

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LIV, FASCÍCULO III

Julio-septiembre, 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

Luis DÍEZ-PICAZO: «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual»	1009
Aníbal SÁNCHEZ ANDRÉS: « <i>Ius publicum-Ius privatum</i> . Gobierno corporativo y mercado de valores. (Una lección.)»	1029
Fernando PANTALEÓN PRIETO y ANA SOLER PRESAS: «La protección jurídica de las páginas WEB»	1051
Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ: «El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación (Crónica de lo incomprensible)»	1105
Juan Manuel BLANCH NOGUÉS: «El concebido en el Derecho civil alemán, español e iberoamericano: un problema conceptual y valorativo a la luz de la tradición jurídica»	1145
Julio MANRIQUE DE LARA MORALES: «La ejecución forzosa de la obligación de hacer infungible»	1165

Bibliografía

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE 1225

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Jose María BECH SERRAT, Margarita CASTILLA BAREA, M.^a Carmen CRESPO MORA, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Andrea MACÍA MORILLO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Albert RUDA GONZÁLEZ, Montserrat VERGUÉS VALL-LLOVERA.. 1267

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: 60,10 €; 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 III

Julio-septiembre, 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.

La culpa en la responsabilidad civil extracontractual

LUIS DÍEZ-PICAZO

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de culpa que se utiliza en materia de responsabilidad civil extracontractual me parece extraordinariamente borroso y necesitado de alguna profundización. En un trabajo anterior (*Derecho de daños*, Madrid, 2000) opté por clasificar lo que me parecían las diferentes posiciones doctrinales en lo que denominé concepciones psicológica, ética, normativa y económica y me decanté por la tercera de ellas. Se trataba de un intento de aproximación que, ahora, debe ser continuado. Tratar de obtener el más claro perfil posible del concepto de culpa, siempre poroso y huidizo, es más necesario todavía en un momento en que la línea que parece seguir la jurisprudencia es la de un retorno a la responsabilidad por culpa como principio, con la consiguiente consideración de la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo como un supuesto excepcional. En efecto, si el concepto de culpa no se precisa, ese retorno termina siendo más aparente que real y no tiene mucho sentido hablar de un «reproche culpabilístico» si no se termina de saber cómo ha de hacerse éste y no se lleva a cabo con alguna dosis de rigor.

Hay una aclaración previa que me parece superflua. El carácter borroso del concepto de culpa, o como se lo quiera llamar, se predica sobre todo de la culpa entendida como imprudencia o negligencia, pues la aplicación, en materia civil, de las figuras del dolo, del dolo eventual y de la preteintencionalidad, no es problemática.

2. UNA BREVE EXCURSIÓN A TRAVÉS DE SENTENCIAS DEL TS

Para introducirnos en la materia, no será impertinente comenzar, como tantas otras veces, analizando algunos ejemplos extraídos de sentencias relativamente recientes del TS.

1.º En el caso que decidió la STS de 24 de diciembre de 1997 el demandante alegaba que había sufrido daños en el rostro con sus secuelas y la pérdida de más de año y medio de trabajo. Trabajó, o había trabajado, al servicio de una sociedad dedicada a pavimentos asfálticos. Se encontraba en un determinado local reparando un vehículo y fue a buscar una pieza al almacén contiguo, en el cual se encontraba, abandonado, un extintor que estaba además caducado. En un momento dado y sin que se sepa muy bien por qué, el extintor explotó y fue esta explosión la que produjo los daños. En un caso como éste, es claro que la culpa se concretaba en el incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene del trabajo, que la sentencia refiere a la relativa a los gases licuados y, en concreto, a la contenida en la Orden Ministerial de 12 de marzo de 1971. En el caso concreto, no parecía haber tenido especial importancia que el extintor se hallara caducado o pasado de fecha, pues no fue utilizado para lo que hubiera sido su destino normal. El hecho de que se hallara abandonado en el almacén contiguo fue causa determinante del accidente, pero no se explica lo que se debe hacer con los extintores que han caducado ya cuando en ellos se contienen gases licuados o a presión.

Es preciso hacer constar que en la sentencia recordada el concepto de culpa fue utilizado únicamente para calificarla como contractual y decidir, en consecuencia, que, tratándose de un accidente de trabajo, la competencia correspondía a la jurisdicción laboral.

2.º La STS de 11 de junio de 1998 contemplaba un supuesto en el cual una empresa constructora estaba llevando a cabo una determinada edificación en un solar, para una empresa hotelera. El contratista había subcontratado la instalación de una grúa elevadora, que en un momento dado cayó sobre las propiedades contiguas produciendo daños. La entidad demandante imputaba la caída de la grúa a culpa de los demandados, que eran la empresa hotelera y la contratista. Pese al riesgo que la instalación de estos artefactos entraña –alegaba– no se habían cumplido los requisitos reglamentarios como eran la presentación de un proyecto técnico visado por facultativos y la cobertura de la responsabilidad civil mediante un seguro. Aunque la Audiencia había estimado la demanda, el STS declaró haber lugar al recurso. En esta sentencia, se pueden leer

tres afirmaciones que tienen especial importancia. La primera es que, aunque la instalación y el montaje de una grúa elevadora suponga la creación de un riesgo del que el contratista se aprovechó, no hay legalmente causa para que se le imponga una responsabilidad objetiva por el daño que pueda producir la caída de la grúa, «pues no existe norma en particular que así lo disponga». La segunda afirmación es que no le cabía al contratista la responsabilidad dimanante del artículo 1903 CC, en que la Audiencia se había fundado, pues la empresa instaladora no era dependiente del contratista, cualidad que es la que condiciona la responsabilidad prevista en el artículo 1903 CC. Y la tercera, que es la que a nosotros nos interesa ahora, es la afirmación de que al contratista no se le debía exigir mayor diligencia que la de contratar con una persona autorizada, y que no se encontraba en juego lo que la sentencia llama la severa reglamentación administrativa de establecimiento, funcionamiento y montaje de aparatos elevadores (Real Decreto 2135/1980, de 26 de septiembre, y OM de 9 de mayo de 1983 y 15 de febrero de 1985), pues, como ya se ha dicho, la empresa instaladora de la grúa no había sido demandada.

3.^º En la sentencia de 29 de julio de 1988, en relación con el paro cardiorrespiratorio, seguido de anoxia cerebral, de un paciente al que se practicaba, con anestesia general una operación de reducción de una fractura y de alineación de los huesos, se puede leer lo siguiente:

Corresponde señalar que la resolución de instancia ha hecho un examen pormenorizado de la «lex artis ad hoc» en supuestos como el del debate, y, después de subrayar que el acto anestésico es, por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente, ajeno a la previa dolencia originadora de la intervención quirúrgica, ha mostrado que, para una actividad profesional correcta en anestesiología, se requiere un quehacer acorde con los siguientes presupuestos:

1. El registro de todo el proceso relacionado con la anestesia del paciente.

2. Los estándares para la valoración preoperatoria, pruebas complementarias preoperatorias, peranestesia y cuidados postanesésticos, en cuyo apartado se incluirá: a) la evaluación preanestésica, cuya finalidad es la valoración y preparación del paciente para la anestesia con el mínimo riesgo posible, lo que lleva consigo la revisión de la historia clínica, entrevistas con el interesado, examen físico completo, determinación de su estado físico, información del plan anestésico al enfermo, o, en su caso, al familiar responsable, y medicación anestésica; y b) peranestesia: monitorización del enfermo y registro de signos vitales, manejo de las vías respiratorias, dosis de los fármacos utilizados y control de líquidos.

De lo que resulta que los estándares de monitorización básica intraoperatoria se deben aplicar a todo acto anestésico, salvo circunstancias de emergencia, y suponen: a) la presencia continua del anestesiólogo para monitorizar al paciente y proveer la atención anestésica; b) la permanente evaluación monitorizada de: 1, la concentración inhaladora de oxígeno en el circuito respiratorio, que se debe medir con una analizador provisto de una alarma, aparte de la necesidad de una iluminación y exposición adecuada del paciente para la valoración de la coloración a los efectos del control de la oxigenación sanguínea; 2, la conveniente y continua evaluación de la ventilación; 3, con referencia a la circulación, el paciente deberá tener su trazado continuo del electrocardiograma visible, con el control, al menos, cada cinco minutos, de la tensión arterial, ritmo cardíaco y saturación de oxígeno; y c) postanestesia, comprensiva de la evaluación y los controles del paciente en la unidad de recuperación postanestésica.

La sentencia recurrida recoge las guías reseñadas del propio campo de esta rama de la ciencia médica, según opinión facilitada por la Presidencia de la Sociedad Española de Anestesiología, Reanimación y Terapéutica del Dolor, cuyas bases, desde una perspectiva general, son, sin duda, adecuadas.

En la misma sentencia se puede leer también que:

Asimismo, respecto al cirujano, la decisión expresa que éste no advirtió de forma inmediata el paro cardio-respiratorio, como reconoció al absolver la vigésima posición de las que le fueron formuladas, de donde el juzgador de instancia deriva que, ante tal situación, es exigible al operador el aseguramiento de que las constantes vitales del paciente eran permanentemente controladas mediante otros sistemas –lo que, en este caso, no consta que el médico efectuara de modo alguno–, ya que de haberse hecho así se hubieran podido detectar las anomalías ante los síntomas de la requerida parada y de la hipoxia, y, por tanto, quedaría expedita la utilización a tiempo de los medios técnicos indispensables para contrarrestarlas, a fin de evitar lesiones irreversibles como las que finalmente acaecieron.

Un comentario de esta sentencia no puede por menos de aplaudir el análisis completo de los deberes profesionales de un anestesiista. No es tan clara la cuestión por lo que se refiere al cirujano, pues, aunque parece claro que debe asegurarse de que las constantes vitales de un paciente están siendo controladas, no parece necesario que lo tenga que hacer por sí mismo.

4.^º En la STS de 21 de septiembre de 1998 se examina un caso en el que un empleado del demandado se encontraba manejando una máquina denominada «toro» con la que transportaba y apilaba unos rollos de alambre. Con esa ocasión, perforó con las púas o astas de la máquina unos bidones que contenían nitroglicerina, produiéndose lógicamente una explosión. La sentencia dice que existió res-

ponsabilidad del empleador por los actos de su empleado, argumentándolo en que la máquina había sido «manipulada descuidada e imprudentemente» por el empleado y en actividades totalmente ajena al círculo concreto del riesgo que podían representar los bidones. Se señaló también que no existía responsabilidad del codemandado por la actividad causante del accidente, pues se encontraba totalmente desconectado de las infracciones posteriores que éste hubiera podido cometer, como podía haber sido la incompleta señalización de los bidones como material peligroso o la indicación en las cartas de porte de la forma de manejo de los susodichos bidones. De esta sentencia se pueden extraer dos comentarios. El primero es que, por lo que se refiere a la culpa del autor de los hechos, existe una petición de principio: hay culpa porque la máquina había sido manipulada descuidada e imprudentemente. La segunda observación es que la culpa ha de situarse precisamente en el hecho causante, de modo que el envío de los bidones, con infracción de reglamentos, por la incompleta señalización del material peligroso o la indicación sobre la manipulación de los bidones, no debían tomarse en consideración pues eran hechos *desconectados* del resultado dañoso.

5.º En la STS de 20 de octubre de 1998 se estimó que existía responsabilidad de los «Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana» por el accidente ocurrido al conductor de un automóvil en un paso a nivel. En esta sentencia se dice que el ferrocarril discurría por lugar peligroso, en curva sin visibilidad, con un paso a nivel sin barreras; y que la insistente petición de los ciudadanos de suprimirlo sólo fue atendida después del accidente. La peligrosidad del paso a nivel había hecho que FEVE, ya con anterioridad, hubiera aprobado y acometido la instalación de barreras automáticas y semáforos, que ese día no estaban ultimados y que fueron puestos en funcionamiento en los días subsiguientes. La sentencia admite que el conductor del vehículo se había detenido en la señal de *stop* ubicada en el cruce y después había continuado la marcha siendo entonces arrollado por el tren. Se discutía si desde el *stop* debió el conductor ver el tren que circulaba, pero la sentencia dice que «el hecho de que pudiera concurrir también la culpa del conductor no relevaba de responsabilidad al recurrente, que mantuvo lugar tan peligroso y generador de accidente». Es curioso constatar que en esta sentencia no se haga referencia alguna a la profusa y prolífica reglamentación existente en materia de pasos a nivel, de donde se hubiera podido tal vez extraer alguna sólida argumentación, aunque es muy probable que ello fuera debido al modo como el asunto había sido planteado. Es curioso también que la culpa de FEVE se concrete en que «mantuvo lugar tan peligroso y generador de accidentes», cuando

había sido ya aprobado el proyecto de automatización y se habían instalado barreras automáticas y semáforos, aunque no estuvieran activados ese día y sólo lo fueran en los siguientes, la culpa no puede estar en mantener el paso a nivel sin barreras, sino, si acaso, en haberse retrasado en la modificación.

6.º La STS de 31 de octubre de 1998 examina el caso de un niño de cuatro años y medio atacado por un león en un parque zoológico, al que había acudido, junto con otros niños, en una visita organizada por el colegio del que eran alumnos. El niño se encontraba «totalmente descontrolado» por parte de los profesores, cuando ocurrió el accidente. Había, pues, una «falta en el control y vigilancia del menor». Es curioso señalar que, según la sentencia, había ocurrido también responsabilidad de la dirección del parque zoológico, si bien, como ésta se encontraba con anterioridad definida y delimitada penalmente, no se llega a saber cuál había sido la culpa de la empresa del parque ni tampoco la forma en que ambas culpas, la de la empresa del zoológico y la del centro educativo, podían coordinarse.

7.º En el caso que decidió la STS de 9 de diciembre de 1998 la esposa y causante del actor, a la edad de setenta y ocho años, había sido intervenida quirúrgicamente en el Hospital San Rafael de Barcelona de un «halux valgus» o, vulgarmente, juanetes. La operación se realizó normalmente pero pocos días después se le presentó a dicha señora un cuadro de contractura muscular progresiva. Fue examinada por el médico de guardia y luego por los del equipo de cirugía ortopédica. Se sospechó un tétanos postquirúrgico y se inició un tratamiento. Fue luego trasladada a otro hospital de la misma ciudad, donde se confirmó el diagnóstico de tétanos, ingresó en una UCI y falleció poco después.

De esta sentencia parece útil retener uno de sus fundamentos que dice así:

Pero junto a ello, también conviene recordar la doctrina sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, la Sentencia de 13 de diciembre 1997), 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.

3. A LA BUSCA DE LOS CRITERIOS

Se puede intentar, con los grupos de sentencias antes aludidas o con otras que al efecto no es difícil encontrar, formar tipos o categorías. En este sentido, se pueden mencionar las siguientes:

a) Se encuentran, ante todo los casos, en que la culpa se deriva de una «reprobación social». Es ésta una idea acuñada en sentencias que proceden del área de influencia que, en su día, tuvo Jaime Santos Briz. Aunque sobre la idea de una «reprobación social» habrá todavía que volver, hay que destacar que, con ella, se puede hacer referencia a un juicio genérico de desvalor de la conducta, sin explicitar las razones sobre las que tal juicio se funda o se puede también en ocasiones formular un juicio de desvalor del resultado. En este último caso, el proceder metodológico no es correcto, pues son dos cosas distintas el daño y la culpa. No se puede decir que en los daños por muy importantes que sean y por más que exista la tendencia hacia la necesidad de encontrar culpables, la culpa tenga necesariamente que existir.

b) En una línea muy próxima a la anterior se encuentra algún supuesto en que la culpa se extrae del daño diciendo que las cosas hablan por sí mismas (*res ipsa loquitur*) o cosas parecidas. Y en zona próxima se encuentra igualmente la llamada doctrina de los «daños desproporcionados» (*vid. STS 9 de diciembre de 1998*), pues no termina de saberse en qué consiste la *desproporción* del daño, es decir, si es lo mismo que daño importante o catastrófico con un gran número de víctimas o daño que presenta una anómala relación con el comportamiento. De hecho, en la STS de 9 de diciembre de 1998, como se recordará, había existido una infección postoperatoria que desgraciadamente condujo a la muerte del paciente. La producción de una infección hospitalaria es desgraciadamente un suceso que presenta algunas cotas de probabilidad, cuando los hospitales se encuentran superpoblados y el personal sanitario recargado de trabajo. En el caso de la mencionada sentencia, la infección con el bacilo del tétanos tenía que haber sido originada, lógicamente, por algún tratamiento anterior. Se puede suponer que los instrumentos quirúrgicos habían sido esterilizados, aunque ocurre que el del tétanos es un bacilo especialmente resistente y requiere esterilizaciones muy especiales.

En la sentencia mencionada, la del 9 de diciembre de 1998, hay algún otro dato que merece ser tenido en cuenta: si el tipo de asunto pertenece a un grupo en que la experiencia detecte ordinariamente la producción de culpas, éstas puedan ser deducidas en el caso concreto del tipo aun sin prueba de ellas.

Algún comentario especial merece la regla *res ipsa loquitur* de la STS de 13 de diciembre de 1997. Como ha sido señalado, especialmente en la doctrina inglesa de donde procede, no es un método de valoración de la negligencia, sino una regla de prueba o, si se prefiere, una regla de utilización de presunciones. Es, se ha dicho, la irrefutable presunción o deducción de que el demandado ha sido negligente, que deriva de la prueba de que los instrumentos o medios que causaron la lesión se encontraban bajo el control exclusivo del demandado y de que el accidente pertenecía a un tipo de los que ordinariamente no ocurren sin negligencia. La negligencia del autor del daño se deduce del mero hecho de haber ocurrido el accidente y de las características y circunstancias del mismo si ello conduce razonablemente a creer que sin negligencia no habría ocurrido y que las cosas con las que se causó eran manejadas y se encontraban bajo control del demandado.

c) Los casos en que los tribunales entienden que había existido culpa, pero no definen, ni especifican, las razones por las cuales se establece la conclusión a la que el tribunal llega. Más bien parece aludirse a un juicio global del comportamiento, sin intentar siquiera alguna dosis de concreción. Así, por ejemplo, cuando se dice que una máquina había sido manipulada descuidada e imprudentemente o que el extintor caducado se hallaba abandonado.

d) Hay casos en que, para fundar la existencia de culpa, el tribunal afirma que existían específicos deberes, pero se trata de deberes que nadie podría fácilmente reconocer o, al contrario, que resulten perfectamente discutibles. En algún trabajo anterior cité en este sentido, el caso de la suicida de Zaragoza, en que el tribunal situó la culpa en el hecho de que la habitación en la que la paciente había sido colocada (que se encontraba en la planta baja) después de ser sometida a un lavado de estómago carecía de verjas. Naturalmente, las verjas hubieran impedido el suicidio que se produjo cuando la joven se arrojó por la ventana, pero no se explica bien si todas las ventanas de todos los hospitales deben tener rejas o qué pueda ocurrir en todos los hospitales que tengan rejas cuando se produzca un incendio.

También en alguna ocasión anterior he contado la sentencia sobre lo que podríamos llamar el incendio próximo a la autopista Villalba-Villacastín. Como es sabido, cuando se produce el incendio de los aledaños de una autopista de una carretera, los automovilistas frenan casi inconscientemente y si la carretera autopista se encuentra en ese momento abarrotada la colisión en cadena es casi inevitable.

La sentencia en cuestión llegaba a la conclusión de que había responsabilidad de la empresa concesionaria de la autopista, porque ésta no tenía un empleado especialmente dedicado a atender a los problemas que tales sucesos pueden ocasionar, sin preguntarse siquiera cuáles podían ser las condiciones de la concesión o por qué debe un tribunal incidir en la política de una empresa o cual es la política laboral de la empresa o las posibilidades de incendio en las proximidades.

e) Finalmente, podemos encontrar casos y sentencias en las que los tribunales se cuidan de puntualizar si los demandados tenían o no deberes en una determinada situación y cuáles en concreto podían ser éstos. En este sentido me parece paradigmática la sentencia de 29 de julio de 1998 en el caso del anestesiólogo.

No puedo ni quiero ocultar mi simpatía hacia ella y mi propensión a compartir los puntos de vista que en esta sentencia aparecen y, por el contrario, la renuencia a aceptar los demás, pero éste es un tema que tiene que quedar todavía abierto.

4. LA CULPA COMO DESVIACIÓN DE UN MODELO Y EL PROBLEMA DE LA CONSTRUCCIÓN DE ÉSTE: LOS USOS COMO MODELO DE CONDUCTA

En términos generales, puede existir acuerdo en orden a que, en materia de responsabilidad civil extracontractual, culpa significa la desviación respecto de un modelo de conducta o de un estándar, si se prefiere hablar así. La cuestión pasa a ser entonces, cómo se construye el modelo y cómo se enjuicia la desviación.

Al estudiar la costumbre como fuente del Derecho y, en relación con ella, los usos de los negocios o usos sociales y sus diferentes funciones dentro del ordenamiento jurídico, Federico de Castro (*Derecho Civil de España*, tomo I, parte general, p. 400) hablaba de los «usos como modelos de conducta», señalando que los usos son en ocasiones utilizados por la ley como modelos de conducta social, que señalan el tipo de conducta que una persona debe tener, o el límite de una actuación que no puede sobrepasar lícitamente. De Castro recordaba que en Francia –y en España, Valverde–, se había utilizado, sin apreciable ventaja, el término «estándar», como medida de una conducta social concreta. De Castro recordaba que en ocasiones las leyes hacen remisión a los usos y costumbres locales, como el comportamiento normal dentro de una localidad y, por consiguiente, con un valor de ejemplaridad. En este sentido, se pueden recordar las normas sobre las podas en los montes (art. 485), o las

que se refieren a los llamados regalos de costumbre no sometidos a colación. El mismo recordado maestro, situaba dentro de ese capítulo de los usos como modelos de conducta, los módulos para precisar si ha habido diligencia o negligencia en el cumplimiento de la obligación contractual y extracontractual.

El problema que plantea la construcción del modelo por la vía de los usos, es que no se termina de saber bien el alcance que de la idea de usos se da. La primera posibilidad es que los usos sean entendidos como «mera facticidad» denotando lo que en la realidad es usual que se practique en un determinado ámbito de actuación. Si así fuera, el concepto no resulta especialmente útil, porque bastaría que estadísticamente una alta proporción de individuos en el sector sean descuidados, para que el modelo se construya a partir de ese dato.

La segunda posibilidad es que los usos no se conciben como «mera facticidad», sino que se introduzca en ellos algún contenido normativo, por la vía de la convicción u *opinio iuris* sobre ellas. Mas en tal caso lo que define el modelo no es la facticidad estadística de su práctica, sino las reglas de conducta que los usos contienen. Que los usos pueden ser normas de conducta es algo que está a mi juicio fuera de duda, pero en tal caso son las reglas y no su fuente las que definen el modelo.

5. CULPA Y JUICIOS DE VALOR O DE DESVALOR

En un excelente artículo, dedicado a la teoría general de la culpa civil y publicado en la *Enciclopedia del Diritto*, Carlo Maiorca recordaba cómo, en orden a la definición de la culpa, existen en la teoría general dos puntos de vista contrapuestos e inconciliables. Simplificando mucho el extenso razonamiento del autor citado, se podría decir que por un lado existe una posición voluntarista, que es de inspiración iusnaturalista, y, por otra, una posición formalista, que es de derivación kelseniana. O dicho en otros términos: hay una concepción normativa y otra antinORMATIVA. También de otro modo, se podría llamar a la concepción antinORMATIVA, valorista e imperativista a la normativa. Y así frente a quienes consideran el Derecho como norma o mandato sancionador se encuentran quienes encuentran en él un juicio hipotético, de contenido no estrictamente imperativo, que lo que hace es viabilizar una determinada valoración. Me parece obvio que la mayor parte de quienes han tratado de delimitar el concepto y de quienes lo aplican se encuentren más cerca del modelo valorista que de cualquier otro. Se encuen-

tran, por supuesto, en esta línea los sostenedores del llamado «reproche culpabilístico» y los que tratan de dotar a la noción de culpa de un fundamento ético o quienes hablan como J. Santos Briz de una concepción social de la culpa o de la culpa como «conducta socialmente desaprobada y reprochable» (*vid.* «Comentario del artículo 1902», en el *Comentario del Código civil*, de M. Albaladejo). A mi juicio, el argumento más fuerte frente a este tipo de posiciones doctrinales es que constituyen una renuncia a dibujar el modelo de cuya desviación estamos tratando, que sólo resulta conocido *a posteriori* tras el debate dialéctico entre juicio de desvalor y juicio de valor o, dicho de otro modo, sólo a partir de un juicio de desvalor se puede llegar a conocer lo que el modelo debió de haber sido. Me parece claro también que una concepción que no sea normativa introduce en cualquier debate sobre la materia una inmensa dosis de inseguridad. Todo ello aconseja, en mi opinión, la adopción de la denominada posición normativa o normativista.

6. LA EXISTENCIA DE UNA SITUACIÓN DE DEBER: *LA DUTY SITUATION COMO PREMISA DEL ENJUICIAMIENTO DE LA CULPA*

Si se adopta, como hemos hecho en las líneas anteriores, una posición normativista, al tratar de averiguar si se ha incurrido en culpa es preciso antes de nada decidir si el presunto culpable se encontraba en una situación que generara para él deberes respecto del perjudicado. Es ésta una cuestión en la que, probablemente por considerarla obvia, no se hace con frecuencia hincapié en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia, aunque se pueden rastrear en ella casos y sentencias en que el punto relativo a las obligaciones existentes entre las partes aparece. Así, en la STS de 1 de febrero de 2001 se discutía la posible responsabilidad del arquitecto director de una obra por el fallecimiento de un operario del contratista que se había caído desde un andamio que estaba falto de redes protectoras. La sentencia dice categóricamente que el arquitecto superior, director de la obra, no tiene como función, ni es obligación suya, controlar las medidas de seguridad del trabajo, pues ésta es obligación inserta en la relación laboral entre empresa contratista y trabajador y no atañe al arquitecto que interviene en la obra como profesional. Y, añadimos nosotros, normalmente al servicio del *dominus operis*. La sentencia citada dice que reitera doctrina que se encontraba ya en las anteriores sentencias de 22 de noviembre de 1971 y 27 de noviembre de 1993. Sin embargo lo cierto es que en la primera de

las dos referidas sentencias, la de 1971, el arquitecto había sido condenado por el Tribunal *a quo* (y se desestimó el recurso de casación) por los daños producidos en un edificio colindante. La sentencia de 1971 dice que la diligencia del arquitecto director de las obras no es la de un hombre cuidadoso, sino la obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía, técnica y profesional que implica su intervención que incluye, entre sus deberes, el conocimiento de las peculiares condiciones del terreno y el cálculo de las cargas. En el caso concreto, además, la responsabilidad se le impone precisamente porque fueron estas dos razones las que provocaron alteraciones dañosas en los edificios colindantes.

En la STS de 27 de noviembre de 1993, donde se había producido la rotura de un andamio, la responsabilidad se impuso al contratista y a los arquitectos técnicos. En la sentencia se dice, en efecto, que no entraba dentro de las específicas funciones del arquitecto superior (que se concretan en la realización del proyecto y ejecución de la obra) la de comprobar el concreto cumplimiento por el contratista o sus encargados de las medidas de seguridad reglamentarias. Esta sentencia de 27 de noviembre de 1993 estimó el recurso del arquitecto y casó, en lo relativo a su responsabilidad, la sentencia recurrida. Confirma esta sentencia la idea de que es legítimo hablar de deberes de diligencia y de que hay que preguntarse en cada caso si existían o no y sobre qué persona pesaban. Por ejemplo sí el contratista o el arquitecto técnico, pero no el arquitecto director.

La necesidad de que exista una situación de deber para que la acción de indemnización de daños pueda prosperar ha sido vigorosamente afirmada por el Derecho inglés. En palabras de Lord Wright («*Grant v. Australian Knitting Mills Ltd.*», 1936) es esencial en el Derecho inglés que se establezca el deber: el mero hecho que un hombre sea lesionado por el acto de otro no da, por sí mismo, acción; aunque el acto sea deliberado, la parte lesionada no tendrá acción por la lesión intencional, mientras la otra parte se encuentre ejerciendo un derecho; y si el acto supone una falta de cuidado, tampoco podrá prosperar la acción salvo que exista el deber de ser cuidadoso. Se suele señalar, además, que la situación de deber tiene que producirse en relación al tipo de personal a que pertenezca el demandante y el demandado y al tipo de daño respecto del cual el demandante pretenda la indemnización. En este sentido hay que recordar también la afirmación de Lord Atkins: una situación de deber solamente existe cuando el tipo de daño, la producción del mismo por falta de cuidado y los tipos de personas a las que y por las que se produce se encuentran reconocidos por la ley.

