescripción por la reclamación efectuada a uno de ellos por acto de conciliación.

Responsabilidad por resultado anormal y desproporcionado.—Si bien la intervención quirúrgica para la instauración en el accidentado laboral de la instrumentación de Cottrell-Dubousset para la estabilización de su columna vertebral era el tratamiento correcto para la curación de la lesión sufrida por aquél, las pruebas obrantes en los autos acreditan que durante la colocación de las placas se produjo la lesión de la médula detectada a través de la resonancia magnética, determinante de la paraplejia apreciada inmediatamente después de desaparecer los efectos de la anestesia suministrada al paciente, y que obligó a una segunda intervención quirúrgica al siguiente día para la retirada del aparato instalado; tal consecuencia, derivada directamente de la primera intervención, constituye un resultado anormal y desproporcionado a la naturaleza y entidad de la intervención realizada, no obstante la gravedad de ésta, pues no constituye un riesgo normal o previsible inherente a la misma, lo que ni siquiera se ha intentado probar, revelador de una conducta negligente del médico que practicó la intervención. (STS de 21 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de un supuesto complejo, pues inicialmente se produjo un accidente laboral de cuyas resultas el obrero sufre determinada fractura de vértebra, siendo asistido en un centro de la Seguridad Social por un facultativo al servicio de ésta, quien le practica una estabilización con instrumentación de Cottrell-Dubousset; la intervención es adecuada pero su realización resulta defectuosa, como se comprobó al extinguirse los efectos de la anestesia, debiendo procederse a la extracción del material, pudiendo comprobarse que se habían producido lesiones irreversibles en la columna vertebral que obligarán al paciente a deambular en silla de ruedas, y a precisar asistencia de terceros para realizar sus necesidades fisiológicas. Se trata de daños sucesivos acumulados con distintos responsables, y, probablemente, hasta con distintas modalidades de responsabilidad (en el accidente parece que hubo concurrencia de

culpa en el lesionado). Procesalmente también hubo complejidad, pues la demanda se interpone por separado contra la empresa, y contra el médico y la Seguridad Social, si bien se solicita y obtiene la acumulación de autos. El Juzgado de Primera Instancia se declaró incompetente en cuanto al accidente laboral y declaró prescrita la acción por daños sanitarios, pero la Audiencia Provincial estimó ambas demandas, aunque redujo la cuantía de la indemnización, de sesenta millones a cuarenta; la empresa se aquietó, pero tanto el médico como la Seguridad Social recurrieron en casación, quedando en cuanto a aquélla confirmada la sentencia de apelación. Los hechos transcurren a lo largo de 1990 por lo cual no hay cuestión, ni se suscita, sobre la posible competencia de la jurisdicción contenciosa.

Bajo la perspectiva laboral se dan claramente en el caso los requisitos del incumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo; el obrero trabajaba en una empresa de limpiezas, y, desarrollando sus funciones con los cristales de una ventana, se sube al alfeizar, sin cinturón de seguridad, ni instalación para engancharlo de haber existido, cayendo al exterior al cerrarse aquélla; pudo contribuir con su propia negligencia a producir el accidente (nada se dice de ello en la sentencia pero cabe deducirlo de la reducción de la indemnización concedida). Ocurre, por tanto, que el daño producido al caerse de la ventana se agrava por la deficiente intervención médica; aquí habría incidentalmente una poderosa razón para rechazar la competencia de la jurisdicción laboral, al estar implicadas personas distintas del empresario; pero en la sentencia extractada ni siquiera se plantea esta cuestión. La doctrina del resultado desproporcionado, o de la falta virtual, en realidad viene a ser un modo de facilitar la prueba de la conducta negligente del médico (últimamente SSTS de 29 de junio y 9 de diciembre de 1999, esta última extractada en este fascículo del *ADC*); se declara que el procedimiento empleado era el correcto según la *lex artis ad hoc*, pero la prótesis se colocó mal, originándose secuelas anormales e irreversibles. Similar solución en derecho francés, si bien sobre la base de considerar que en la colocación de cualquier prótesis se da una obligación de resultado (Chabas, «Cents ans de responsabilité civil», en *Gazette du Palais*, 23-24 aout 2000, num. 76). Correcta la declaración de solidaridad, si bien debe predicarse existente no sólo entre el médico y la Seguridad Social, sino también entre la Empresa de Limpieza, que ya había aceptado la sentencia condenatoria de apelación; acertada igualmente extender a todos los deudores solidarios la eficacia de la interrupción de la prescripción frente a uno sólo de ellos. (G. G. C.)

51. Responsabilidad civil del INSALUD por intervención quirúrgica con resultado de muerte.—La base jurídica del presente caso se concreta en la responsabilidad por hecho ajeno del párrafo 4.^o del artículo 1903 CC y que con frecuencia se ha aplicado al INSALUD. La responsabilidad del empresario, en general, tiene un matiz marcadamente objetivo, fundándose en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*.

Por otra parte, se concreta el tema de la responsabilidad médica, que es un apartado del capítulo más general de la responsabilidad sanitaria (respon-

sabilidad del centro médico, por deficiencias de funcionamiento u organización, negligencias del personal, etc.). Como una subespecie de la responsabilidad médica más cerca de la responsabilidad sanitaria en general, se sitúa la derivada de conductas que supongan una falta de coordinación entre los especialistas que tratan a una paciente, más aún cuando tal evento sucede dentro del mismo centro hospitalario, o cuando determinados elementos de información que constan en el historial del paciente no son considerados o se soslayan en el tratamiento o en la intervención quirúrgica, tal como expresan las SS de 1 y 21 de julio de 1997.

Resultado dañoso desproporcionado. El principio *res ipsa loquitur*.—Como dice la sentencia de 13 de octubre de 1997 y reitera la de 9 de diciembre de 1998, la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios), no de resultado. Sin embargo, es distinta la responsabilidad del INSALUD, a la que debe aplicarse la doctrina jurisprudencial también reiterada y que es preciso recordar, sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual); lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.

En el caso presente, una mujer relativamente joven (cuarenta y cuatro años) se somete a una operación relativamente sencilla (extirpación de la vesícula biliar) y fallece de una parada cardiorrespiratoria, sin que el centro médico dé la más mínima explicación coherente sobre ello. Es un resultado desproporcionado, la cosa habla por sí misma (*res ipsa loquitur*) y hay clara apariencia de prueba (*Anscheinsbeweis*) de la culpa, culpa virtual (*faute virtuelle*) que si no consta la negligencia de médicos concretos, sí aparece, como dice la S de 2 de diciembre de 1996, una presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización.

Aplicación de los artículos 1, 26 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.—Los preceptos de la ley son aplicables en cuanto que la demandante es consumidora (art. 1), ha utilizado unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2), y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el Capítulo VIII (arts. 25 y ss.). Dicen las sentencias de 1 y 21 de julio de 1997 que: «esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la

garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el “servicio sanitario”, entre otros. Producido y constatado el daño... se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario». (STS de 29 de junio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Doña Paula D.S. se somete a una operación de colecistectomía (extirpación de vesícula biliar) en el Hospital de Medina del Campo. Aunque el resultado de la operación fue satisfactorio, poco después su situación empeora de forma que es trasladada al Hospital del Río Ortega, donde ingresa en la UVI y posteriormente fallece de una parada cardiorrespiratoria.

Las hijas de la fallecida interponen demanda contra los médicos intervenientes en la operación, el director del centro donde ésta se practicó, así como contra el INSALUD, puesto que ambos centros médicos dependen de este organismo.

La demanda fue desestimada tanto por el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid como por la Audiencia Provincial de la misma ciudad por falta de prueba de la negligencia médica. El TS dio lugar al recurso de casación interpuesto por las demandantes. (M. B. R. B.)

52. Transfusión de sangre infectada de virus de sida con resultado de muerte. Responsabilidad extracontractual: evolución progresiva hacia la objetivización: causas.—La responsabilidad o culpa extracontractual, está sufriendo, en el fondo y en la forma, una evolución progresiva, no sólo en el campo de la doctrina sino también en el de la jurisprudencia, hacia objetivar la responsabilidad, con pérdida de importancia en el campo sustantivo de la teoría culpabilista, y en el campo procesal, con la imposición de la inversión de la prueba. Todo ello es debido a dos datos remarcables, como son: *a) un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación, y b) la tendencia a maximizar la cobertura, en lo posible, de las consecuencias dañosas de la actividad humana.*

La evolución progresiva hacia la objetivización de la responsabilidad extracontractual lleva a ampliar la obligación *in vigilando* y a un «plus» en la diligencia exigible.—La atenuación culpabilista e incluso de la antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo así como, la inversión de la carga probatoria, lleva inexcusablemente a una enorme ampliación de la obligación *in vigilando* y a un «plus» en la diligencia normalmente exigible.

Artículo 1902 CC: responsabilidad cuasiobjetiva.—La jurisprudencia del TS tiende hacia el establecimiento emblemático de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el artículo 1902 CC, pero nunca lo ha realizado hasta establecer dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical, y así, como epítome de una doctrina jurisprudencial pacífica y ya consolidada, hay que señalar la STS de 16 de diciembre de 1988, cuando dice que la doctrina de esta Sala no ha objetivado en su exégesis del artículo 1902 CC su criterio subjetivista y sí, únicamente, para su más adecuada aplicación a las circunstancias y exigencias del actual momento histórico, ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que venía

siendo aplicado; por otra parte, dicha corrección, bien se opere a través de la aplicación del principio del riesgo, bien de su equivalente de inversión de la carga de la prueba, nunca elimina en dicha interpretación los aspectos, no radical sino relativamente subjetivista con que fue redactado.

No habrá responsabilidad indemnizable cuando la conducta del que sufrió el daño sea determinante del resultado.—Es de tener muy en cuenta la conducta del que sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente de dicho resultado, indudable resulta por aplicación de los principios de justicia distributiva, comutativa y social, así como de la seguridad jurídica, que no pueda hablarse de responsabilidad indemnizable reprochable a un tercero.

Cuando se habla de la responsabilidad del Estado, se puede decir de las Administraciones Públicas y, en concreto, de las CCAA.—Hay que afirmar que el artículo 1903.5 CC ha sido derogado por la Ley 1/1991, de 7 de enero, y se puede asegurar que la responsabilidad patrimonial del Estado en la actualidad se encuentra regulada en la CE (art. 106.2) y en la legislación administrativa; y cuando se habla de la responsabilidad del Estado, se puede decir de las Administraciones Públicas, y en concreto de las Comunidades Autónomas, y así la nueva Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

El grave incumplimiento del contrato de servicios sanitarios lleva consigo la lesión de derechos del paciente, que justifica la aplicación de normas extracontractuales.—Cuando se habla de responsabilidad patrimonial del Estado, se refiere a la extracontractual, perfectamente ejercitable, en el presente caso, con autonomía propia o relacionada con la responsabilidad contractual del artículo 1104 CC, pues no puede haber duda que en un caso de tanta gravedad como el que nos ocupa, el núcleo del mismo constituye el incumplimiento de una obligación, así como, al tiempo, un acto ilícito, por lo que el perjudicado puede utilizar expresa o tácitamente en su pretensión el ejercicio de dichas acciones, pues el grave incumplimiento del contrato de servicios lleva consigo la lesión de derechos del paciente, que justifica la aplicación de normas extracontractuales.

A la responsabilidad derivada de servicios sanitarios es aplicable la LGDCU.—Pero además, en el presente caso es perfectamente aplicable lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 28.1 y 2 LGDCU, que proclaman el derecho que tienen el consumidor y usuario de productos farmacéuticos y servicios sanitarios a ser indemnizados por parte de los que los suministran o facilitan dichos productos o servicios, cuando sean defectuosos.

Valoración del daño: criterios.—Para ello no se tendrá para nada en cuenta las tablas o baremos contenidos en la OM de 5 de marzo de 1991. Sin embargo dada la edad del fallecido y de los hijos menores que en número de dos constituyan la descendencia del mismo; el daño moral del enfermo y de familiar, sabedores que la infección padecida no tenía remedio y abocaría ineludiblemente a la muerte, es correcto el parámetro de 20.000.000 de pesetas que establece la sentencia de primera instancia. (STS de 10 de noviembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El 8 de agosto de 1986 un padre de familia fue ingresado de urgencias en el H.Z. de Cádiz, al haber sufrido un accidente de tráfico. Tras ser intervenido quirúrgicamente se le transfundió un total de 3.124 ml. de sangre. Seis días después del ingreso fue dado de alta. El 8 de septiembre del mismo año tiene que volver a ingresar diagnosticándosele una «hepatitis C» post-transfusional. A partir de 1987, dicho enfermo empieza a ser tratado hospitalariamente donde se le diagnostica finalmente que está infectado por el virus del sida. El 7 de agosto de 1991 fallece. Su esposa e hijos demandan al Ente Público, responsable del Centro hospitalario, los daños y perjuicios sufridos. En primera instancia se estima parcialmente la demanda al condenar al demandado a indemnizarles con veinte millones de pesetas. En segunda instancia se estima el recurso y desestima la demanda. El TS da lugar al recurso de casación interpuesto por los actores al entender correcto el parámetro de veinte millones de pesetas que establecía la sentencia de primera instancia. (*I. D.-L.*)

53. Responsabilidad médica-sanitaria de las entidades gestoras de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social: jurisdicción civil.—Cuando las entidades gestoras de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, bien sea el INSALUD, bien las que han venido a sustituirle en las CCAA a las que se ha transferido la competencia en la materia, realizan actuaciones de atención médica-sanitarias respecto a particulares, no lo hacen en el marco de una relación jurídico-pública, pues ni se encuentran orladas del *ius imperium*, ni ejercitan actividad de servicio público, sino en el de una relación de Derecho privado, a modo de empresarios obligados a procurar la curación de un enfermo, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 41 LRJAE, según el cual cuando la Administración del Estado actúe en relaciones de Derecho privado responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes (STS de 18 de febrero de 1997).