Es cierto que la definición de una situación de deber se encuentra muy estrechamente relacionada con la delimitación de los daños indemnizables. El Derecho inglés ha tenido una especial reluctancia a admitir la indemnización de las llamadas pérdidas puramente pecuniarias. Así en «*Cattle v. Stockton Waterworks, Co.*» los demandados habían colocado una tubería bajo una carretera. La tubería era defectuosa y el agua que se filtraba saturó un terraplén. El demandante tuvo que hacer un trabajo en el mencionado terraplén y en la carretera y la liberación del agua le impidió cumplir el contrato a tiempo lo que le produjo determinadas pérdidas. El tribunal lamentó tener que rechazar su acción y puntualizó que, si estimaba la demanda, tendría que hacer lo mismo con todos los trabajadores que perdieran dinero por retrasos. En «*Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute*» los actores eran unos empresarios ganaderos que solían acudir a unas periódicas subastas de ganados y reclamaban al demandado la pérdida de seis días de negocio por la clausura de los mercados ocasionada por el brote de una enfermedad producida a su vez por el escape de un virus con el que la empresa demandada estaba experimentando. Los demandados suscitaron como cuestión preliminar que, aunque admitieran el escape del virus, la negligencia y la previsibilidad de la pérdida de los demandantes, no existiría un daño del tipo que la ley remedie a través de esta clase de acciones.

La cuestión reaparece todavía en «*White v. Johnes (1995)*» en que las hijas de una persona fallecida pedían responsabilidad a un abogado que, no obstante tener al efecto un encargo expreso, había dejado pasar seis semanas sin redactar un nuevo testamento que las beneficiaba, falleciendo entretanto el causante. Aunque en este caso el tribunal acogió la demanda partiendo de la idea de que existía una laguna legal, volvió a declarar que no hay acción por las pérdidas puramente financieras y que es precisa la existencia de un deber, que en un caso como aquél sólo podía reconocerse del abogado respecto de su cliente.

Para establecer, en líneas generales, la existencia de la situación de deber y sus perfiles, es muy importante averiguar primero si la producción del daño es imputable a una acción positiva o a una omisión. Por volver al Derecho inglés, en él se suele afirmar que no hay una responsabilidad general por omisiones o, como dijo Lord Goff en el anteriormente citado caso «*White v. Johnes*», es un principio general que no hay responsabilidad general por negligencia a causa de las omisiones salvo que el demandado se encuentre bajo un deber preexistente. En nuestra opinión, la solución es la misma en el Derecho español, en el que este punto ha sido dejado en claro por el Código Penal de 1996. Sólo hay responsabilidad que sea con-

secuencia de una omisión imprudente cuando el que adopta ese comportamiento omisivo se encuentra en una previa situación de garante que puede ser, por supuesto, legal o negocial.

La cosa es distinta por lo que se refiere a los daños causados por los actos positivos. En términos generales puede y debe admitirse que existe un deber general de respeto de los bienes y derechos de la personalidad ajenos o de los derechos patrimoniales de carácter real, de manera que cada uno debe razonablemente contemplar el conjunto de personas que pueden quedar afectadas por sus actos. Si existe un deber de respeto respecto de las situaciones, que, en líneas generales pueden llamarse de derechos relativos o derechos de crédito es tema que pertenece a la definición del daño resarcible.

7. EL PROBLEMA DE LA ENTIDAD O GRAVEDAD DE LA CULPA: LA LLAMADA CULPA LEVÍSIMA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Supuesto que culpa no es un concepto monolítico, sino que resulta graduable, según su mayor o menor gravedad, la cuestión radica en determinar si el criterio que se utiliza, o se debe utilizar, en la responsabilidad civil extracontractual, es el estándar unitario, homogéneo y abstracto del hombre medio, de manera que, sólo la inobservancia de la diligencia media genera responsabilidad o si, por el contrario, cualquier tipo de culpa, incluso la llamada culpa levísima, sirve de fundamento a la responsabilidad civil. El problema ha sido replanteado, recientemente, por Manuel Albaladejo (*La Responsabilidad Civil Extracontractual levísima*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 2000), que ha defendido la tesis últimamente citada: quien causa a alguien culpablemente un daño extracontractual es responsable y debe indemnizarlo aunque su culpa hubiese sido levísima. En el trabajo de Albaladejo hay, sin embargo, más un acarreo de materiales y un resumen de opiniones de autores, algo así como un censo o un referéndum con cita de algunas sentencias del Tribunal Supremo, que un afinado examen de argumentos. No obstante ello, debo decir inmediatamente que no cabe la menor duda en punto a que la llamada responsabilidad por culpa levísima posee una extensa tradición en el Derecho europeo occidental. Es, desde luego, la idea que parece haber dominado en la doctrina francesa. Así, Baudry-Lacantinerie y L. Barde (*Traité Théorique et Pratique du Droit Civil*, volúmen 13, p. 1.096) decían que en materia de delitos o de cuasi delitos, para que la falta sea tomada en consideración, no es necesario que se alcance un cierto

grado de gravedad. Se deduce así del artículo 1383 cuyo texto equivale a decir que la falta más ligera basta para que se incurra en la responsabilidad prevista por el artículo 1382. *In lege Aquilia et culpa levissima venit* este mismo era el principio de Domat (1.^a parte, libro II, título VIII, sección IV, núm. 1): «Todas las pérdidas y todos los daños que pueden ocurrir por el hecho de una persona, sea imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que se debe saber u otras faltas parecidas, *por ligeras que puedan ser*, deben ser reparadas por aquel cuya imprudencia u otra falta dio lugar a ellas». El legislador escribió la disposición del artículo 1383 para consagrarse este mismo principio. Bertrand de Grenouille, en su discurso al Tribunal y el tribuno Tarrible en su discurso ante el Cuerpo Legislativo reprodujeron la doctrina de Domat. El primero se expresó así: «Cabría preguntarse si esta consecuencia no es demasiado exagerada y si no hay algo de injusticia en castigar a un hombre por una acción que participa únicamente de la debilidad o de la desgracia y a la cual su corazón y su intención eran absolutamente ajenos. La respuesta a esta objeción se encuentra en este gran principio de orden público: la ley no puede colocar en la misma balanza al que se equivoca y al que sufre. Donde quiera que se apercibe de que un ciudadano ha experimentado una pérdida, examina si al autor le fue posible no causarla; y si encuentra en él ligereza o imprudencia, debe condenarle a la reparación del mal que ha hecho». Así, en nuestra materia, no hay razón para establecer una clasificación de las culpas ya que la menor de ellas engendra la responsabilidad.

La misma opinión aparece sostenida en la antigua doctrina italiana por Giorgi (*Teoría de las obligaciones*, traducción española, Madrid, 1929, p. 232). Según Giorgi, los comentaristas, partiendo del conocido pasaje de Ulpiano afirmaron que fuera del contrato, la responsabilidad se extiende también a la culpa levísima (cita Noodt, *De lege Aquilia y Castellari, Della lex Aquilia*, Arch. Giur XXII, 330) y la sentencia de la Casación de Roma de 21 de noviembre de 1903, recogida en Foro italiano 1903, 1, 1381). En este orden de ideas, la mayor o menor gravedad de la culpa y, especialmente, la diferencia entre dolo y culpa pudo influir en el *quantum* de la indemnización, pero nunca eximir del resarcimiento. Así se deduce de los artículos 1382 y 1383 franceses y 1151 y 1152 italianos. En ellos, no solamente no se alude a la diligencia de un buen padre de familia, sino que ni aún se hace distinción entre culpa grave, culpa leve y culpa levísima. Por eso, los escritores y los jueces han opinado unánimemente hasta hoy que en la materia extracontractual toda culpa, cualquiera que sea su gravedad es suficiente para sujetar a responsabilidad civil. Poquísimos autores recientes han suscitado la duda de si la culpa

levísima es utilizable en este punto o si puede establecerse como límite de responsabilidad la diligencia de un buen padre de familia. Se discute, especialmente, si es posible introducir en los artículos 1151 y 1152 un límite que en ellos no está escrito, y se apunta que la disputa resulta académica ya que no se encuentra establecido con criterio científico lo que es una culpa levísima o la diligencia del buen padre de familia. Y –añade– cuando se ha dicho que todo el mundo en sus relaciones con sus semejantes, no derivadas de contrato está obligado a conducirse con la buena fe y la prudencia requeridas en una persona de bien y según sus condiciones morales, para no ofender a los demás, en teoría se ha dicho todo.

Frente a esa línea, en el Derecho anglosajón parece haberse admitido siempre la idea del *reasonable man* o, lo que es lo mismo, la determinación de la culpa por diligencia media.

La cuestión es muy difícilmente resoluble desde el punto de vista de una interpretación puramente textual de las normas legales, aunque hay datos, en los textos, a favor de la diligencia media. Así, es claro que, para los casos en él comprendidos, el artículo 1903 dice que «la responsabilidad que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon *toda la diligencia de un buen padre de familia* para prevenir el daño». Puede entenderse el precepto como una inversión de la carga de la prueba respecto de la diligencia *in vigilando* sobre «aquellas personas de quien se debe responder». Si así fuera, hay que entender que el parámetro de diligencia de un buen padre de familia tiene un alcance general. Es cierto, no obstante, que es posible entender que los artículos 1902 y 1903 cubren hipótesis diversas, el 1902 para la culpa por actos u omisiones propios y el 1903 para los actos u omisiones de las personas de quienes se debe responder, aunque es difícil explicar por qué para uno u otro grupo de casos se emplean diferentes estándares de diligencia. Desde el punto de vista de la interpretación jurídica, creemos que no puede darse especial valor o relieve al artículo 1089 CC, que, después de decir que las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y quasi contratos y de los actos u omisiones ilícitos, añade alguno en que «intervenga *cualquier género* de culpa o negligencia». Literalmente, no se refiere al grado de la culpa, sino al género de ésta (p. ej.: culpa en hecho propio, en hecho ajeno, *in vigilando*, etc.). Sea de ello lo que fuere, no es creible que el artículo 1089, cuya función real es la de realizar una enumeración de las fuentes de las obligaciones, posea un especial valor normativo sobre la graduación de la culpa, más aún todavía si no se olvida que, en la materia extracontractual, el artículo 1093 se limita a efectuar una simple remisión.

Desde un punto de vista interpretativo un ulterior problema surge en punto a la posibilidad de trasladar la norma del párrafo segundo del artículo 1104 –diligencia de un buen padre de familia– indiscutible en materia de responsabilidad contractual a la responsabilidad extracontractual. Hay que decir que la jurisprudencia no ha tenido empacho alguno en aplicar indiscriminadamente los preceptos generales de los artículos 1101 y siguientes en uno y otro campo, pero el probable punto merece ser examinado con un mayor vigor.

Situados en este punto los argumentos interpretativos podrían ser dos. Según el primero, es legítimo pensar que el legislador, al emplear los términos de culpa y negligencia en el artículo 1902 CC les quiso atribuir el mismo alcance que ya les había dado en el campo contractual, porque, en otro caso, hubiera debido decirlo. La conclusión es que no hay responsabilidad por culpa inferior a la ordinaria. El segundo argumento puede aproximarse al de la analogía, de manera que la expresión culpa del artículo 1902 se interpreta, por analogía en mismo sentido que la palabra tiene en la esfera contractual. Sin embargo, hay que reconocer que ninguno de los dos argumentos posee una fuerza decisiva: porque es ilusorio hablar de una voluntad del legislador, que se supone; y frente a la pretendida argumentación analógica se puede siempre decir que las dos situaciones contractual y extracontractual son diferentes y que no hay identidad de razón para decidir en uno y en otro lo mismo. Por eso, en este punto tiene razón Albaladejo (*op. cit.*, p. 45) cuando dice que sólo hay un precepto específico que obliga a la diligencia media en las obligaciones contractuales y una falta de precepto específico para la diligencia exigible en las extracontractuales.

Los argumentos tienen que tratar de buscar otros caminos, que pueden ser estos:

a) Se ha señalado alguna vez la relación existente entre el problema de la culpa levísima y la de la responsabilidad sin culpa o por riesgo, aunque sólo sea por el hecho de que uno y otro supuesto se aproximan extraordinariamente. Si hay algunos casos en que el ordenamiento prescinde de la culpa para establecer la responsabilidad, puede ser lógico entender que en los demás casos se contente con una culpa mínima. Sin embargo, frente a ello se debe objetar que responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo son dos institutos diversos, fundados en principios heterogéneos, partiendo de los cuales no es posible, ni legítimo llegar a ningún tipo de integración.

b) El segundo argumento se sitúa alrededor de la idea sobre el fundamento o la razón de que haya que exigirse mayor prudencia en la esfera extracontractual que en la contractual. De Cupis (*Il-*

Danno. Teoría Generale della responsabilità civile», Milano, 1954), que se hace eco de esta cuestión preguntándose la razón por la cual hay que considerar con mayor severidad la lesión de un derecho relativo, recuerda algunas palabras de Carnelutti, de Paladini y de Orlando Cascio. El primero decía: «No sé por qué la diligencia con que cada uno debe vigilar para no invadir la esfera ajena, debe ser diversa cuando se trata de respetar un derecho personal o uno real, un derecho relativo o uno absoluto». Y en otro lugar añadía: «Que se me demuestre por qué un derecho real ha de ser más cuidadosamente respetado que un derecho obligatorio». El segundo de los autores decía: «No se comprende que se pueda pensar que el propietario de una casa esté obligado a reparaciones más diligentes a fin de que no se arruine causando daños a las personas y cosas de los extraños que a la persona y a las cosas del inquilino». Y en la misma línea, el tercero de los autores citados decía: «No comprenderé que una compañía de transportes deba usar una atención mayor con un viajero clandestino carente de billete y una menor frente a aquellos que lo han adquirido regularmente y frente a los cuales se encuentra específicamente obligado».

Hay, todavía, otro argumento, cuya fuerza es, si cabe mayor. En la responsabilidad contractual existe violación de un compromiso especialmente asumido y no se ve la razón por la cual la diligencia a utilizar cuando alguien se ha comprometido haya de ser menor que la que deba utilizar frente a personas con las cuales no se tiene compromiso alguno. Naturalmente estos argumentos no pueden escapar a la atención de M. Albaladejo (*op. cit.*, p. 44), quien se limita a decir que, como quiera que quien causa el daño en la responsabilidad extracontractual «es alguien sin relación previa con el que la sufre», «por la falta de conexión anterior entre ambos no cabe calcular o pronosticar su posible falta de diligencia, ni haberse precavido contra ello, pactando incluso la responsabilidad por culpa levísima». Pero el argumento es endeble, y lo es por varios tipos de razones. Ante todo, no cabe olvidar que las normas legales, aunque sean dispositivas o supletorias, establecen los modelos de conducta que el legislador estima más justos o políticamente más oportunos. Por otra parte, no se explica bien cómo la idea que funda el argumento se aplica en aquellos casos en que se puede producir la coexistencia de ambos tipos de responsabilidad. Finalmente, elevar a categoría de principio la culpa levísima sobre la base de que no ha existido posibilidad de precaverse pactando otra cosa es argumento que se produce dentro de una notoria petición de principio.

c) No puede olvidarse que la diligencia que exonera de responsabilidad es, necesariamente, el modelo que el legislador pro-

pone. Además, para todos los que creen en la eficacia o función preventiva de las normas de responsabilidad civil extracontractual, tiene que ser, lógicamente, el modelo que el legislador trata de fomentar, porque considera que es el mejor para tratar de evitar los accidentes y, al mismo tiempo, para paliar los costos de éstos. Desde este punto de vista hay que decir enseguida que no tiene ningún sentido que el modelo que se proponga sea el que alguna vez se ha llamado el modelo del «hombre perfecto» o, como decía De Cupis, el modelo del hombre extraordinariamente meticuloso; porque, en efecto, si se parte de que hay responsabilidad por culpa levísima, el modelo de diligencia es el del hombre perfecto o sumamente meticuloso, como es lógico.

La culpa es levísima cuando sólo personas extraordinariamente cuidadosas adoptan normalmente el tipo de precauciones de que se trata. Hay que coincidir, necesariamente, en que no se explica bien el sentido que tiene proponer como modelo algo que sólo contadas personas hacen y, que por ello, tiene que ser estadísticamente muy reducido. Con un modelo semejante, además, no puede cumplirse la función de prevención e, incluso, puede decirse que se desincentiva por completo el modelo de la diligencia media pues si con ella nadie se exonera de responsabilidad, por qué se va a exigir lo máximo, lo más probable es que no se adopte ninguno.

d) Hay un último argumento de M. Albaladejo que conviene examinar. No hay razón –dice este autor– «para que nadie soporte un daño que no sea culpa suya, sino de otro aunque sea culpa levísima de éste». Más las cosas tienen varias lecturas como se dice ahora. Ante todo, se puede pensar que los daños los soporta el que los sufre salvo que exista alguna suficiente razón para trasladarlos a otro. Desde esta perspectiva lo que hay que buscar no es la razón para soportarlos, sino, a la inversa, la razón para trasladarlos. A ello se puede añadir, como ha sido observado por muchos estudiosos, que el ordenamiento no busca proteger a las personas frente a todos los riesgos que la vida social les pueda ocasionar. Hay, se ha dicho siempre, un margen de riesgo tolerado que es necesario para la vida social misma. Y hay, para todos los mortales que andan por el mundo, un riesgo generado por el hecho mismo de vivir, lo que se ha llamado por esto, «riesgo general de la vida». Estas sencillas observaciones, deshacen un argumento fundado más en consideraciones de justicia intuitiva o, si se prefiere, mucho más semejante a las optimistas razones de los iusnaturalistas clásicos que a las razones que surgen del análisis estricto del Derecho positivo y del análisis económico del Derecho.

Ius publicum-Ius privatum.

Gobierno corporativo y mercado de valores. (Una lección.)*

ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

I

El tema que se me ha encomendado desarrollar se titula «Las Sociedades de Capital y el Mercado de Valores». Por razones obvias limitaré mi intervención a la sociedad anónima. Primero de todo, porque es la forma jurídica que revisten las empresas que nutren nuestro «listín» de cotización; y, en segundo lugar, porque, no obstante la discusión doctrinal sobre el carácter personalista o capitalista de la sociedad de responsabilidad limitada, es cosa sabida que la auténtica y más importante «limitación» de esta última forma social ha sido tradicionalmente el acceso al crédito bancario (sólo posible mediante garantías reales o la personal de los socios), estando igualmente impedidas dichas compañías del acceso a la financiación directa del público, en principio por la prohibición legal de que sus participaciones se configuren como valores mobiliarios, y también porque, con posterioridad, fueron igualmente excluidas *ministerio legis* de la posibilidad de emitir obligaciones o garantizar tales empréstitos (Adicional Tercera LSRL de 23 de marzo de 1995).

Aun con esa restricción, el tema que se nos ha confiado resulta extraordinariamente difícil de plantear, por razones múltiples. La

* Impartida en el Colegio de Abogados de Madrid el día 18 de octubre de 1999, dentro del Curso titulado «Diez años de Reforma de las Sociedades de Capital». Fue entregada poco después su versión escrita a la Comisión que prepara el homenaje a mi querido compañero Ildefonso Sánchez Mera (q.e.p.d.), a quien este estudio sigue destinado como modesta contribución, mucho me temo que definitivamente incapaz de corresponder al efecto y mayor honor que el amigo prematuramente desaparecido merece.

primera de *contenido*, ya que la materia que debemos analizar coincide, en cierto modo con la suma de todas las atribuidas a los restantes conferenciantes. La segunda de *enfoque*, porque, al relacionar la sociedad anónima con el mercado de valores, lo que aparece es el *estatuto de las sociedades cotizadas*, que corresponde estudiar a mi compañero Ángel Rojo. La tercera y última, porque, aun sin esas concomitancias o superposición de enfoques y objetivos, el tema se las trae –dicho sea en lenguaje coloquial– y constituye no un mundo, sino varios mundos, por cierto imposibles de abordar con seriedad (que es como a mí me gusta hacer las cosas) en esta modesta introducción.

De manera que, puesto a considerar que es lo que yo debería decirles a ustedes en esta ocasión, se me han ocurrido diferentes alternativas, con las que me propongo hacer seguidamente un cóctel o *mix* que supongo será capaz por lo menos de ayudar en el coloquio; lo que sin duda importa mucho más para el aprovechamiento de un curso dirigido a profesionales del foro. Añadiré, suplementariamente, que yo he dedicado al asunto que aquí nos reúne varias publicaciones distintas en época reciente, que inmediatamente recordaré en parte; lo que advierto, por si alguien quiere profundizar en mayor grado sobre el tema. Pero además creo que está sin explicar, de modo absoluto entre nosotros y parcialmente en el extranjero, el origen y significado de la legislación sobre mercados de valores y sus relaciones con el Derecho de Sociedades, que no es un tema teórico ni baladí, si quiere sacarse partido de aquella legislación en el ejercicio de la abogacía. Y acontece, por último, que hoy estamos injertando en nuestro ordenamiento piezas procedentes de otros sistemas jurídicos muy distintos, cuyo trasplante produce el mismo rechazo que experimenta el enfermo a quien se dona un riñón u otro órgano histológicamente incompatible. De todo esto vamos a hablar en forma distendida, yendo desde lo más general a lo más concreto.

II

Podemos empezar, pues, el examen referido con la lógica de los trasplantes, que es el último tema que acabo de aludir y cuyo muy mostrenco conocimiento, pensando de buena fe, o a causa de su utilización interesada o abusiva, si lo planteamos como dicen los niños «a mala idea», está produciendo el efecto –absolutamente perverso– de modificar las bases de nuestro ordenamiento jurídico, nada menos que en lo que toca al propio modelo positivo que en los últi-

mos cincuenta años ha servido para articular, con más o menos éxito, nuestra legislación societaria. ¿Por qué digo esto? Pues por algo muy sencillo.

Las leyes sobre la sociedad anónima pueden articularse de dos maneras principales y alguna intermedia. Para referirnos sólo a las principales, esas leyes pueden ser alternativamente *Leyes habilitantes*, que llaman en los países anglosajones *Enabling Acts*, o construirse más bien bajo un régimen muy distinto que llamamos nosotros de «disposiciones normativas» y ellos conocen como *Mandatory Acts*. Las consecuencias de seguir uno u otro modelo son importantísimas y muy diferentes. Porque las llamadas leyes «habilitantes», como su mismo nombre indica, se nutren de normas que autorizan a los particulares a diseñar su propia regulación por vía estatutaria, estableciendo como mucho, y por defecto, una regulación alternativa que se aplicará a falta de pacto (*default rules*); mientras que el sistema contrario de *disposiciones normativas*, por su lado, y aunque no falten dentro del modelo asuntos confiados a la libertad estatutaria, en todo lo demás otorga preferencia clara al régimen legal sobre el electivo, suele incluso matizar este último marco convencional, señalando las cosas que deben aparecer forzosamente en los documentos constitutivos, y –tal como sucede con el artículo 10 de nuestra LSA– hasta establece limitaciones generales al posible juego de la autonomía de la voluntad, derivadas de la frontera que marcan los principios ordenadores del tipo social.

Como es sabido, el Derecho español se incorporó al modelo de disposiciones normativas, que se consolida en Europa tras la venerable ley francesa de 1867, bastante tardíamente y, en concreto, con nuestra primera ley de 1951. Y ese mismo sistema es el que siguen mayoritariamente las leyes europeas más representativas. Y añadiré además –porque es cosa muy importante y que a menudo se olvida– que ese modelo no sólo rige en el continente, sino que es también el seguido por la legislación del Reino Unido, que, en más de un punto, resulta inclusive pionera en su implantación. Inmediatamente aportaré algún ejemplo práctico de la extraordinaria trascendencia de este asunto; pero antes recordaré otro dato histórico no menos significativo de la mencionada primacía inglesa en la organización del modelo. El año 1862, en las sesiones de la Conferencia de Nuremberg que preparaba el primer Código de Comercio alemán, los representantes de Hamburgo realizaron manifestaciones del más desnudo liberalismo, advirtiendo que la protección de los terceros en el marco societario no debe confiarse a murallas legales que impiden a los interesados alcanzar la experiencia necesaria para proteger su patrimonio, añadiendo –y cito palabras textuales– que

«la ruina de tantas familias no se habría producido ciertamente si los particulares, en lugar de creerse seguros a la sombra de una ley considerada sabia, hubieran cuidado en tiempo oportuno de sus propios intereses» (lo ha recordado Mignoli, 1990, 11). Idéntica invitación, y casi las mismas palabras, se contienen también en el Decreto español de 28 de octubre de 1868, cuya lectura recomiendo. La ley que repudiaban entonces los representantes de la villa hanseática es la ley inglesa sobre *joint stock companies* de 1844, que demuestra la temprana orientación tuitiva –los liberales de hoy, como los de ayer, prefieren llamarla «paternalista»– que presidió desde sus orígenes a nuestros días la legislación inglesa, por no hablar ahora de la prohibición antecedente de las propias compañías por acciones en la *Bubble Act*, tras los episodios de manipulación de precios e *insider trading*, originados al calor del tráfico de las acciones de la famosa Compañía de los Mares del Sur (Melville, 1921).

Frente a esta sólida tradición europea, las leyes de sociedades norteamericanas han sido siempre, o preferentemente, leyes habilitantes o *Enabling Acts*, que no *Mandatory Acts*. Lo que significa que abren campo de juego para que los particulares modulen en medida superior la ordenación jurídica de una sociedad que pueden organizar en mayor grado a su imagen y semejanza. Y, por si fuera poco, las legislaciones de los diferentes Estados norteamericanos han competido históricamente entre sí –actualmente la posición dominante de Delaware parece imbatible– a fin de ampliar los márgenes de esa libertad de pactos, con el propósito de conseguir llevar a su territorio las tasas que se cobran por la «incorporación» de sociedades. De ahí viene la pretendida «flexibilidad» de las soluciones americanas y así se explica también el talante admirativo con el que hoy se contempla el modelo estadounidense por propios y extraños y que ha llevado a sus apologistas a identificar semejante orientación nada menos que con *The Genius of the American Corporate Law* (Roberta Romano, 1993). Un genio que, como el de la lámpara de Aladino, resulta un poco inquietante y que tiene más de una trampa. Si no tuviera semejante trastienda no generaría tan enorme litigiosidad como produce; factor lamentable donde los haya, porque sucede, en segundo lugar –y si quieren daré ejemplos en el coloquio– que, por lo ya dicho, ese Derecho de sociedades estadounidense viene menos de la Ley que de las resoluciones de los jueces, quienes, inclusive dentro de la misma jurisdicción, lo entienden de diferente manera y, lo que es mucho más grave (tercer aspecto tranquilizador a destacar), han ido sustituyendo *rules*, por *standard*, transformando luego estos principios o válvulas –que son criterios de valo-

ración jurídica— por la ordenación variable de los *hechos* según las circunstancias del caso, es decir, desembocan, a la postre, en lo que llaman allí *fact specific decisions* (Kamar, E., 1998, 1908) Con la consecuencia de que la jurisprudencia se ha vuelto incierta, ambigua y, sobre todo, gravemente contradictoria, llevando a los pensadores más lúcidos a reclamar a gritos la vuelta a las reglas planas, iguales y categóricas que se denominan a veces en ese país *flat rules*. La *Model Business Corporation Act*, revisada desde el año 1984, ha intentado, como indica su nombre, reconstruir un modelo de ley uniforme, cuyos resultados tampoco permiten echar las campanas al vuelo. Y al final de esta historia, incluso en el ámbito de la administración de sociedades, y a pesar de ser un campo nutrido en apariencia por normas organizativas y formales —que no materiales ni atributivas de pretensiones y derechos subjetivos para socios y terceros— resulta que hasta la propia articulación de la composición y funcionamiento de los consejos de administración de las grandes compañías ha tenido que hacerse al margen de la Ley, a través de recomendaciones de buen gobierno corporativo, que también tiene un modelo tipo, elaborado por el *American Law Institute*, y conocido allí con el nombre de *Ali Code on Corporate Governance*.

II

Llegados a tan trascendental asunto, tenemos un excelente punto de partida para empezar a entender la reforma española, que se ha pasado —con armas y bagajes— a la órbita norteamericana y parece incluso dispuesta a dar la vuelta al calcetín —según se dice en el lenguaje coloquial— del modelo societario español; y además intentando hacerlo (cuando menos en algunos aspectos importantes) sin dignarse siquiera reformar ese Derecho positivo formalmente para no armar polvareda, tal como se advierte paradigmáticamente en los temas de organización corporativa últimamente mencionados.

Hay dos ideas centrales que conviene recordar de entrada en este punto, por si alguno no se ha percatado todavía de su trascendencia. La administración de las sociedades anónimas se rige en España por las mismas normas, tanto si las sociedades cotizan como si no. El código de buen gobierno corporativo rompe esa unidad de régimen, proponiendo un sistema alternativo para las compañías cotizadas. Ésta es la primera idea que conviene destacar aunque no sea nada dramática en apariencia, sobre todo si tenemos en cuenta que, en las materias que ese código y sus normas de desa-

rrollo abarcan, la legislación española es también notoriamente «abierta», en sentido parecido al antes mencionado para Estados Unidos. Esta es la segunda idea que hay que retener asimismo y que efectivamente parece rebajar cualquier dramatismo para proclamar la básica compatibilidad del Código de buen gobierno y el Reglamento-tipo dictado para su desarrollo con Ley de Sociedades Anónimas.

Yo no negaré que vistas las cosas de ese modo, las prescripciones españolas en materia de *corporate governance* caben en un setenta y cinco u ochenta por ciento dentro del esquema legal, entendiendo ahora por esquema legal no solo normas imperativas de aplicación directa, sino también las que marcan los dominios de las materias reservadas a los estatutos, donde la doctrina más autorizada sitúa por cierto los asuntos más polémicos del código referido (Esteban, G., 1998, 174, 176, 189, 190, 196, 207).

Materia estatutaria es, por ejemplo, la composición de los consejos (art. 123-2 LSA), cuyo régimen no se corresponde en nuestro Derecho positivo con la solución «recomendada», tanto cuantitativa como cualitativamente, en los mencionados textos de buen gobierno. Estas cosas, que la ley atribuye a los estatutos o a la propia junta, no puede alterarlas un Reglamento-tipo, aunque cuente con la anuencia de la CNMV y se incorpore por la sociedad a otro de régimen interior. Por consiguiente, su aceptación por la compañía no es capaz de modificar las competencias de la junta general; y, si ésta decide organizar la administración en forma distinta respecto de la prevenida en dicho texto, prevalecerá la decisión mayoritaria.

Similar contraste, aunque en este caso la discordancia se muestra directamente con la Ley, es el que puede producirse entre el derecho de minoría a nombrar consejeros por el mecanismo de representación proporcional y la composición «recomendada» de consejeros independientes. En este caso las llamadas normas de «buen gobierno» deben decaer frente al sistema sancionado en el artículo 137 de la Ley, que podrá ser discutible, pero no se ha modificado y, por tanto, sigue vigente.

La pretensión de limitar la edad para ser administrador a los setenta años tampoco es admisible. Como la Ley no establece tal límite, pretender crearlo a sus espaldas, sobre todo siendo previsión de carácter restrictivo, es por sí mismo asunto de validez dudosa; y creo que derechosamente inválido si los estatutos establecen una más alta, al amparo de la letra *h* del artículo 9 LSA.

Otro asunto crucial es el de la remuneración de consejeros, que el artículo 24.2b del Reglamento-tipo presenta de modo preferente como asunto de transparencia cuando, más allá de esa publicidad

de las retribuciones de los administradores, existen malas prácticas sobradamente conocidas (me gustaría tratar alguna vez con amplitud las llamadas *stock options*) que en más de un caso tropiezan además con el entendimiento jurisprudencial de las normas vigentes, orientado, como es bien sabido, a considerar incompatible la disciplina laboral con la mercantil. Las reglas de «buen gobierno» no solo no eliminan ni corrigen prácticas incorrectas, sino que, al pedir transparencia de lo que se percibe como miembro del Consejo y como trabajador de alta dirección, están permitiendo actuaciones desviadas que habría que analizar en concreto, y que en los casos más graves suponen un auténtico «vaciamiento» de la función administrativa. Así sucede, desde luego, cuando los puestos ejecutivos, que suponen la condición de administrador y por tanto la *obligación* de administrar, se declaran estatutariamente como de carácter gratuito y luego se retribuyen en base a una relación laboral superpuesta y que tiene el mismo contenido funcional, «desplazando» *v. g.* la condición de órgano delegado al papel de director general.

Y, ya que hablamos de la delegación de facultades administrativas, habrá que añadir que por lo menos algunas de las pretendidas *comisiones* previstas en las normas de «buen gobierno» ni son órganos sociales, ni tienen la condición de delegados, ni pueden siquiera mitigar la responsabilidad directa de los miembros del Consejo. Son simples mecanismos materiales de apoyo en la realización de sus tareas o, como mucho, colaboradores en el cumplimiento de las mismas. Pero, en nuestro Derecho, al menos entre tanto no se modifique el esquema legal de delegación de las facultades del Consejo, está clarísimo que para poder hablar de «comisiones ejecutivas» propiamente dichas, al menos sin producir un grave riesgo de confusión en el tráfico, tenemos que estar ante sistemas de actuación que resulten *sustitutivos* de la actividad del Consejo, no de simples expedientes *auxiliares* al servicio del desempeño de su actividad administrativa.

Más grave todavía que lo anterior (que, a la postre, es una falsa delegación), resulta la previsión contenida en la disposición 5-2 del Reglamento-tipo, cuando establece que la delegación puede hacerse a favor de órganos ejecutivos y equipos de dirección, esto es, los llamados *officers* de los países anglosajones, lo que parece apuntar hacia la posibilidad de delegar en quienes no reúnen la condición de consejeros, cosa que, en mi opinión, es absolutamente ilegal en nuestro Derecho, donde el consejo sólo puede instituir delegaciones de facultades designando a quienes van a ostentarlas precisamente *de su seno*, tal como dice el artículo 141 LSA.

Por último, que no en último lugar, existen cuestiones en materia de paridad de tratamiento que siendo difíciles de enjuiciar en abstracto, lo son mucho menos en el plano concreto que ahora señalaré (Martínez, 1999, 42 ss.; 326 ss.). Y en este sentido las mayores posibilidades informativas reconocidas a los llamados «inversores institucionales» son criticables tanto desde la óptica del Derecho de sociedades como desde la que preside el Derecho del mercado de valores. Desde la primera porque atenta a esos *principios configuradores de la sociedad anónima*, aludidos en el artículo 10, que con tanta desenvoltura estamos alterando; concretamente afecta ahora a la igualdad respecto de la titularidad y alcance del derecho de información, según pide la paridad de tratamiento entre accionistas. Y, desde la perspectiva del Derecho del mercado de valores, porque socava la filosofía de *full disclosure* que lo preside y alimenta canales de «información privilegiada», a favor además de los inversores más sofisticados que, por definición, necesitan seguramente menos protección que la masa inerme de los pequeños accionistas dispersos (Alonso, C., 1998; Tapia, A., 1995, 104)

IV

Por aquí venimos a parar en un cruce de caminos que suministra otro excelente punto de partida para plantear algún tema más, e igualmente ignorado por la mayoría, sobre las relaciones que median entre ambos sectores del ordenamiento. Antes de entrar en ello, me gustaría, sin embargo, mencionar un par de cosas aún sobre el asunto anterior.

Se habrá advertido que la falta de concordancia entre la LSA y las distintas piezas que articulan las reglas de buen gobierno las he limitado a siete u ocho puntos. Desde un planteamiento cuantitativo o numérico, según anticipé, no son ciertamente muchas cosas; pero en perspectiva cualitativa ya habrán advertido todos que se trata de asuntos centrales y de extraordinaria importancia. Con el mayor respeto para los muy ilustres compañeros y «expertos» que asumieron semejante encargo, soy de la opinión de que estas cosas suelen producirse cuando son los propios cultivadores del Derecho quienes no tienen inconveniente en hacer malabarismos con el *imperio de la ley* en aras de un posibilismo jurídico digno de mejor causa y a veces desconsiderado con, o ignorante de, las claves que dan sentido a los distintos sistemas legislativos o que permiten un uso correcto y provechoso de las experiencias que nos brinda el Derecho comparado.

Hago esta segunda afirmación porque lo que puede no ser discordante en el marco global de las diferentes leyes estatales de Estados Unidos, y hasta resulta explicable desde la experiencia de otros sistemas anglosajones, es por el contrario muy mal tejido para transplantes en el marco de los sistemas jurídicos europeos. Y, por si alguna duda tuviéramos sobre dicha incompatibilidad, Gran Bretaña, que de todos esos países es seguramente el que ofrece el sistema de mayor similitud institucional y parentesco general con Estados Unidos, Canadá o Australia, por referirme a los principales sistemas anglófilos en los que proliferan tales códigos de buen gobierno, ha dado una lección impagable al resto de los ordenamientos continentales europeos al encomendar a su Comisión de Codificación, que no a «comisiones de expertos» ni *think-tanks* (que ojalá fueran tales «tanques de ideas»), el planteamiento de las reformas que es necesario introducir en la legislación correspondiente para dar respuesta adecuada a las necesidades y transformaciones experimentadas por la administración de las sociedades anónimas de nuestros días. Porque en estos asuntos es menester no llamarse a engaño, no escatimar la prudencia y tener siempre muy claros los límites y objetivos, ya que, de uno u otro modo, antes o después, las materias de que venimos hablando son irremediablemente tema de ley. ¿Qué es lo que ha pasado en Gran Bretaña? Pues que, tras no pocos esfuerzos y algún tiempo de trabajo, coincidiendo precisamente con la elaboración de nuestro código de buen gobierno (que no parece haber recibido su influencia), en ejemplar actuación conjunta y compartida, la *Law Commission* inglesa y la *Scottish Law Commission* han dado a la luz un documento mucho más extenso y estudiado, de casi 500 páginas (con sus apéndices que resumen toda la experiencia comparada de interés para el asunto), y que con mayor modestia califican de simple *consultation paper*. Lleva el número 153 de los que publica la Oficina de Su Majestad y, en la versión que yo conozco, aunque los autores ingleses dieron cuenta de ello con anterioridad, lleva fecha de 1998. Lo recuerdo aquí no solo para llamar de nuevo la atención de nuestra Comisión General de Codificación, en esa reivindicación necesaria de sus competencias por la razón ya referida del imperio de la ley, sino también por cuanto, aun no compartiendo ya todos sus puntos de vista, tal documento resulta, para mi gusto, el trabajo más sólido de cuantos se han realizado en ese ámbito y una pieza cuyo descuido, por parte de quienes detentan (o sustituyen) la iniciativa legislativa es secillamente inadmisible. Se titula así: *Company directors: regulating conflict of interests and formulating a statement of duties*, lo que bien podríamos traducir al castellano como «Administración

de sociedades anónimas: cómo regular conflictos de intereses y declaración de los deberes correlativos». Este era el ejemplar ejemplo, si se me perdona la redundancia, que al principio había dejado anunciado y pendiente de explicar sobre la orientación más legalista y tuitiva del Derecho británico respecto del norteamericano y continental europeo; ejemplo interesantísimo que ahora recupero para quienes pueda servir de ilustración y se interesen en conocer con seriedad cómo funcionan los diferentes modelos societarios.

Yo no me cansaré de insistir acerca de mi preferencia por las reformas respetuosas con la tradición de cada sistema; pero no es el caso de España. Porque, además de las que, con cuerpo de ley y alma de arbitrismo, ha propiciado dentro de la sociedad anónima la que modifica el mercado de valores, la segunda y ya vigente ha dado otro paso de gigante, si la modificación a la que voy a referirme no se neutraliza en contra de la «flexibilidad» y «orientación eficientista» con que quiere presentarse tratando de inaugurar paradójicamente entre nosotros el expediente más antiliberal que imaginarse pueda, esto es, la articulación de un auténtico *control externo* de las sociedades cotizadas por parte de la CNMV que anteriormente no existía (Sánchez, A., 1999, 164).

¿Por qué digo esto? Porque tras vendernos como el *summum* de la modernidad la aceptación por vía estatutaria o de reglamento de régimen interior de las normas de «buen gobierno», presentándolas como simples «recomendaciones» y expediente poco más o menos deontológico que, a modo de código de «estilo», cada cual es muy libre de asumir o rechazar, resulta que quienes voluntariamente lo asuman y luego lo violen, incluso en aquellos aspectos que (como queda dicho) no están en condiciones de prevalecer sobre la reserva de ley o la autonomía estatutaria, no solo pueden verse reprendidos por la autoridad paterna «recomendante» y recibir ocasionalmente un cariñoso tirón de orejas por parte de la CNMV, sino que, a merced a una modificación tan sutil como importante, y que seguramente habrá pasado inadvertida para la mayoría, ese comportamiento es ahora sancionable como infracción de las normas de conducta, que, tras las reforma, son aplicables también a los *emisores*, cuando se trata de *reglamentos internos* por ellos «asumidos» (art. 78 LMV).

V

Hay que advertir, con toda claridad, que este cambio, de apariencia minúscula, modifica de forma radical el tema de las relacio-

nes entre el régimen privado y mercantil de las sociedades cotizadas y el mal llamado régimen administrativo del mercado de valores. Voy a explicar ahora por qué razón yo no creo que la *Securities Regulation* sea básicamente Derecho administrativo.

He escrito alguna vez que la figura de las llamadas «agencias independientes» cobra sentido de manera especial en aquellos ámbitos de actuación que reclaman un tratamiento técnico o económico muy cualificado. Como tantas veces sucede, también la falta de entendimiento de los modelos comparados pasa factura, de suerte que la generalización indiscriminada de semejante esquema a toda clase de actividades y sectores perturba el funcionamiento no ya del Derecho mercantil, sino del propio Derecho público. Alguien debería explicar a nuestros gobernantes que el sistema de agencias, como expediente de actuación práctica de los poderes que disfruta el Presidente USA por delegación, es poco más o menos en Estados Unidos lo que llamaríamos nosotros Administración ordinaria en casi toda clase de materias. En Europa, sin embargo, es lo contrario; y las agencias entran más bien en funcionamiento como mecanismo excepcional, ante la falta de eficacia de la Administración pública tradicional en esos otros ámbitos más sofisticados que antes aludía. Y he escrito también que, por lo que toca al sector financiero, que aquí y ahora interesa más concretamente, tales organismos de supervisión, a pesar de que han sido frecuentemente criticados como nueva expresión del intervencionismo administrativo, bien puede decirse que en su diseño institucional más íntimo no pretenden sustituir la iniciativa privada ni alterar las reglas del mercado, sino que se configuran más bien como instancias preventivas frente a las desviaciones que puede experimentar aquel modelo económico, tratando de asegurar su puesta en práctica y de re establecer su buen funcionamiento –cosas no tan «naturales» como algunos creen– cuando las condiciones del referido mecanismo resultan indebidamente alteradas (Sánchez, A., 1995).

Pero, dejémonos de generalidades y vayamos al corazón de las cosas. ¿Cuáles son, en la práctica, los factores que perturban el funcionamiento ideal de un mercado público? Pues básicamente pueden reducirse a tres, a saber: la manipulación de los precios, los conflictos de intereses, y la información asimétrica, por usar un término más querido de los economistas, que nosotros llamamos la desigualdad en la información, y cuyo efecto perverso –de ahí la gravedad del *insider trading*– es socavar la credibilidad del mercado mismo. Por eso, la clave de arco de todo el sistema de *Securities Regulation* es el deber de *full disclosure*, que impone incluso la ruptura del secreto de la empresa cuando hay que dar cuenta de

hechos relevantes, cuando hay que desmenuzar los arcanos societarios para que el público conozca los *riesgos* o posibles *defectos* ocultos de la cosa, es decir, de los valores que se ponen a la venta, o cuando las auditorías deben informarnos de *salvedades*, *contingencias*, u otras posibles fuentes de peligro para el normal desarrollo del negocio que debe procurar a dichos valores (que son cosas fructíferas), su correspondiente rentabilidad. Todo esto no tiene nada que ver con el Derecho administrativo y tiene su precedente último –luego hablaré del próximo– no ya en el Derecho mercantil, sino en el civil más acreditado y añejo. Cuando se instituyeron los ediles curules en Roma, que fueron el primer *watchdog* de un mercado público, lo que se pretendía era que los tratantes profesionales de ganado no abusaran de su mayor conocimiento de los defectos de los animales con los que comerciaban y no se fueran de «rositas», como se dice en lenguaje vulgar, tras «colocar» al ciudadano romano lo que también coloquialmente llamamos «una burra». Así nacieron las obligaciones de *disclosure*, el deber de informar de buena fe, y se sentaron, en definitiva, las bases de la responsabilidad precontractual. La acción redhibitoria y la *quanti minoris* son así la primera manifestación institucional –entonces creada, que no solo supervisada, por una magistratura pública– de esa filosofía que hoy llamamos de la «transparencia» (Sánchez, A., 1994, 215).

Por cierto, y es muy importante precisarlo, así, cuando no existe esa desigualdad informativa entre una y otra parte contratante –o nadie en el mercado sabe más, si queremos referirnos ahora a las actuales operaciones en masa, que no suelen realizarse *face to face*– la existencia de factores determinantes del fracaso de las expectativas de una de las partes de la relación contractual no produce consecuencias jurídicas en un negocio que ha sido entonces correctamente celebrado. Esto tampoco es Derecho administrativo. Daré un ejemplo específico y otro de Derecho privado tradicional, para que se me entienda.

En las primeras Bolsas, que no estaban abiertas al público e inclusive eran clubs herméticos y cerrados, según ha recordado Max Weber, se suponía que todos los comerciantes profesionales que en ejercicio de su tráfico compraban y vendían valores en ellas estaban provistos de la misma información; y por consiguiente el *insider trading* no estaba sancionado, por aquello que «de calé a calé no vale la buenaventura», dicho sea con el máximo respeto a la etnia gitana. Y añadiré todavía más, la regla mercantil tradicional no ha sido tampoco distinta en los contratos bilaterales propiamente dichos, inclusive entre partes que negocian personalmente las condiciones de la operación. Baste recordar ahora el ámbito del

seguro marítimo y más concretamente la modalidad conocida como seguro sobre «buenas o malas noticias». Si el tomador ignoraba, cuando contrató la póliza, que el barco ya estaba perdido o se había ido a pique, el asegurador, que también desconocía la previa producción del siniestro, no puede rescindir el contrato y está obligado a pagar la indemnización (arts. 784 a 786 del Código de comercio). Obsérvese, pues, cómo el tema de la simetría y la asimetría de la información se han tratado siempre diferentemente por el Derecho privado, que no sólo ni inicialmente por el administrativo, aunque, en los casos de mayor desigualdad informativa, desde Roma sea normal poner al cuidado de una magistratura pública esa disciplina jurídica.

No crean ustedes que estoy llevándoles por caminos trillados, tratando de arrimar el ascua a mi sardina de mercantilista. Primero de todo, porque, lejos de ser caminos trillados, los espacios que ahora intentamos explicar constituyen más bien de una suerte de *terra ignota* que pocos han sido capaces de llegar a entrever; y, en segundo lugar, porque a mí me gusta dar al César lo que es del César; y si el César es el Derecho administrativo que se lleve su óbolo; y para demostrarlo restituiré luego a esa rama del Derecho algunos sextercios. Pero no es todavía el caso aquí y ahora. Veamos, pues, un poco mejor, cómo se plantea la *Securities Regulation* en su antecedente más próximo.

VI

Es normal afirmar, y además es cierto, que el sistema de *Securities Regulation* o legislación sobre los mercados de valores es producto de la política de *New Deal* del Presidente Roosevelt, surgida tras la crisis del 29 y el avance de la Gran Depresión. Pero ¿de dónde sacan esa filosofía de *full disclosure* los asesores del Presidente que elaboraron la *Securities Act* primero y la *Exchange Act* seguidamente a comienzos de los años treinta? Pues de dos fuentes mercantiles bien distintas, una de las cuales eran conscientes que estaban incorporando y otra oculta que no se percataron que palpataba por detrás. Básicamente, la obligación de los emisores que ponen valores en el mercado de informar sobre su contenido y sobre las características del propio emisor la toman los americanos de los programas de fundación, que desde el siglo anterior ya estaban consolidados en la legislación inglesa de sociedades. Estos programas –que nuestra ley de 1951 y la actual conservan– los llaman ellos *prospectos* igual que nosotros denominamos todavía los que acom-

pañan a los productos farmacéuticos, porque también los valores son «mercancías peligrosas». Los norteamericanos no conocían o acceden tardíamente a los prospectos por legislación de sociedades; ya que como en los tiempos de nuestro viejo Código de comercio, y según vimos pretendían también los representantes de Hamburgo en la Conferencia de Nuremberg, se pensaba entonces (en clave crudamente liberal) que cada cual debe cuidar sus propios intereses y que la venta de valores debe seguir la regla tradicional del *caveat emptor* (Loss, 1988, 3-7; 25-35). Todavía hoy, más relevante para la comercialización de valores que los llamados *State Blue Sky Laws* (legislación estatal de sociedades) son los *State Securities Acts* (leyes de valores que acostumbran a seguir el patrón de la *Uniform* revisada en 1985) y, sobre todo, la coordinación con el sistema de registro federal en las oficinas de la SEC (*Securities and Exchange Commission*). Así, pues, cuando los sistemas europeos retomaron la técnica del folleto de los americanos, como pieza superpuesta al programa de fundación, como información añadida a un aumento de capital, o en cierto modo, al proceder a la emisión de obligaciones, no se dan cuenta que, con diferente alcance –que mejor habría sido refundir– están disponiendo poco más o menos, «dos albardas para el mismo burro». Ciertamente no faltaban algunas diferencias porque, tal como se ha señalado autorizadamente, nuestros programas hacían mayor hincapié en la aportación de datos jurídico-formales que en la aportación de información económica y financiera (Girón, 1974).

Pero no acaba aquí la historia, aun cuando es cierto que en la aplicación de la *full disclosure* y en las resoluciones administrativas y jurisprudenciales que aplican esa legislación –y sobre todo las que sancionan el *insider trading*– se destaca que la violación de la obligación de informar y el abuso de información privilegiada no solo atenta contra la buena fe, sino que resultan derechos anti-jurídicas, generan responsabilidad, y hay que tratarlas como una manifestación de la figura del *fraude* (que es más o menos la expresión anglosajona de dolo, como categoría general). Pero lo que no advierten esos aplicadores del Derecho, como no lo hicieron tampoco los consultores y parlamentarios que tomaron la solución de la legislación inglesa de sociedades, es que semejante filosofía tiene su causa última en otro terreno, que tampoco es el más antiguo de los vicios ocultos de la cosa vendida, antes recordado. El origen de la solución que comentamos hay que buscarlo en el propio sector financiero, aunque no en la Bolsa, que según vimos convivía con los *insiders*; ni tampoco en el comercio bancario que, sobre todo en el modelo germánico de *banca universal*, reduce el papel de los mercados de valores, controla la concesión de recursos tomando

asiento en los consejos de las empresas participadas y aprovecha así las sinergias –según se dice ahora– de una información no pública que otros ignoran y de la que esos bancos disponen en grado eminente (con gran benevolencia y mayor relativismo lo ha estudiado *The World Bank*, 1992).

Cuando yo me enfrenté por primera vez con la búsqueda de las claves del enigma que ahora nos ocupa, me volví hacia el mundo del seguro; y todavía sin hablar de mi borrosa intuición original, cuando me decidí a preguntar a mis discípulos (que son mercantilistas de buen criterio) qué les parecía este asunto, tuve la satisfacción de advertir que también ellos apuntaban al mismo frente, enlazando *full disclosure* con la prohibición de la reticencia dolosa. ¿Razón? Porque de todos los contratos mercantiles, el de seguro es el que de forma más clara invierte los términos de la aludida asimetría informativa. Es el tomador del seguro y no la compañía aseguradora el que conoce mejor los riesgos de la cosa; y, lo que no es menos importante, además puede manejarlos a su antojo. Y, por esa razón, el asegurador tiene que fiarse de lo que la otra parte le diga. Los comerciantes, que no suelen ser dados a practicar generosidades cuando se trata de favorecer a los demás, mantuvieron siempre, con todo fundamento y en beneficio propio, que el contrato de seguro no es simplemente un negocio sujeto como cualquier otro a deberes informativos precontractuales de carácter general. Es mucho más que eso: es un negocio *ex uberrima bona fide*, cuyas piezas centrales son el *deber de declaración exacta*, y las *Obligkeiten* o deberes conexos (que dicen los alemanes) que sujetan al contratante a comunicar la agravación del riesgo y a dar cuenta temprana de la producción del siniestro, entre otras cosas. Esa vieja intuición mía, que me llevó –según queda dicho– a explorar el seguro de «buenas y malas noticias» (en el mercado de valores el punto neurálgico de la obligación de *disclosure* es precisamente y siempre lo que se llaman *bad news*), en aproximación que luego con satisfacción he visto compartida por mis discípulos, hoy puedo confirmarla de manera más precisa con alguna prueba añadida.

Uno de los pocos, y también de los más grandes, juristas americanos de formación generalista de estos últimos tiempos ha escrito no hace muchos años un libro muy interesante sobre las transformaciones del Derecho estadounidense entre los años 1780 y 1860 (Horwitz, 1992, 226). Pues bien; nuestro tratadista entiende precisamente que la evolución del seguro viene marcada no sólo por el desarrollo de la ciencia actuarial, sino también por el papel que ese contrato desempeña en el tratamiento de la *misrepresentation*; y si vinculamos ese aspecto acerca de la teoría general de los contratos

capaces de generar una falsa imagen negocial con lo que llamó otro autor insigne «*The English history of prospectus disclosure*» –a la que también antes me he referido en esta charla (Loss, 1988, 25)–, a mí no me parece demasiado aventurado suponer que el sistema de *prospectuses* y programas de fundación de la legislación inglesa de sociedades hay que ponerlo en relación, además, con el deber de declaración exacta (que llaman los americanos *accurate*) que previamente se había consolidado en la disciplina del seguro. Concebido hoy el objetivo confeso de la *Securities Regulation* norteamericana, según nos dicen los autores que mejor la conocen, como un asunto precisamente de *accuracy* y no solo para las declaraciones o *statements* a registrar, sino incluso como la única exigencia institucional que puede garantizar la correcta formación de los precios (Kitch, 1996, pp. 4 y 14-16), bien podemos cerrar el círculo, no exento obviamente de flecos, que explica los diferentes componentes de los que se nutre la filosofía de la transparencia en los mercados de valores. Si todo esto es Derecho administrativo, significa que yo ya no sé una sola palabra de Derecho; y, cuando menos, debería cambiar de especialidad, si es que no se estima prudente jubilarme directamente.

VII

Tras esta exposición, podemos avanzar ya mucho más rápidamente en el examen de los otros dos problemas crónicos que también determinan la necesidad de una regulación vigilada –y a mí no me parece mal que lo sea por autoridades *ad hoc*, si no se extralimitan de su ámbito– para todo el tráfico de valores. Junto con las desigualdades informativas, esos problemas son el riesgo de que los intermediarios otorguen preferencia o determinados intereses –y primero de todo al propio– frente otros igual de atendibles o incluso prioritarios; y por último que el mecanismo económico bajo el que funciona el mercado, que no es otro que la ley de la oferta y la demanda y el aprovechamiento del sistema de precios, pueda llegar a pervertirse aún más gravemente a través de falsas operaciones, de su multiplicación innecesaria, de «aparcamientos», tejemanejes con acciones propias y la manipulación de las cotizaciones a secas, para referirnos de manera muy clara a las prácticas más usuales que alteran esas reglas del juego. Y para empezar precisamente por los falseamientos y manipulaciones propiamente dichas hay que añadir que, a diferencia del *insider trading* que –como hemos visto, es corolario de un determinado modelo de regulación y no existió his-

tóricamente como actuación sancionable en las primeras Bolsas de comercio— los falseamientos del mecanismo de precios siempre estuvieron prohibidos; y las manipulaciones puras y duras además penalmente, incluso antes que mercantilmente. Dicho con una vieja expresión bien conocida, los abusos de información privilegiada son *mala quia prohibita*, mientras que las manipulaciones son *mala quia peccatum*. Lo que ocurre es que esa óptica penal, que funciona siempre como *ultima ratio*, que se rige por el criterio de intervención mínima y por los principios de legalidad e *in dubio pro reo*, ha condicionado el progreso del tratamiento general de una figura cuyas múltiples y sinuosas manifestaciones se resiste a los intentos de tipificación y precisión de régimen que pide la dogmática jurídico-criminal. Apresuradamente, a mi juicio, los supuestos que no entran en el *tipo puro y duro*, se consideran comportamientos «mercantiles», cuya admisibilidad o rechazo ya no se hace en términos de causas de justificación o excusas absolvitorias, abriendo así la puerta a un territorio confuso, que habría que analizar caso por caso, pero que el sector económico correspondiente aprovecha —y no siempre justamente— para tolerar operaciones de «estabilización» de cursos, de aparcamiento y tráfico de acciones propias, etc., cuyo tratamiento debería ser mucho más matizado. Todo esto, si me permiten decirlo en términos metafóricos, es «droga dura», requeriría un examen mucho más prolífico, y no puede desentrañarse al término de una charla miscelánea, a la que ya tenemos que poner término (alguna consideración en mi Prólogo a Fernández Araoz, 2000).

Es más sencillo de entender, en cambio, que los temas de conflicto de intereses tienen entronque con el principio de prioridad hacia los superiores del cliente que ha presidido desde toda la vida la disciplina del mandato y de la comisión mercantil o, para quienes prefieren los conceptos angloamericanos, las relaciones de agencia. Tampoco esto es Derecho administrativo y debo aprovechar, de una vez por todas, para deshacer otro equívoco en el que pueden caer quienes se hayan dejado seducir en exceso por los cantos de sirena de ese método tan de moda en nuestros días y que hoy suele llamarse «Análisis Económico del Derecho». Algunos economistas muy respetables —pues ya se sabe que los simples epígonos suelen acentuar los defectos de sus maestros— han confesado con encomiable humildad que, deslumbrados por el modelo del mercado, han descubierto tardíamente lo que llaman ellos la economía contractual: para entendernos, la que nosotros, los juristas, hemos estudiado desde toda la vida, y donde, a falta de lo que ellos llaman *preferencias declaradas* (que orientan la oferta y demanda, produciendo un ajuste objetivo del precio), hay que moverse tanteando lo

que puede interesar a unos y otros y afinando la articulación de factores con la asunción del riesgo consiguiente, que ha sido siempre la función del empresario. Por eso Ronald Coase, que es Premio Nobel y también jurista, contrapuso el modelo económico del *mercado* al modelo que los economistas conocen como el de la *firma*; y detrás del uno y del otro modelo, con diferente alcance en ambos casos, funciona todo un conjunto de técnicas que sustentan lo que los especialistas llaman ahora la economía contractual (Coase, R., en Verin y Wijkander, 1992, pp. 1 ss. y 332 ss.).