«Vis atractiva» de la jurisdicción civil.—No obstante las dificultades que en la práctica vienen existiendo en punto a la adscripción, en casos de reclamación de daños y perjuicios dirigidos contra las Administraciones Públicas en relación a la prestación médica-sanitaria, al orden jurisdiccional civil o al contencioso-administrativo, procede conceder preferencia a la jurisdicción civil, atendiendo, especialmente, a la *vis atractiva* que se le reconoce en el artículo 9.2 LOPJ y a un elemental principio de economía procesal, para evitar el «peregrinaje jurídico-judicial» que de otra forma se produciría (STS de 25 de octubre de 1989). En definitiva, la cuestión antedicha está resuelta de una manera definitiva según se determina en el artículo 2 e) LJCA, de 13 de julio de 1998.

Responsabilidad médica-sanitaria de un servicio público de prestación médica a una persona particular: naturaleza subjetiva.—Esta responsabilidad es de naturaleza subjetiva, no objetiva, pues se halla enmarcada en el concepto clásico de la culpa en el sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso (SSTS de 13 de julio de 1987, 12 de febrero de 1988, 28 de febrero y 8 de octubre de 1992). Al no existir en el obligado actuación u omisión negligente, no puede hablarse de la exigencia de indemnización de daños físicos o morales y mucho menos de perjuicios, pues otro

enfoque llevaría ineludiblemente a una incongruencia, absolutamente incompatible en una tutela judicial efectiva.

La doctrina de la *lex artis ad hoc*.—Esta doctrina supone una norma de valoración que es la adecuada a la generalidad de actuaciones profesionales médicas ante casos similares y que debe ser aplicada a una concreta y determinada actuación médica, sin que ello pueda significar una apuesta segura de sanación o curación médica total o parcial. (STS de 18 de septiembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Doña R.E.R. fue sometida a dos operaciones de hernias discales practicadas por médicos de la seguridad social. A pesar de ello persistieron las molestias por lo que la paciente acudió a un médico privado el cual le practicó una nueva intervención lo que le produjo una indudable mejoría y su curación total. Doña R.E.R. demandó al Servicio Andaluz de Salud, del que dependía el centro y los médicos que la intervinieron en las dos primeras ocasiones, en reclamación de daños y perjuicios. El Juzgado estimó en parte la demanda. La Audiencia la revocó al apreciar parcialmente los recursos del demandante y demandado. El TS dio lugar a la casación al entender que la desaparición de dolores y curación de la actora pudiera ser debido a una mayor competencia del médico privado, pero nunca quedó demostrado que la actuación de los facultativos de Servicio Andaluz de Salud hubieran errado en el diagnóstico o actuado negligentemente en su actividad quirúrgica. (*I. D.-L.*)

54. Responsabilidad médica: asistencia médica en un parto con resultados de lesiones graves para la madre. Responsabilidad por hecho ajeno del INSALUD: carácter objetivo.—La base jurídica de la acción contra el INSALUD es la responsabilidad por hecho ajeno del párrafo 4.º del artículo 1903 CC y que con frecuencia se aplica a este Instituto (SSTS de 7 de junio de 1988, 11 de octubre de 1995, 3 de septiembre de 1996, 21 de julio de 1997 y 29 de junio de 1999, entre otras muchas).

La responsabilidad del empresario, en general, tiene un matiz marcadamente objetivo, fundándose en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* (SSTS de 4 de febrero de 1986, 16 de abril de 1993, 27 de septiembre y 6 de octubre de 1994, entre otras).

Aplicación también al INSALUD del régimen de responsabilidad objetiva previsto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios: incumplimiento de los niveles de eficacia, pureza y seguridad exigidos al servicio sanitario.—Tal y como ha proclamado la jurisprudencia, son aplicables al supuesto enjuiciado los artículos 1, 26 y 28 LGDCU, y ello, en cuanto la demandante es consumidora, ha utilizado unos servicios, entre los que se incluyen los sanitarios, y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el servicio sanitario, entre otros. Así, pues, en el caso, producido y constatado el daño, se

dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario.

Indemnización de daños y perjuicios: factores determinantes del cálculo resarcitorio.—La edad de la actora, el daño sufrido y el daño que puede sufrir dada la situación de riesgo en la que permanece, y, asimismo, atendidos otros casos de daños corporales cuya cuantía de la indemnización ha fijado esta Sala.

Prescripción de la acción derivada del artículo 1968.2.º CC.—Al plantearse una acción de reclamación del cumplimiento de la obligación de indemnizar el daño que sufrió la demandante en un hospital, es decir, ejercita su derecho de crédito respecto a dicha obligación, es claro que se está ante el plazo de prescripción anual que contempla el artículo 1968.2.º CC.

Prescripción: presupuestos, efectos, fundamento y aplicación restrictiva.—En virtud del instituto de la prescripción se produce, si concurren sus presupuestos (inactividad del derecho y transcurso del tiempo), la extinción del derecho subjetivo (SSTS de 30 de mayo de 1992, 14 de julio de 1993 y 26 de septiembre de 1995). El instituto de la prescripción, en tanto que no se funda en estricta justicia, debe ser objeto de trato cauteloso y aplicación restrictiva (SSTS de 14 de julio de 1993, 20 de junio de 1994 y 26 de septiembre de 1995).

Comienzo del cómputo del plazo: cesación de los daños.—Si realmente persiste el daño, no se ha producido inactividad del derecho ni ha comenzado el tiempo de la prescripción (la acción «sigue viva»). El plazo debe comenzar desde que cesaron los mismos (STS de 19 de septiembre de 1986).

Comienzo del cómputo del plazo: fijación del resultado dañoso; conocimiento del quebranto padecido.—El cómputo del plazo de prescripción del artículo 1968.2.º CC comienza desde el momento en que se fija con toda exactitud y en toda su extensión el resultado dañoso (STS de 25 de febrero de 1987).

La idea que se reitera constantemente por la jurisprudencia es que para el cómputo del plazo de prescripción previsto en el artículo 1968.2.º CC hay que atenerse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido según el alta médica (SSTS de 8 de junio de 1987, 15 de julio de 1991 y 14 de febrero de 1994).

La fecha inicial del cómputo, *dies a quo*, del plazo de prescripción previsto en el artículo 1968.2.º CC no es la del alta de enfermedad cuando quedan secuelas, sino cuando se sabe exactamente su alcance, es decir, a partir del conocimiento del quebranto padecido (SSTS de 26 de mayo de 1994, 31 de marzo y 22 de abril de 1995). (STS de 22 de noviembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El 28 de septiembre de 1988, la actora, de treinta años, tuvo un parto normal. Al día siguiente se le retiró un catéter colocado en el parto dándose la circunstancia que un segmento de éste se le quedó dentro del cuerpo. Tras varios intentos de extracción sin éxito, se le localiza en una arteria pulmonar. El 15 de octubre de 1988 se da el alta hospitalaria a la demandante en la que se advierte lo siguiente: *a)* de momento no se recomienda la intervención quirúrgica; *b)* la posibilidad de complicación; y *c)* la necesidad de tratamiento y controles periódicos. El 31 de julio de 1992, después de haber pasado los controles indicados, presenta demanda en la que reclama cien millones de pesetas de indemnización al INSALUD (de quien dependen los hospitales donde fue atendida), al fabricante del catéter, al Jefe de Servicio del Hospital en que fue

atendida del parto, y a la compañía aseguradora. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda al estimar la excepción de prescripción. El TS da lugar en parte al recurso de casación al condenar al INSALUD a indemnizar a la actora con treinta millones de pesetas. (*I. D.-L.*)

55. Implantación de anticonceptivos defectuosos: aplicación de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (art. 28, párrafo 2.º, Ley 26/1984, de 19 de julio).—El régimen especial de responsabilidad establecido en los artículos 26, 27 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios es plenamente aplicable en los supuestos de prestaciones de servicios sanitarios (art. 28, párrafo 2.º, de la mencionada ley). Entre los servicios sanitarios cabe incluir la implantación de dispositivos intrauterinos anticonceptivos.

Responsabilidad ex artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio.—Del artículo 28, párrafo 1.º, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, se deduce la presunción *iure et de iure* de que los servicios prestados reúnen las garantías exigidas en orden a la eficacia y seguridad del producto suministrado (STS de 1 de julio de 1997 y 9 de junio de 1998).

Daños producidos por gestación no deseada a consecuencia de la implantación de un anticonceptivo defectuoso. Responsabilidad del titular del centro que realizó el implante: fundamento (art. 1902 CC).—El régimen normativo establecido en los artículos 26, 27 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio no excluye la aplicación de los artículos 1902 o 1903 CC, o del artículo 1101, del mismo cuerpo legal, en los casos de culpa contractual. En el supuesto de daños derivados por la gestación no deseada a consecuencia de la implantación de un anticonceptivo defectuoso, el titular del centro que realizó el implante es responsable directo. Dicha responsabilidad se fundamenta en el artículo 1902 CC, pues, ha realizado una conducta negligente consistente en suministrar y disponer de anticonceptivos con deficiencias sin percatarse previamente si los mismos resultaban aptos para el uso que se destinan. Lo cual es constitutivo de una grave omisión contemplada en el artículo 1902 CC.

Responsabilidad directa del titular del centro y del fabricante del anticonceptivo. Aplicación de la Ley 22/1994, de productos defectuosos.—El titular del centro que realizó el implante es responsable directo. Queda excluida la aplicación del artículo 1903 CC, en cuanto que entre el referido centro y la entidad que fabricó el anticonceptivo o lo distribuyó, no existe relación de dependencia ni cualquiera otra de las previstas en el artículo 1903 CC. En consecuencia, tanto el referido centro, como el fabricante del anticonceptivo defectuoso son responsables directos y solidarios, ya que, los dos han tenido una intervención conjunta y decisiva en la producción del daño (art. 8 de la Directiva Comunitaria de 25 de julio de 1985, transpuesta al Derecho español por la Ley 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos). (STS de 24 de septiembre de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de la implantación de un anticonceptivo defectuoso, la receptora del mismo queda en estado de gestación. En concreto, se trataba de un anticonceptivo intrauterino modelo DIU S.A. de plata. La receptora de dicho dispositivo demanda conjuntamente al titular del Centro de Planificación Fami-

liar que realizó el implante y a la empresa que lo fabrica. En primera y segunda instancia prosperó la reclamación de la actora. El TS no da lugar al recurso de casación. (*C. O. M.*)

56. Responsabilidad objetiva: daños originados por la utilización de productos farmacéuticos en general y en fase de investigación clínica. Aplicación del artículo 28.2 de la LGDCU.—Queda sometido al régimen de responsabilidad puramente objetiva del artículo 28.2 LGDCU, el daño sufrido por el consumidor debido a la utilización del producto farmacéutico; el uso y consumo de tal producto farmacéutico en fase de investigación clínica debe estar rodeada de requisitos, garantías y consentimiento informado, con un régimen de responsabilidad reforzada, lo que ha desarrollado la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.

La responsabilidad objetiva es ajena a la cuestión de la culpa y es esencial en ella la del nexo causal.—La casación debe ser estimada al quedar acreditado el nexo causal entre la actuación (fabricación de producto farmacéutico) de la sociedad demandada y el daño personal y moral que sufre el demandante, siendo intrascendente jurídicamente el elemento de la culpabilidad en esta responsabilidad objetiva.

Daños personales, materiales y morales. Cuantificación: criterio de discrecionalidad.—El daño es el menoscabo que soporta una persona, en su misma persona, vida e integridad física, como ser humano (daño personal) o en el patrimonio de que es titular, daño emergente y lucro cesante (daño material) o en su espíritu (daño moral). La cuantía de los mismos se fija a partir de criterios de discrecionalidad, comparativos con situaciones semejantes incluso más graves. (STS de 5 de octubre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El actor interpuso su acción contra unos laboratorios que fabricaron un producto farmacéutico que contenía virus productores de «hepatitis C». Ello fue debido a la materia prima empleada, plasma sanguíneo infectado de dicho virus, suministrada por Bancos de sangre, que la obtenían de los donantes de sangre. Tal producto fue suministrado al demandante que sufrió gravísimas alteraciones en su salud hasta quedar con hepatitis crónica activa. El Juzgado desestimó la demanda al negar la existencia de culpa o negligencia y no admitió la aplicación de los artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios. La Audiencia confirmó la resolución de instancia y el TS estimó el recurso de casación de la demandante al quedar acreditado el nexo causal y condenó a los laboratorios a indemnizar al perjudicado con treinta y cinco millones por daños personales y quince millones por los morales. (*I. D.-L.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

57. Buena fe.—La buena fe, en el campo de los derechos reales, no es un estado de conducta, como ocurre en las obligaciones y contratos (arts. 1269 y ss. CC), sino de conocimiento, según se evidencia con las dicciones de los artículos 433 y 1950 del citado código, que nada tiene que ver con las maqui-

naciones y el engaño, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la titularidad dominical del transferente era o no exacta.