Aunque los más respetables entre semejantes especialistas no nos hubieran advertido que los economistas entienden estos asuntos sólo medianamente, es cosa que se nota bastante. Y un buen ejemplo de ese entendimiento excesivamente genérico y poco matizado es precisamente la simplicidad con que aplican la doctrina de lo que ellos denominan *relaciones de agencia*. En economía una relación de agencia es todo supuesto en que alguien (lógicamente titular de un interés propio) tiene encomendada la realización de otro u otros ajenos. Pues bien; bajo ese modelo económico elemental el Derecho que, como dijo Adam Smith es la más importante –y según Kelsen también la más antigua– de las ciencias sociales, acostumbra a separar por lo menos tres tipos de relaciones distintas, a saber: i) las ya mencionadas de partes con intereses contrapuestos, pero sujetas, de uno o ambos lados, al juego de la buena fe; principio que no impone dar prioridad al interés ajeno, pero impide asegurar la consecución del propio de cualquier modo; ii) las relaciones de agencia o comisión *sensu stricto*, que tampoco impiden atender y cuidar el propio interés (razón por la que el comisionista debe no solo cobrar la comisión, sino quedar idemne por el cumplimiento del encargo), pero que exigen contemporáneamente, en un escalón más alto, dar prioridad o *preferencia* al interés ajeno; y iii) en un tercer nivel de mayor rigor aparecen, en fin, las relaciones fiduciarias propiamente dichas, en la que ni siquiera basta dar prioridad a los asuntos de otro, pues la regla es la imposibilidad de aprovechar a nuestro favor cualquier oportunidad de negocio, ya que hay que defender *en exclusiva* el interés ajeno que nos ha sido confiado.

Todo esto no se sabe bien por los economistas, se ha olvidado por muchos juristas o se aprovecha por unos y otros para hacer ejercicios sobre el trapecio, cuando esas oportunidades de negocio sobrevienen. Se comprenderá así mucho mejor el barullo que en todos esos temas muestran algunos operadores y también el que, a veces, embarga al propio regulador no avisado, cuando se enfrenta con las malas prácticas de los intermediarios, que en lenguaje

anglosajón suelen designarse siempre en gerundio y a menudo se escriben también con *s líquida* (*scalping, screaming, switching, front-running, churning, twisting*, etc.). A la postre, lo que ese sector de la regulación de valores está reclamando a gritos es un tratamiento jurídico adecuado de relaciones contractuales conflictivas de diferente carácter, que empiezan ya a estudiarse entre nosotros con mayor profundidad.

VIII

Al final de este largo periplo, y no por hacer propaganda de obras propias, debo remitir a mi libro *Sociedad anónima «Modelo 1998»*, para el análisis de las piezas concretas de la Ley de Sociedades Anónimas, que fueron modificadas primeramente por la Ley de Reforma del Mercado de Valores y luego por la Ley de Acompañamiento de 1998; y ofreciéndome naturalmente a intentar resolver en el coloquio las dudas que en torno a todo ello se planteen. Diré, para terminar, que el Derecho del mercado de valores tiene, a pesar de todo, una parte que sí recuerda efectivamente en mayor grado el Derecho administrativo, y que hasta puede resultar algo proteccionista, aunque justificadamente, si la regulación es adecuada. Se trata de aquella parte de su disciplina que nutre lo que con terminología de Tomás Ramón Fernández podríamos llamar un *ordenamiento sectorial* y que puede explicarse también jurídicamente en término de *relaciones especiales de sujeción*, aunque la categoría goce de menor predicamento (Fuertes, M., 1994, pp. 208 ss.). Cuando yo estudiaba Derecho administrativo, estas relaciones se calificaban de *supremacía especial* y se explicaban como el correlato o lado activo de una suerte de tutela que el supervisor ejerce sobre los supervisados. En el ámbito de los mercados de valores, y solo de manera parecida a lo que sucede en el sector bancario, esa supremacía se asienta sobre razones económicas muy atendibles de tutela de la solvencia de los operadores y, en menor grado, de prevención del llamado «riesgo sistémico» o de colapso del mercado que, por influjo una vez más de la terminología de los economistas, son asuntos que se resumen ahora bajo la rúbrica del *control prudencial*. Los pensadores más ultraliberales suelen considerar que estamos ante medidas a menudo «paternalistas». No creo yo que lo sean forzosamente todas, o al menos siempre. Me refiero a las reglas más importantes sobre consumo de recursos propios o el establecimiento de otros «colchones» para momentos difíciles; puede serlo quizás el Fondo de Garantía de Inversores, según he

señalado en otro lugar, pero ya no tengo tiempo aquí para más aclaraciones (Sánchez, 1999). Las razones por las que estimo injustificada la última reforma de la sociedad anónima respecto de asuntos no aludidos todavía, y en particular aquellas otras por las que no creo que las acciones rescatables sean capital, sobre todo si el rescate puede pedirlo el socio cuando le venga en gana (lo que las convierte en pasivo exigible en estado puro); los fundamentos que me mueven a pensar que la disciplina actual sobre derecho de suscripción permite meter la mano en el bolsillo de nuestros accionistas (en todos los casos en que el valor *neto patrimonial* no coincide con el «real» o intrínseco de la acción), y las causas del fracaso pasado y futuro de las acciones sin voto; o el disparate de la inscripción del aumento de capital tras la reforma los he dejado oportunamente expuestos en ese estudio mío recordado al principio de este número y a él me remito ahora. Igual que lo hago para los temas de falta de legitimidad y aun sobre la muy dudosa legalidad de cambio normativo mencionado a otro estudio en preparación sobre esos asuntos «mayores» que próximamente entregaré a alguna revista especializada y del que también puedo ofrecer a quien le interese una versión provisional. Muchas gracias a todos por su atención **.

REFERENCIAS

- ALONSO, C.: «El papel de la Junta General en el gobierno de la sociedades cotizadas», 615-654, en la obra citada a continuación.
- ESTEBAN, G. (Ed.): *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid 1999.
- «Una nueva manera de entender e impulsar la evolución del sistema de gobierno de las sociedades cotizadas», *ibidem*, 25-51.
 - «La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo», *ibidem*, 137-212.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ, A.: *Las normas de conducta en los Mercados de Valores*, Madrid, 2000.
- FUERTES, M.: *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Valladolid, 1994.

** El retraso con que suelen aparecer los libros-homenaje ha determinado que también este último estudio haya visto la luz antes de la publicación del trabajo que ahora presentamos. Con el título «La Sociedad Anónima y el Mercado. Observaciones al paso de una reforma indebida» puede consultarse ya en la *Revista de Derecho de Sociedades* concretamente en *RdS* 2000. También ha sido publicado por el camino mi estudio sobre otro de los temas que se comentan en el texto (cfr. «Las llamadas stock options y las fórmulas mágicas de la Ciencia Jurídica», 2, *Revista Jurídica de Estudiantes UAM*, 2000, pp. 21 ss.).

- HORWITZ, M. J.: *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Nueva York, Oxford, 1992.
- KAMAR, E.: «A Regulatory Competition Theory of Indeterminacy in Corporate Law», *Columbia Law Review*, 1998, p. 1908-1959.
- KITCH, E. W.: «The Theory and Practic of Securities Disclosure», en *Securities Law Review*, 1996, 3-128.
- LOSS, L.: *Fundamentals of Securities Regulation*, Boston, Toronto, 1988.
- MARTÍNEZ, M.^a T.: *El derecho de información del accionista en la Sociedad Anónima*, Madrid, 1999.
- MELVILLE, B.: *The South Sea Bubble*, London, 1921
- MIGNOLI, A.: «La società per azioni oggi. Problemi e conflitti», *Rivista delle Società*, 1990, 1-21.
- ROMANO, R.: *The Genius of the American Corporate Law*, Washington D. C., 1993.
- SÁNCHEZ, A.: «La Protección del inversor y el Fondo de Garantía de Inversiones», *RDDB*, 1999, pp. 111 ss.
- *Sociedad Anónima. «Modelo 1998». Reforma (parcial) y crítica (total) de un texto legislativo reciente*, Madrid, 1999.
- «Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)», voz *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995.
- «La protección del inversor en el mercado de capitales», *Documento sobre consumo*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 1994, pp. 213-227.
- TAPIA HERMIDA, A.: «El papel de los accionistas en el gobierno de las grandes corporaciones: Reflexiones a la luz de algunas crisis financieras recientes», en *El poder de decisión en las grandes sociedades*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, 99-113.
- VERIN, L., & WIJKANDER, H.: *Contract Economics*, Oxford (UK), Cambridge (USA), 1992.
- WORLD BANK, The: «The Relationship between German Banks and Large German Firms», *Workings Paper*, mayo 1992, Policy Research, Country Economics Department (WPS 900) 1-29 (con apéndices).

La protección jurídica de las páginas web

FERNANDO PANTALEÓN PRIETO

Catedrático de Derecho Civil UAM
Socio de Garrigues-Andersen

ANA SOLER PRESAS

Profesora Propia de Derecho Civil UPCO
Colaboradora de Garrigues-Andersen

INDICE: I. *Introducción.*–II. *Algunas precisiones técnicas.*–III. *La elaboración de un sitio web.*–IV. *La protección de la página web como «obra de autor»:* 4.1 Requisitos para obtener la protección del derecho de autor. 4.2 La adecuación de la normativa sobre propiedad intelectual al entorno digital. 4.3 La calificación de la página web a efectos de su ubicación en el TRLPI. 4.4 El problema de la autoría de un sitio web.–V. *Propuestas para solucionar los problemas más frecuentes entre «web-masters» y clientes:* 5.1 Incidencias durante la elaboración de la página web. El desistimiento unilateral. 5.2 Terminada la obra: a) ¿Qué defensa tiene el web-master frente a un cliente que no paga? b) El derecho de retirada de la obra. c) La pretensión del cliente de cesión de los elementos empleados en la elaboración del sitio. d) La actualización del website. El derecho de retención. e) La eficacia de la renuncia del web-master a los derechos morales sobre su obra.–VI. *La protección del cessionario de los derechos de propiedad intelectual.*–VII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Con la eclosión del uso de (la) Internet, fruto fundamentalmente de su utilización con fines comerciales, ha surgido una nueva industria cuyos intereses, obviamente aún desconocidos por el legislador, han llamado nuestra atención: nos referimos a la elaboración de las páginas web, esto es, a la labor de los que, de forma poco ortodoxa, denominaremos *web-masters*¹. Son éstos los verdaderos arquitectos de la red, quienes crean, estructuran y enlazan los documentos que conforman la www y nos permiten «navegar» por ella. Muchos, todavía, trabajan de forma autónoma. Otros se integran en

¹ Despues veremos los distintos perfiles profesionales que se cobijan bajo esta denominación tan genérica. *Infra apartado III.*

empresas, cada vez más potentes, encargadas de la implantación de negocios ajenos en la red.

Los problemas derivados de su peculiar actividad han de tener solución jurídica pero ¿cuál es ésta?

Si el conflicto se plantea entre *web-masters* que operan en un mismo mercado, los criterios de solución se encontrarán, probablemente, en el derecho de la competencia. Este tipo de conflictos, con diferencia el más relevante entre los que utilizan la web (y la página web como vehículo) para hacer negocios en la red (entre los clientes, en definitiva, del *web-master*); no suele, sin embargo, ser el más denunciado por los creadores de una página web y aun cuando estuviéramos ante un conflicto propio de este ámbito (*i.e.* cliente se lleva diseño a la competencia), la protección que la citada normativa puede otorgar al *web-master* es, con toda probabilidad, ineficaz².

En la práctica, los principales conflictos con los que se enfrenta el *web-master* los suscita su cliente. Siendo este el caso, el de un conflicto entre dos partes vinculadas por una relación jurídica en cuya virtud una encarga a la otra la elaboración de un determinado producto, la solución habría de buscarse en el derecho de obligaciones y contratos. Sin duda, pero ¿exactamente dónde? ¿cuál es el régimen jurídico que mejor responde a los intereses en juego? En principio, parece que el del contrato de obra pero ¿no se altera sustancialmente este régimen cuando el producto elaborado y, consecuentemente, su creador, merecen la protección del derecho de autor?

Parece que sí, y buena prueba de ello es la remisión que la Ley General de Publicidad (LGP) establece al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) cuando la creación publicitaria reúna los requisitos necesarios para merecer la protección del derecho de autor, indicando así al operador jurídico el marco normativo donde buscar el régimen jurídico de estas especiales creaciones. En definitiva, siempre que nos encontremos ante un producto elaborado por encargo en el que puedan confluir caracteres estéticos y utilitarios o prácticos se nos planteará el mismo conflicto que, para el caso de las páginas web, está aún pendiente de solución.

Con este artículo pretendemos definir ese marco jurídico básico regulador de las relaciones entre el cliente y el *web-master*. Sólo así podremos anticipar la validez de los pactos que entre ellos quieran

² Porque internet es universal y la normativa sobre competencia difiere sustancialmente de un sistema jurídico a otro.

establecer y, lo que será más frecuente, apuntar la solución a sus conflictos cuando nada hayan previsto al respecto.

Para ello comenzaremos con unas breves y elementales notas sobre Internet y la w.w.w., necesarias para situar al lector en el contexto en que nos movemos (II). Continuaremos detallando cómo se elabora una página web, pues sólo así podremos luego intentar calificarla a efectos de su ubicación normativa (III).

Inmediatamente después, y porque, como decíamos, las dudas sobre el régimen jurídico oportuno nos surgirán cuando la página web sea, además de un producto que cumple fines utilitarios, una «creación intelectual», analizaremos qué requisitos ha de cumplir una página web para merecer la protección del derecho de autor (IV. 4. 1); si nuestra actual normativa de propiedad intelectual se adapta al entorno digital al que pertenece la red (IV. 4. 2); si, visto en qué consiste una página web, podemos ubicarla en el catálogo de obras protegidas del TRLPI a fin de determinar el régimen de los derechos de propiedad intelectual sobre el sitio web (IV. 4. 3), y, con la misma finalidad, si los regímenes de autoría previstos en el TRLPI se ajustan a la realidad de una página web y responden, equilibradamente, a los intereses en juego (IV. 4.4).

Al concluir cada uno de los apartados anteriores, sugeriremos las reformas que, en determinados puntos, pudiera precisar nuestro TRLPI para amparar adecuadamente en su ámbito estas nuevas creaciones de autor.

Sólo entonces, cuando conozcamos las peculiaridades normativas derivadas de la consideración de la obra como objeto de propiedad intelectual, podremos intentar resolver algunos de los problemas que frecuentemente enfrentan a creadores y clientes: los derivados de la decisión de una u otra parte de poner fin a la relación jurídica antes de concluir la página (V. 5. 1); qué defensa tiene el *web-master* cuando, concluida la obra, el cliente no paga (V. 5. 2 a); si la cesión de la titularidad de la obra supone también la de todos los elementos necesarios para su elaboración, de manera que el cliente puede impedir su reutilización en la elaboración de otras páginas web (V. 5.2. c); o, por ejemplo, los derivados de la actualización, posterior, del *web-site* (V. 5.2. d).

Finalmente, y para concluir, apuntaremos el interés que para el cliente-comitente puede tener la cesión de los derechos de propiedad intelectual sobre la página web (VII).

II. ALGUNAS PRECISIONES TÉCNICAS

Como decíamos en la introducción, creemos conveniente precisar algunas nociones técnicas, simplificadas al máximo, para centrar el objeto de nuestro estudio y convenir la terminología³.

Convengamos, pues, que la internet es un conjunto de ordenadores (servidores) comunicados entre sí gracias a un lenguaje común, el protocolo TCP/IP⁴. Estos servidores ofrecen distintos servicios a los ordenadores-clientes de los usuarios, empezando por el de conexión a la red que se operará gracias a la línea telefónica. Para acceder a la red, por tanto, el usuario necesita un ordenador⁵, un módem –que permite conectar el ordenador a la línea telefónica–, y un proveedor de acceso o servidor⁶.

La red ofrece al usuario distintos usos o aplicaciones, siendo el correo electrónico y la World Wide Web, las más conocidas de todas⁷. La w.w.w. es un método dinámico y fácilmente comprensible de conexión de documentos⁸. Cada uno de estos documentos, denominados *web-site*, está a su vez compuesto por una o múltiples páginas web. Para alojarse en la red, el documento ha debido respetar un protocolo añadido al general de internet, el *hyper text transfer protocol* («http»).

Se trata, pues, de un sistema integrado de documentos hipertextuales⁹, que pueden consultarse aisladamente (tecleando su direc-

³ Una exposición algo más detallada de cada uno de los conceptos técnicos que aquí vamos a manejar puede verse en P. A. de Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, Madrid, 2000.

⁴ Un protocolo es una serie de reglas comúnmente acordadas o un procedimiento formalizado a seguir para recibir y transmitir datos. El protocolo general de internet es el *Transmission Control Protocol* (que se encarga de dividir la información que se pretende transmitir en unidades menores)/*Internet Protocol* (que señala la información que quiere transmitirse con el número IP que identifica al destinatario de la misma), al que se añade otro específico para cada una de las aplicaciones de internet («http» para la www; «mailto» para el correo electrónico; «ftp» para copiar y recuperar archivos de un ordenador remoto etc.).

⁵ Dotado con el necesario *software*, denominado «navegador» o programa cliente, que permite acceder a los documentos alojados en la www y alberga el *e-mail*. Este software lo proporcionan normalmente los servidores, pudiéndose obtener, también gratuitamente, *on-line* o con la compra de revistas de informática o de programas de ordenador. Los más conocidos son *Microsoft Internet Explorer* y *Netscape Navigator*.

⁶ Plataformas de acceso a internet o servidores, son, en España, por ejemplo, Airtelnet, Infovia-Plus, Interpista, Jazztel, Retenet, o Uni2.

⁷ Aunque los *chats* (foros de conversación) y los foros de discusión (sobre temas determinados, donde se participa enviando mensajes o documentos que serán contestados de forma estructurada) les siguen de cerca. Otras aplicaciones son telnet (permite conectar con ordenadores remotos para consultar los recursos de una determinada organización o institución); el sistema de transferencia de archivos (que permite recuperar archivos ofrecidos por un ordenador remoto) y gopher (versión anterior y más limitada de la actual www).

⁸ En palabras de su impulsor, Tim Berners-Lee, es un sistema universal, abierto y no jerárquico de compartir información.

⁹ Entendiendo por tales aquellos que permiten ser consultados de forma no secuencial, de acuerdo con el interés, arbitrario, del visitante.

ción electrónica en la barra de direcciones que ofrece el navegador)¹⁰ o accediendo a través de otros documentos con los que guarden relación, temática o de otra índole, mediante la activación con el cursor de los vínculos que les ligan¹¹.

¿Cómo se aloja el documento en la red? Normalmente, remitiéndolo a un ordenador-anfitrión que ofrezca este servicio («hosting») y cuyo código numérico de identificación en la red conformará la base de la dirección electrónica del documento. Para que la página web sea visitada, conviene enlazarla con algún buscador, que la introducirá en su base de datos de forma gratuita o muy barata¹², clasificándola según los temas que aparecen en su cabecera. Y, para mayor difusión, no está de más incluirla en algún portal específico¹³.

Si tuviéramos que ubicar la w.w.w. en alguna categoría conocida, diríamos que es un nuevo medio de comunicación, pero para inmediatamente advertir que su utilización comercial la ha convertido en algo más: es un mercado en sí misma, y que, cuando no están presentes dichos intereses comerciales¹⁴, la red es un canal de comunicación absolutamente privilegiado, porque permite consultar una ingente cantidad de información, seleccionar únicamente lo que al usuario le interese y opinar, públicamente, sin (apenas) coste ni censura, sobre cualquier tema.

Una vez situados en el contexto apropiado, pasamos a analizar, brevemente, qué es un sitio web: cómo se elabora, quiénes intervienen y cómo se organiza el trabajo para dar con el resultado perseguido.

III. LA ELABORACIÓN DE UN SITIO WEB¹⁵

Hemos dicho antes que un sitio web es uno, de los tantos, documentos que integran la w.w.w. Cada documento estará, a su vez,

¹⁰ Dirección electrónica o URL (*Unified Resources Locator*), única y exclusiva para cada documento web. En la misma se especifica la aplicación electrónica deseada, mediante el protocolo correspondiente (en nuestro caso, «http»), la dirección concreta del ordenador con el que se quiere conectar y la referencia al documento concreto que se quiere consultar.

¹¹ Es la forma más común de acceder a los documentos y la que da significado al término «navegar» por la red. Otra forma eficaz de localizar un documento consiste en recurrir a buscadores o directorios, lo que no excluye que, una vez localizados sitios web relacionados con la consulta cursada por el usuario, se desplace éste de unos a otros y dentro de cada uno activando los vínculos que estructuran el documento y lo relacionan con otros.

¹² Véase, por ejemplo, la lista que facilita *buscopio*, en www.inicia.es.

¹³ Un portal es una internet en pequeño. Son webs con grandes volúmenes de información que se organizan por canales temáticos.

¹⁴ Porque se trate de *web-sites* que sólo pretendan la difusión de conocimientos o el intercambio de información sobre los temas más variados: educativos, científicos, ocio y espacamiento, etc.

¹⁵ Este apartado ha sido redactado según las explicaciones y (paciente) supervisión de un experto en la materia: Francisco Domínguez, ingeniero-consultor de internet en «Information Republic, S. L.».

compuesto de una o varias páginas web, razón por la que habitualmente se utilizan ambos términos como sinónimos.

Pues bien, cada página web, una vez pensada y estructurada, se redacta, normalmente, en un lenguaje especial: el *hyper text markup language* (HTML). Se trata de un lenguaje altamente comprensible por el hombre que encierra las instrucciones entre corchetes o marcadores (*tags*), de manera que un ordenador dotado con un programa especial (*browser*) pueda interpretarlas y ejecutarlas.

Veamos un ejemplo: la mayoría de las instrucciones van por parejas, de manera que para indicar al ordenador que lo ofrecido es el encabezado de la página, se tecleará

```
<HTML>
<HEAD> (comienzo del encabezado)
<TITLE> LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL WEB-SITE </TITLE>
</HEAD> (fin del encabezado)
<HR> (horizontal rule = línea en blanco)
<P> (párrafo)
```

Decíamos que normalmente se utilizará el lenguaje html por que es el básico. Ahora bien, si se quiere o precisa un *web-site* más sofisticado, se incluirán en su código aplicaciones informáticas como los *applets* de java o los *active x*, por poner ejemplos, que permiten realizar cálculos matemáticos, personalizar la página web según quién sea el visitante, darle acceso a bases de datos, incluir animaciones, etc.¹⁶.

Para elaborar una página web no hace falta ser un especialista. Ni siquiera son precisos conocimientos informáticos. Muchos portales o directorios ofrecen modelos estandarizados para que el usuario se construya su página. Si se quiere ser más original, encontramos en la red (o incluyen los mismos navegadores), de forma gratuita, programas que con unas mínimas y sencillas instrucciones redactan y editan el código html de la página. Y, lo que viene a ser más habitual, podemos limitarnos a copiar el código de una página que nos guste¹⁷ para reproducirla de forma más o menos fiel¹⁸.

¹⁶ Muchos de estos pequeños programas se ofrecen gratuitamente *on-line*, por ejemplo en *La Agenda; Es gratis o Maestros del web*.

¹⁷ Si el navegador es Netscape, basta con abrir el comando «código página» del menú «ver»; si es Microsoft Explorer, abrir «código fuente» en el menú «ver». En ambos podemos seleccionar «guardar como-archivo html» del menú «archivo» para almacenar en el disco duro el código html de la página

¹⁸ Es difícil que la copia sea exacta porque la operación antes indicada no permite copiar las imágenes ni los archivos asociados al código (básico) en html.

Esta actividad está considerada, entre los *web-masters*, como un uso perfectamente lícito de la página¹⁹. Semejante opinión escandalizará, probablemente, a una mente jurídica, pero una vez meditada resulta perfectamente razonable: bastará con recordar que mediante este procedimiento se pueden «copiar» solamente páginas sencillas y, por tanto, rara vez originales, y que, en todo caso, la copia resultante, al no poderse reproducir fácilmente los elementos más significativos de la original, diferirá sustancialmente de ésta²⁰.

A pesar de todas estas posibilidades técnicas, el *amateur* que se lanza a construir una página web conseguirá, en la práctica totalidad de los casos, elaborar únicamente un sitio estático y de apariencia estandarizada²¹. Si quiere algo más, y lo querrá si se trata de un empresario que quiere implantarse en la red, deberá acudir a un profesional.

Éstos pueden limitarse a dotar al sitio web estático de mayor vistosidad, a guiar la elección de un dominio de primer nivel y a elegir un servidor fiable. Para todo ello, basta con tener un pequeño «taller» de impresión gráfica y cierta experiencia.

Pero es más frecuente que se les requiera para elaborar sitios verdaderamente complejos, como son los llamados dinámicos o los (también dinámicos) «ultra-conectados». Ambos brindan la posibilidad de interactuar con el usuario, esto es, permiten realizar algún tipo de función en virtud de los datos que, a través de internet, introduzcamos. Para ello, el servidor donde se encuentra alojado el sitio debe estar conectado con un mecanismo capaz de realizar con los datos introducidos por el usuario las tareas descritas, generando así páginas web *ad-hoc*. El concepto de página, como vemos, varía, pues deja de ser un elemento estático para aproximarse a una suerte de plantilla.

Si este sitio dinámico se completa con módulos de comercio electrónico, obtendremos lo que en el *argot* de la web se conoce

¹⁹ «A pesar de los argumentos técnicos en contrario que ofrece el *copyright*, debe admitirse que la cultura de la web y su desarrollo ha propiciado el acceso y préstamo de los códigos en html que forman la base de los web-sites. Los usos y la práctica de la web constituyen un sólido argumento a favor de la tesis que sostiene la existencia de una licencia implícita que permite la visualización, copia y uso de los códigos html encontrados en los sitios de la web». Así se expresa un experto en la materia, J. ROSENOER, en *Cyberlaw. The Law of the Internet*, p. 9.

²⁰ Es importante precisar aquí que lo permitido es la reproducción (copia) del código básico no, obviamente, la alteración de la página copiada, que permanece intacta en su URL.

²¹ Se denomina «estático» al sitio web que no puede actualizarse o modificarse de forma automática; que para modificarse hay que acceder al servidor y cambiar la página.

como sitio «ultra conectado» que requiere, sin excepción, la intervención de profesionales altamente cualificados.

Los módulos a los que nos referimos son los que sirven para realizar, entre otras, las siguientes tareas:

- Las identificaciones electrónicas para pagos a través de la red.
- La automatización del correo electrónico recibido por el sitio (*Mail management system*), que evita descuidar la atención al usuario.
- La recogida de datos sobre el usuario (*Tracking systems*), que permite obtener valiosa información sobre la localización del usuario y el uso que hace del sistema, de cara a su mejora técnica o de contenidos.
- La conexión a redes internas (intranets) y/o a los sistemas de administración de empresas, para mantener coordinada la actividad de la empresa con la información que se ofrece en el sitio.
- El sistema de seguridad: barreras, sistemas de refuerzo, servidores seguros, etc.

El proceso de elaboración de un sitio web comienza con la determinación del tipo de sitio requerido por el cliente. Para ello, ha de concretarse la actividad que el mismo quiera desarrollar en la red y diseñarse una estrategia de implantación, progresiva, en la misma. Es esta una labor típica de consultoría, aunque aplicada al mercado virtual. Con esta estrategia en la mano, el Director del Proyecto decidirá qué recursos, tanto humanos como técnico-económicos, son necesarios, determinará los puntos clave y el calendario y coordinará la labor de todo el equipo. En definitiva, asumirá el rol del cliente en el proceso de elaboración, pues a él le corresponde rendirle cuentas sobre la marcha del proyecto.

Comienza entonces la labor de los creativos y de los técnicos. Entre ellos, destaca el denominado Arquitecto de la Información, un perfil profesional a caballo entre unos y otros que se ocupa, fundamentalmente, de defender los intereses del usuario a lo largo de todo el proceso de construcción del sitio. Se encarga, por tanto, de que los contenidos y la funcionalidad del sitio se presenten al usuario de forma coherente y atractiva. El resultado de su trabajo es un mapa del sitio web donde, esquemáticamente, se presentan sus distintas secciones, la ubicación y presentación de los contenidos, el desglose y manejo de las distintas funciones y los enlaces internos y externos del documento.

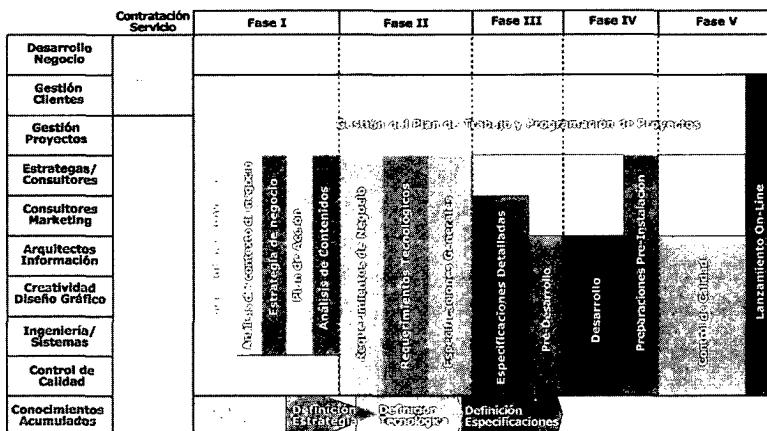
Sólo queda, alcanzado este punto, que el equipo creativo y técnico desarrolle el trabajo del AI. Los creativos darán forma a sus ideas respetando, siempre, las limitaciones impuestas por la técnica (del propio lenguaje de programación y del ancho de banda). Los técnicos deberán sacar el máximo partido posible al código y crear la

programación necesaria que soporte la funcionalidad del sitio. El trabajo de unos y otros es minuciosamente supervisado por el AI y por el Director del Proyecto quien, finalmente, lo presenta al cliente.

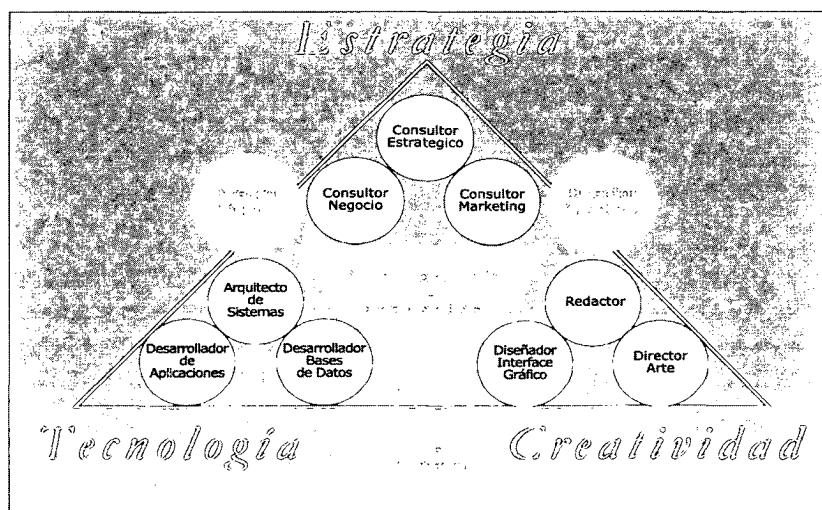
A continuación incluimos dos cuadros donde pueden apreciarse las distintas fases en la elaboración de un sitio web y los distintos perfiles profesionales involucrados en el proceso ²².

DISCIPLINAS

FASES Y PROCESOS



EQUIPOS DE TRABAJO (ROLES) Y RELACIONES



²² Ambos cuadros han sido realizados y amablemente cedidos por Francisco Domínguez.

De la descripción del proceso de elaboración del sitio concluimos que es el Arquitecto de la Información quien, con las limitaciones impuestas por la estrategia y por la tecnología, idea y supervisa el desarrollo del sitio web. Es, pues, el profesional que aquí nos interesa y al que hemos denominado *web-master*. Somos conscientes de que es esta una categoría muy general, que puede utilizarse para designar a quienes realizan tareas muy alejadas de las que nos ocupan en este trabajo (*i.e.* mantenimiento puntual de la conexión del sitio con el servidor; actualización rutinaria de contenidos, etc.). Pero una vez aclarada la labor profesional a la que nos estamos refiriendo, nos parece el de *web-master* un término menos equívoco que el de Arquitecto de la Información, porque esta figura, como tal, sólo existirá en empresas de grandes dimensiones: en otras muchas, las tareas propias del AI las realizará el mismo Director del Proyecto o, por qué no, el Director de Arte.

Pues bien, el mapa del sitio presentado por el AI es ya, como vemos, un producto utilitario, sí, pero también indiscutiblemente creativo. Cuanto más lo será el sitio web una vez desarrollado. ¿Podemos protegerlo, pues, con el derecho de autor? De ello nos ocupamos inmediatamente.

IV. LA PROTECCIÓN DE LA PÁGINA WEB COMO «OBRA DE AUTOR»

4.1 Requisitos para obtener la protección del derecho de autor

Un *web-site*, como toda obra que aspire a este tipo de protección, sólo ha de reunir un requisito para merecer la protección del derecho de autor: ha de ser una creación intelectual *original*²³.

La originalidad exigida en nuestro sistema de derecho de autor (y en todos los estudiados, salvo el japonés²⁴), es meramente subjetiva: no se exige que la obra sea novedosa, como requeriría la legislación sobre propiedad industrial; ni, tampoco, un mérito artístico o altura creativa (que sería muy difícil juzgar)²⁵. Basta con que

²³ No precisa ni mención de reserva de derechos ni registro, aunque sean herramientas muy útiles para asentar la prueba de la titularidad de la obra.

²⁴ Sobre el mismo, *vid.* M. J. BASTIAN, «Protection of “non-creative” databases: harmonization of the United States foreign and international law», 22, *Boston College of International & Comparative Law Review* (1999), pp. 425 ss.

²⁵ La jurisprudencia alemana exigió, en un principio, un alto nivel creativo para considerar que un producto utilitario, como es un programa de ordenador, pueda ser también una «obra» susceptible de ser protegida por el derecho de autor. En el famoso caso *Inkasso-*

sea una creación propia de su autor: que sea el resultado de su esfuerzo creativo, no del plagio de las obras de otros²⁶.

Original será, pues, toda obra que refleje la subjetividad de su autor. Con todo, casi ninguna es absolutamente original: en la práctica totalidad de los casos apreciaremos sólo algún elemento que personalice la obra; los demás obedecerán a imperativos externos, como puedan ser, en nuestro caso, los tecnológicos o los devenidos estándar en el tratamiento de un asunto (*scènes à faire*)²⁷.

Si de lo que se trata es de apreciar si la obra ha sido plagiada, tendrá el juzgador que suprimir, mentalmente, todos esos elementos impuestos que el creador no ha podido seleccionar al integrarlos en su obra para aislar así aquello que de original pueda tener el producto²⁸. Corresponde al demandante acreditar que precisamente

programm (87, GRUR 1985, p. 1041) requirió, en concreto, que se demostrara que el programador había empleado en el desarrollo del producto unos conocimientos superiores a los propios de un programador medio. Esta exigencia, duramente criticada por la doctrina, fue matizada en un caso posterior [*Betriebssystem* (BGH 4-10-1990, GRUR 1991, p. 449)] y completamente abandonada tras la incorporación al sistema jurídico alemán de la Directiva 91/250 CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. En su artículo 1.3, en clara alusión a la polémica suscitada en Alemania, aclara la Directiva que «el programa de ordenador quedará protegido si fuere original en el sentido de que sea una creación intelectual propia de su autor. No se aplicará ningún otro criterio para conceder la protección». La evolución de la jurisprudencia alemana en este tema la estudian con detenimiento J. DREXL, «What is protected in a computer program?», *IIC Studies*, vol. 15, 1994, pp. 43 ss.; y, en castellano, M. A. BOUZÁ LÓPEZ, *La protección jurídica de los videojuegos*, Madrid 1997, pp. 102 ss.

²⁶ Este estandar ya está fijado en la normativa comunitaria reguladora de la propiedad intelectual de obras con soporte electrónico, como son los programas de ordenador antes referidos y, también, las bases de datos (*vid. Directiva 96/9/CE*, de 11 de marzo de 1996, art. 3.1), normativa ya incorporada en nuestro Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996 (en adelante TRLPI); aunque era ya el preponderante en el entorno analógico. Sobre el tema, *vid. J. C. ERDOZAIN LÓPEZ*, «Sobre el concepto de originalidad en el derecho de autor», *Pe. i.*, 1999, pp. 55 ss.

²⁷ *I. e.* la tipografía azul, para resaltar un vínculo.

²⁸ Es la técnica de filtros ya esbozada por el juez Learned Hand para obras literarias [en *Anne Nichols v. Universal Pictures Corp., Carl Laemle & Harry Pollard* (7 USPQ 2nd Cir. 1930, p. 84)] y desarrollada por los jueces Keeton y Walker para programas de ordenador y videojuegos [en *Lotus Development Corp. v. Paperback Software International* (740 F. Supp. 37 D Mass. 1990) y *Computer Associates v. Altai* (982 Fd.2 693 2nd Cir. 1992), respectivamente]. La idea de Learned Hand era, en teoría, sencilla: nos decía que en toda obra pueden encajar a la perfección un gran número de patrones generales que han de ser eliminados para limitar la protección a lo particular de la obra, si es que lo tiene; que hay un punto en el proceso de abstracción a partir del cual no puede avanzarse la protección, porque nos adentraremos en el campo de las ideas y abandonamos el de su expresión concreta. Pero en la práctica las cosas se complican porque ¿dónde está ese punto que marca el tránsito de la idea, no susceptible de protegerse, a la forma concreta, protegida por el derecho de autor? Keeton, que se enfrentaba a un caso de plagio en la configuración de los menús de un programa de ordenador, concluyó que la estructura básica del menú, las claves y comandos obvios, pertenecen a la idea subyacente al programa, luego que pueden ser copiados; y que los símbolos, abreviaciones y presentación gráfica en concreto escogidos entre una serie infinita de alternativas, sí estaban protegidas. Walker desarrolló con profusión la técnica de los filtros y apuntó, aunque *obiter dictum*, que el diseño de pantalla, al que pertenecen los menús antes discutidos no estaban protegidos. Su opinión fue respaldada, posteriormente, en *Apple Computer Inc. v. Microsoft Corporation* (III) [799 F. Supp. 1006 (ND

estos elementos, los que dan el toque personal a la obra, se encuentran también en la segunda obra y, además, que esta coincidencia no es casual²⁹. Es esta una tarea ardua. Al «copista» no suele interesarle una copia literal del original e intentará, normalmente, esforzarse en alterar el original de algún modo. En la medida dicho esfuerzo sea apreciable, se verá recompensado denegándose la alegación de infracción del derecho del primer autor.

Esto es, al menos, lo que está ocurriendo en la práctica judicial norteamericana en materia de programas de ordenador, materia que allí nadie confunde con la que aquí nos ocupa (páginas web), pero que, apoyados en la coincidencia del soporte (electrónico) de la obra, sirvió como fundamento de las incipientes resoluciones sobre *copyright* en internet.

En este sistema jurídico, el ámbito del *copyright* está constitucionalmente delimitado por el interés común en la innovación y en el progreso³⁰. Este límite implica, en el ámbito de los productos tecnológicos, que la copia de los elementos que los integran sea lícita si el «copista» invierte un esfuerzo apreciable en la obtención de un producto innovador. Dicho de otra forma, que pueden «reutilizarse» (expresión que prefieren los jueces por resultar menos ofensiva) los elementos preexistentes de un programa si el segundo no es una mera copia servil, si no sustituye al original en el mercado (cuestión que está íntimamente relacionada con la anterior) y siempre que resulten beneficiados los usuarios (en términos de compatibilidad o mayor competencia)³¹.

Luego, y en definitiva, el sistema de derecho de autor protege fácilmente, pero poco. Tratándose de una obra creativa, sí, pero

Cal. 1992)], del que nos ocuparemos *infra*, apartado 4.3, en nota 84. Estos esfuerzos jurisprudenciales por abstraer lo particular de lo general, para así delimitar el objeto protegido por el derecho de autor y decidir si ha habido plágio también lo observamos, claro, con mayor o menor fortuna, en las sentencias de nuestro Tribunal Supremo, entre las que cabe destacar la STS de 7 de junio de 1995, sobre un supuesto plágio de los famosos «cuadernos Rubio» de aritmética (comentada por R. BERCOVITZ en 39, *CCJC*, pp. 1105 ss.); y de 20 de febrero de 1992, acerca de otro inexistente plágio de un álbum sobre el románico en Zamora (comentada por G. OROZCO PARDO en *Actualidad civil* 1993, pp. 205 ss.).

²⁹ Si no puede probarse que el supuesto imitador ha tenido acceso a la original, deberá al menos persuadirse al juzgador de que la similitud es tan llamativa que un origen independiente debe razonablemente descartarse. Así se solucionó el problema de la prueba, a nuestro juicio acertadamente, en Midway v. Drikschneider (214 USPQ DC Nebr. 1981, p. 429).

³⁰ Artículo I, Secc. 8.^a, cláusula 8.^a U.S. Constitution.

³¹ A esta conclusión llega RISCH, tras un análisis exhaustivo de la jurisprudencia norteamericana sobre *software*, en «How can Whelan v. Jaslow and Lotus v. Borland both be right? Reexamining the economics of computer software reuse», 17, *Journal of Computer & Information Law*, (1999), pp. 511 ss. Algunos jueces ya se la habían anticipado: en Sega Enterprises v. Accolade (23 USPQ 2nd DCN Cal. 1992) se afirma textualmente que es posible copiar cuando éste sea el único sistema para lograr obras que compitan con el producto original y siempre que la copia no infrinja el derecho del titular de la obra copiada. No se refiere esta condición a los derechos del titular del *copyright*, sino a que la copia no sustituya en el mercado al producto original.

fundamentalmente utilitaria y tecnológica³², este sistema sólo protegerá a la obra de la copia servil y, como veremos, del establecimiento de vínculos no deseados³³.

¿Es por ello una vía de protección desdeñable? En absoluto. Resultará poco eficaz cuando de lo que se trate sea de defender al creador frente a agresiones de terceros, cuestión que nos ha ocupado hasta este momento; pero fundamental cuando el conflicto se plantea entre el comitente y (futuro) titular del sitio web y su creador. Y es precisamente este el tipo de conflicto que aquí nos interesa.

Para resolverlo adecuadamente será vital determinar si la obra está protegida por el derecho de autor y, como anticipamos, el requisito para obtener dicha protección es relativamente fácil de satisfacer: basta con que se pueda descartar que sea un producto estándar.

Pero hemos de avanzar más. Antes de poder pronunciarnos sobre la alteración que este hecho ha de producir en el (típico) régimen del contrato de obra, debemos aún concluir que nuestro sistema de propiedad intelectual está lo suficientemente actualizado como para absorber estas nuevas creaciones.

4.2 La adecuación de la normativa sobre propiedad intelectual al entorno digital

La normativa sobre propiedad intelectual está pensada, como no podía ser de otra forma, para un entorno analógico. La tecnología digital produjo, y sigue produciendo, una auténtica revolución en los modos de transmitir y explotar las obras, poniendo en tela de juicio la eficacia del sistema del derecho de autor para proteger, en este nuevo entorno, los intereses de los autores.

Mucho se ha discutido ya sobre la adecuación del régimen vigente de propiedad intelectual en un contexto digital. Fruto de este debate es la Directiva 2001/29/CE del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información, de 22 de mayo de 2001. En ella se afirma, recogiendo el sentir de la práctica unanimidad de la doctrina³⁴, que aunque el desarrollo tecnológico ha multiplicado y diversificado los vectores de creación,

³² Sujeta, por tanto, en su elaboración a numerosos condicionantes externos que cercan la libre expresión creativa de su autor.

³³ *Infra*, apartado 4.2.

³⁴ *Vid.*, por todos, A. BERCOVITZ, «Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de la propiedad intelectual. Soluciones jurídicas», en *Derecho de propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Ministerio de Cultura, 1996, pp. 71 ss.

producción y explotación, no es preciso que la propiedad intelectual defina nuevos conceptos: sí, en cambio, que las actuales normativas se *adapten* para responder adecuadamente a realidades económicas tales como las nuevas formas de explotación³⁵.

En esta opinión subyace el interés preeminente del legislador en mantener y extender la armonización o uniformidad legislativa alcanzada gracias a los Tratados de la OMPI y a los acuerdos ADPICS. Y es, además, sustancialmente correcta si la predicamos, como lo ha hecho la doctrina hasta la fecha, de los productos multimedia, pues son ciertamente una categoría de obra ya existente en forma analógica que ahora, gracias a la digitalización, puede también recogerse en soporte electrónico³⁶. No puede, sin embargo, sostenerse lo mismo respecto de las páginas web que, por su propia esencia, no pueden existir en un entorno analógico. No es este, con todo, el dato más relevante para afirmar que se trata de obras nuevas pues, si a pesar de ello, pudiéramos ubicarlas en la normativa vigente a efectos de su protección, no precisaríamos la tipificación de una nueva categoría de obra. Pero lo cierto es, como posteriormente veremos, que no podemos.

Es muy significativo que, puestos a precisar las adaptaciones necesarias, comience la Directiva afirmando la subsistencia del derecho de reproducción y continúe ampliando el derecho de comunicación pública de la obra.

La primera afirmación, relativa al derecho de reproducción, obedece, a nuestro juicio, al deseo del legislador comunitario de dotar de los mismos derechos (y medios de defensa) al titular de la obra tanto si ésta se comercializa en línea como fuera de ella, en soporte material.

Con todo, entendemos que tanto para éstos, los titulares de productos susceptibles de comercializarse dentro y fuera de la red; como, y sobre todo, para aquellos otros cuya obra sólo puede explotarse *on-line*, como particularmente es el caso de las páginas web, el derecho patrimonial básico es el de comunicación pública³⁷.

³⁵ Considerando 5.^º

³⁶ A. DELGADO define la obra multimedia como una creación única expresada mediante la reunión, en un mismo soporte digital, con o sin adaptación informática, de al menos dos categorías de elementos (textuales, sonoros, imágenes fijas o de animación) cuya estructura y acceso están regidos por un programa que permite la interactividad. «La propiedad intelectual ante la tecnología digital: las obras multimedia», en *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*, Madrid 1998, pp. 25 ss.

³⁷ Por ello se ocupa el legislador comunitario de redefinir su alcance, precisando, como le exige el artículo 8 del Tratado de la OMPI firmado en Ginebra en diciembre de 1996, que incluye el derecho de puesta a disposición del público de las obras de manera que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija (art. 3 de la Directiva). Se refiere, como aclara en sus considerandos 23 a 25, a la comunicación en línea de las obras. No estaría de más que el legislador nacional recogiera también esta precisión al definir en el artículo 20 TRLPI el derecho de comunicación pública de la obra.

La razón es sencilla: fuera de la red, en un contexto analógico, el autor manifiesta su creación en un soporte material y la explota, normalmente, comercializando ejemplares de la misma. Para él, el control de la reproducción de la obra es, por tanto, esencial.

En el entorno digital, sin embargo, el mismo concepto de «copia material», de «ejemplar», pierde significado.

Primero, porque no puede distinguirse la «copia» del original, aunque no sea este el dato más relevante.

Segundo, y para los que estén preocupados porque se explote ilícitamente su obra gracias a su plasmación en un soporte material (CD, CDI) y redistribución, porque hay otras formas de burlar sus derechos, de explotar ilícitamente la obra, sin necesidad de realizar copias materiales de la misma, frente a las que el derecho de reproducción no sería buena defensa³⁸.

Pero tercero y más importante a los efectos que aquí nos ocupan, porque muchas obras, y en particular la página web, sólo se explotan mediante la visualización por el usuario del único ejemplar que de la misma existe.

Recordemos ahora lo que anticipamos al precisar las cuestiones técnicas más relevantes para nuestro estudio: como vimos, para incorporar un documento web a la red alojábamos su código en el ordenador-servidor. Para visualizarla, el ordenador-cliente (donde el usuario ha tecleado la URL de la página buscada, o ha activado el vínculo correspondiente) llamará al ordenador-servidor para que le transmita el código de la página y poder así descargarlo en pantalla. Esta transmisión se efectúa gracias a la grabación transitoria y puramente mecánica del código de la página (mejor, de fracciones desordenadas del código) en la memoria de los distintos ordenadores-eslabones de la cadena que une el ordenador del usuario que quiere consultar el documento con el ordenador-servidor.

Ya en el ordenador-cliente, se ordena el código de la página y se traduce para que se visualice en pantalla, operación que también requiere la grabación del código en la memoria ram del ordenador. Además, y con el único fin de agilizar las consultas y evitar al usuario que sufra un posible colapso de la página, esa grabación temporal y mecánica persistirá en la llamada memoria *caché* del ordena-

³⁸ Analizaremos posteriormente un problema común a las obras que se comercializan dentro y fuera de la red y a las únicamente facilitadas *on-line*, cual es el de los vínculos (no deseados) establecidos mediante la técnica de enmarcado (*framing*). Respecto al primer grupo de obras mencionadas, piénsese ahora en una posible redistribución del producto utilizando el correo electrónico ¿puede afirmarse que se ha vulnerado el derecho de reproducción del titular de la obra?

dor, para que, si se desea volver a consultar el documento, no tenga que recorrer la información todo el camino de nuevo³⁹.

Finalmente, y si el usuario lo desea, puede guardarse el documento en el disco duro del ordenador o en un CD, así como imprimirse.

Pues bien, para solucionar los problemas derivados de estas nuevas formas de explotación de las obras desde la perspectiva del derecho de reproducción, tendríamos que defender que todas estas grabaciones, algunas de ellas efímeras y temporales y otras consecuencia lógica de la consulta del documento, son «reproducciones» a efectos jurídicos, luego que pertenecen al derecho exclusivo del autor y que sólo pueden realizarse si se cuenta con su autorización (o la de su causahabiente, claro está).

Y tendríamos que mantenerlo a pesar de que ninguna de las mencionadas grabaciones, algunas de ellas imprescindibles para que la navegación sea posible y ágil, lesionen los intereses del *webmaster*⁴⁰. Pero, y lo que será más difícil, a pesar de que, de momento, conduzca a la absurda conclusión de que la navegación por la red, tal y como habitualmente se realiza, es ilícita.

Estados Unidos ha preferido mantener esta postura y considerar todas estas grabaciones «copias» a efectos del *copyright*, no sin abundantes críticas y a pesar del rechazo generalizado de los internautas⁴¹. Claro que en su sistema se puede evitar el resultado absurdo que antes apuntábamos de considerar ilícita la navegación por la red gracias a que las excepciones o límites al derecho exclusivo del titular del *copyright* no tienen que recogerse de forma taxativa por el legislador, como ocurre en los sistemas de derecho de autor, sino que pueden ampararse en la cláusula genérica del *fair use*⁴². Siendo

³⁹ También se almacena temporalmente en el *caché* del servidor: es el *proxy caching* sobre el que volveremos posteriormente.

⁴⁰ Porque quien se introduce en la red quiere que se visite su página masivamente, y porque lo que se haga con ella fuera de su entorno vital, de la red, (imprimiéndola en papel, grabándola en CD o en el disco duro del ordenador) no le importa lo más mínimo. Otra cosa opinará el titular de alguno de los contenidos de la página, pero éste estará mejor protegido por el derecho de comunicación pública que por el derecho de reproducción.

⁴¹ Vid. ROSENKRANTZ, *Cyberlaw...*, cit., p. 9; y, con un planteamiento algo apocalíptico, Dan Thu Thi Phan, «Will fair use function on the Internet?», 98, *Col. Law Rev.* (1998), pp. 169 ss.

⁴² Sec. 17 U.S.C. pfo. 107: «The fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies... for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include:

The purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for non profit educational purposes;

the nature of the copyrighted work;

the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work».

Este último aspecto es el que introduce mayor inseguridad en el usuario, quien nunca podrá saber a ciencia cierta si la visualización de la página entra en el ámbito del uso leal o

esto así, la mayoría de los casos de mera consulta del documento como consecuencia de la navegación estarán amparados por el *fair use*, pero la incertidumbre está servida ¿cuándo, exactamente, deja de ampararte el *fair use* y precisas, para consultar el documento, de licencia de su titular?

En los sistemas de derecho de autor, como anticipamos, si consideramos que todas las grabaciones anteriores son «copias» de las páginas web, serán precisas las licencias de los respectivos titulares para poder, meramente, navegar entre ellas. O bien, como será el caso cuando se trasponga la Directiva a nuestro derecho interno⁴³, que se incorpore una excepción legal al derecho de reproducción del titular de la obra referida a este tipo de «copias»⁴⁴. No es ésta, sin embargo, la mejor solución, y no sólo porque la lista de excepciones siempre va a ser incompleta o excesiva, según quién la mire⁴⁵; sino porque, como anticipábamos, entendemos que el pro-

no (*i.e.* porque la descargue activando un vínculo y el titular de la página tenga interés, económico, en que no se acceda a la misma a través de la página remitente). Los anteriores, especialmente el primero, han servido a los Tribunales para ampliar la «lista» de usos leales hasta extremos difícilmente sostenibles en un sistema de derecho de autor.

⁴³ *Vid.* el artículo 5.1 de la Directiva sobre derechos de autor en la sociedad de la información, donde se advierte que el derecho de reproducción no se aplicará a los actos de reproducción transitorios y accesorios cuando formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, cuya única finalidad consista en una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario o una utilización lícita de una obra o prestación protegida y que no tengan por sí mismos significación económica independiente.

⁴⁴ Excepción, por cierto, muy parecida a la establecida en el artículo 36 TRLPI para las grabaciones efímeras necesarias por razones técnicas para transmitir una obra por las entidades de radiodifusión. Pese al evidente parecido de los supuestos, la excepción del artículo 36 TRLPI no puede, como bien dice I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, extenderse por analogía al caso que aquí nos ocupa. Consultese su artículo «Propiedad intelectual en Internet: el derecho a establecer enlaces en la www» 1, *Pe. i.* (1999), pp. 67 ss., donde expone con detalle los sistemas básicos de enlaces y los problemas jurídicos que plantean, explicando críticamente las soluciones que, hasta la fecha, se habían sugerido.

⁴⁵ Algunos, en particular M. MARTÍN PRAT, representante de la Federación Internacional de la Industria Fonográfica, pretenden la supresión de toda excepción, arguyendo que en Estados Unidos no las hay y el sistema funciona bien (en su ponencia en el IV Seminario Internacional SGAE de Propiedad Intelectual «Los derechos de autor ante los desafíos de la nueva economía», Madrid, 15-16 de noviembre de 2000). Nosotros, desde la perspectiva que aquí nos ocupa, deseariamos, por el contrario, más excepciones: que se declarara legal también la materialización en soporte digital o analógico de la página web. La doctrina especializada critica no tanto las excepciones cuanto la falta de armonización, pues muchas de ellas dependen del arbitrio de los Estados miembros, que decidirán si incorporarlas o no; y la falta de claridad, pues los términos empleados por el legislador son demasiado vagos.

Particularmente discutida está la excepción relativa al *caching*. Es esta una técnica vital para la subsistencia y desarrollo de internet, que de otra forma estaría permanentemente colapsada pero ¿es lícita la copia en la memoria *caché* cuando, como es el caso, no la ha autorizado expresamente el titular de la página web? La Directiva no es todo lo concluyente que debería ser, por lo que podría defenderse que el *proxy caching*, el almacenamiento de la página en la memoria del servidor no puede ampararse en el artículo 5.1. puesto que sirve para comunicar nuevamente la obra a otros clientes del servidor, y no meramente para facilitar la consulta del usuario que ha demandado la página. Ahora bien, en la medida en que el servidor aplique la tecnología necesaria para que el almacenamiento temporal no

blema, abordado desde la perspectiva del derecho de reproducción, se desenfoca. Veámoslo:

En Estados Unidos la consideración de la grabación transitoria del código de una página en la memoria ram del ordenador como «copia», y la consecuente exigencia de una licencia (aunque sea implícita) para efectuarla, se apoya en el *case law* sobre programas de ordenador⁴⁶. Con esta base pretenden solucionar el problema del establecimiento de vínculos no deseados por el titular de la página, argumentando que, si se requiere licencia para la mera navegación, cuánto más para el establecimiento de un vínculo en tu página que induzca la consulta de la página de otro. Este argumento, enseguida lo veremos, no será eficaz en todos los casos⁴⁷.

Como ya vimos, el sistema de vínculos o enlaces es la forma más común y eficaz de navegar por la red, pues permite saltar de una página a otra, relacionada con el tema sobre el que se esté interesado, sin necesidad de retener la URL de todas las que pudieran resultar interesantes. Por eso, todas las páginas contienen vínculos que las relacionan con otras, entendiéndose entre los *web-masters* como una mera forma de salir del documento que, por principio, ha debido consentir el titular de la página enlazada por el mero hecho de establecerse en la red.