Usucapión.—El título adquisitivo (contrato de compraventa) no adolece de ningún vicio invalidante del mismo, careciendo de dicha condición el hecho de no haber pagado los compradores el precio total de la compraventa, pues dicha falta de pago (que afectaría, más que a la buena fe en los sentidos antes expuestos, al requisito del justo título), si bien hubiera podido dar lugar a una resolución del contrato (si la misma hubiera sido ejercitada oportunamente), no impide que se pueda consumar la usucapión ordinaria en favor del comprador, ya que por justo título ha de entenderse el que legalmente baste para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate y en este concepto podrán comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles. (STS de 17 de julio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Don Justino C.M., formuló ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid, demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Rafael J.R. y doña Magdalena C.G., sobre resolución de contrato de compraventa por impago de precio aplazado. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en fecha 19 de octubre de 1992 desestimando la demanda. La Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Valladolid dictó sentencia en fecha 21 de marzo de 1994 estimando el recurso de apelación. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

58. Prescripción adquisitiva.—La prescripción ordinaria como la extraordinaria no pueden tener lugar, en armonía con el artículo 1941 CC sin la base cierta de una posesión continuada durante todo el tiempo necesario para prescribir en concepto de dueño (SS de 17 de febrero de 1894, 27 de noviembre de 1923, 24 de diciembre de 1928, 29 de enero de 1953 y 4 de julio de 1963, que «la posesión en concepto de dueño como requisito esencial básico, tanto de la usucapión ordinaria como de la extraordinaria, no es un concepto puramente subjetivo o intencional», ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal, reconociendo el dominio en otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en un concepto y pasar al *animus domini* (S de 19 de junio de 1984). Para que pueda originarse la prescripción adquisitiva, incluso la extraordinaria, como medio de adquirir el dominio, se requiere, no sólo el transcurso de los treinta años sin interrupción en la posesión, sino también que esta posesión no sea simple tenencia material o la posesión natural, sino que sea civil, es decir, la tenencia a la intención de haber la cosa como suya, en concepto de dueño.

Negocio fiduciario.—El negocio o contrato fiduciario jurisprudencialmente ha sido definido como aquel convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión plena del dominio, eficaz *erga omnes*, y otro obligacional, válido *inter partes*, destinado a compelir al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se dé el supuesto obligacional pactado. (STS de 16 de noviembre de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don José G.L., doña Juana G.L. y don Avelino R., formularon demanda de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vigo, contra doña María Fernanda G.S., doña Josefa S.R. y contra los demás herederos desconocidos de don Fer-

nando G.L. sobre elevación a escritura pública de documento privado otorgado por don Fernando G.L. y por doña Especiosa L.C. en Vigo el día 16 de junio de 1947 en el que reconoció como de la propiedad exclusiva de doña Especiosa L.C. las fincas nombradas «Ladeira» o «Arena» y «Vista Alegre» en la parroquia de Santa Cristina de La Ramallosa. El Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 16 de marzo de 1988 desestimó la demanda. La Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia en fecha 10 de mayo de 1991 estimando el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

59. Construcción extralimitada.—El artículo 361 CC regula la posibilidad de incorporación dominical de quien no es propietario de la finca (terreno o suelo), por haber realizado en la misma obras constructivas, empleando materiales propios y contando con el consentimiento y autorización de quien era el dueño en dicho momento. Acreditada la construcción extralimitada, actúa, en cierto sentido, como una modalidad de acceso a la propiedad de la obra levantada para quien resulte ser dueño del terreno y también, en su caso, a favor del edificador respecto al suelo en que se asienta la construcción incorporada, obedeciendo la solución de la ley a razones de política y economía social y de buena voluntad.

Acción reivindicatoria.—«La opción que establece el artículo 361 excluye la procedencia de la reivindicatoria total ejercitada. La extralimitación constructiva es evidente y real, concurriendo las demás circunstancias y requisitos exigidos por la ley y los que la jurisprudencia civil ha ido precisando. El derecho indemnizatorio del demandado no se le puede desconocer al referirse la cuestión a accesión inmobiliaria por edificación concurriendo buena fe, así como indivisibilidad entre el suelo propio y lo construido sobre el mismo.» También resulta insuficiente el hecho de que las recurrentes, en un intento último de legalizar las construcciones, ante el fracaso del procedimiento del artículo 41 LH que promovieron, hubieran otorgado la escritura pública de 21 de enero de 1986, de declaración de obra construida, por carecer de adveración probatoria en cuanto a que hubieran llevado a cabo las edificaciones a sus expensas. (STS de 19 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña María del Carmen y doña Gertrudis Elena Lucía M. de la R. formularon demanda ante el Juzgado núm. 3 de los de La Laguna contra don Roberto Saturnino M. G. sobre acción declarativa y reivindicatoria de dominio (accesión inmobiliaria por edificación). El Juez de Primera Instancia núm. 3 de La Laguna dictó sentencia el 11 de julio de 1994, desestimando la demanda. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, pronunció sentencia con fecha 29 de octubre de 1994, desestimando el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

60. Accesión invertida.—En el presente supuesto, estamos como sostiene la parte recurrente, en una situación no contemplada en la normativa legal, en cuanto que en ordenamientos extranjeros se contemplan los supuestos de la llamada construcción extralimitada, y aunque «la doctrina jurisprudencial ha llenado este vacío con la llamada accesión invertida, atribuyendo la propiedad del suelo al constructor que ha invadido ilegalmente la propiedad ajena, previa la correspondiente indemnización, sin embargo, para que tal

suceda ha requerido siempre la existencia de la buena fe en el constructor, esto es que la invasión se haya producido, en la creencia de que se estaba construyendo sobre terreno propio o sobre el cual se tenía derecho a construir», situación que no se ha producido en el caso de autos, por lo que partiendo de que se entiende que no son de aplicación los artículos 361 y ss. CC que contemplan, supuestos en los que se ha construido enteramente en terreno ajeno; ni tampoco sirven los principios mantenidos por el recurrente en su recurso, que son los que han servido para la creación de la doctrina de la accesión invertida, en la que se exige como uno de los requisitos fundamentales, la buena fe, que no se da en el caso de autos, por lo que «hay necesidad ante la existencia de una laguna legal, de colmar la misma con los preceptos del Código referentes a la edificación o plantación con mala fe en terreno ajeno», por lo tanto hay que declarar que la propiedad de lo edificado en terreno del actor, pertenece a éste y proceder a lanzar del mismo a los demandados. Cuestión distinta es lo que puede ocurrir en ejecución de sentencia en atención a la indivisibilidad de lo edificado, no tanto por no poderse hacer tal división por imposibilidad física, por dificultades arquitectónicas, sino también por el considerable perjuicio económico que tal división supondría, debido a la funcionalidad del pabellón construido en relación con el resto del complejo que, en atención a la sanción a la mala fe que mantienen los preceptos aludidos, no sería sólo el valor del suelo, sino también el valor de lo edificado en el solar del actor. Por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 924 LEC, al no poder ejecutar la sentencia en sus propios términos, se procederá de acuerdo a lo establecido en los artículos 928 y ss. y no como pretenden los recurrentes con el pago del valor del solar invadido y el menoscabo patrimonial que repercuta sobre el resto de la finca a causa de la segregación, que en este supuesto y atendido a la extensión de la parcela de 580 metros cuadrados, y al haber invadido la mayor parte de ella, lo que ha supuesto según el dictamen pericial el dejar nulo de valor el resto de la finca del recurrido, al no ser el mismo susceptible de edificación y aprovechamiento urbano, lo que ha supuesto funcionalmente la invasión total de la finca, indemnización que ha de temperarse al ejercicio normal del derecho reconocido al dueño del solar invadido; actuación de los constructores mantenida no obstante a la oposición constante del dueño del predio invadido, que fue manifestada: primero, mediante un requerimiento notarial, seguido después, de dos procedimientos judiciales: un juicio de obra nueva, y finalmente de un procedimiento declarativo de deslinde. (STS de 27 de enero de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don Marcos T.Ch., formuló ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ibiza demanda contra don Juan C.T., doña María del Carmen C.G. y contra don Agustín A.L., ejercitando la acción declarativa de dominio y consiguiente reivindicatoria de lo edificado indebidamente por los demandados sobre los terrenos propiedad del actor, suplicando que se declare que todo lo construido por los demandados sobre la porción de terreno propiedad de don Marcos T.Ch. es propiedad de este último, sin que por ello deba indemnizar a los demandados en cantidad alguna. A su vez los demandados formularon demanda contra don Marcos T.Ch produciéndose la acumulación de autos. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en fecha 15 de febrero de 1993, estimando la demanda formulada por don Marcos T.Ch. contra don Juan C.T., doña María del Carmen C.G. y don Agustín A.L. La Sección 4.^a de la

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictó sentencia en fecha 6 de marzo de 1995, desestimando el recurso de apelación. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

61. Privación de la propiedad por incautación. Prescripción de la acción reivindicatoria.—El acto de fuerza realizado el 25 de agosto de 1936 por el Delegado Civil del municipio de Muxía, con el apoderamiento e incautación de la casa cuestionada en perjuicio de sus legítimos dueños y despojo de su uso a los socios del «Casino de Artesanos», fue un acto ilegal, sin que cupiera efectuar reclamación alguna por los despojados y perjudicados, los cuales fueron calificados como miembros de Izquierda Republicana, no sólo contra la privación, sino tampoco contra quienes, protegidos por la situación, ocuparon la casa, debido a que el ordenamiento político entonces surgido carecía de garantías para toda persona contraria al mismo, de donde sobrevino la imposibilidad de ejercitar la acción correspondiente hasta la publicación de la CE el 29 de diciembre de 1978, de modo que la posesión del inmueble por don Manuel V.S. no pudo generar la propiedad, ni la extinción de la acción por su prescripción. El acto de ámbito público referido derivó de una acción política efectuada durante las circunstancias extraordinarias concurrentes en los primeros momentos de la guerra civil de España, y no hay duda que significó un acto de fuerza, arbitrario e ilegal, y, una vez finalizada la contienda, el inmueble fue utilizado, entre otros usos, como comedor de auxilio social, hasta que, aproximadamente en el año 1950, fue abandonado por los incautadores, empero no devuelto a sus legítimos propietarios, y más tarde de la indicada dejación, en una época no concretada con exactitud, más situada durante la década iniciada en el año 1950 ha sido detentada por don Manuel V. S., padre de uno de los codemandados, hasta el fallecimiento de aquél, ocurrido el 14 de enero de 1983. Habida cuenta de que el edificio no fue reintegrado a sus legítimos propietarios, la cuestión estriba en determinar si la acción reivindicatoria pudo ser utilizada por los dueños del inmueble, no sólo en el ciclo de la guerra civil, sino después, durante la permanencia del régimen político instaurado en España. Es evidente la situación coactiva y de omisión de Estado de Derecho que prevaleció en España hasta la publicación de la CE en fecha de 29 de diciembre de 1978. De lo explicado, se deduce que los dueños del inmueble objeto del debate tenían imposibilitado el ejercicio, pero no prescrita la acción que les asistía, y que recobró plena eficacia a partir del 29 de diciembre de 1978, en que se publicó la CE (DF) —en cuyo art. 33.3, por cierto, se establece que «nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública e interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes»—, y España se constituyó en un Estado social y democrático de derecho, cuya fecha ha de tenerse en cuenta como el momento inicial desde el que pudo ejercitarse la acción de recobro esgrimida en el pleito. (STS de 25 de enero de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Doña Julia V.L., doña María del Carmen L.A. y don Juan José M.M., promovieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre declaración de herederos y cancelación de inscripción registral, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Corcubión, en fecha 3 de julio de 1991, contra don José Ramón V.V. y doña Hermitas R.C. sobre la cuestión ya reseñada. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Corcubión dictó sentencia, en fecha 16

de julio de 1993 desestimando la demanda. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia, en fecha 22 de noviembre de 1994 y estimó parcialmente el recurso interpuesto. El TS estimó el recurso. (A. J. C.)

62. Propiedad horizontal. Libro de Actas.—El libro de actas constituye el mejor medio de prueba en cuanto que en él constan los acuerdos formados con las previsiones legales, «pero la falta de constancia no implica la inexistencia del acuerdo, sino la necesidad de probarlo de una manera mucho más laboriosa y difícil. La expresión se reflejarán» del artículo 17 LPH no significa que se establezca una forma sustancial para la existencia y validez del acuerdo ni así puede entenderse por su trascendencia, sino una obligación a cumplir por los órganos rectores en beneficio de los comuneros, que pueden exigirles aquel cumplimiento.

Impugnación de acuerdos.—No se puede impugnar obviamente un acuerdo de Junta de Propietarios cuya existencia no aparece probada por parte alguna según se ha dicho con anterioridad. Aunque hipotéticamente existiese, como la Audiencia afirma que fue mayoritario nada hay que impugnar, pues afectante a elementos comunes (subsuelo, conducciones, bajantes, etc.) debió de ser tomado por unanimidad (la LPH de 1960 es la que regía en el momento en que se inició este proceso). Si el acuerdo no alcanza la unanimidad no puede decirse jurídicamente que hay que impugnarlo para evitar su eficacia; le falta para esto último un requisito sustancial. Que el servicio del nuevo espacio sea ya no sólo común sino privativo de los demandados nada significa en cuanto al beneficio que éstos obtienen a costa de la Comunidad. Que las obras no alteren elementos estructurales sustanciales nada significa para que un comunero no cumpla la prohibición de hacer obras en elementos comunes; la LPH no condiciona ni subordina a nada aquella prohibición (art. 7, párrafo 2) y por tanto se requiere la unanimidad. (STS de 7 de octubre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Don Carlos T.M. y otros, propietarios todos ellos de distintos pisos situados en el edificio de la calle Poniente de Granollers, demandaron en juicio declarativo de menor cuantía a don Elías M.S. y doña Elisabet B.R., copropietarios por mitades de los locales de la planta baja del citado inmueble, alegando que han construido sótanos en el subsuelo, con acceso directo desde sus locales, vaciando las tierras correspondientes a esos sótanos y afectando a servicios comunes de la edificación, como desagües, instalaciones de agua potable y de suministro eléctrico, el trazado de los cuales ha tenido que ser rectificado, así como tirando paredes y cámaras y alterando pendientes de los bajantes, todo ello en aras de obtener más espacio para un mayor aprovechamiento comercial. Solicitaban que se declarase que los demandados habían actuado sin permiso de la Comunidad de Propietarios y se les condenase solidariamente a que deshagan lo mal hecho para que vuelva a su estado anterior el subsuelo e instalaciones, o en su caso corran con los gastos de las obras necesarias para ello. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Granollers estimó la demanda, que fue apelada por los demandados, revocando la Audiencia la sentencia de primera instancia. El TS estimó el recurso de casación. (A. J. C.)

63. Propiedad intelectual. Legitimación activa de la Sociedad General de Autores y Editores.—«En torno a dos principios, existencia de un interés general en la protección de la propiedad intelectual en España y de protección real, concreta y efectiva de los derechos de autor, ha de girar la interpretación de los preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual». La Ley 22/1987, regula las entidades de gestión colectiva pues, afirma el Preámbulo, «es un hecho reconocido por las Instituciones de la Comunidad Europea, que los derechos de propiedad intelectual únicamente pueden lograr su real efectividad actuando colectivamente a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de los derechos mencionados, siendo una de las condiciones para la concesión de la autorización administrativa a estas entidades el que la autorización favorezca los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual en España»; si es cierto que la Ley de 11 de noviembre de 1987 puso término a la situación de monopolio legal de la SGAE derivada de la Ley de 24 de junio de 1941, no es menos cierto que la única entidad de gestión que en la actualidad se encuentra autorizada por la Administración para la gestión de la modalidad de derechos de autor a que este litigio se refiere es la recurrente SGAE y, por tanto, la única que en virtud de esa situación monopolística de facto, se halla en condiciones de conceder, de conformidad con el régimen jurídico que a las mismas sujeta la Ley de Propiedad Intelectual, autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados y de celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio —art. 142.1 *a* y *c*—, autorizaciones y contratos que la entidad de gestión viene obligada ineludiblemente a conceder y celebrar. Cuando el artículo 135 LPI, redacción de 1987, establece que «las entidades de gestión una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales», debe entenderse partiendo de lo antes dicho, que la expresión «derechos confiados a su gestión» puesta en relación con la de «en los términos que resulten de sus estatutos», se refiere a aquellos derechos cuya gestión *in genere* constituye, de acuerdo con los estatutos, el objeto de actuación de la entidad de gestión, no a los concretos derechos individuales que, mediante contratos con los titulares de los mismos o acuerdos con otras organizaciones de idéntica finalidad, les hayan sido encomendados para su gestión; «se atribuye así a la SGAE legitimación para la defensa en juicio de los derechos a que se extiende su actividad». El legislador, unas veces de forma expresa y otras de forma presunta, con presunción que ha de entenderse *iuris tantum*, atribuye legitimación a las entidades y asociaciones encargadas de la protección y defensa de determinados derechos e intereses, sin necesidad, por tanto, de acreditar la representación de cada uno de sus miembros y asociados. Entre esas entidades a las que se reconoce legitimación presunta, nacida del régimen jurídico a que están sometidas y de los derechos que gestionan, están las entidades de gestión de los derechos de autor para cuando se trata de la defensa de los derechos de comunicación que requieren una autorización global [art. 142.1 *a* de la Ley de 1987]. (STS de 29 de octubre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La Sociedad General de Autores de España, formuló demanda de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Puerto del Rosario, contra *Inmobiliaria Samimar, S.A.*, sobre cumplimientos de obligaciones legales y demás responsabilidades. Emplazada la demandada, contestó suplicando al Juzgado

dictase sentencia por la que acogiéndose la excepción de falta de legitimación activa, se desestime la demanda sin entrar en el fondo de la cuestión litigiosa. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 del Puerto del Rosario, dictó sentencia en fecha 31 de mayo de 1995, estimando la demanda. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas dictó sentencia en fecha 2 de noviembre de 1996, estimando el recurso de apelación. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

64. **Hipoteca de máximo.**—La hipoteca de máximo viene caracterizada porque garantiza únicamente la existencia de un gravamen sobre finca identificada, de importe cierto, pero sin referencia sobre la existencia de una obligación afianzada por la hipoteca (Resolución de la DGRN de 16 de marzo de 1929). El título para su ejecución no es por sí solo la escritura de constitución, ya que no acredita de modo fehaciente la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda, resultando el pacto sobre la determinación del saldo válido, conforme al artículo 153 LH.

Cancelación.—Si bien la escritura de hipoteca se refiere y grava dos apartamentos (uno de ellos el discutido en la litis), sucede que la responsabilidad hipotecaria y el crédito garantizado aparecen distribuidos respecto a dichos inmuebles, lo que facilita su inscripción registral y cancelación consecuente, aunque se trate de acto jurídico constitutivo único (art. 124 LH). De no tener lugar dicha cancelación voluntaria —en este caso por causa de la oposición del acreedor—, puede obtenerse judicialmente, operando en virtud de sentencia firme, pues como acertadamente dice la RDGRN de 18 de mayo de 1992 es regla general de nuestro ordenamiento hipotecario que la rectificación registral, y cancelación no son más que una modalidad específica y precisa el consentimiento del titular registral, y si no se da o no lo presta, procede por resolución judicial dictada en juicio correspondiente, dotada de firmeza, conforme a los artículos 38 y 40 LH, en relación con su artículo 38. (STS de 3 de julio de 1999, no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Apto Limite* presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella contra el *Banco Exterior de España, Sociedad Anónima*, solicitando la cancelación de la hipoteca que grava la finca propiedad de *Apto Limited*, con la consiguiente cancelación de su inscripción registral. El Juzgado de Primera Instancia de Marbella núm. 3 dictó sentencia el 24 de diciembre de 1993, estimando íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.^a, pronunció sentencia con fecha 27 de octubre de 1994, desestimando el recurso de apelación. El TS no dio lugar a la casación. (A. J. C.)

65. **Prioridad registral.**—«El principio registral de la prioridad en el tiempo —prior in tempore, potior in iure— y que supone, lisa y llanamente, que el derecho inscrito anterior es preferente respecto al posterior. Ahora bien, el caso de la concurrencia de dos o más hipotecas sobre una finca, es uno de los ejemplos emblemáticos dentro de la prioridad registral; y hay que afirmar paladinamente que la hipoteca inscrita anteriormente prevalece sobre la inscrita después»; teniendo en cuenta, además, que a efectos de la prioridad, la fecha de la inscripción es la del asiento de presentación del documento correspondiente, según preconizan los artículos 24 y 25 LH, y sobre todo teniendo

en cuenta que la inscripción registral de la hipoteca tiene naturaleza constitutiva, según se determina en el artículo 1875.1 CC y el artículo 145 LH.

Posposición de rango.—El acreedor que hubiera tenido que posponer debe consentirlo expresamente, requisito ineludible que establece para esta actividad negocial el artículo 241 RH ya que «el dato de hacer constar en la segunda escritura de hipoteca que ya había otra anterior de préstamo hipotecario no implica, en caso alguno, un negocio jurídico de posposición de rango».

Buena fe.—La buena fe tiene una especial importancia en el Derecho registral inmobiliario, donde puede ser estimada como un verdadero principio hipotecario. Cierta doctrina especializada, por su parte, afirma que dicha buena fe registral que debe exigirse al titular inscrito es lisa y llanamente una buena fe de tráfico, una falta de intención dolosa, una carencia de ánimo fraudulento. Y ciertamente, que si para estar amparado el adquirente del titular registral precisara el requisito de una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extraregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada, para el reconocimiento exacto de la libertad y pureza de la transmisión, «el instrumento jurídico del Registro de la Propiedad no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad», lo que está en discordancia con la letra y el espíritu de las normas que lo regulan. Y en el presente caso nunca se podrá hablar de mala fe-fraude, ni siquiera de mala fe-conocimiento que es la que debe configurar el principio registral en cuestión; desde el instante mismo que transcurrieron cinco meses desde que se otorgó la primera escritura a favor de la parte recurrente sin tener acceso al Registro de la Propiedad, por causas, se vuelve a repetir, sólo achacables a la referida parte recurrente. (STS de 26 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—*Citibank España, Sociedad Anónima*, formuló demanda contra *Banco Pastor, S.A.*, y contra don José Julián G. ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de los de Zaragoza, suplicando al Juzgado que dicte en su día sentencia por la que declarando que existe un negocio jurídico de posposición entre los demandados a favor de *Citibank España, S.A.*, aceptado por éste, condene a los demandados a otorgar escritura pública en la que conste que la hipoteca constituida a favor de *Citibank España, S.A.*, inscrita ya en el Registro de la Propiedad de Zaragoza, núm. 2 que grava la finca registral núm. ... de dicho Registro para responder de un principal de 30.000.000 de pesetas y 15.000.000 de pesetas más para intereses y costas con un plazo de duración de hasta el 5 de agosto del año 2001, es preferente respecto de la hipoteca de máximo constituida a favor del *Banco Pastor, S.A.*, que consta en la inscripción de dicha finca núm. ... del Registro de la Propiedad núm. 2 de Zaragoza. Para el hipotético caso de que no se aprecie la existencia del negocio jurídico referido en el párrafo anterior se declare que *Banco Pastor, S.A.*, no puede, en relación con la hipoteca constituida a su favor constante en la inscripción de la finca núm. ... del Registro de la Propiedad núm. 2 de Zaragoza, ostentar la prioridad registral sobre la hipoteca constituida a favor de mi mandante constante en la inscripción de la misma finca, por carecer de buena fe, ordenando al Registro de la Propiedad citado haga constar la prioridad registral de la carga hipotecaria consti-

tuida a favor del demandante. El citado Juzgado con fecha 14 de diciembre de 1993 desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza, en Sentencia dictada por la Sección 4.^a, con fecha 25 de octubre de 1994 desestimó el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

66. Doble venta.—El problema, referente a la venta de una misma cosa a diferentes compradores, está resuelto claramente por el artículo 1473 CC: si el bien transmitido fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. El precepto es imperativo (pertenecerá) y no deja lugar a dudas. Deben compararse las dos adquisiciones en pugna y reconocer la titularidad del que tenga un asiento más antiguo.

Doble inmatriculación.—Existe una jurisprudencia muy reiterada de esta Sala según la cual en los supuestos de doble inmatriculación se neutralizan los efectos registrales de las inscripciones contradictorias. Ello es lógico: mientras no se decida cuál de los registros particulares de las fincas (aparentemente diferentes) debe prevalecer, ambos deben beneficiarse de la cobertura de los principios hipotecarios y por ello, estando todos los asientos en pugna protegidos por el principio de veracidad registral es por lo que se anulan, se enervan, se neutralizan los resortes protectores del sistema y debe replegarse de la controversia el derecho hipotecario, reservando la resolución del contencioso al derecho civil puro y en concreto al artículo 1473 CC. Puede ocurrir que por una simple adulteración de los linderos de las fincas o por manipulaciones de otro tipo, una misma finca geográfica, una misma superficie real haya provocado un doble reflejo registral, dando lugar a la apertura de dos folios diferentes, como si se tratara de dos inmuebles distintos, cuando en la realidad física se trata de un solo predio. Surge así una discordancia entre el registro y la realidad jurídica extraregistral. Y siempre (salvo que se demuestre la nulidad de la transmisión más pretérita) deberá prevalecer el asiento más antiguo, tanto si la disparidad tabular viene provocada por una doble venta, como por cualquier otra causa. Si la duplicidad registral fue producida por una doble venta, porque así lo impone, sin contemplaciones, el artículo 1473 CC. Si la dualidad tabular se originó en diferentes momentos transmisivos, porque así lo impone el juego de los principios hipotecarios básicos. La doble inmatriculación puede surgir por enajenaciones cronológicamente dispares aunque no provengan de una doble venta provocada por un mismo vendedor fraudulento. El artículo 313 RH es amplio y comprensivo y abarca en su regulación cualquier tipo de supuestos: basta para que entre en juego este precepto con que un titular inscrito crea que otra inscripción de finca señalada bajo número diferente se refiere al mismo inmueble. Al neutralizarse los efectos hipotecarios de las inscripciones en pugna, la más antigua no puede refugiarse en el *prior in tempore* registral ni en los otros principios hipotecarios, pues la resolución del problema hay que deferirla al Derecho civil puro. Y lo irónico del caso es que la solución civil conecta perfectamente con las exigencias del principio de prioridad. El artículo 1473 CC declara, sin paliativos, que la propiedad perteneceará al que antes la haya inscrito en el Registro de la Propiedad, pero no hay que confundir neutralización de los asientos con la nulidad de los mismos.

Usucapión.—Al haberse neutralizado los efectos registrales de los asientos enemigos, no pueden invocarse ni las presunciones del artículo 35 LH, ni las reglas del artículo 36 del mismo cuerpo legal. Para resolver la cuestión planteada hay que acudir a la normativa del artículo 1949 CC. (**STS de 19 de julio de 1999; ha lugar.**)

HECHOS.—Don Jaime R.R., interpuso demanda en ejercicio de acción reivindicatoria, frente a los cónyuges don Marino Benjamín S. del C. y su esposa doña Laureana P. H., y frente a la entidad *Teximar, S.L.*, que a su vez reconvinieron, ya que la finca de los demandados don Marino Benjamín S. del C. y doña Laureana P.H., inscrita al núm. 3511, del Registro de la Propiedad núm. 2 de La Laguna, Libro de Tegueste, es físicamente la misma finca que la registral 4754, perteneciente al demandante. El Juez de Primera Instancia núm. 1 de los de La Laguna, dictó sentencia el 30 de junio de 1994, desestimando la demanda interpuesta por don Jaime R.R. y estimando la reconvenCIÓN formulada por los demandados. La Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia el 29 de octubre de 1994 estimando parcialmente el recurso interpuesto por don Jaime R.R. y doña Concepción F.S. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

DERECHO DE FAMILIA

67. Modificación del régimen económico matrimonial. Efectos respecto de terceros. Publicidad.—La mutabilidad del régimen económico matrimonial, admitido por el Código civil desde 1975, encuentra su necesaria limitación en el respeto a los derechos adquiridos con anterioridad por terceras personas, consecuencia de la relatividad del pacto capitular (arts. 1317 y 1257 CC). Esta modificación por vía capitular, del régimen económico matrimonial, requiere como requisito de oponibilidad frente a terceros de buena fe, la publicidad registral, por medio de la mención que de su otorgamiento debe hacerse en el Registro civil, al margen de la inscripción del matrimonio (arts. 77 LRC y 266 RRC). Mención, cuyos efectos son los propios de la publicidad negativa, esto es, lo no *indicado* no perjudica a tercero de buena fe que tiene derecho a considerar exacto el Registro, y, por tanto el régimen económico será el que determine la Ley en ausencia de pacto capitular, por ende, lo indicado perjudicará a tercero desde la fecha de la indicación en el Registro civil (arts. 1333 y 1317 CC) y RDGRN de 3 y 4 de junio y 18 de julio de 1991.