Como veremos, están en lo cierto cuando el vínculo establecido es de los denominados directos o hipervínculo. Al activar este tipo de enlaces, la página enlazada aparece en la pantalla del usuario íntegra y bajo su URL correspondiente, luego no hay riesgo de confundir al navegante haciéndole creer que sigue en la página remitente, ni de defraudar intereses comerciales al eliminar la visualización de parte de la página, quizás la que exhiba los *banners* publicitarios⁴⁸. Son, por ello, enlaces generalmente deseados

disminuya ficticiamente el número de consultas de la página, no podrá ya sostenerse que el *caching* tiene un significado económico independiente y perjudicial para su titular que, quizás, reciba una retribución por número de visitas (*royalties* o ingresos publicitarios). El *caching* realizado por el ordenador cliente quedaría, en fin, amparado en la excepción del artículo 5.1, apartado b). Sobre este apasionante tema véase el magnífico estudio de B. Hugenholtz, «Caching and copyright: the right of temporary copying», 22 *EIPR* (2000), pp. 482 ss. La opinión crítica de la doctrina sobre la (entonces) futura Directiva la transmiten muy bien T. C. VÍNJE, «Should we begin digging copyright's grave?», 22, *EIPR* (2000), pp. 551 ss.; y B. HUGENHOLTZ, «Why Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid», 22 *EIPR* (2000), pp. 499 ss.

⁴⁶ En particular, del *leading case* *Mai System Corp. v. Peak Computer Inc.* (991 F. 2nd 9th Cir. 1993).

⁴⁷ Fundamentalmente porque hay métodos para establecer el enlace sin reproducir el código de la página enlazada en el de la enlazante.

⁴⁸ Es ésta, de momento, la forma de financiación más común de una página web.

pues incrementan, sin riesgo, el número de visitantes de la página enlazada⁴⁹.

Los verdaderos problemas los plantean los enlaces ensamblados o en línea, porque al activarlos la página enlazada no aparece íntegra y, la parte que se visualiza, se presenta bajo la URL de la inicial. El visitante puede desorientarse fácilmente y pensar que la página pertenece al que establece el vínculo, y los intereses económicos del titular de la página enlazada pueden burlarse suprimiendo la visualización de la publicidad.

Para fundamentar la oposición del titular de la página enlazada al establecimiento de este tipo de vínculos, se optó, con la base que antes vimos, por considerar que la mera visualización de la página es una «copia» que sólo se licencia, implícitamente, si es leal (*fair*), lo que no ocurre cuando, precisamente, la parte de la página no visualizada es la publicidad o cuando desorientas al visitante generando confusión sobre la titularidad de la página. Este argumento es, como anticipamos, muy débil. Sirve a los fines propuestos cuando la tecnología empleada para establecer el vínculo (que no para activarlo) exija la reproducción de la página remitida. La tecnología actual evita ya ese paso intermedio: permite establecer vínculos sin reproducir la página enlazada⁵⁰. La reproducción, pues, la hará el usuario al activar el vínculo y al hacerlo, con toda probabilidad, estará amparado por el *fair use*.

Es evidente, por tanto, que la vía elegida por el sistema anglo-americano para solucionar los intereses en conflicto no es la apropiada. Primero, porque aunque sea creando la ficción de la licencia implícita, la mera idea de la necesidad de autorización para el establecimiento de un hipervínculo repugna a los internautas; pero, segundo y más importante, porque la tecnología actual es capaz de dinamitar el fundamento jurídico de una pretensión absolutamente

⁴⁹ Puestos a imaginar algún conflicto de intereses, pensamos que podría suscitarse cuando se hubiera pactado el acceso a la página a través de un determinado portal (además del acceso directo tecleando la URL correspondiente). Pero es ciertamente un caso improbable porque si la página enlazada se visualiza íntegra, también figurará el enlace al portal comprometido, que verá así, indirectamente, aumentadas las posibilidades de consulta de su web.

⁵⁰ La más conocida es la técnica del *framing*. Permite establecer enlaces que, al activarlos, subdividen la pantalla en ventanas donde se visualiza parte de la página remitente y parte de la remitida, ambas bajo la URL del remitente y, también ambas, incompletas. En estos casos, se ha intentado defender al titular de la página enlazada alegando que, por el enmarcado, se ha creado una obra derivada sin el consentimiento del titular de la originaria, pero fue un fracaso. La jurisprudencia norteamericana exige que la obra derivada conste en algún soporte de forma permanente [*vid. Futuredantics, Inc.v. Applied Anagrams, Inc.* (45, USPQ 2d 2005 CD Cal. 1998)]. En nuestro sistema, como bien señala I. GARROTE, (*op. cit.* p. 83) la protección idónea la brinda el derecho (moral) a la integridad de la obra, desvirtuada por el enlazante al mostrarla fraccionada. El problema de este tipo de argumentación radica en que el derecho moral sólo pertenece al autor de la página web, y éste no suele coincidir con el titular de los derechos de explotación de la misma.

legítima del titular de una página enlazada por el sistema de marcos o ventanas. Lo mismo ocurrirá en nuestro sistema legal si se califican las copias temporales y técnicas como *reproducciones excepcionalmente permitidas*⁵¹.

A nuestro juicio, el problema sólo puede solucionarse adecuadamente desde la perspectiva del derecho de comunicación pública⁵², entendiendo que el mero hecho de insertar tu página en la red implica ejercitarlo. Siendo esto así, todas las grabaciones a las que antes nos referimos son perfectamente lícitas⁵³, como también lo es el establecimiento de vínculos. La posible ilicitud de unas y de otros ha de definirla el titular de la obra que la comunica en la red especificando cómo quiere que se visualice la página y por qué vía/s quiere que se acceda a ella⁵⁴.

Por ello, y como conclusión, creemos que convendría matizar el artículo 20 TRLPI con el fin de dejar claro que el derecho de comunicación pública incluye la divulgación en línea de la obra y que, en virtud del mismo, no sólo corresponde al autor decidir cuánto se inserta de la obra en la red: también cómo ha de accederse a la misma⁵⁵.

Concluido, pues, que la digitalización de una obra y su comunicación en línea no ha de ser obstáculo para su protección por el derecho de autor, quedan por resolver dos cuestiones fundamentales para decidir si la normativa vigente ampara la obra que aquí nos ocupa: primero, si podemos calificar la obra (página web) a efectos

⁵¹ Y se agravaría la situación para las copias permanentes (en el disco duro o en soporte material) de páginas web, pues se confirmaría la ilegalidad de una práctica generalizada e inocua para el titular del derecho.

⁵² Sobre el desplazamiento del derecho de reproducción en beneficio del de comunicación pública en el entorno digital, véase J. H. SPOOR, «The copyright approach towards copying on the Internet: (over)streching the reproduction right?», *The future of copyright in a digital environment*, 1996, pp. 79 ss.

⁵³ Incluidas las permanentes que, en su caso, podrán ser ilícitas si posteriormente se distribuyen las copias vulnerando el derecho de distribución del titular (*vid. art. 19 TRLPI y art. 4 de la Directiva*).

⁵⁴ Por ejemplo, creando páginas dinámicas (que sólo se visualizan utilizando un programa guía), utilizando la tecnología para rechazar vínculos o, simplemente, declarando (*a priori*) que no quiere el establecimiento de ningún vínculo o (*a posteriori*), que desea la supresión de alguno en particular.

⁵⁵ El artículo 20 TRLPI define «comunicación pública» como todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas; concepto suficientemente amplio para absorber la comunicación en línea si no fuera porque, en un segundo apartado, detalla, aunque sin ánimo exhaustivo (al parecer) qué ha de entenderse por actos de comunicación pública. Y recoge hasta diez tipos de actos, entre ellos el acceso a bases de datos, tanto si está protegida por el derecho de autor (apt. *j*) como si no (apt. *i*). Siendo de este calibre el detalle de la norma, corremos el riesgo de que si no se especifica, se entienda que no cubre la comunicación en línea. También es partidario de una modificación del artículo 20 TRLPI que incluya la «transmisión digital interactiva» A. DELGADO, en su ponencia en el Seminario SGAE antes citado.

de su ubicación en el texto normativo; y, segundo, si una vez conocida su peculiar forma de elaboración, podemos, con la ley en la mano, decidir a quién pertenece el *web-site*.

4.3 La calificación de la página web a efectos de su ubicación en el TRLPI

El artículo 10 del TRLPI menciona, sin ánimo exhaustivo, diferentes tipos de obras susceptibles de protegerse por el derecho de autor clasificándolas según el medio de exteriorización o la forma de expresión utilizada. Son todas obras mono-mediáticas o simples. Las obras compuestas o complejas, resultado de la conjunción de, al menos, dos medios de expresión, han de intentar ubicarse en los artículos 11 o 12 TRLPI, o en alguno de los regímenes especiales establecidos para creaciones concretas, como es el caso de la obra audiovisual.

Una página web es una obra compleja o compuesta pues, hasta las más simples, utilizan diversos modos de expresión⁵⁶, aunque el soporte (electrónico) sea único.

Que cada uno de los elementos integrantes de la página web pueda protegerse, de ser original, de forma independiente o autónoma por el derecho de autor (y por otras normativas, como la legislación sobre marcas o dibujos industriales), no ofrece discusión. Pero un sitio web, integrado por todos estos elementos originales y por otros que quizás no lo sean, es más que una mera recopilación de los mismos: es una obra unitaria, el resultado de una labor, muchas veces enormemente creativa, de coordinación y estructuración de los distintos elementos para obtener un determinado resultado. Es este resultado final, globalmente considerado, el que pretendemos ubicar en el TRLPI a efectos de su protección por el derecho de autor.

Esta pretensión, la de ubicar una obra compuesta no específicamente mencionada por el legislador en el TRLPI, ya ha sido estudiada con detenimiento por la doctrina preocupada por la obra multimedia⁵⁷. Sus conclusiones, debidamente matizadas puesto que nos ocupamos de una obra distinta⁵⁸, nos serán de suma utilidad.

⁵⁶ Textos, gráficos, dibujos, imágenes, animaciones, sonido y aplicaciones informáticas.

⁵⁷ En la obra de A. ESTEVE PARDO, *La obra multimedia*, Aranzadi, Madrid, 1997, puede encontrarse una completa referencia doctrinal y legal sobre el tema.

⁵⁸ La obra multimedia es un producto de consumo que puede comercializarse tanto *on* como *off line*. De explotarse en línea, utiliza el *web-site* como expositor y/o canal de distribución. La página web es el medio por el que se facilitan los productos multimedia y muchos otros contenidos, de interés comercial u otra índole. Luego nos encontramos ante obras distintas, susceptibles ambas de merecer la protección del derecho de autor.

Como obra compleja, dos son las posibles calificaciones que, como decíamos, ofrece el TRLPI con carácter general: la adaptación y la colección, dentro de la cual se engloban las bases de datos.

a) Comenzamos rechazando la posibilidad de calificar un *web-site* como obra de adaptación, dado que la categoría legal presupone la preexistencia de unas obras susceptibles de protección por el derecho de autor que el adaptador, de forma original o creativa, adapta. Un sitio web, como vimos, al igual que muchos productos multimedia, no sigue un proceso de elaboración vertical, sino horizontal: sin perjuicio de que algún elemento preexista al resultado final (que, con relación a ése, sí sea una adaptación), la mayoría de ellos se crean *ex profeso* para su inclusión en la página web y es ésta, en su conjunto, en su estructura, lo que pretendemos proteger, no cada uno de los elementos que la integran.

b) La calificación de la página web como base de datos sí puede, en cambio, resultar apropiada en algunos casos. Nuestro TRLPI (art. 12.2) considera base de datos toda colección de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma. A estas obras confiere el legislador una doble protección: la propia del derecho de autor, para cuya obtención es preciso que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan una creación intelectual (que manifiesten la subjetividad de su autor); y otra, *sui generis*, criticable por su desproporción, que regula en los artículos 133 y siguientes TRLPI⁵⁹.

Creemos que algún sitio web, como son los buscadores y los portales o directorios, se adaptan sin dificultad a esta definición, por lo que aquí encontrarían su encaje normativo⁶⁰.

Pero aún podría irse más lejos, animados por la desbordante protección del derecho *sui generis*, y afirmar que toda página web, por el mero hecho de estar compuesta de varios elementos independientes, aunque interrelacionados, es una base de datos. Podríamos apoyarnos en que el texto legal no menciona cuántos elementos son necesarios para que la obra se considere una base de datos ni, tampoco, cuál ha de ser el sistema de búsqueda de los datos. El requisito

⁵⁹ Remisión *infra*, apartado VI.

⁶⁰ En el caso de los buscadores, es muy probable que no se cumpla el requisito de la originalidad (son bases de datos compuestas por millones de URL que funcionan gracias a un programa de ordenador que clasifica las mismas de acuerdo con parámetros estándar). Pero no habría ningún problema en proteger la inversión desembolsada en su elaboración acudiendo al derecho *sui generis*. En el mismo sentido, S. CÁMARA PUENTE, en su imprescindible estudio sobre el tema «El nuevo derecho *sui generis* sobre las bases de datos», 3, *Actualidad civil*, 1999, pp. 49 ss., p. 83.

to de la accesibilidad individual de cada uno de ellos quedaría, además, satisfecho gracias al hipertexto⁶¹.

Entendemos, con todo, que se estarían sacando las cosas de sus justos límites. Salvo para los casos antes mencionados (buscadores y portales), no creemos que pueda sensatamente argumentarse que una página web es una base de datos. Como advertimos también en la mayoría de los productos multimedia, una web no es sólo una organización de elementos a los meros efectos de su consulta individualizada: es una creación unitaria y homogénea, fruto de la traba, de la interrelación de todos sus componentes, y es precisamente ese resultado conjunto el que pretendemos proteger⁶².

Pero la idea no deja de ser interesante, aunque, de admitirse que en general pudieran calificarse como bases de datos, tendría que resolverse la (probable) colisión de intereses entre el creador de la base (página web) y el titular del derecho *sui generis*: el financiador-comitente; colisión que, por cierto, no será fácil que se produzca cuando estemos ante una base de datos en sentido estricto, ya que éstas rara vez son originales.

Como vemos, las categorías generales que el TRLPI dedica a las obras compuestas no nos permiten ubicar a la inmensa mayoría de los *web-sites*. Intentémoslo pues acudiendo al régimen especial: a la obra audiovisual.

c) ¿Podemos calificar una página web como obra audiovisual?

Para que fuera posible, la página web debería tener una estructura secuencial de imágenes asociadas (todavía mejor si animadas)⁶³, y, todavía más difícil, tendría que desarrollarse conforme a un guión, argumento o trama⁶⁴. No es probable que ninguna satisfaga estos requisitos⁶⁵. De ser así, además, el régimen jurídico establecido,

⁶¹ A la posibilidad de consulta arbitraria, caprichosa, no secuencial, de los documentos web.

⁶² Sobre el concepto y clasificación de las bases de datos, véase, M. A. DAVARA, *Manual de derecho informático*, Pamplona 1997, pp. 133 ss. Que un producto multimedia y una base de datos son, en la práctica totalidad de los casos, cosas distintas, lo evidencia el texto de la Directiva que, pensando en los productos multimedia, declara que no afectan sus disposiciones a la protección jurídica específica dispensada a las bases de datos o a los programas de ordenador (art. 1).

⁶³ Sobre si la animación es o no requisito legal para calificar un producto como audiovisual no hay acuerdo doctrinal: La polémica la resume A. ESTEVE en «La obra multimedia en el derecho español», *La Ley* (1998), pp. 1736 ss., p. 1738.

⁶⁴ *Vid.* artículos 86 ss. TRLPI.

⁶⁵ Otra cosa son los contenidos incluidos en el sitio web: tratándose de productos multimedia y, en particular, de videojuegos, parece ser ésta la ubicación idónea, aunque sea incompatible con la vía preferida por algún autor relevante (A. ESTEVE) que, debido a la inadecuación del régimen jurídico de la obra audiovisual a este tipo de productos, prefiere calificarlos como bases de datos (*vid.* *La obra multimedia*, pp. 48 ss.).

pensado para las obras cinematográficas, no resolvería adecuadamente los intereses en conflicto⁶⁶.

Si nos detenemos en esta categoría es porque la obra audiovisual resulta ser el prototipo de obra publicitaria contemplada por el legislador en la LGP y para la que establece, pues, la remisión al TRLPI⁶⁷. Y, en el TRLPI, sólo se menciona a la creación publicitaria al regular la obra audiovisual⁶⁸. Puesto que muchos sitios web son verdaderamente creaciones publicitarias⁶⁹, aunque no sean obras audiovisuales, conviene que estudiemos el alcance de las remisiones cruzadas de los dos textos legales para ver si podemos deducir alguna conclusión útil a nuestro estudio.

El artículo 23 LGP, en el marco del contrato de creación publicitaria, establece que «Las creaciones publicitarias podrán gozar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo»⁷⁰.

¿Está desplazando este precepto el régimen general del TRLPI, que exige que la cesión de los derechos sea expresa (*vid. art. 43 TRLPI*) o meramente reproduce el régimen que en el mismo TRLPI se establece para el tipo de obras en las que está pensando el legislador de la LGP cuando habla de «creaciones publicitarias», esto es, para las obras audiovisuales? Nos parece que la segunda alternativa es la acertada. Si el legislador ha establecido ya, en el ámbito correspondiente, un sistema o régimen de propiedad intelectual en el que la transmisión al operador económico de los derechos sobre la obra es sencillo (donde no se exige que la cesión de los derechos de explotación sobre la obra se pacte y donde se limitan los derechos morales de los autores); y lo ha hecho para el tipo de obra que, con toda probabilidad, constituyó el modelo del legislador en la LGP (la obra cinematográfica-audiovisual), es lógico pensar que al

⁶⁶ Por el elenco de autores y oficios reconocidos, por el sistema de cesiones presuntas en beneficio del productor, etc. Véase al respecto, ESTEVE PARDO, *op. cit.* pp. 53-55.

⁶⁷ Artículo 23 LGP.

⁶⁸ Artículo 90 TRLPI.

⁶⁹ Aunque la mayoría sean mucho más que meros expositores para la promoción de un producto o servicio: son el lugar de celebración del negocio; y otras muchas carezcan de finalidad comercial.

⁷⁰ Explica GALÁN CORONA esta presunción de cesión, justificada y delimitada por los fines previstos en el contrato, como una suerte de garantía del anunciante frente a la utilización por parte de la agencia de la misma idea publicitaria para promocionar los productos o servicios de la competencia, generando así confusión en el consumidor. Pero advierte, por exigencias del régimen jurídico del derecho de autor, que esta garantía no se aplica a las meras ideas publicitarias, que pueden utilizarse libremente, sino a la manifestación concreta de la idea en la creación publicitaria cuya titularidad se transmite *ope legis*. «El derecho de autor y la publicidad» I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, 1991, tomo II, p. 1057.

establecer la presunción de cesión en el artículo 23.2 LGP no pretendía más que remitirse o reproducir el mismo régimen⁷¹.

¿Qué ocurre entonces cuando la creación publicitaria merece la protección del derecho de autor pero no es una obra audiovisual? Parece, como bien indica el intento de ponderación equilibrada de los intereses en juego que advertimos en el artículo 90 TRLPI, que no tratándose de una obra audiovisual, y dado que entonces no contraría el autor, *ex lege*, con las mismas garantías, que no podría presumirse legalmente la cesión de los derechos por el mero hecho de contratar una creación publicitaria.

Tendríamos, por tanto, que acudir al régimen general del TRLPI, que exige que la cesión de cualquier derecho se pacte expresamente, que dicho pacto se interprete restrictivamente y donde no obstante la transmisión de los derechos patrimoniales sobre la obra, conserva el autor íntegros sus derechos morales⁷².

Luego el mero contrato de creación publicitaria no basta para entender cedidos los derechos sobre el producto al anunciantre. Es preciso que así se pacte y, en ese caso, ¿cuándo se entienden cedidos los derechos, al firmar el contrato o una vez concluida y pagada la obra? Si la finalidad de la cesión legal era evitar que el publicista aprovechara la obra para promocionar a la competencia; si la cesión, que en nuestro caso sería convencional, implica, por tanto, la imposibilidad de reutilizar el trabajo desarrollado (al menos con determinados fines); y si, finalmente, decidimos que los derechos se ceden por el mero contrato, privamos al autor de su mejor defensa (la titularidad de los derechos sobre la obra) frente al cliente que la explota sin haberla pagado y le castigamos, además, a no poder rentabilizar su trabajo utilizándolo, aunque modificado, en otros proyectos. Pero no parece que, con la ley en la mano, podamos defender que la cesión se supedita al pago, luego tendremos que

⁷¹ La correspondencia entre la «creación publicitaria» de la LGP y la obra audiovisual del TRLPI se evidencia también en un dato significativo: en el TRLPI sólo se menciona a la creación publicitaria al regular la obra audiovisual; y se hace, precisamente, para compensar la presunción de cesión legal de derechos al productor de la obra audiovisual con la exigencia de que se determine la remuneración que corresponde al autor *por cada una* de las modalidades de explotación cedidas, aunque no pueda, por lógica, demandar éste una remuneración porcentual o tarifada de acuerdo con el éxito de la obra (*vid. art. 90 TRLPI*). Analiza detenidamente esta cuestión N. PÉREZ DE CASTRO en BERCOVITZ (coord.) *Comentarios...* artículo 90, p. 1301; y en «Las obras publicitarias en el ámbito de la propiedad intelectual. Su específica referencia en el artículo 90», 2, *Pe. i.* 1999, pp. 65 ss.

⁷² Dice, textualmente, el artículo 43 TRLPI: Transmisión inter vivos.-1. Los derechos de explotación de la obra pueden transmitirse por actos inter vivos, quedando limitada la cesión del derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen. 2. La falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años y la del ámbito territorial al país en que se realice la cesión. Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo.

encontrar otros medios de defensa de los intereses del autor que equilibren el sistema⁷³.

Concluimos pues que, si bien algunos sitios web pueden calificarse como bases de datos a efectos de su protección por el derecho de autor, la gran mayoría no podrán ubicarse aquí; y que la condición de creaciones publicitarias de muchos de ellos, aunque no de todos, tampoco resuelve los problemas concernientes a su régimen jurídico dado que el legislador sólo se ha preocupado de la incidencia de las exigencias derivadas de tratarse de una obra creativa, protegida por el derecho de autor, cuando la creación publicitaria es una obra audiovisual.

Puesto que las categorías de obras complejas previstas por el TRLPI no permiten absorber el supuesto de la página web, analizaremos seguidamente si la protección de alguno de los elementos integrantes de la misma es lo suficientemente amplia como para comprender la estructura, la funcionalidad, el *web-site*, en fin, como obra unitaria.

a) Comenzamos por el más socorrido y preferido por la doctrina especializada: la protección de la página web como programa de ordenador.

Como vimos al principio, uno de los elementos integrantes de la página web, y quizás el más relevante si se trata de una muy sofisticada, son las aplicaciones informáticas. Éstas, siempre que sean originales (que no es nada fácil), pueden sin duda protegerse por derecho de autor. Pero no nos referimos ahora a esta posibilidad, sino a la protección de la página, en su totalidad, como si de un programa de ordenador se tratara.

Quienes defienden esta calificación se apoyan en el hecho, que más bien es una consecuencia, del necesario soporte electrónico del sitio web; de que se redacte la página en un lenguaje de programación determinado, conformando su propio y específico código fuente⁷⁴. Basta esta circunstancia o analogía –que también concurre, claro, en cualquier producto que utilice un soporte electrónico, como las bases de datos o los antes referidos productos multimedia– para que les sea aplicable, según dicen, el régimen jurídico contenido en los artículos 95 y siguientes TRLPI, relativos a la protección jurídica de los programas de ordenador⁷⁵.

⁷³ De este tema nos ocuparemos *infra*, apartado 5.2.a).

⁷⁴ Es el código escrito en algún lenguaje de programación, aunque calificar como tal al lenguaje html sea, a juicio de los expertos, excesivo. El código objeto es el mismo código traducido por un compilador en lenguaje binario, único comprensible por la máquina.

⁷⁵ Así lo afirma X. RIBAS, www.onnet.es/01005001.htm; a quien sigue P. A. DE MIGUEL, *op. cit.* p. 211.

A nuestro entender, sin embargo, esta coincidencia con los programas de ordenador es meramente circunstancial, derivada de las exigencias técnicas de un soporte común, que, en ningún caso, debe llevarnos a confundir una obra con otra⁷⁶.

El programa de ordenador, tal y como comúnmente se entiende y considera el legislador en la sección antes citada, es un producto tecnológico, puramente utilitario, sin valor (ni pretensión) estético alguno. Sólo tiene un interés práctico o industrial, aunque de primer orden, consistente en posibilitar que un ordenador realice las más variadas tareas. Su protección por el *copyright* es, como todo el mundo sabe, interesada⁷⁷.

Una página web, por el contrario, cumple una finalidad prioritariamente comunicativa: de opiniones, de información o comercial. Su probable valor estético y, en ese caso, su adecuación al concepto de creación intelectual en el sentido del artículo 10 TRLPI, no puede discutirse.

Y puesto que son cosas distintas, una normativa tan especializada como la relativa a los programas de ordenador no soluciona, en absoluto, la problemática suscitada por las páginas web. Veámoslo.

Como avanzamos, la finalidad principalmente perseguida al incluir en el ámbito de la propiedad intelectual a los programas de ordenador era frenar la piratería. Por eso, porque copiar literalmente un programa apenas cuesta dinero, porque la copia es idéntica al original y porque así se acaba con el mercado propio del producto, prohíbe la ley, incluso al propietario legítimo de una copia material del programa, su libre utilización: no le permite hacer copias, salvo la(s) imprescindible(s) de seguridad (arts. 99 a y 100.2 TRLPI); y no le deja descodificar el programa (descompilar), aunque sea con el único fin de averiguar las ideas subyacentes al mismo⁷⁸. Sólo le

⁷⁶ Como, por cierto, no ha confundido a la doctrina especializada en productos multimedia, especialmente en videojuegos, o en bases de datos (*vid.*, por todos, BOUZÁ LÓPEZ, *op. cit.* pp. 142 ss.; o ESTEVE PARDO, *op. cit.* pp. 35 ss.). Ni al legislador comunitario, que protege específicamente y por separado las bases de datos, la obra audiovisual y los programas de ordenador. Tampoco, parece, los confunde el Registro de la Propiedad Intelectual de Madrid, que distingue los requisitos exigidos para la presentación de las páginas web y de los programas de ordenador (consúltense en www.mec.es).

⁷⁷ En palabras de J. DELGADO ECHEVARRÍA (en BERCOVITZ/*Comentarios...*, Título VII, pp. 1360-1363), la tutela del *software* a través del derecho de autor es la solución pragmática, por la vía rápida e internacionalmente eficaz para proteger las inversiones de las empresas de *software* frente a la piratería: es éste el interés protegido, luego sólo en la medida por él demandada ha de aplicarse el derecho de autor. En términos similares se expresa J. DREXL. Según este autor, la ubicación de la protección de los programas de ordenador en el *copyright* exige que la competencia no se vea perturbada por exigencias de la propiedad intelectual. El *copyright* debe incentivar suficientemente la ingeniería informática pero fomentar, a la vez, la competencia entre los productores. *Vid. What is protected...*, cit. p. 14.

⁷⁸ Puesto que la utilización de la idea subyacente es perfectamente lícita desde la perspectiva del *copyright*, la práctica se ha encargado de superar esta limitación específica del

consiente, y por imperativo de los foros preocupados por el excesivo freno de la competencia que no hacerlo pudiera suponer, averiguar las interfaces del programa para hacerlo compatible con otros programas o con un determinado sistema operativo (art. 100.4-5 TRLPI)⁷⁹.

Pero una vez obtenida la concesión del derecho de exclusiva propio del autor, era inevitable que la industria del *software* tratara de sacarle el máximo provecho intentando, por ejemplo, monopolizar las interfaces del usuario (*user interfaces*) producidas por sus programas⁸⁰.

Las decisiones judiciales que en Estados Unidos o en Alemania se han enfrentado con semejantes pretensiones constituyen, sin embargo, el ejemplo paradigmático de cómo debe realizarse esa matización del derecho de autor en función de aquel interés, legítimo, que motivó la inserción de la protección jurídica de los programas de ordenador en el ámbito de la propiedad intelectual: en definitiva, de cómo deben frenarse las aspiraciones abusivas de los titulares del *copyright*.

Tras una primera etapa enormemente confusa, parece haberse concluido que las *user interfaces* no pueden protegerse como parte del programa de ordenador⁸¹. Que, en su caso, pueden merecer protección independiente como obra plástica, pero no son, en sí mismas, formas de expresión del programa, sino resultados de la programación⁸².

Como magníficamente resalta Risch, en todos los pronunciamientos de los Tribunales norteamericanos (y, añadimos nosotros, también en los continentales) subyace un denominador común: persiguen, aunque a veces de forma errática, evitar que quien obtenga la interfaz más atractiva para el usuario extrangule la competencia en el sector, aprovechándose del coste, muchas veces insuperable,

régimen de los programas de ordenador: basta con que unos infrinjan la ley descompilando el código y que transmitan a otros (que no lo han descompilado) la idea subyacente para que creen un programa gemelo perfectamente legal. Es la práctica del *clean-room* considerada lícita en *Computer Associates Internet Inc. v. Altai Inc.* (23, USPQ 2.nd Cir. 1992, 1241).

⁷⁹ Sobre las razones por las que se admitió esta excepción, *vid.* P. SAMUELSON «Challenges for the World Intellectual Property Org. and the Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights Council in regulating intellectual property rights in the information age», *EIPR* 1999, pp. 578 ss.

⁸⁰ Las *user interfaces* son, básicamente, las partes del programa que el usuario ve y con las que, de alguna forma, interactúa. Incluye tanto los elementos explícitos de la pantalla (como las ventanas, los iconos o los gráficos) como los implícitos (la estructura, secuencia y organización del *display* de pantalla).

⁸¹ Cuenta muy bien esta evolución J. DREXL, en *What is protected...*, cit. pp. 27 ss. y 52 ss. Véanse también A. WIEBE, «User interfaces und Inmaterialgüterrecht—Der Schutz von Benutzeroberflächen in den USA und in der BRD» 39, *GRUR Int* (1990), pp. 30 ss.; y F. A. KOCH «Rechtsschutz für Benutzeroberflächen von Software» 93, *GRUR* (1991), pp. 183 ss.

⁸² Así, dos programas absolutamente distintos pueden producir un diseño de pantalla muy similar y, al revés, puede copiarse un determinado diseño de pantalla para un programa de ordenador sustancialmente distinto.

que supondría para el competidor lograr que el usuario se familiarizase con otra interfaz. Para ello admiten la «reutilización» (léase «copia») de determinados elementos informáticos, como es el caso del diseño de pantalla, siempre que el competidor no se limite a realizar una copia servil del programa, esto es, siempre que cree, a pesar de copiar determinados elementos, otro producto novedoso e interesante para el usuario⁸³.

Pues bien, y volviendo a nuestras páginas web, ¿tendría alguna justificación, en términos de disminución del (potencial) mercado del afectado, que prohibiéramos a un internauta hacer una copia de nuestra página? ¿E impedirle la averiguación del código? ⁸⁴ Pero lo que nos parece más trascendente, ¿puede sostenerse que en una página web el diseño de pantalla es accidental, que no es el principal objeto merecedor de protección? Evidentemente, no.

Adviértase además que por esta vía, al protegerse el código de la página, sólo tendríamos defensa frente a la copia idéntica, nada más. Y esa no la realizan ni los particulares novatos⁸⁵. Menos aún la competencia, pues le basta con alterar el código para copiar básicamente la estructura, funcionalidad y apariencia de una página web sin lesionar los derechos del titular del «programa».

⁸³ Vid. su trabajo en XVII, *Journal Computer & Information Law* (1999), pp. 511 ss. Ilustran las ideas expuestas los casos *Lotus Developmente Corp. v. Paperback Software Int.* (740 F.Supp. 37 Dmass. 1990) y *Apple Computer Inc. v. Microsoft Corporation* (III) (799 F. Supp. 1006 NDCal. 1992). En el primero, donde se debatía si la copia de parte del menú de comandos por parte del demandado constituyía una infracción, se denegó parcialmente la pretensión alegando que los comandos obvios (que lo son, hoy, gracias al uso generalizado del programa de Lotus) pertenecen a la idea subyacente al programa. El segundo caso resolvió la copia, por todos conocida, del sistema de ventanas de Apple por el programa Windows de Microsoft. Y lo hace rechazando la pretensión del demandante amparándose en el mismo subterfugio teórico (el uso de ventanas e iconos que permiten abrir y cerrar documentos es algo que pertenece a la idea del programa) pero reconociendo, explícitamente, que el verdadero fundamento está en la necesidad de fomentar la competencia. Afirma el ponente que una vez que el programa está en el mercado es un bien público del que pueden aprovecharse los competidores siempre que no desplacen al pionero del mercado. Continúa advirtiendo que es esta la forma como ha de limitarse el derecho de propiedad concedido al demandante, ya que de lo contrario Apple excluiría la competencia en el sistema más eficiente y simpático para el usuario. Otro ejemplo de cómo ha de permitirse la copia de elementos si con ello se promueve la competencia es, a juicio de Risch, el caso de los «Object Oriented Programs» (OOP). Se trata de pequeñas unidades de programación, habitualmente contenidas en un programa base, destinadas a realizar tareas determinadas (entre otras, las animaciones de una página web, los cálculos matemáticos, etc. Son OOP los elementos de Active X que antes mencionamos). Pues bien, en la práctica, estos OOP se copian sin oposición y se distribuyen gratuitamente. Lo importante para la industria de *software* es proteger el programa base, y con este empeño utilizan las aplicaciones como meros reclamos. Así lo evidencia el caso *Sun Microsystem, Inc. v. Microsoft Corp.* (21 F. Supp. 2d 1409 ND Cal-1998): en la demanda no se alegaba la copia por el demandado de sus componentes en java, sino que la aplicación de Microsoft era inexacta, imprecisa, que lesionaba de esta forma su reputación en el mercado.

⁸⁴ Por cierto, recuérdese que basta para obtenerlo pulsar un comando en cualquier navegador.

⁸⁵ Vid. *supra* apartado III.

b) Puesto que lo esencial en una página web es su apariencia, su manifestación externa ¿podemos protegerla globalmente a través de la normativa sobre diseño industrial?

No tendríamos problemas de compatibilidad entre la normativa sobre propiedad intelectual e industrial⁸⁶, pero sí de otra índole:

Para empezar por el que más preocupa en la práctica, este tipo de protección es costosa y lenta.

Puede, además, resultar inviable cuando, como es frecuente que suceda, se haya incluido en el diseño de la página el nombre comercial, logotipo o marca del cliente, constando éstos a su vez registrados en las oficinas públicas pertinentes.

Pero el mayor obstáculo reside en que no logra proteger el dinamismo, la funcionalidad, la estructura interna del sitio web: sólo conseguiríamos por esta vía proteger el diseño, estático, de cada una de las páginas que lo integran.

Concluimos, pues, que nuestro sistema jurídico actual, que reconoce la susceptibilidad de protección por la vía del derecho de autor de estas obras (art. 10.1 TRLPI) no permite, en cambio, su ubicación como obra compleja que es en ninguna de las categorías tipificadas.

Sería conveniente, por tanto, añadir otra categoría que cubriera esta laguna, posibilitando así la protección de la página web en su conjunto. G. Schricker propuso en su día, y con el fin de proteger las campañas publicitarias (y a los publicistas, claro) frente a las mismas actuaciones, de los clientes y de la competencia, que aquí nos preocupan, añadir al elenco de obras susceptibles de protección por el derecho de autor la «obra compleja *sui generis*»⁸⁷. En ella encajaría sin esfuerzo la página web. La principal crítica que podríamos recibir sería que semejante categoría carece de reconocimiento universal pero, a nuestro juicio, no sería una razón suficiente para no mejorar nuestra normativa interna⁸⁸.

Si no contaramos con suficientes adeptos entendemos que, en último término, debería forzarse la interpretación del objeto de la protección por el derecho de autor para absorber otro tipo de crea-

⁸⁶ Se protegería como obra plástica aplicada, ex artículo 10.1. e TRLPI y como dibujo industrial ex arts. 182 ss. Estatuto Propiedad Industrial (Real Orden de 30 de abril 1930). *Vid.* R. BERCOVITZ, en BERCOVITZ (coord.)/Comentarios..., artículo 10.1.e; y M. Zambrini, «La protección jurídica del diseño industrial mediante la propiedad intelectual en los últimos pronunciamientos jurisprudenciales», *Pe.i.* 1999, pp. 95 ss.

⁸⁷ En «Copyright protection for advertising ideas, concepts and campaigns under German law», 28, *IIC* (4/1997), pp. 477 ss.

⁸⁸ Menos aún cuando se trata, como aquí ocurre, de definir el régimen jurídico supletorio regulador de las relaciones entre *web-master* y cliente.

ción intelectual individual: la que resulta de la interacción de los elementos de distintas categorías de obras, interpretación que nos permitiría ubicar a los productos multimedia y, también, a las páginas web⁸⁹.

¿Es, además, necesaria alguna otra modificación de nuestra normativa sobre propiedad intelectual para decidir a quién pertenece la página web? De ello nos ocupamos inmediatamente.

4.4 El problema de la autoría de un sitio web

Conviene comenzar este punto haciendo un poco de historia. Como probablemente sepa el lector, el sistema del *common law* justifica los derechos del autor como «recompensa» por la contribución del mismo al incremento del acervo cultural comunitario. Al sistema continental de derechos de autor, en cambio, le basta la personalidad del autor para atribuirle, en la medida en que es una emanación de su intelecto, un derecho de propiedad absoluto (aunque inmaterial) sobre su creación. Consecuentes con su respectivo fundamento, el *copyright* reconoce al autor, únicamente, derechos patrimoniales; y el derecho de autor, también, derechos morales sobre su obra⁹⁰.

Cierto es que las posiciones, máxime tras la firma del Convenio de Berna por los Estados Unidos, se han aproximado: Estados Unidos reconoce ahora a algunos artistas plásticos los derechos de paternidad e integridad de su obra, pero no a todos⁹¹. La mayoría de las pretensiones de orden moral de los autores sólo prosperarán, por tanto, si se encuentran reconocidas en alguna ley estatal o, con mayores probabilidades de éxito, si puede calificarse la actuación del infractor como un *tort of defamation* (luego no por *copyright*)⁹².

Y que el sistema de derecho de autor, cuando ha necesitado proteger especialmente el esfuerzo o el dinero invertido en la realización de algún tipo de obra que no mereciera el calificativo de «creación

⁸⁹ Interpretación que, para aquéllos, propuso DREIER en «Adjustment of copyright law to the requirements of the information society», 29 *IIC* (6/1988), pp. 623 ss. y que, en definitiva, supone trasladar el supuesto de la obra colectiva del ámbito subjetivo al objetivo.

⁹⁰ Sintetiza la filosofía subyacente a ambos sistemas jurídicos J. DREXL, 15, *IIC Studies* (1994), pp. 2 ss.

⁹¹ Sólo a aquellos cuya obra se plasme en un único soporte material o en un número limitado (máximo 200) y numerado de ellos. *Vid. The Visual Artists Rights Act (HR Rep. Núms. 101-514, 101.st Cong., 2d Sess. 14 1990).* Sobre la misma, J. GINSBURG, «Copyright in the 101.st Congress: commentary on the Visual Artists Rights Act and the Architectural Works Copyright Protection Act of 1990», 152, *RIDA* (1992), pp. 111 ss.

⁹² De momento, advierte SAMUELSON (*EIPR* 1999, p. 580), ni la industria editorial ni Hollywood están dispuestos a permitir que se reconozcan derechos morales a los escritores o a los artistas.

intelectual», ha recurrido a los llamados «derechos conexos» al derecho de autor donde, por definición, no caben los derechos morales⁹³.

No creemos, en cambio, que la regulación dentro de la propiedad intelectual de la protección de los programas de ordenador constituya una aproximación entre ambos sistemas. Si da esa impresión no es tanto porque se haya impuesto internacionalmente el sistema del *copyright*, cuanto por la peculiaridad del producto protegido. Puesto que, como vimos, el carácter o valor utilitario es, en realidad, el único mérito del producto, resultará extralimitada toda pretensión que, basadas en el derecho moral del autor del programa, pretenda dificultar las posibilidades de explotación del mismo⁹⁴.

Pues bien, si el *copyright* tiene, todavía, un contenido meramente patrimonial, es jurídicamente factible imputar legalmente la autoría a una persona jurídica: al empresario en el caso de creaciones realizadas por asalariados en el marco de su trabajo; y, también, al comitente de una obra; además, claro, de poderse ceder convencionalmente⁹⁵.

En el derecho de autor, en cambio, una imputación semejante sería una aberración; y una cesión de la autoría, inadmisible. En estos sistemas, el único autor posible es el creador (persona física) de la obra, y lo más que se puede ceder o imputar son los derechos patrimoniales sobre la obra.

Luego autores, en nuestro sistema jurídico, sólo pueden serlo los individuos, quienes pueden, obviamente, crear una obra de forma autónoma (autor individual del art. 5 TRLPI) o colaborar entre varios para su consecución.

Esta colaboración puede ser vertical (es el caso de las adaptaciones) u horizontal y, dentro de ésta, caben todos los posibles grados de concurrencia (desde la aportación absolutamente distingible y susceptible de explotación aislada hasta la creación *ex profeso* para su integración en una obra común, insusceptible, pues, de explotación separada). Todos ellos, coincidimos con A. Carrasco,

⁹³ Sumamente crítico con la expansión de estos «derechos conexos» en detrimento de una sana competencia se muestra P. PORTELLANO DÍEZ, *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Madrid 1995, pp. 156 ss.

⁹⁴ Para que no quiera duda de ello, y puesto que nuestro texto legal por coherencia con el sistema no puede negar al programador sus derechos morales, limita enormemente su eficacia. Permite al usuario transformar el programa para adaptarlo a sus necesidades y realizar versiones sucesivas o programas derivados (arts. 100.1 y 4 TRLPI); y, en opinión mayoritaria (por todos, J. DELGADO EN BERCOVITZ/*Comentarios...*, art. 95, pp. 1381-3), favorece también la atribución de la autoría de un programa a una persona jurídica para privar así de derechos morales al concreto autor del mismo. ¿Es este el interés latente en la calificación de una página web como programa de ordenador?

⁹⁵ *Vid. Secc 201(B) Copyright Act.*

los absorbe el ámbito del artículo 7 TRLPI, regulador de la obra en colaboración⁹⁶.

El tránsito de dicha obra en colaboración del artículo 7 a la obra colectiva del artículo 8 TRLPI no lo marca, pues, la susceptibilidad de una explotación independiente de las aportaciones⁹⁷, sino la decisiva intervención de un coordinador en la obra colectiva que decide cómo y en qué medida se integran las distintas aportaciones para dar como resultado la obra final. Todavía más: sólo cuando esa labor de coordinación y decisión sea, a su vez, creativa, habrá nacido un nuevo objeto de protección, distinto de las particulares aportaciones de los intervenientes que pueden, o no, ser susceptibles de protección por el derecho de autor, que la Ley denomina «obra colectiva» y que es una unidad creada por quien ejerce las mencionadas funciones de coordinación.

Si, como sostengamos, para que nazca la obra colectiva del artículo 8 TRLPI dichas tareas de coordinación han de ser creativas⁹⁸, el único titular de la autoría sobre el conjunto puede ser el individuo (persona física) que las realiza. La mención en el párrafo primero del artículo 8 TRLPI de la persona jurídica junto con la física obedece, a nuestro juicio, a que enumera otras circunstancias que suelen concurrir en la elaboración de una obra colectiva y pueden atribuirse a una persona jurídica: la iniciativa en la elaboración de la obra y la edición y divulgación bajo su nombre. Estas circunstancias, entendemos, no son características que diferencien una obra colectiva de otra obra en colaboración o unisubjetiva: son comunes a toda obra realizada por encargo y no bastan, por sí solas, para atribuir la titularidad sobre la obra resultante al comitente⁹⁹.

El párrafo segundo del artículo 8 TRLPI apoya esta interpretación: lo que corresponde a la persona que edita y divulga la obra bajo su nombre no es la autoría, son los *derechos sobre la obra*, y siempre que otra cosa no se pacte. Luego lo que establece el legislador es una presunción de cesión de los únicos derechos que sobre la obra unitaria pueden cederse (los patrimoniales), por parte de la persona física que la ha compuesto y en a favor de quien la edita o

⁹⁶ Vid. BERCOVITZ (coord.)/*Comentarios...*, artículo 7, pp. 125, 127-8 y 134.

⁹⁷ Puesto que el apartado tercero del artículo 7 TRLPI establece que, a reserva de lo pactado entre los coautores de la obra en colaboración, éstos podrán explotar separadamente sus aportaciones, salvo que causen perjuicio a la explotación común.

⁹⁸ Seguimos pues a A. CARRASCO, *op. cit., supra*; y a J. M. MIQUEL, BERCOVITZ (coord.)/*Comentarios...*, 1.^a edición, artículo 8, p. 121.

⁹⁹ Distinta será la respuesta, ya lo advertimos, en el sistema norteamericano. Ahora bien, tanto en aquél como en el nuestro, si el comitente interviene *creativamente* en la elaboración de la página web será coautor o incluso autor único de la misma (si acude a un experto únicamente para que traduzca su creación al lenguaje informático), aunque no sea el caso más frecuente.

divulga (que, además, suele coincidir con quien tuvo la iniciativa de realizar la obra).

Ahora bien, el texto es claro al señalar como hito decisivo para la cesión, presunta de esos derechos, la «edición y divulgación de la obra». ¿Es que antes no hay obra colectiva susceptible de protegerse? Creemos que nada en nuestra Ley permite afirmar tal cosa. La obra nace, como objeto de protección autónomo, en el momento en el que el coordinador plasma, exterioriza, el resultado de su trabajo de creación y coordinación, ya sea de forma transitoria (como es el esquema o mapa del documento que elabora nuestro Arquitecto de la Información o, como hemos preferido denominarle, *web-master*), ya de forma definitiva. Los derechos sobre la misma le pertenecen desde ese mismo momento en el que exterioriza su creación hasta que se divulgue la obra bajo el nombre de otro; salvo, claro está, que otra cosa se pacte o que nos encontremos ante otros supuestos de cesión *ope legis* de los derechos del autor a un tercero¹⁰⁰.

¿Cuáles son esos otros supuestos de cesión *ope legis* de derechos de autor a un tercero que, por hipótesis, no ha intervenido creativamente en la realización de la obra?

Las obras creadas por asalariados en el curso de su trabajo (art. 51 del TRLPI) y las obras audiovisuales, donde se presume la cesión de los derechos al productor (art. 88 TRLPI). Ni uno ni otro serán, en la práctica totalidad de los casos, aplicables cuando la obra sea una página web¹⁰¹.

¿Y los programas de ordenador? El artículo 97.I TRLPI dice:
 «1. Será considerado autor del programa de ordenador la persona o grupo de personas naturales que lo hayan creado, o la persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta Ley.» Inmediatamente después, recoge las distintas formas de participación (obra colectiva, en colaboración, creada por un trabajador asalariado) para repe-

¹⁰⁰ Debemos advertir que la nuestra es una interpretación muy particular del artículo 8 TRLPI. La mayoría de la doctrina entiende, por el contrario, que la obra colectiva no nace hasta que no se divulgue, porque hasta entonces no está determinado de forma definitiva el objeto de protección (así, por todos, A. CARRASCO, en BERCOVITZ (coord.)/*Comentarios...*, art. 8, pp. 150-1). Pero tampoco lo está en el caso de los ensayos, bocetos o proyectos o maquetas, y no por ello dejan de protegerse [*vid.* art. 10. 1. e) y f)].

¹⁰¹ Porque, como vimos, no puede calificarse como obra audiovisual y el elenco de intervintes-autores establecido por el legislador no coincide con los intervintes en la elaboración de una página web; y porque, como también ocurre en la industria informática, aunque aquí en mayor medida, los *web-masters* no suelen trabajar de forma dependiente, ajustándose a una jerarquía ni bajo nómina. Suelen trabajar de forma independiente y facturar por horas de trabajo y, en la mayoría de los casos, no están interesados por los seguros sociales. Describe muy bien estas peculiares relaciones R. DEL GALLO, «Who owns your web-site? The ultimate question when a hiring party has a falling-out with the web designer», 4, *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, vol. XVI (1998), pp. 871 ss.

tir aquí lo ya establecido en el régimen general (arts. 8, 7 y 51 TRLPI). La interpretación literal del primer párrafo, que admite la atribución legal de la autoría sobre un programa a una persona jurídica ha sido, con razón, duramente criticado por la doctrina, que concluye que se trata de una mala transposición de la Directiva y que su significado es obvio: se limita a reconocer que en la elaboración de un programa caben todos los regímenes de autoría (individual, común y del coordinador), remitiéndose al régimen general¹⁰².

En conclusión, y puesto que las cesiones legales de derechos sobre la obra sólo operan en los casos vistos y sólo el de la obra colectiva puede ajustarse al supuesto que aquí estudiamos, podemos afirmar que si la página web fuera una obra colectiva, mientras no se «editara» y divulgara bajo nombre de otro, y aun en este caso siempre que otra cosa no se haya pactado, el *web-master* conserva la titularidad de todos los derechos sobre la obra.

Dicho de otra forma, sólo operará una presunción de cesión legal de la titularidad de los derechos sobre la página web a quien la divulgue bajo su nombre cuando la misma sea una obra plurisubjetiva en la que el coordinador desempeñe una tarea creativa¹⁰³ y, efectivamente, ya se haya instalado en la red bajo nombre de otro¹⁰⁴.

En todos los demás casos, el comitente sólo será titular de los derechos que el autor convencionalmente le transmita, debiéndose pactar la cesión expresamente y delimitarse claramente los derechos cedidos¹⁰⁵.

Los derechos cedidos, sobra decirlo, sólo pueden ser los de contenido patrimonial. ¿Sería válido un pacto por el que, con motivo de la cesión de los derechos de explotación, renunciara el autor a sus derechos morales? De este y otros temas nos ocupamos seguidamente.

V. PROPUESTAS PARA SOLUCIONAR LOS PROBLEMAS MÁS FRECUENTES ENTRE WEB-MASTERS Y CLIENTES

Podemos concluir, después del estudio hasta el momento realizado, que un *web-site* es una obra de carácter utilitario que, proba-

¹⁰² *Vid.*, por todos, A. CARRASCO, en BERCOVITZ (coord.)/Comentarios..., artículo 5, p. 109; y J. DELGADO, en la misma obra, artículo 97, pp. 1435-8.

¹⁰³ En otro caso será una obra en colaboración y los derechos sobre el conjunto pertenecerán a todos en la medida en que se pacte, aunque es este un supuesto realmente improbable en la práctica de la elaboración de páginas web.

¹⁰⁴ Obsérvese que hablamos de instalación en la red como término equivalente a la «edición» del artículo 8 TRLPI, pensado para un entorno analógico. Esta sería, a nuestro juicio, la única matización que habría que hacer en este ámbito al TRLPI para adaptarlo a las nuevas formas de creación; matización que, por otra parte, puede lograrse con una interpretación actualizada del precepto.

¹⁰⁵ *Vid.* artículo 43 TRLPI antes reproducido.

blemente, también tenga un interés estético o creativo. Se trata, por tanto, de obras susceptibles de ser protegidas por el derecho de autor aunque, como hemos visto, este conjunto normativo no las contemple expresamente y fueran deseables ciertas matizaciones para que dicha protección no pudiera ser contestada.

Siendo esto así, la relación obligatoria surgida entre el *web-master* y su cliente como consecuencia del encargo de la obra, que de otra forma estaría regida exclusivamente por las normas relativas al contrato de obra, se verá sustancialmente modulada por las exigencias, imperativas en su mayoría, del derecho de autor.

Veámoslo analizando los distintos problemas-tipo:

5.1 Incidencias durante la elaboración de la página web. El desistimiento unilateral

¿Puede el comitente de una página web desistir unilateralmente de la elaboración de la misma? Sin duda. La cualificación de la obra como creativa no demanda la supresión de este derecho que el artículo 1594 CC concede a todo comitente¹⁰⁶, aunque probablemente sí condicione, como inmediatamente veremos, la liquidación de la relación obligatoria.

Afirmado el derecho al desistimiento del comitente, dos son las cuestiones que debemos solucionar: quién, de las dos partes en conflicto, decide la atribución de la obra inconclusa y, segundo, cuál ha de ser el alcance de la indemnización a pagar por el comitente que desiste.

La primera cuestión planteada no admite una solución genérica puesto que depende de quién sea el titular dominical de la obra pendiente de conclusión. Es este un tema de lo más complejo y debatiendo, no siendo éste, claro, el lugar oportuno para analizarlo con detalle. Sí precisamos, con todo, apuntar nuestra opinión al respecto si queremos continuar nuestro estudio.

Pues bien, de todos es sabido que nuestro Código civil, al regular el contrato de obra, no aclara a quién le pertenece la obra en proceso de elaboración ni cuándo, en consecuencia, adquiere el comitente el dominio sobre el resultado prometido. Y no lo hace porque es un tema que ya ha resuelto antes, o porque al regular unitariamente contratos de obra tan heterogéneos (de construcción inmobiliaria sobre fundo ajeno o propio; de construcción mobilia-

¹⁰⁶ Artículo 1594 CC: «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.»

ria con materiales propios o ajenos) no podía dar una respuesta genérica, o por ambas causas.

Lo cierto es que esta carencia de regulación específica ha dado pie a las más variadas tesis doctrinales. Algún autor defiende así que la propiedad de la obra pertenece al comitente desde la celebración del contrato, que se transmite con el mero consentimiento¹⁰⁷. Algún otro defiende todo lo contrario: que la propiedad de la *res nova* que constituye la obra pertenece en todo caso al contratista hasta que la entrega al comitente¹⁰⁸.

La mayoría es partidaria de la tesis dualista, es decir, de distinguir supuestos. Considera así que en un ordenamiento jurídico como el nuestro, que sigue la teoría del título y el modo en orden a la transmisión del dominio y que, también en términos generales, acoge la máxima *res perit domino*, no puede bastar el mero contrato para transmitir el dominio sobre la obra en proceso de elaboración; que es necesaria además la *traditio* o entrega del resultado prometido; solución esta coherente, por otra parte, con el hecho de que sea el contratista quien soporte el riesgo por la pérdida fortuita de la obra mientras no se haya entregado (arts. 1589-1590 CC)¹⁰⁹. Matizan, eso sí, la conclusión antes reproducida, cuando se trate de una construcción inmobiliaria en fundo ajeno, pues sostienen que sin duda la propiedad corresponde al comitente¹¹⁰, bien por aplicación de las reglas sobre la accesión¹¹¹, bien porque en tal caso lo

¹⁰⁷ SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid 1978, pp. 180 ss.

¹⁰⁸ J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *Las garantías del contratista de inmuebles*, Jaén 1995, pp. 73 ss.

¹⁰⁹ ¿Por qué entonces se imputan al comprador los riesgos de la cosa comprada y todavía no entregada (art. 1182 CC)? A nuestro juicio, porque el contrato típico de compraventa tiene por objeto una cosa acabada, susceptible ya de producir unos frutos y utilidades que, para equilibrar la posición de las partes, el legislador atribuye al comprador (arts. 1095 y 1186 CC, que comprende también la utilidad en cambio de la cosa, esto es, no sólo el *commodum ex re*, también el *commodum ex negotiatione*). Sobre el particular, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 1737-8).

Si la cosa no existiera al tiempo de la venta (compraventa de cosa futura), el sistema ha de ser, en justa reciprocidad, distinto: puesto que el comprador no disfruta, todavía, la cosa, tampoco soporta el riesgo. Como puede verse, la lógica en este último caso es la misma que inspira la regulación del contrato de obra. Sobre este tema, *vid.* especialmente las obras de ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, 1972, p. 202; y C. ROGEL VIDE, *La compraventa de cosa futura*, 1975, pp. 147 ss.

¹¹⁰ *Vid.*, por ejemplo, C. DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, II, 1959, p. 325; A. CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi y accesión*, 1986, p. 209; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, tomo XX, vol. 2.^o, artículos 1588-1600 CC; BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, pp. 190-214; LACRUZ/RIVERO, *Elementos de Derecho civil* II, vol. 2.^o, 1999, pp. 188-9; P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1199

¹¹¹ Por todos, SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, p. 1199.

único que tiene el constructor es un derecho de crédito, que no una titularidad dominical que luego transmita al comitente¹¹².

¿Y si lo construido *ex novo* es un bien mueble (nuestra página web)? Si los materiales los aporta el contratista (*web-master*), nadie duda su titularidad dominical sobre la obra¹¹³. Las dudas surgen cuando los materiales los aporta el comitente o cuando los aportan ambos. En estos casos se ha sugerido que la propiedad material de la obra pertenece, por analogía con el régimen de la especificación¹¹⁴ al comitente y, en la segunda hipótesis, en proindiviso a ambos¹¹⁵. Y son verdaderamente excepcionales los autores que, de afirmarse la titularidad dominical del comitente, están dispuestos a reconocer, al menos, al contratista el derecho de retención del artículo 1600 CC¹¹⁶. Creemos que esta conclusión debe revisarse.

Dice la mayoría, y estamos de acuerdo, que la respuesta a la pregunta sobre la titularidad dominical hay que buscarla en el régimen de distribución de riesgos: que el contrato de obra no excepciona el principio *res perit domino*. Siendo esto cierto, aquel que soporte el riesgo por la pérdida fortuita de la cosa es su propietario y éste es, a tenor de los artículos 1589 y 1590 CC, el contratista que todavía no haya entregado la obra.

Pero continúa, y es aquí donde discrepamos, negando esta conclusión cuando los materiales los aporta, total o parcialmente, el

¹¹² L. DÍEZ-PICAZO, «Posesión y contrato de obra», *Estudios Homenaje Prof. Batlle Vázquez*, 1978, pp. 247-8.

¹¹³ De otra forma tendrían que conceder al contratista que no ha cobrado el derecho de retención del artículo 1600 CC, y no lo hacen: entienden que puede defenderse en este caso con la *exceptio inadimplenti contractus*. Así, R. DE ÁNGEL, *Los créditos derivados del contrato de obra*, 1977, pp. 124-126; DÍEZ PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, I, p. 713; o LACRUZ/RIVERO, *Elementos...*, cit., p. 205.