Ahora bien, la consideración de tercero, no la puede tener ninguno de los cónyuges, que precisamente son parte del pacto capitular y en la modificación del régimen económico de él resultante; el tercero protegido es aquel ajeno al pacto que con anterioridad a la publicidad de la modificación, haya adquirido algún derecho sobre bienes afectados por esa modificación del régimen económico matrimonial, ya por haber contratado con los cónyuges, ya por ser titular de un derecho digno de protección.

Siendo la finalidad de esta normativa la de prevenir una actuación defraudatoria para los terceros, entre ellos principalmente, los acreedores, el TS, en

numerosísimas sentencias, siendo la que nos ocupa, una de las más recientes, permite aplicar el artículo 1317 directamente, sin tener que plantearse el ejercicio de la acción rescisoria del artículo 1291-3 y 1297 CC, ni la previa declaración de nulidad o ineficacia de las capitulaciones matrimoniales. Ello determina que si la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio, lo ha sido con la intención de sustraer bienes de un patrimonio afecto a responsabilidad para trasladarlos a un patrimonio no sujeto a la misma, esa modificación es fraudulenta; fraude que subsiste y permanece aunque no se ejercite la acción rescisoria de ese negocio modificativo, pues, en todo caso la modificación va a implicar necesariamente la liquidación del régimen matrimonial anterior, en este caso, de la sociedad de gananciales, tanto del activo como del pasivo, que subsistirá, no obstante la adjudicación de bienes singulares a los cónyuges, en tanto no sea totalmente liquidado (art. 1401 CC).

Igualmente el TS distingue con claridad entre las condenas pecuniarias y la responsabilidad civil inherentes a un ilícito penal, aquéllas siguen el principio de la responsabilidad de la pena, mientras que para éstas hay que tener en cuenta las circunstancias del acto del que derivan; por ello, si esa responsabilidad es consecuencia de una actuación realizada por un cónyuge, en el ejercicio ordinario de su profesión, con conocimiento y sin oposición del otro –la misma *ratio* de los arts. 6 y 7 CCO–, y, máxime habiéndose beneficiado la propia sociedad de gananciales de esa actividad, ello determina que sea el patrimonio ganancial el que responda, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1373 CC, cuestión en que la sentencia que nos ocupa, no entró a considerar, al no haber sido oportunamente alegada en tiempo. (STS de 25 de septiembre de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Se formula demanda de tercería de dominio sobre cuatro fincas que, habiéndose adquirido durante la vigencia de la sociedad de gananciales, en virtud de capitulaciones matrimoniales se adjudicaron a la esposa. Estas fincas habían sido embargadas para garantizar la responsabilidad civil derivada de un delito de apropiación indebida en concepto de autor, por el marido, durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Tanto el Juzgado de Primera Instancia, como en apelación, la Audiencia Provincial, declaran la preferencia del embargo debidamente anotado en el registro de la Propiedad, sobre las cuatro fincas que al tiempo eran gananciales, bajo la consideración de que la modificación del régimen matrimonial es inoponible a terceros en tanto no se le da publicidad, por lo que el pacto capitular no inscrito carece de trascendencia como título apto para levantar un embargo anterior de bienes gananciales, sin olvidar que difícilmente, el cónyuge que pacta dicha modificación no tiene el carácter de tercero protegido por el artículo 1317 y concordantes del Código civil, cuando claramente la modificación encierra un ánimo defraudatorio. El TS confirmó las sentencias de instancia y de apelación, y declaró no haber lugar al recurso de casación. (ML. V. A.)

68. Sociedad de gananciales. Derecho de reembolso.—El recurso se interpone al efecto de determinar el carácter que tienen las acciones nominativas recibidas como contraprestación a la aportación que hizo del negocio, explotado por el recurrente, a la constitución de la S.A., en estado de casado.

El motivo único del recurso, acusa infracción del artículo 1346.1.º, 2.º y 3.º CC, en relación con el artículo 1352 del mismo cuerpo legal. La tesis que se sostiene por el recurrente es que la sociedad ... S.A., es de carácter privativo, por haberse constituido aportando él el negocio heredado de su padre ... recibiendo a cambio las correspondientes acciones ... El motivo plantea el problema de si es aplicable al supuesto litigioso el artículo 1347.5.º CC ... Este encaje del supuesto litigioso en el previsto en el precepto citado no es acertado. En realidad, «lo que existió fue transformación y ampliación del negocio privativo durante la vigencia de la sociedad de gananciales y con cargo a los fondos de la misma y antes de su aportación y ello no hace perder al aportante su titularidad para pasar a compartirla con la sociedad, pues con arreglo a los artículos 1359 y 1360 CC, la mencionada sociedad sólo tiene derecho al reembolso del valor satisfecho actualizado (art. 1397.3.º CC). En suma, un derecho de crédito contra el aportante». Además, es indudable que no se creó ninguna nueva sociedad sino que se vistió como anónima la explotación privativa ..., el artículo 1347.5.º CC, no se refiere sino a la creación de empresas individuales con fondos comunes, o con fondos privativos o comunes, no a la de sociedades con personalidad jurídica propia distinta de la de los socios ... la aportación dará derecho a obtener las acciones o participaciones correspondientes ..., pero la sociedad creada no será en sí misma ni ganancial ni privativa ... (STS de 18 de septiembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Se formula recurso para la determinación del carácter privativo o ganancial de unas acciones de una S.A., que el recurrente sostiene ser de carácter privativo, por haberse constituido la S.A. aportando el recurrente, entonces casado, el negocio heredado de su padre, que con anterioridad a su muerte lo explotaba, recibiendo a cambio las correspondientes acciones. En el juicio declarativo instado por la esposa contra su cónyuge para la determinación y liquidación de los bienes de la sociedad de gananciales, recayó sentencia en primera instancia declarando el carácter ganancial de las referidas acciones. Entablado el correspondiente recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia de primera instancia estimando privativo un veinte por ciento de las repetidas acciones y el ochenta por ciento restante ganancial. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (ML. V. A.)

69. Matrimonio. Incumplimiento del deber de fidelidad. Desestimación de indemnización por daños morales.—En el recurso de casación se denuncian como infringidos los artículos 67 y 68 CC, en relación con el 1101 CC, y se viene a argumentar en síntesis, cuanto sigue: la Sala considera que si el legislador hubiese querido sancionar jurídicamente la infracción del deber de fidelidad conyugal, no sólo con la separación y el divorcio sino también con un específico resarcimiento del daño moral irrogado por la infidelidad, hubiese de alguna forma recogido tal posibilidad entre los efectos propios del divorcio o de la separación ... no sólo no lo ha hecho así sino que ha procurado en lo posible «descausalar» tanto la separación como el divorcio ... el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los arts. 67 y 68 CC, son merecedores de un innegable reproche ético-social ... «es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infrac-

tor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, ... pues de lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar». (STS de 30 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Se formula recurso por incumplimiento del deber de fidelidad, con infracción de los artículos 67 y 68 CC, exigiendo indemnización por daños morales al amparo del artículo 1101 CC. Por sentencia de 15 de febrero de 1988, se estimó la demanda interpuesta por doña M.A. contra don A. sobre disolución del matrimonio por divorcio, decretándose la resolución, por divorcio, del matrimonio, y se acordó no conceder pensión compensatoria por desequilibrio económico a don A. (el cual había sido demandado por su esposa en el año 1984, impugnando su paternidad respecto a dos hijos que habían nacido durante la vigencia de su matrimonio, recayendo sentencia en 18 de marzo 1986, en la que se declaró que don Vicente S.L., era el padre de los niños). El Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 5 de octubre de 1992, condenó a doña M.A. a abonar a don A., en concepto de daños morales, la cantidad total de 10.000.000 de pesetas absolviéndola del resto de las peticiones formuladas contra ella, siendo revocada dicha sentencia por la dictada en 28 de noviembre de 1994 por la Audiencia Provincial. El TS declara no haber lugar al recurso. (ML. V. A.)

70. Disolución de la sociedad de gananciales desde la separación de hecho, libremente consentida por los cónyuges.—El TS, interpretando el artículo 1393-3, de conformidad con el artículo 3.1 CC «las normas deben interpretarse de conformidad a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» reconoce a la separación de hecho por mutuo acuerdo, la virtud de producir por sí, sin necesidad de declaración judicial, la disolución, que no liquidación, del régimen matrimonial, en este caso el de la sociedad de gananciales, bajo la consideración de que si no hay convivencia conyugal, no puede haber adquisiciones comunes, en este caso gananciales. Confirma con ello, el cambio del criterio tradicionalmente mantenido, entre otras en S de 7 de marzo de 1980, de que «la sociedad de gananciales subsiste, a pesar de la vida separada de los esposos, en tanto no recayese pronunciamiento judicial al respecto».

Disuelta la sociedad de gananciales, cualquiera de los cónyuges puede disponer, no de bienes concretos, sino de su cuota ganancial —en el mismo sentido STS de 8 de junio de 1999— y esta disposición exigirá las formalidades propias del negocio de que se trate.

Ello obliga, primero, a determinar la naturaleza de la renuncia. Entiende el TS que no toda renuncia traslativa de un cónyuge en favor del otro, entraña una donación, pues, ésta solo existirá si existe el *ánimus donandi*, esto, es, si una persona por voluntad propia, se empobrece en una parte de su patrimonio en beneficio de otro que se enriquece con ella, así ss. de 26 de septiembre de 1986 y 24 de junio de 1998, de tal manera que si el acto no es gratuito, sino que es el interés de las partes el que lo determina, falta uno de los requisitos necesarios para que pueda tenérsele como donación (SS de 5 de mayo de 1896, 16 de febrero de 1899 y 7 de diciembre de 1948). En el caso de

autos, según la voluntad expresa del renunciante –art. 1281–, la finalidad de la renuncia era que «su cónyuge pudiera arreglarse para una buena temporada», esto es, pretendía la subsistencia no obstante el abandono, dando cumplimiento al deber de socorro mutuo entre los cónyuges. No estamos por tanto ante una donación que obligue al cumplimiento de las formalidades propias de la misma, estamos ante una cesión de una cuota cuyos requisitos formales son los exigidos por el artículo 1280 CC en relación con el artículo 1279 (SS de 3 de julio de 1943, 6 de octubre de 1965) entre otras. Cesión, que por lo demás fue aceptada, pues dicha aceptación se deriva de actos concluyentes y manifiestos respecto de terceros, cuya eficacia no podía quedar pendiente de que llegase al conocimiento del cedente, máxime como en este caso que se encontraba en paradero desconocido.

Pero además, hay que tener en cuenta que la renuncia se refiere a la cuota que al cónyuge le corresponda en la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada, y, no implica renuncia de bienes concretos y determinados, por lo que, aunque esa renuncia se configure como un negocio dispositivo gratuito, este negocio no tiene que estar sujeto a las formalidades exigidas por la Ley para determinados bienes (art. 633 CC), aunque dicha cuota renunciada a favor del otro recaiga sobre un patrimonio integrado por bienes inmuebles. (STS de 11 de octubre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Se formula demanda en la que, por el marido se solicita se liquide la sociedad de gananciales, con arreglo al inventario presentado por el demandante en que, entre otros bienes, se incluía el inmueble que había sido hogar familiar, y, a los que previamente el demandante, por escrito, había renunciado, cediéndoselos a su cónyuge para que pudiera subsistir cuando le abandonó, bajo una primera consideración, cual es, que la disolución de la sociedad conyugal se había producido no al tiempo del abandono del hogar, sino al tiempo que con base al mismo se había declarado judicialmente su disolución; sin olvidar que la renuncia efectuada por el demandante, adolecía de ineficacia al no cumplir los requisitos de forma preceptuados por los artículos 623 y 629 CC, en cuanto a la aceptación y su conocimiento por el donante, y del artículo 633 CC respecto al inmueble ganancial; formalidades que eran necesarias para su existencia, habida cuenta que esa renuncia entrañaba una donación del marido a favor de su mujer abandonada.

La demandada reconviene interesando se declarase el carácter privativo de tales bienes, fundamentando sus pedimentos en la validez del documento de renuncia de bienes, firmado por su cónyuge, renuncia que recaía sobre una cuota ganancial de la sociedad disuelta pero no liquidada, y no sobre bienes concretos.

El Juzgador de instancia estimó parcialmente tanto la demanda principal como la reconvencional distinguiendo entre el inmueble ganancial, respecto del cual declaró la ineficacia de la renuncia traslativa, que por implicar donación, exigía con carácter constitutivo escritura pública que fue omitida, y los demás bienes muebles y créditos de la sociedad de gananciales contra la demandada respecto de los cuales se habían cumplido los requisitos de forma escrita exigidos legalmente, por lo que no debían incluirse en el inventario de la sociedad de gananciales disuelta. Recurrida la sentencia en apelación, fue confirmada por la Audiencia Provincial, interponiéndose

contra ella, por ambas partes recurso de casación. El TS casó la sentencia recurrida, anulándola parcialmente, desestimando completamente la demanda y estimando la reconvencional. (ML. V. A.)

71. Derecho de visita de los abuelos. Primacía del interés del menor.—En esencia lo que se debate es, si son conciliables los artículos 154 y 156 CC, relativos al ejercicio y contenido de la patria potestad, con el artículo 160, párrafo 2.º, CC, cuando en su aplicación lo que se determina, es la relación de los abuelos maternos con su nieto, mediante un régimen de visitas.

Se reitera la doctrina sentada en S de esta Sala de 11 de junio de 1996, de que «ninguna justa causa impide las relaciones personales entre el menor y sus abuelos paternos». Antes bien, este tipo de relaciones que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad. Ha de tenerse presente, como recoge la STS de 17 de septiembre de 1996 que «no se discute en el mismo una cuestión jurídica, sino unos hechos cuales son las circunstancias más favorables al menor, a valorar por los Tribunales de instancia ... En suma,» de acuerdo con la STS de 11 de junio de 1996, debe mantenerse que «las medidas que los jueces pueden adoptar, *ex artículo 158 CC*, se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-familiares ...». (STS de 23 de noviembre 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Se formula recurso por vulneración de los artículos 154 y 156 CC al haberse realizado una interpretación errónea del artículo 160, párrafo 2.º, CC. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda interpuesta por los abuelos maternos, solicitando el derecho a poder relacionarse con su nieto nacido de una hija ya fallecida, mediante un régimen de visitas y breves permanencias en el domicilio de éstos, además de una semana de vacaciones durante el verano. Recurrida por los abuelos la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha de 14 de febrero de 1995, revocó la sentencia y reconoció a los abuelos maternos el derecho a relacionarse con el nieto regulando su forma y extensión. Recurrida por el padre del menor, la sentencia de la Audiencia Provincial, el TS declara no haber lugar al recurso. (ML. V. A.)

72. Filiación. Reclamación de maternidad. Asentimiento para la adopción del *nasciturus*. Identidad de la madre. Inconstitucionalidad sobrevenida. Nulidad de actuaciones.—El recurso resuelve sobre un conjunto de «vicisitudes históricas que desembocan en la todavía no establecida identificación judicial de la menor, cuya filiación reclama su madre, a causa, sobre todo, de los entorpecimientos que han introducido en el esclarecimiento de los hechos los órganos administrativos correspondientes» que figuran como parte demandada, contando en ocasiones, con la activa cooperación de la representación del Ministerio Fiscal, ante los «órganos jurisdiccionales de instancia, y con cierta pasividad conformista de estos últimos.....». Lo único que consta es que la «Administración autonómica asumió la tutela automática de la niña nada más nacer, según lo previsto en el artículo 172 CC». La falta

de colaboración de la Administración autonómica demandada, con el «poder judicial», resulta patente, con infracción de lo dispuesto en el artículo 118 de la vigente CE. Pero, además, esta falta de colaboración no es explicable, ni está justificada, pues ni la alegada renuncia al cumplimiento de sus deberes por la madre es válida, ni son de recibo posibles interpretaciones anticonstitucionales de las disposiciones reglamentarias sobre el Registro civil. En efecto, en la comparecencia documentada, la renuncia anticipada-con un mes y medio de antelación-a unos derechos y deberes expectantes pugna expresamente con lo dispuesto en el artículo 177.2 CC, que claramente determina que el «consentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido 30 días desde el parto». Esto es, como remarca el Fiscal dictaminante...., el último párrafo del artículo 172-2, dispone imperativamente que «el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto». No existe viabilidad alguna de que el asentimiento a la adopción pueda ser prestado con anterioridad al parto ... Desde esta interpretación, nuestra conclusión resulta unívoca: «el asentimiento ... resulta radicalmente nulo» por su patente contradicción con una norma imperativa. El efecto de la contravención a una norma imperativa no es otro que la nulidad de pleno derecho (art. 6.3 CC). La entidad del vicio es de tal naturaleza que se extiende a todo el contenido del documento ... Compartimos plenamente los criterios expuestos por el dictamen del Ministerio Fiscal, ... Debemos precisar-dice-el marco normativo específico del Registro Civil amparador de la ocultación de los datos de la filiación materna, y del que deriva la entrega en acogimiento y adopción de la recién nacida: 1) El artículo 167 RRC, ... enumera los extremos que debe contener el cuestionario de declaración de nacimiento ... y entre ellos los relativos a la identidad de la madre. El párrafo 2.º del precepto precisa que «el parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad», añadiendo la nota 17 del modelo oficial de 1958: «En este supuesto, póngase: desconocida», redacción intacta en la actualidad ahora recogida en la nota 15 de la redacción de 1988. «El artículo 182 RRC permite a la madre no matrimonial desconocer el hecho de su maternidad si en el parte facultativo se hubieran puestos sus datos de identidad.» Estos preceptos del RRC parecen constituir el desarrollo del artículo 47-1 y ss. LRC de 8 junio de 1957 ... Complementan el sentido de esta norma los preceptos sobre formalización del desconocimiento de la filiación por la madre (art. 47-2 y 3 LEC). A su vez el artículo 120-4 CC ... previene que la filiación matrimonial quedará determinada legalmente, «respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la LRC ...» 2) Nos encontramos por ello, ante una «regulación normativa registral anterior a la CE, que posibilita la ocultación de la identidad biológica, por su propia decisión, confirmada por los desarrollos reglamentarios posteriores a 1978 ...» 3) Sin embargo, en la actualidad, y tras la vigencia CE de 1978 entendemos que «tal limitación elusiva de la constancia clínica de la identidad de la madre, ha quedado derogada por su manifiesta oposición a lo en ella establecido, y no debe ser aplicada por los Jueces y Tribunales (art. 6 LOPJ), siendo nulos», por ende, los actos producidos bajo su cobertura. En concreto el sistema diseñado en los artículos 167, 182 y ss. RRC, y sus disposiciones de desarrollo pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad (art. 39-2 CE), y con el de igualdad (art. 14), «además de erosionar grave-

mente el artículo 10 CE, al afectar a la misma dignidad de la madre e hijo ... y al libre desarrollo de su personalidad y al mismo 24-1..... La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales ... a regulación reglamentaria del Registro civil supone una contradicción con el principio constitucional de igualdad e investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ... La Sala, por tanto, estima, de conformidad con el Ministerio Fiscal, que el artículo 47-1 LRC de 8 de junio 1957(y sus cc) están derogados por inconstitucionalidad sobrevenida ...» En consecuencia, se consideran inaplicables, por derogación de la cobertura legal, en el mismo sentido, los arts. 167 y 187 del Reglamento ... Con suspensión del término para dictar sentencia, «el órgano jurisdiccional, acuerda para mejor proveer la prueba de una práctica encaminada a precisar la identidad de la niña que dio a luz la actora ...» El éxito de este medio de prueba queda truncado por la «consumaz oposición del órgano administrativo que debía evacuarlo –reiterando su posición al respecto mantenida constantemente a lo largo del proceso–» con apoyatura básica en la dicción literal del artículo 167 RRC; y sin aportar dato alguno respecto al expediente de adopción ... 1) Nos encontramos en presencia de una «prueba biológica propuesta en forma por la actora ..., y acordada su práctica ..., y sin embargo no efectivizada en primera instancia por causas no imputables a la parte que la promovió ...» Al mantener esta actitud pasiva de aquietamiento frente a la Administración, «el órgano jurisdiccional de instancia, no solo incumplió su deber constitucional de prestar tutela efectiva (art. 24.1 CE), sino además el de remover los obstáculos que se oponían por aquella a la plenitud real y efectiva de aquel derecho» (art. 9.2 CE)... En esta perspectiva deben ser invocadas tanto la STC núm. 227/1991 (FJ 5.º) como la relevante STC 7/1994 de 17 enero, que viene a abrir nuevos cauces en la viabilidad de las pruebas esenciales ... En definitiva, la misma relevancia y fuerza expansiva de los derechos constitucionales en juego (arts. 24.1 y 14 y 39 CE) justificaba sobradamente, ... que la Sala, ... acordase, ... la realización de la prueba biológica, necesaria de todo punto para esclarecer una posible filiación materna que había sido instada reiteradamente ... Con STC 7/1994 podemos sostener que «la infracción constitucional se ve agravada desde el momento en que se dejan sin tutela judicial los derechos del menor reconocidos en el artículo 39.1 CE, ...». (STS de 21 de septiembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Se formula recurso para establecer la identificación judicial y reclamación de maternidad, de una menor nacida el día 4 de noviembre de 1991. La actora (madre de la citada menor), el día 24 de septiembre del mismo año, en el Centro de la Milagrosa, de Baeza, de la Junta de Andalucía, suscribió en documento, que encontrándose embarazada, en el octavo mes de gestación, y ponderando sus circunstancias concurrentes –familiares, sociales, emocionales y económicas– estima que no podrá hacerse cargo de su futuro hijo, y ante ello, hace renuncia anticipada del mismo, una vez que nazca, en favor de la Entidad Pública, a los efectos de su guarda inmediata al parto, acogimiento familiar y adopción; y anticipando su asentimiento a la adopción, que adquiriría plena validez transcurridos treinta días desde la fecha de nacimiento de la menor. Se consignaba la voluntad de la madre de mantener oculta su identidad, tanto a los efectos registrales civiles, así como en el procedimiento

de acogimiento y adopción, que debería tramitarse respecto del nacido, como si de un menor desamparado y de padres desconocidos se tratase. A los treinta días aproximadamente después del parto, la madre de la recién nacida, en situación algo desesperada por la renuncia anticipada de la menor, quiso recobrar a su hija recién nacida, a la que se había inscrito en el Registro Civil como hija de padres desconocidos. En primera instancia, el Tribunal estimó la demanda y condenó a la entrega de la hija para determinar su identidad en trámite de ejecución de sentencia. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y desestimó la demanda de reclamación de filiación. Recurrida por la actora, madre de la menor, la sentencia de la Audiencia Provincial, el TS declara haber lugar al recurso. (ML. V. A.)

DERECHO DE SUCESIONES

73. Albaceazgo. Funciones personalísimas. Delegación y colaboración.—Se reitera la doctrina ya sentada por el TS, entre otras, por citar las más recientes, en SS de 13 de abril de 1992 y 20 de febrero de 1993, acerca del carácter indelegable de las funciones encomendadas al albacea, en atención a su caracterización como un *vir bonus* «ejecutor e integrador de intereses no exclusivamente patrimoniales», cargo, cuyo desempeño está basado en la confianza, por lo que, salvo que esa confianza se extienda, expresamente, a la facultad de delegar, el albacea tiene la obligación de ejercitar personalmente su *oficium*, una vez que voluntariamente lo ha aceptado (arts. 899 y 909 CC).

Este carácter personalísimo y obligatorio (una vez aceptado) del cargo, que implica el deber de cumplirlo, y, de cumplirlo por sí, no impide que, si con posterioridad concurriere causa justificada, el albacea, pueda renunciar su función, pero ello no le justifica para delegar la misma. Este desempeño personal, tampoco le impide recabar la colaboración y auxilio de terceras personas —abogados o peritos— para la redacción material, formalización o realización de alguna operación concreta de las que integran su *oficium*, siempre que éstas se verifiquen con arreglo a los datos proporcionados por el albacea, que en definitiva, es el ejecutor y valedor de la voluntad testamentaria.

En el caso de autos, los albaceas contadores-partidores, se limitaron a aprobar una partición efectuada por un letrado a quienes éstos, le habían encomendado esa partición ante la imposibilidad de realizarla por sí, y, ello, como entendió el TS, supone algo más que recabar el auxilio y colaboración para el ejercicio de su cargo, se desentendieron de él, trasladando sus funciones a un tercero, para lo que no estaban autorizados, con lo que infringieron la prohibición de delegación, excediéndose de la confianza en ellos depositada por el testador. (STS de 20 de septiembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Se formula demanda sobre nulidad y subsidiariamente modificación por omisión de bienes, de una partición hereditaria que, aunque encomendada solidariamente a tres albaceas-contadores-partidores, es hecha por letrado en ejercicio, por encargo de aquéllos. La sentencia de instancia estimó la demanda, declarando la nulidad de la partición realizada por el letrado, en consideración a

que se había producido una delegación no autorizada por el testador. La Audiencia Provincial, en apelación, en aras al principio de *favor particionis*, revocó la sentencia del Juez de Primera Instancia, y estimó la petición subsidiaria de modificación, acordando la adición de los bienes omitidos, y considerando que la intervención del letrado implicaba una colaboración, no una delegación del cargo. Recurrida en casación la sentencia, el TS revocó la sentencia de la Audiencia y confirmó la de instancia. (ML. V. A.)

74. Nulidad de partición hereditaria que incluye bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada. Licitud de la cláusula testamentaria que prohíbe la intervención judicial en la partición siempre que no perjudique los derechos legitimarios.—Son dos las cuestiones resueltas, en esta sentencia, por el TS, respecto a la partición hereditaria.

En primer lugar, reitera el carácter de presupuesto previo de la obligación de liquidar la sociedad de gananciales del causante para poderse practicar las operaciones particionales. Se acoge con ello, un principio fundamental, derivado de la propia esencia de la sociedad de gananciales, cual es, que los cónyuges, o en su caso el sobreviviente y los herederos del premuerto, en tanto que la sociedad de gananciales no está liquidada, tienen una titularidad que recae *conjuntamente* sobre todo el patrimonio ganancial, no sobre bienes singulares, pudiendo, por tanto, disponer de esa titularidad pero no de bienes concretos, así, entre otras, STS de 8 de octubre de 1990 y RDGRN de 8 de junio de 1991.

Disuelta pero no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges una participación indivisa en todos y cada uno de los bienes que integran dicha sociedad, sino que la participación de los cónyuges (o la de sus herederos) «recae globalmente respecto de la masa ganancial», por lo que en tanto no se liquida la sociedad no es posible una adjudicación singular o individualizada de la cuota correspondiente en cada uno de los bienes ... y, esta liquidación de la sociedad de gananciales, supone «algo más» que distribuir bienes, pues, implica todas las operaciones necesarias para la determinación del pasivo y activo, y, con ello, la determinación del remanente líquido, de la ganancia partible adjudicable.

Junto con la reiteración de este principio esencial, el TS confirma los límites del principio imperante en materia testamentaria relativo a que la voluntad del testador expresada en su testamento es la ley que rige la sucesión —art. 675—, señalando que el límite del mismo hay que encontrarlo en el carácter intangible de las legítimas —arts. 813, 1056—. Ello determina que, aunque tradicionalmente se haya mantenido la validez de aquellas cláusulas testamentarias por las que el testador intenta preservar de la intervención judicial, la partición realizada por él mismo o por un contador-partidor por él designado, ello, no obsta, para que si esa partición adolece de algún vicio de nulidad —como sucedía en el caso de autos en el que se había omitido la imprescindible liquidación previa de la sociedad de gananciales del causante—, o lesionen derechos legitimarios, puede ser impugnada judicialmente, pues, caso contrario, dicha cláusula coaccionaría de manera injusta la voluntad de los herederos —en este caso legitimarios— impidiéndole impugnar actos que adolecen de nulidad. (STS de 8 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Se formula demanda en la que, entre otros pedimentos, se interesa la declaración de nulidad de una partición testamentaria, hecha por el propio testador, en la que se incluyen bienes singulares pertenecientes a la sociedad de gananciales del causante, disuelta pero no liquidada; subsidiariamente se solicita la nulidad de una cláusula testamentaria por la que el testador condicionaba, a modo de sanción, el llamamiento de los herederos-legitimarios a una porción de la herencia mayor que lo que le correspondería como legítima estricta, a que éstos no solicitasen la intervención judicial en la partición. El Juzgado de Primera Instancia de Vigo desestimó la demanda interesando la nulidad, bajo la consideración de que el cuaderno particional incluía bienes que perteneciendo a la sociedad de gananciales, habían sido adjudicados previa determinación del haber social y división entre los herederos.

Igualmente, declaró la validez de la cláusula testamentaria que impide la intervención judicial en la partición, pues ésta había sido hecha por el propio testador.

La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia, declarando la nulidad tanto de la partición así efectuada, cuanto de la citada cláusula testamentaria; esta sentencia fue confirmada por el TS no dando lugar a la casación. (ML. V. A.)

DERECHO MERCANTIL

75. Contrato verbal de concesión de duración indefinida. Efectos de la resolución unilateral.—Uno de los aspectos más problemáticos de este tipo de contrato se encuentra en su extinción. Si las partes no establecen ningún plazo de duración de la relación contractual, es doctrina jurisprudencial reiterada que las partes no deben verse perpetuamente vinculadas, de manera que cualquiera de ellas puede, dentro de los parámetros de la buena fe, resolver unilateralmente (entre otras, SSTS de 9 de octubre y 14 de febrero de 1997 y 25 de enero de 1996). Para apreciar la existencia de una vulneración del principio de buena fe, es decir, para determinar si la resolución unilateral era injustificada y, por tanto, constituyó un abuso de derecho, en cuyo caso daría lugar a una indemnización, se han de tomar en consideración todas las circunstancias que rodearon a la relación jurídica entre las partes (conversaciones previas a la extinción, avisos, etc.). Si el contrato también calla en lo que respecta a la fijación de un plazo de preaviso, la actuación de las partes adquirirá peso definitivo, de manera que un plazo corto no es, por sí mismo, suficiente para determinar la ilegitimidad de la resolución contractual. Para que acolezca al deber de indemnizar han de producirse actuaciones con intención de dañar o perjudicar, o utilizarse las normas en forma contraria a la convivencia social ordenada (STS de 9 de octubre de 1997).

La configuración del contrato de concesión. La improcedencia de la compensación con las mercancías.—Por el contrato de concesión, la parte concesionaria se compromete a adquirir productos de la concedente y revenderlos bajo determinadas condiciones, integrándose así en la red de distribución de esta última. El concesionario actúa en nombre y por cuenta propia, lo que supone una diferencia esencial con respecto al contrato de agencia. Aun-

que el propósito del contrato sea, en última instancia, la distribución de los productos del concedente, el mecanismo de esta relación bilateral hace que, en una etapa intermedia, el concesionario adquiera la propiedad de aquéllos por medio de la debida concurrencia del título (la compraventa) y del modo (la entrega); sin una previa declaración de ineficacia de dichas compraventas, no es posible ordenar una nueva transmisión dominical de la concesionaria a la concedente. No procede, pues, la obligatoria compensación de la deuda por medio de una eventual devolución al concedente de los productos no distribuidos. (STS de 17 de mayo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Entre la sociedad *Fr. A.G.*, y *AF. S.A.*, existía un contrato verbal de distribución de piezas de implante dental, en exclusiva para el mercado español, por tiempo indefinido. Ante la disminución en las ventas por parte de la concesionaria (*AF. S.A.*) y la reiteración de impagos a la concedente (*Fr. A.G.*) esta última opta por rescindir unilateralmente la relación contractual y demanda, por el cauce procesal de menor cuantía, la cantidad de las mercancías adquiridas e impagadas, así como los intereses devengados. La concesionaria, tras reconocer la deuda, solicita la compensación de las cantidades adeudadas con las mercancías adquiridas de la demandante y aún en posesión de la demandada; a su vez, formula reconvención a la demanda y solicita una indemnización por resolución unilateral injustificada del contrato. En primera instancia se estima íntegramente la demanda y se desestima la reconvención, con costas. En apelación se declara que la concedente-demandante debe hacerse cargo de la mercancía sobrante en poder de la concesionaria-demandada, compensándose así su valor con la deuda y estima parcialmente la demanda reconvencional, fijando una indemnización. El TS estima íntegramente el recurso de *Fr. A.G.* y casa y anula la sentencia de apelación, restableciendo en su totalidad la de instancia. (*I. T. M.*)

76. Reclamación del capital asegurado por hundimiento de la nave.
Cláusula de sumisión a arbitraje.—La existencia en el contrato de seguro de una cláusula por la que las partes acuerdan someterse a arbitraje conforme al artículo 11 de la Ley 36/1988, no permite su invocación como motivo casacional al amparo del artículo 1692.1 LEC por inaplicación del artículo 533.8 del mencionado texto normativo, es decir, por exceso de jurisdicción, en tanto que las partes contratantes pueden en todo momento convenir la renuncia al arbitraje pactado, lo que, en todo caso, se entenderá tácitamente hecho siempre que el demandado, una vez personado en juicio, haya realizado cualquier actividad procesal que no consista en alegar en forma la oportuna excepción dilatoria. Aunque en la contestación a la demanda se alegue la excepción mencionada, si ésta se añaden otras argumentaciones sobre el fondo, el resultado será la renuncia a la vía arbitral (entre otras, SSTS de 1 y de 13 de marzo y de 10 de diciembre de 1996).

Bien asegurado objeto de hipoteca. Sujeto legitimado activamente para reclamar la cantidad debida bajo el contrato de seguro.—La existencia de una cláusula por la que la aseguradora se compromete a no pagar cantidad alguna sin consentimiento de la entidad bancaria titular de un derecho real de hipoteca sobre el buque, no implica la falta de legitimación del tomador del seguro para reclamar la cantidad debida tras el acaecimiento del

siniestro sino, tan sólo, viene a dar destino cierto a los pagos a realizar. La no privación al tomador de su derecho a la reclamación directa no implica la inaplicación del artículo 1257.2 CC referido a los efectos de los contratos con estipulación a favor de terceros, ya que en ningún momento se realiza pronunciamiento alguno en lo que respecta al destino del capital a indemnizar, con lo que, ni se niegan, ni se desconocen los derechos de aquél, lo que indudablemente acontecería en caso de eximir a la demandada de la obligación de pago si prosperase la excepción planteada. (STS de 13 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—J.A.C., asegurado, entabla demanda sobre reclamación de cantidad contra la entidad aseguradora *M.R.M., S.A.*, por hundimiento de nave, en virtud del contrato sobre seguro de cascos de buque suscrito válidamente entre ambos. El contencioso surge debido a la existencia de dos cláusulas contractuales que sirven de base para excepcionar la demanda: por una de ellas, la cuestión litigiosa debe ser sometida a arbitraje; por la otra, en caso de siniestro, la aseguradora no pagaría cantidad alguna sin consentimiento de la entidad bancaria titular de un derecho real sobre el buque. La demanda se estima en primera instancia, desestimándose con posterioridad tanto el recurso de apelación como el de casación interpuesto por la mercantil demandada. (*I. T. M.*)

77. Los límites cuantitativos de la obligación del Consorcio de Compensación de Seguros.—Conforme al Decreto-Ley 18/1964 y al Decreto 2532/1967, el Consorcio de Compensación de Seguros (antiguo Fondo Nacional de Garantías de Riesgos de la Circulación) cuenta entre sus funciones con la de responder del cumplimiento de las obligaciones de las entidades aseguradoras cuando éstas se encuentren en situación de quiebra. El articulado de las disposiciones legales enunciadas se expresa en términos generales, de manera que la determinación de los límites cuantitativos de la obligación del Consorcio queda abierta a la interpretación. La falta de pronunciamiento expreso obliga a recurrir a los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 CC; así, el preámbulo del Decreto-Ley 18/1964 señala que «la finalidad esencial de la Ley (*Ley de 24 de diciembre de 1962 sobre uso y circulación de vehículos a motor*) es la de obtener el resarcimiento inmediato de los daños y perjuicios sufridos por las víctimas... reparación que se opera ... a través del seguro obligatorio». La conclusión debe ser, pues, que el Consorcio viene obligado a suplir la inoperancia de las entidades aseguradoras dentro de los límites cuantitativos legalmente establecidos por el seguro obligatorio. Esta argumentación se ve reforzada por la legislación posterior en la materia (Real-Decreto Legislativo de 28 de junio de 1986 y la Ley de 19 de diciembre de 1990), que recoge expresamente la solución propuesta, y la reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS (SSTS de 30 de mayo y de 2 de julio de 1991, de 27 de octubre de 1992 o de 19 de febrero de 1996). (STS de 18 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—J.L.B. sufrió un accidente de circulación por el que fue condenado a indemnizar a un tercero daños y perjuicios por una cantidad cercana a los 11.000.000 de pesetas. La compañía aseguradora con la que tenía contratado un seguro obligatorio y otro voluntario de cobertura de riesgos sobre daños a terceros entró en quiebra y fue consecuentemente liquidada. El Consorcio de Compensación

de Seguros (CCS) se hizo cargo, tan sólo, del pago de la cantidad cubierta por el seguro obligatorio (3.000.000 pesetas), ante lo que J.L.B. demandó al mencionado organismo reclamándole la cantidad restante (8.000.000) más intereses. La demanda fue desestimada en primera instancia, siendo, sin embargo, la sentencia recurrida, revocada en apelación. El TS casa y anula parcialmente la sentencia de la Audiencia, declarando al CCS responsable únicamente del pago de la cantidad correspondiente al seguro obligatorio. (I. T. M.)

78. Distinción entre modelo industrial y dibujo industrial.—Un modelo industrial otorga a su titular un derecho exclusivo sobre la forma nueva u original dada a un producto o artículo tridimensional; en cambio, y pese a que se trata de una modalidad de propiedad industrial ciertamente análoga a la anteriormente considerada, el dibujo industrial otorga protección sólo a los objetos bidimensionales. El hecho de que la protección jurídica pueda recaer sobre los aspectos estéticos u ornamentales en ambos casos no permite ignorar la diferencia mencionada: cuando el diseño protegido no constituya una «forma» en sí, es decir, con relieve, sino tan sólo una mera «decoración» bidimensional (en este caso una letra adornada sobre el lateral de un zapato, superpuesta, de manera que la existencia de tridimensionalidad es inapreciable), la figura jurídica registrada debe ser el dibujo industrial; el error en la elección puede dar lugar a la nulidad y, con ello, a la pérdida del derecho de propiedad industrial.

Postulación: inexistencia de la distinción entre falta e insuficiencia de poder.—Para poder interponer recurso de casación por irregularidad procesal es necesario que ésta haya producido indefensión y que se haya pedido la subsanación en la instancia en que se produjo. La presentación de poder adecuado en el acto de la comparecencia en primera instancia debe entenderse, en aplicación del principio *pro actione* que guía la jurisprudencia del TC como una subsanación adecuada. No puede admitirse la existencia de una diferencia entre insuficiencia de poder e inexistencia del mismo, de manera que la primera se entienda subsanable e insubsanable la segunda: la insuficiencia significa que el procurador actúa sin poder. (STS de 24 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—J. S.A., interpone demanda sobre declaración de nulidad de marca contra M.B.M., por presentar el mencionado signo distintivo propiedad del demandado una semejanza clara con un modelo industrial del demandante previamente registrado. M.B.M. se opone y formula reconvenCIÓN alegando la nulidad del modelo industrial del demandante-reconvenido por no ser el diseño registrado admisible como tal, sino como dibujo industrial. En primera instancia se desestima la demanda y la reconvenCIÓN se tiene por no formulada por «falta de postulación» del demandado. El recurso interpuesto por J. S.A., es de nuevo desestimado en apelación, instancia en la que se estima la reconvenCIÓN de M.B.M. La sentencia dictada en apelación es confirmada íntegramente en casación, con costas. (I. T. M.)

79. Impugnación de acuerdos sociales por defectos formales.—La falta de aprobación del acta de una Junta de accionistas no trae consigo la nulidad de los acuerdos adoptados en ella, sino, bajo ciertas circunstancias,

interpretando el artículo 113.2 LSA *a sensu contrario*, la falta de fuerza ejecutiva de los mismos. Por otro lado, en caso de celebración consecutiva, sin solución de continuidad, de una Junta ordinaria y de otra extraordinaria, no existe obstáculo legal alguno para que sus acuerdos se recojan en una sola acta, siempre que los mismos se refieran a la totalidad de los extremos previstos en los respectivos «órdenes del día»; del mismo modo, tampoco presenta problema alguno que en el supuesto fáctico anterior se forme una sola lista de asistentes, en especial si a ambas asisten los mismos accionistas, con el mismo porcentaje del capital.

Restricción a la libre transmisibilidad de las acciones. El establecimiento de un derecho de adquisición preferente y su ejercicio.—En virtud del artículo 63 LSA, es legal el establecimiento de cláusulas que restrinjan la libre transmisibilidad de las acciones nominativas siempre y cuando no las hagan prácticamente intransmisibles. Una manifestación plenamente legal de dicha potestad de autorregulación societaria consiste en el establecimiento de un derecho de adquisición preferente a favor de la propia sociedad (dentro de los requisitos contenidos en los arts. 75 y ss. LSA). En lo que respecta al ejercicio de este derecho, en caso de falta de acuerdo en torno al precio entre el accionista-transmisor y el eventual adquirente (tanto si se trata de otro accionista, como de la propia sociedad), será legal la determinación estatutaria de un método de resolución de la controversia siempre y cuando contemple unas bases preestablecidas que permitan su fijación conforme a métodos objetivos o se remita al juicio discrecional de un tercero imparcial. (STS de 30 de abril de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—M. LL., accionista de la demandada, promueve juicio declarativo de menor cuantía contra la mercantil *C. y E., S.A.*, solicitando la nulidad de los acuerdos aprobados en sendas Juntas ordinaria y extraordinaria celebradas de manera consecutiva, alegando irregularidades en la convocatoria y la infracción de ciertos preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas relativos a la modificación de los estatutos y al establecimiento de restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones. Se desestima íntegramente en primera instancia, en apelación y en casación, con costas. (I. T. M.)

80. La responsabilidad de los administradores sociales por deudas de la sociedad. Régimen de responsabilidad por actos contrarios a la Ley, los estatutos o sin la diligencia adecuada.—A diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia de la LSA de 1951, cuyo régimen de responsabilidad de los administradores sociales exigía la concurrencia de una actuación maliciosa, gravemente negligente o, en fin, un claro abuso de funciones, la actual Ley reguladora de las sociedades anónimas es mucho más generosa a la hora de tutelar los intereses de los sujetos dañados por la conducta del órgano de administración. Se establece, en el artículo 133 LSA, que los administradores responderán —solidariamente— frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley, los estatutos o los realizados sin la diligencia debida. A su vez, tras la enunciación del principio general, se prevé la acción social (art. 134) y la acción individual (art. 135) de responsabilidad en función de que la actuación haya causado daño a la sociedad, en cuyo caso la legitimación activa corresponde a la sociedad —por acuerdo de la Junta—, a los accionistas o, subsidiariamente, a los acreedores, o bien a socios o terceros cuando sean éstos los que vean sus inte-

reses dañados. La aplicación de estos preceptos requiere, pues, una actuación con las características enunciadas, la producción de un daño y el nexo causal; la *praxis* judicial viene apreciando la existencia de estos requisitos de manera laxa, hasta el punto de que se está «cerca de la responsabilidad objetiva o por riesgo, porque, en cuanto se produzca el daño y se acredite el nexo causal, la responsabilidad del administrador será inevitable».

La prescripción de la acción. Su naturaleza jurídica.—La determinación de la naturaleza jurídica de la acción de responsabilidad de los administradores sociales se hace necesaria a la hora de establecer su plazo de prescripción. En efecto, si se trata de una responsabilidad contractual, el precepto aplicable es el 949 CCO, es decir, cuatro años a contar desde que los responsables cesaran en el ejercicio de la administración; si, por el contrario, se está ante una responsabilidad extracontractual, el artículo 1968.2 CC recorta el plazo a un año. La sentencia se pronuncia por la primera solución.

La relación de causalidad y el supuesto del artículo 262.5 LSA.—Cuando la sociedad se encuentra incursa en el supuesto de hecho contemplado por el artículo 260.4 LSA, esto es, ha acumulado pérdidas que han reducido el patrimonio neto a la mitad del capital social, los administradores tienen el deber de promover la disolución social; el incumplimiento de esta obligación legal, prevista en el artículo 262.5 LSA, trae consigo la responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas de la sociedad en su totalidad, no sólo las que surjan tras el incumplimiento. Con independencia de que pueda apreciarse que el incumplimiento de un deber legal —la disolución social— acarrea *per se* la responsabilidad derivada del artículo 133 LSA, la mencionada transgresión tiene señalada sanción específica en la Ley, sin necesidad de que medie prueba de causalidad. Si, transcurrido el plazo, los administradores no promueven la disolución, serán solidariamente responsables por las deudas sociales con independencia del juicio de valor que las causas de la insolvencia o la propia actuación del órgano merezcan. (STS de 29 de abril de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El *B.U., S.A.*, entabló juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra *J.A.L.*, administrador de *L., S.A.*, atribuyéndole la responsabilidad solidaria por las deudas impagadas a la parte actora por parte de la sociedad por él representada, en aplicación de los preceptos 262.5, 133 y 135 LSA. Desestimada la demanda y posterior recurso por no apreciarse la suficiente relación de causalidad entre la actuación del administrador y el estado de insolvencia de la sociedad, el TS declara haber lugar al recurso de casación y condena solidariamente al administrador y a la sociedad al pago de la deuda más los intereses desde el momento de la sentencia. (*I. T. M.*)

81. Sociedad anónima. Responsabilidad de los administradores. Acción directa a favor de los socios y de los terceros: requisitos.—El artículo 81 LSA —art. 135 TR LSA— reconoce una acción individual a favor de los socios y de los terceros, distinta de la acción social que regula en su artículo 80, y tendente no a la indemnización por los administradores del daño causado al patrimonio social y ordenada a obtener la reconstitución del mismo, como garantía indirecta para el cobro por los demandantes de sus créditos, sino a indemnizarles de los daños directamente sufridos en su patrimonio, requiriéndose en su consecuencia para la viabilidad de esta acción

directa dos requisitos: un acto del administrador y una lesión directa a los intereses del accionista o del tercero demandante. A ello ha de añadirse que al establecer el precepto una responsabilidad civil de los administradores la misma ha de establecerse con fundamento en la concurrencia de la culpa, el daño y la relación de causa o efecto entre aquélla y éste (STS de 21 de mayo de 1985).

Consejo de Administración: los acuerdos adoptados dentro de sus facultades de representación son imputables directamente a la sociedad y no a los miembros del Consejo.—Los acuerdos adoptados por el Consejo dentro de las facultades de representación, obrando, por tanto, en nombre de la sociedad y no en nombre propio, directamente imputables a ésta y no a los miembros del Consejo de Administración.

Doctrina de los actos propios: presupuestos.—La doctrina de los actos propios proclama el principio general de derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los propios actos, constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurran los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior (STS de 6 de febrero de 1998), en la conducta del agente no ha de existir ningún margen de error por haber actuado con plena conciencia para producir o modificar un derecho (SSTS de 14 de noviembre de 1994 y 27 de enero de 1996) y ha de tratarse de actos o declaraciones de significación concluyente e indubitada, no ambigua o incorrecta (STS de 23 de julio de 1997). (STS de 9 de julio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El Consejo de Administración de una sociedad anónima que tiene por objeto la prestación de servicios médicos y que exige a los facultativos exclusividad en su actividad, acuerda dar de baja a varios médicos por incumplir con su obligación de exclusiva. En consecuencia, éstos demandaron a la entidad mercantil y a los miembros de dicho Consejo, solicitando a grandes rasgos: 1.º) la nulidad de los acuerdos del Consejo de Administración de la entidad mercantil que exigen la exclusividad a sus facultativos; 2.º) indemnización de los daños y perjuicios causados y 3.º) su reincorporación al cuadro médico de la entidad. En primera instancia se estimó la excepción de prescripción de la acción de nulidad de los acuerdos y se desestimó la acción de responsabilidad contra los miembros de dicho Consejo. La segunda instancia admite en parte el recurso de apelación de los actores al resolver a favor de la reincorporación al cuadro facultativo de los demandantes y condenar a varios miembros del Consejo a indemnizar a los actores los daños y perjuicios. El TS da lugar al recurso de casación al declarar la falta de legitimación de los actores para impugnar los acuerdos del Consejo y desestimar la acción de responsabilidad contra los miembros del Consejo al haber actuado dentro de sus facultades de representación. (I. D.-L.)

82. Hipoteca constituida en el período de retroacción. Declaración de nulidad: competencia funcional para conocer de la demanda.—En virtud del artículo 53.2 LEC, para que los jueces tengan competencia se requiere que les corresponda el conocimiento del pleito con preferencia a los demás jueces o tribunales de su mismo grado. En el caso de la demanda de nulidad de hipoteca constituida en el período de retroacción, la Ley procesal no establece ningún procedimiento específico, lo que obliga a determinar la competencia acudiendo a las características propias del juicio universal de quiebra. El Código de comercio establece una diferencia entre los actos llevados a cabo por el quebrado en el «período sospechoso» (arts. 879 y 880), que dan lugar a acciones cuya tramitación está específicamente prevista por la Ley ritual (arts. 1371 a 1375), y los actos efectuados con un ánimo fraudulento, la substanciación de cuyas acciones se hará de acuerdo con el juicio declarativo correspondiente (art. 1377 LEC). Por último, existe una última categoría de actos, los de dominio y administración posteriores a la época en que se retrotraigan los efectos de la quiebra, que son nulos de pleno derecho (art. 878 CCO), sin necesidad de expresa declaración judicial. Ante estos últimos actos, al no establecer la Ley procesal civil ningún procedimiento al efecto, y en virtud tanto de la *vis atractiva* que se desprende del estado de quiebra, como de las reglas concernientes a la acumulación de autos (art. 161.3 LEC) y, en fin, de la interpretación del artículo 1322.1 y 3 LEC, el cauce procesal adecuado es la interposición de la demanda ante el propio Juez de la quiebra. (STS de 27 de mayo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—R.C., comerciante, encontrándose en una difícil situación económica, constituyó a favor de la *Caja de Ahorros de C.* una hipoteca sobre una nave industrial de su propiedad en garantía de una línea de descuento con un máximo de 50.000.000 de pesetas. Algunos meses después se declaró en suspensión de pagos y, posteriormente, entró en quiebra. La mencionada hipoteca quedó dentro del período de retroacción. La sindicatura concursal promovió juicio declarativo de menor cuantía solicitando la nulidad de la misma, ante lo que la *Caja de Ahorros C.* opuso falta de competencia funcional del Juzgado. La demanda se estimó en primera instancia y se confirmó en la apelación. En casación se estimó el recurso y se revocó la sentencia, acogiéndose la excepción de falta de competencia funcional.

NOTA.—La doctrina del TS ha venido siendo clara en lo que respecta al órgano jurisdiccional competente para conocer de las demandas de nulidad de hipotecas constituidas en el período de retroacción, señalando que la inexistencia de un procedimiento específico al respecto obliga a acudir al juicio ordinario que corresponda, determinándose la competencia funcional por el reparto (entre otras muchas, SSTS de 23 de enero de 1997 y 10 de noviembre de 1983). La sentencia reseñada es, pues, excepcional y ha sido ya inaplicada por la SAP de Asturias de 18 de febrero de 2000. (I. T. M.)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LIV, 2001

SUMARIO DEL FASCÍCULO II, ABRIL-JUNIO

Pág.

Estudios monográficos

Juan Bms. VALLET DE GOYTISOLO: «¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?»	519
Mariano YZQUIERDO TOLSADA: «Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión independiente»	547
Alma M. ^a RODRÍGUEZ GUTIÁN: «El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales»	681

Bibliografía

LIBROS

ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS: «Code européen des contrats», por Carlos Vattier Fuezalida	753
CASTILLA BAREA, Margarita: «La imposibilidad de cumplir los contratos», por Lis-Paula San Miguel Pradera	756
DOMINGO, Rafael/HAYASHI, Nobuo: «Estudio preliminar, traducción y notas al Código civil japonés», por Sergio Cámara Lapuente	761
MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M. ^a Dolores: «Garantías del constructor: el crédito refaccionario», por Teresa Hualde Manso	772

REVISTAS EXTRANJERAS

Por Remedios ARADA RODRÍGUEZ, Josep Maria BECH SERRAT, María del Rosario DÍAZ, ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, María Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUTIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA	779
--	-----

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO COMENTADAS

Por Juan María DÍAZ FRAILE: «Comentario a la RDGRN de 16 de marzo de 2000. Limitación de las facultades de los apoderados generales respecto de los actos dispositivos que hayan de calificarse de personalísimos por afectar a la eficacia de disposiciones testamentarias»	853
--	-----

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE EL ESTADO CIVIL (AÑO 2000)

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE 879

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Llanos CABEZO SERNA, Miriam DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Antonio JIMÉNEZ CLAR, Carlos ORTEGA MELIÁN, María Begoña RIBERA BLANES, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Ignacio TIRADO MARTÍ. María Luisa VALLÉS AMORÉS 913