¹¹⁴ Artículo 383 CC: «El que de buena fe empleó materia ajena en todo o en parte para formar una obra de nueva especie, hará suya la obra, indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta.

Si ésta es más preciosa que la obra en que se empleó o superior en valor, el dueño de ella podrá, a su elección, quedarse con la nueva especie, previa indemnización del valor de la obra, o pedir indemnización de la materia.

Si en la formación de la nueva especie intervino mala fe, el dueño de la materia tiene el derecho de quedarse con la obra sin pagar nada al autor, o de exigir de éste que le indemnice el valor de la materia y los perjuicios que se le hayan seguido.»

¹¹⁵ RUIZ-RICO RUIZ, *Las garantías...*, p. 157, nota 1; y M. J. MONFORT FERRERO, «Adquisición de la propiedad en el contrato de obra y restitución de las prestaciones», 5, *Revista de Derecho Patrimonial* (2000), p. 124.

¹¹⁶ Reservan esta defensa, exclusivamente, para el contratista que repara una cosa ajena, R. DE ÁNGEL, *Los créditos...*, pp. 124, 131-132; ALBACAR, *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo V, 1991, p. 1284; o SALVADOR CODERCH, *Comentarios...*, p. 1211. Se la ofrece también al contratista *ex novo* de un bien mueble con materiales del comitente, LACRUZ/RIVERO, *Elementos...*, cit., p. 205. Más dudosa es la postura de Díez-Picazo, que en «Posesión y contrato de obra» (p. 246) parece concederla, pero que en las obras conjuntas con Gullón (*Sistema de Derecho civil*, II, p. 425; *Instituciones...*, cit., p. 713) sólo menciona la *exceptio* como defensa.

comitente. Entendemos que la cuestión podría discutirse cuando el autor incorporara los materiales del comitente de forma indisoluble a la obra, esto es, cuando estuviéramos ante un supuesto de hecho sustancialmente idéntico al contemplado por el artículo 383 CC¹¹⁷. No, sostenemos, cuando el comitente puede recuperar, tras desistir el contrato, sus materiales incólumes, como particularmente es el caso de las páginas web. Aquí no vemos justificación alguna para apartarnos del régimen general, negándole al contratista-autor las defensas propias del dueño y, además, por tratarse de una obra nueva, arriesgarnos a que se le niegue también el derecho de retención del artículo 1600 CC¹¹⁸.

Si nuestra conclusión es correcta, es el *web-master*, cuyo interés hay que satisfacer para poder desistir del contrato, quien decide si le interesa retener la parte ya elaborada. No podrá entonces el comitente exigir la entrega de lo ya realizado, pero desde luego deberían poder negociarlo. Es esta negociación la que se va a ver perturbada, en perjuicio del comitente, sí, pero también del contratista-autor, cuando la obra sea una «creación intelectual».

En éste, que es nuestro caso, las partes no pueden negociar libremente la adjudicación de la obra parcialmente elaborada porque el autor no puede garantizar de ningún modo al comitente que no ejercitará sus derechos morales para impedirle o dificultarle la utilización de la mencionada parte¹¹⁹. Ciento es que si libremente pacta la transmisión de la obra inconclusa (que debe, pues, terminarse por otro), renunciando a la autoría o al derecho de integridad de la obra, y encima lo hace a cambio de precio, su posterior ejercicio de los mencionados derechos morales será juzgado, con toda probabilidad, abusivo (*ex art. 7 CC*); pero garantía de que así vaya a ser no hay ninguna y esta incertidumbre se refleja, obviamente, en el precio que el comitente va a estar dispuesto a pagar por la parte de la página ya elaborada.

¿*Quid* si la propiedad intelectual sobre la obra ya fue transmitida en el contrato? No está de más hacernos esta pregunta dado que la obra que nos ocupa se manifiesta en un ejemplar único en el que convergen, por tanto, la propiedad material e inmaterial. ¿Puede en este caso exigir el comitente la entrega o impedir al *web-master* la

¹¹⁷ Y aun en ese caso la tesis no sería pacífica porque la propiedad dependería de un juicio, relativo, sobre el mayor valor de la obra o de los materiales.

¹¹⁸ Dicho de otra forma: de sostenerse que la obra pertenece al comitente por haber aportado los materiales, debe concedérsele al contratista que elabora *ex novo* la página el derecho de retención establecido en beneficio del que repara un bien ajeno, pues la indefensión que el citado derecho quiere solucionar la padece igualmente el contratista de nuestro ejemplo.

¹¹⁹ Sobre la irrenunciabilidad de los derechos morales y el carácter imperativo de la norma que la sanciona nos ocuparemos luego.

reutilización de la obra inconclusa (sin los materiales que el comitente haya aportado, se entiende) alegando que es él, por el contrato, el titular de los derechos de autor sobre esa parte de la obra? Nos parece que no, y por varias razones:

Primero, porque los derechos que se transmiten en el contrato, salvo que otra cosa se pacte, serán derechos sobre la obra terminada, luego una pretensión como la enunciada chocaría frontalmente con el artículo 43 TRLPI.¹²⁰

Segundo, y por si se hubiera pactado una transmisión fraccionada de los derechos a medida que se fueran culminando las distintas fases de elaboración, porque no parece admisible que quien pretende desvincularse de una relación jurídica desistiendo del contrato, quiera no obstante hacer valer alguno de los derechos que dicho contrato por él desistido le reconocía.

Y, tercero, porque el *web-master* siempre puede oponerse a una pretensión semejante ejercitando sus (intransmisibles) derechos morales; en particular, su derecho a decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma (art. 14.1. TRLPI).¹²¹

La segunda cuestión que nos interesaba estudiar en caso de desistimiento del comitente era el alcance de la indemnización debida al contratista.

El artículo 1594 CC dice textualmente que la indemnización cubre «todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella (de la obra)». Cubre, por tanto, el interés del contratista en el cumplimiento del contrato: el valor económico que, gracias a la culminación y entrega de la obra, habría obtenido.¹²² Puesto que, por hipótesis, la obra no se ha terminado cuando el comitente desiste, parece claro que debe descontarse de la indemnización todo gasto que, de haberla terminado, tendría que haber desembolsado el contratista y que, de esta forma, se ha ahorrado.¹²³

¹²⁰ *Vid. supra*, nota 73.

¹²¹ Este último argumento, así como el primero, son también oponibles al (ulterior) cesionario de los derechos de autor sobre la obra.

¹²² Valor que, de ordinario, superará el interés negativo, porque no será el contratista quien haya realizado un mal negocio. Si este fuera el caso, si los gastos superaran la utilidad que el cumplimiento del contrato habría de reportarle, el resarcimiento debe limitarse al importe del interés negativo. Sobre estos temas, *vid.* F. PANTALEÓN PRIETO, «Resolución por incumplimiento e indemnización», *Anuario de Derecho civil*, 1989, pp. 1143 ss., y A. SOLER PRESAS, *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Madrid, 1997, pp. 82-86. Que ésta es también la medida del resarcimiento en caso de desistimiento del comitente en el contrato de obra, lo demuestran las SSTS de 10 de marzo de 1979; 15 de diciembre de 1981; o de 13 de mayo de 1983.

¹²³ Porque de haberse cumplido el contrato habría constituido también un concepto o partida a restar del beneficio (neto) que la obra le habría reportado. Duda, sin embargo, sobre la procedencia de esta deducción, incomprensiblemente a nuestro juicio, SALVADOR CODERCH, en *Comentarios...*, p.1204.

¿Puede solicitar el comitente que se descuento de la indemnización lo que el *web-master* haya obtenido gracias a una utilización alternativa de los recursos en principio destinados a la elaboración de su página? Una respuesta fundada a este interrogante exige conjugar la carga de mitigación que a todo acreedor de una indemnización incumbe con la exclusión, en nuestro ordenamiento, del criterio de la *compensatio lucri cum damno*¹²⁴; lo que, a su vez, nos obliga a deslindar hipótesis:

– El *web-master* que solicita la indemnización de su interés de cumplimiento está, como decimos, obligado a mitigar el daño que el desistimiento le haya podido ocasionar. Esta carga de mitigación no le obliga a un comportamiento que exceda el típico del contratista medio, pero sí, desde luego, al propio de éste. Y un contratista diligente no desaprovecha la obra realizada confiando en que (hipotéticamente) le será pagada en un futuro, ni mantiene inactivos los recursos inicialmente destinados a un proyecto ya frustrado cuando puede rentabilizarlos de otro modo. Por ello, lo que gracias a este comportamiento razonable¹²⁵, pudiera haber obtenido el *web-master* puede, de solicitarlo el comitente, descontarse de la indemnización, tanto si efectivamente se ha obtenido como si no¹²⁶.

– No está obligado el *web-master*, por exclusión, a comportarse más eficazmente que la media en su sector de actividad. No hay, por tanto, motivo alguno que justifique que el beneficio que pudiera haber obtenido el contratista gracias a un comportamiento extremadamente eficiente o a un magnífico negocio se desplace de un patrimonio a otro mediante su deducción del importe de la indemnización que corresponda a los (otros) daños que no pudieran haberse razonablemente evitado¹²⁷.

¹²⁴ Este deslinde se estudia con detenimiento en A. SOLER, *La valoración del daño...*, cit., pp. 61 ss.; especialmente 71-72.

¹²⁵ Qué sea razonable en el caso concreto dependerá de la situación del mercado y de las circunstancias propias de la empresa, siempre que éstas fueran conocidas por el comitente o debiera suponerlas por ser las habituales en el sector. El límite de la previsibilidad al tiempo de contratar –artículo 1107.I CC– impide cargar al comitente con el coste de una falta de mitigación oportuna cuando ésta se deba a razones particulares del contratista y desconocidas por el comitente cuando celebró el contrato. Sobre esta cuestión *vid.*, también, A. SOLER, *La valoración...*, pp. 59 ss.

¹²⁶ Esta es, precisamente, la eficacia de la carga de mitigación: limita el resarcimiento al importe de las pérdidas no susceptibles de haber sido razonablemente evitadas y al coste de las medidas mitigadoras de aquellas otras que sí lo fueron o que debieron haberlo sido.

¹²⁷ Esta deducción, que nosotros rechazamos, sería la consecuencia a la que nos llevaría la aplicación del pretendido «principio» de la *compensatio lucri cum damno*; principio que usualmente se confunde con la ineludible exigencia de descuento de los gastos ahorrados antes vista, y que deriva *no* del supuesto principio que ahora nos ocupa, sino de la necesaria estimación neta del perjuicio sufrido. Sobre este particular, *vid.* F. PANTALEÓN PRIETO, *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1989-90, 1992.

El carácter «creativo» de la obra encargada influye, como hemos visto, a la hora de liquidar la relación jurídica como consecuencia del desistimiento del comitente; pero tiene otra consecuencia más notable: permite también al contratista desistir de la elaboración de la página. Esta facultad no se recoge explícitamente por la norma, pero sí de forma implícita en el antes citado artículo 14.1 TRLPI, donde se reconoce el derecho moral del autor a decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma. Puede, por tanto, el *web-master*, negarse a terminarla aunque entonces, ya sea por aplicación analógica del punto 6 del mismo artículo¹²⁸ o por reciprocidad con el trato recibido por el comitente que desiste, tendrá que indemnizarle todos los perjuicios que su decisión ocasione.

¿Podemos sostener en este caso (desistimiento del autor) que la medida de la indemnización sea menor, esto es, que sólo deba el autor el resarcimiento de los gastos que el desistimiento ocasione? El argumento sería el siguiente: puesto que estamos reconociendo al autor un derecho de desistimiento, y lo hacemos por su condición de tal, como consecuencia obligada del reconocimiento de sus derechos morales, tendremos que dotar a este acto lícito de desistimiento de una consecuencia jurídica distinta (menos grave) que la que derivaría de otro acto, este ilícito, como sería el incumplimiento del contratista que abandona la obra. Si, en este último caso, por tratarse de un hacer personalísimo, no podemos obligar al contratista-autor a cumplir con lo prometido, debiéndonos conformar con la indemnización, y ésta se valora atendiendo al interés positivo del comitente, la indemnización debida por el autor que lícitamente desiste ha de ser menor.

Podríamos apoyar esta pretensión en el artículo 44 CC. En dicho precepto, para no influir en la toma de una decisión tan personal como la de casarse, permite el legislador al promitente de matrimonio desdecirse de su promesa indemnizando a la parte defraudada únicamente en la medida de los gastos que en la confianza suscitada por la promesa hubiera desembolsado y, por su incumplimiento, no pueda ya recuperar¹²⁹.

No nos parece, con todo, que esta pretensión prosperase. Primero porque el comitente del artículo 1594 CC también actúa lícitamente al desistir, y tanto la norma como la jurisprudencia no permiten dudar que la medida del resarcimiento la cifra el interés de

¹²⁸ Que define el derecho de arrepentimiento del autor como aquel que le permite retirar la obra del comercio por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de los derechos de explotación.

¹²⁹ En la medida, pues, de su interés negativo, que no en función del valor de la posición de cónyuge.

cumplimiento del contratista. Y, segundo, porque el propio legislador cuando condiciona el ejercicio de algún derecho moral al pago de los daños que pudiera ocasionar, no establece distingos sobre el tipo de daño (gasto o beneficio esperado) que pudiera irrogarse, luego con toda probabilidad exige que se indemnicen todos.¹³⁰

El desistimiento, en definitiva, sólo se diferenciaría a efectos prácticos del incumplimiento en que priva al contratista de la pretensión de cumplimiento, anticipando, consecuentemente, a la fecha de la notificación del desistimiento el momento a partir del cual está obligado el contratista a mitigar la pérdida. Es, por tanto, un supuesto excepcional de eficacia en nuestro ordenamiento de la *anticipatory repudiation* angloamericana.

Sobre quién decide la atribución de la parte elaborada de la página nos detuvimos ya al tratar el supuesto del desistimiento del comitente. La solución que allí propusimos puede igualmente reproducirse aquí. Sólo advertiremos pues, en este punto, del peligro de confusión al que nos puede inducir el artículo 91 TRLPI.¹³¹ Este artículo limita, de forma excepcional, los derechos morales del autor de una parte de la obra audiovisual, luego no puede extenderse su aplicación analógicamente.

5.2 Terminada la obra

a) ¿Qué defensa tiene el *web-master* frente a un cliente que no paga?

De acuerdo con el artículo 1599 CC, de no existir pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá abonarse al hacerse la entrega. Lo más habitual es que dicho pacto exista: que se haya convenido un pago fraccionado, según vayan superándose las distintas fases de elaboración de la página. Estos pagos no liberan al *web-master* de responsabilidad por la obtención del resultado final, por mucho que el resultado parcial sea satisfactorio.¹³² Puesto que la obra no es funcionalmente divisible, puesto que es más que la mera suma de las partes, no habrá cumplido hasta que no concluya la página y reciba el comitente el resultado final.¹³³

¹³⁰ *Vid.* artículo 14.6 TRLPI.

¹³¹ Artículo 91 TRLPI: «Aportación insuficiente de un autor.—Cuando la aportación de un autor no se completase por negativa injustificada del mismo o por causa de fuerza mayor, el productor podrá utilizar la parte ya realizada, respetando los derechos de aquél sobre la misma, sin perjuicio, en su caso, de la indemnización que proceda.»

¹³² Así, LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, XX-2, p. 380.

¹³³ SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, p. 1198.

Si los pagos parciales no liberan al contratista, tampoco transmiten al comitente la propiedad material sobre la parte concluida. La titularidad dominical sobre la página se transmite, pues, salvo pacto en contrario, cuando se entrega la versión definitiva y se aprueba por el comitente. Instalada ya la página en la web, si el cliente no paga, el *web-master* sólo dispone para su defensa de la acción de reclamación del precio.

¿Puede protegerse mejor? Desde luego, por ejemplo condicionando la transmisión de la titularidad de los derechos de explotación sobre la obra al pago íntegro del precio pues, de otra forma, aquéllos se transmiten por el mero contrato¹³⁴.

Si la obra es colectiva, como suele ser el caso, la cesión de los derechos de explotación se presume realizada desde que la obra se divulga bajo el nombre del comitente (*ex art. 8 TRLPI*). Por ello, si no se ha condicionado expresamente la transmisión de estos derechos al pago del precio, conviene destruir esa presunción de cesión manteniendo en la página la reserva de derechos a favor del *web-master* hasta que se pague por completo el precio.

Pero también, y puesto que la página es un ejemplar único, puede utilizar la propiedad material sobre la página para conseguir así protegerse frente al impago, aunque nada se haya pactado al respecto en el contrato. Para ello tendrá que sostener que la obligación de entrega y la de pago son sinalagmáticas y de cumplimiento simultáneo, para negarse a proceder a la entrega mientras el comitente no deposite o garantice el pago del precio¹³⁵.

¿Puede utilizar a estos efectos el derecho moral, esto es, alegarlos para diferir el momento en que entiende terminada la obra y hacerlo así coincidir con el del pago? Nos parece que sería una uti-

¹³⁴ Si en el contrato se pacta, expresamente, dicha transmisión, como exige el artículo 43 TRLPI. No basta, por tanto, con el mero encargo de la obra para que la transmisión se produzca, como por cierto sería el caso en el sistema angloamericano. Allí, tratándose de una *work made for hire* de la secc. 201 (b) del Título 17 UCA, como posiblemente sea nuestro caso, el *copyright* pertenece *ab initio* al comitente, siendo irrelevante a estos efectos, salvo que se haya condicionado expresamente en el contrato la transmisión al pago, que todavía no se haya abonado el precio. En este sistema jurídico, pues, el precio es una mera *covenant* cuyo incumplimiento legitima al *web-master* para resolver el contrato y recuperar el *copyright* sobre la obra, pero no para impedir que se siga explotando. Sobre este tema, *vid.* Nimmer *On Copyright*, 10.15 [A]10-121 (1996); y R. DEL GALLO, 4, *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, vol. XV (1998), pp. 900 ss.

¹³⁵ Véase aquí la doctrina (mayoritaria) que niega al contratista de una obra mueble nueva el derecho de retención del artículo 1600 CC porque, afirma, puede defenderse con la *exceptio inadimplenti contractus* (*supra*, nota 114). Sólo SALVADOR CODERCH advierte en el tenor del artículo 1599 CC un principio de prestación previa según el cual debería entregar antes el contratista para que entonces, y sólo entonces, surja la obligación de pago (*Comentarios del Código...*, p. 1210).

lización notoriamente abusiva del derecho moral e innecesaria, dado que la retención de la entrega (material) de la obra puede fundamentarse jurídicamente y sirve a los mismos fines.

b) Una vez terminada la página e instalada en la web, será verdaderamente excepcional que el *web-master* ejercite su derecho moral de retirada de la obra (art. 14.6 TRLPI). Primero, porque para hacerlo tiene primero que indemnizar al comitente; y, segundo, porque dado el eminentemente carácter utilitario de la obra será difícil convencer al juez de que se ha producido un cambio de convicciones intelectuales o morales del autor, que no pueden satisfacerse con la mera retirada del nombre¹³⁶ y que urgen la retirada de la obra¹³⁷.

c) El cliente alega que le pertenece no sólo el sitio web, sino también los elementos empleados en su elaboración.

El artículo 43 TRLPI y la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1988¹³⁸, se oponen a dicha pretensión. La cesión, si otra cosa no se pacta, se limita a lo imprescindible para la utilización del producto: luego a la página tal y como ha resultado y, como insistiremos después, a los elementos necesarios para su actualización.

El elemento más demandado por el comitente suele ser el *software*, pues es el que dota de mayor vistosidad a la página. Pues bien, es precisamente en esta sede, la de los programas de ordenador, donde aclara nuestra ley que, como regla general, la cesión del uso del producto no se entiende realizada en exclusiva (art. 99 TRLPI). Y es también aquí, al tratar sobre la titularidad de los derechos de explotación en los programas creados por encargo, donde explica J. Delgado por qué es perfectamente razonable que la regla dispositiva favorezca la menor transmisión de derechos: ni al programador, que tendrá un legítimo interés en elaborar programas similares, ni al cliente, que le interesaría pagar lo menos posible, les interesaría de ordinario lo contrario¹³⁹.

¹³⁶ Posibilidad que siempre asiste al autor y que, por ser menos dañina para los intereses del comitente, constituirá una opción más barata para el *web-master* que, *a posteriori*, reniega de su creación.

¹³⁷ Dados los términos absolutos que emplea el citado artículo del TRLPI, no parece que el juez pueda entrar a valorar la entidad del conflicto moral del autor, aunque sí, desde luego, tiene que cerciorarse de que verdaderamente existe, esto es, que el ejercicio del derecho no es abusivo por esconder intereses patrimoniales. *Vid.* P. MARTÍNEZ ESPÍN, en BERCOVITZ (coord.)/ *Comentarios...*, artículo 14, p. 240.

¹³⁸ En el caso, el comitente de unos programas de ordenador demandaba la cesión de los elementos empleados en su elaboración, apoyándose a este fin en los arts. 1258 y 1287 CC. El Supremo desestima la pretensión arguyendo que, tratándose de un trabajo de creación, la transmisión de los derechos depende de lo pactado en cada caso. *Vid.* el comentario de J. DELGADO ECHEVARRÍA en 18, *CCJC*, (1988), pp. 1063 ss.

¹³⁹ J. DELGADO ECHEVARRÍA, en BERCOVITZ (coord.)/ *Comentarios...*, pp. 1448-1450.

Es cierto que el caso de la página web es distinto. El cliente, que muchas veces utilizará la página web para posicionarse en el mercado de internet, tiene un evidente y legítimo interés en que el *web-master* no elabore páginas web similares para la competencia. Pero para evitarlo no es necesario que asuma el coste que la prohibición de la reutilización de los elementos empleados para la elaboración del *web-site* (programas, diseños, estructura, iconos, etc.) significaría¹⁴⁰. Un pacto por el que se especificara qué usos de los citados elementos serían potencialmente lesivos para los intereses del comitente sería, a nuestro juicio, suficiente, para concretar un comportamiento ya debido por el *web-master* ex artículo 1258 CC.

d) Actualización del web-site. Derecho de retención.

Conviene partir recordando que, puesto que la página web es un ejemplar único, su actualización no constituiría una obra derivada (que por definición presupone la subsistencia inalterada del original), sino una modificación de la obra. Ésta, a tenor del artículo 21 TRLPI, sólo puede efectuarse con la autorización del autor. Este principio general se excepciona en casos concretos donde se presume autorizada la modificación, como son el de la obra audiovisual (art. 92 TRLPI)¹⁴¹ y el de los programas de ordenador (art. 100.4 TRLPI)¹⁴². Ninguno de ellos, dado su carácter excepcional, puede aplicarse por analogía, pese a ser evidente que la causa de la excepción prevista en el artículo 100.4 TRLPI concurre también en las páginas web: persigue garantizar al titular de los derechos de explotación de una obra utilitaria que pueda obtener de ella toda su utilidad y evitar su obsolescencia sin tener que recurrir para ello a su autor, que de otro modo monopolizaría el mercado secundario o de mantenimiento¹⁴³.

¹⁴⁰ Coste que sería difícilmente eludible dado que la cesión de los elementos, como hemos visto, hay que acordarla expresamente.

¹⁴¹ Artículo 92.2 TRLPI: «Cualquier modificación de la versión definitiva de la obra audiovisual mediante añadido, supresión o cambio de cualquier elemento de la misma, necesitará la autorización previa de quienes hayan acordado dicha versión definitiva. No obstante, en los contratos de producción de obras audiovisuales destinadas esencialmente a la comunicación pública a través de la radiodifusión, se presumirá concedida por los autores, salvo estipulación en contrario, la autorización para realizar en la forma de emisión de las obras las modificaciones estrictamente exigidas por el modo de programación del medio, sin perjuicio en todo caso del derecho reconocido en el apartado 4.º del artículo 14.»

¹⁴² Artículo 100 TRLPI: «Límites a los derechos de explotación. 4.–El autor, salvo pacto en contrario, no podrá oponerse a que el cesionario titular de los derechos de explotación realice o autorice la realización de versiones sucesivas de su programa ni de programas derivados del mismo.»

¹⁴³ Sobre el riesgo de asfixiar este mercado secundario en USA mediante la inclusión de cláusulas en las licencias de *software* que impidan al usuario toda modificación, *vid.* P. SAMUELSON, «Modifying copyrighted software: adjusting copyright doctrine to accommodate technology», 28, *Jurimetrics* (1998), pp. 180 ss. Sobre los motivos subyacentes al artículo 100.4 TRLPI, J. DELGADO, BERCOVITZ (coord.)/*Comentarios...*, pp. 1486 ss.

Por ello, entendemos, también el comitente de una página web ha de poder actualizarla sin precisar para ello de la autorización del *web-master*¹⁴⁴; aunque, eso sí, deberá respetar en la actualización, los derechos morales del autor originario de la página.

¿Cuáles, en concreto? Entendemos que el de paternidad, en su doble vertiente: positiva (derecho a que se le reconozca su condición de autor sobre la parte de la página no modificada) y negativa (derecho a impedir que se le atribuya una autoría que no le corresponde y a retirar su nombre de la página si el resultado final no le satisface)¹⁴⁵.

Más problemático resulta compatibilizar el interés del comitente y el carácter utilitario de la obra con el derecho moral del *web-master* a la integridad.

Algún ordenamiento jurídico parece inclinado en favor del interés del autor y, tratándose de obras donde se suscita esta misma polémica, exige que se le consulte antes de realizar cualquier modificación so pena de tener que indemnizarle por daños morales (aunque no por el lucro cesante derivado de no encomendarle la modificación)¹⁴⁶.

Otros, más moderados, admiten la libre modificación (y la consecuente vulneración del derecho a la integridad) siempre que se trate de reparaciones «necesarias»¹⁴⁷.

Y, por último, los más próximos a nuestra postura admiten que una obra utilitaria pueda modificarse libremente, tanto si la alteración responde a una exigencia de orden técnico o funcional como si es meramente estética. Las primeras (modificaciones funcionales) podrán acometerse aunque el resultado final perjudique la reputación o prestigio del autor originario¹⁴⁸. Las segundas no precisan la autorización del autor, pero podrá éste retirar su nombre sin tener que pagar contraprestación alguna. Es más, en este último caso, si considera el autor que el resultado final vulnera su reputación,

¹⁴⁴ Para que éste no cope, *de facto*, el mercado (secundario) de actualización del sitio web, ha de obligársele a facilitar al cliente los elementos técnicos necesarios para que un tercero pueda acometer la reforma; en particular, a suprimir las medidas tecnológicas de protección de la página.

¹⁴⁵ Ambas vertientes se reconocen incluso en USA, *vid.* TANNENBAUM, «US Copyright law after the Berne moral rights and 1990 amendments», *EIPR* (1991), pp. 12 ss; GINSBURG, 152, *RIDA* (1992), pp. 111 ss.

¹⁴⁶ Nos referimos a la Ley portuguesa sobre el régimen jurídico de los arquitectos de 1985, artículo 60.2.

¹⁴⁷ Las no necesarias deben, por tanto, autorizarse. Así lo exige la Ley suiza de Derechos de Autor de 9 de octubre de 1992, artículo 12.3.

¹⁴⁸ Que puede siempre retirar su nombre aunque, si la modificación es necesaria y no altera sensiblemente la apariencia y funcionalidad de la página, entendemos que tendrá que indemnizar al comitente por el perjuicio que la retirada del nombre pueda ocasionarle, como también tiene que hacerlo el que decide retirar su obra del mercado.

podrá demandar del titular de la página una indemnización compensatoria¹⁴⁹.

La buena fe contractual exige, siempre que la notificación al autor no resulte complicada, que se le informe de la modificación para que, si lo estima oportuno, ejercite sus derechos.

El *web-master* que actualiza la página cuenta, ahora ya sin duda, con la defensa que el derecho de retención del artículo 1600 CC representa.

e) ¿Qué eficacia tiene la renuncia del *web-master* a sus derechos morales sobre la obra?

Hemos visto cómo muchos de los problemas abordados podrían solucionarse convencionalmente pero, para que el resultado de la negociación fuera eficaz, debería poderse transigir en materia de derechos morales. Dicha transacción la prohibe, imperativamente, el artículo 14 TRLPI¹⁵⁰, luego también aunque perjudique los intereses del autor que quiere libremente renunciar a sus derechos morales.

Desde luego dificulta la explotación del producto y puede complicar la defensa de la página frente a los ataques de terceros¹⁵¹. Desde esta única perspectiva, esto es, la de facilitar las cosas al comitente, apoyaría T. Dreier una intervención del legislador (alemán, claro) tendente a definir las condiciones que tendrían que reunir las cláusulas contractuales de renuncia a los derechos morales (mejor, a su ejercicio), para que fueran válidas¹⁵². Y, para el caso de los productos multimedia, propone A. Esteve que se ceda en el contrato al titular de los derechos de explotación (al productor) el ejercicio de los derechos morales de paternidad y de integridad frente a terceros pues, en la práctica, se encuentra en mejores condiciones para defenderlos¹⁵³.

Entendemos que el legislador que atendiera la propuesta de Dreier, y regulara las circunstancias concretas que habrían de concurrir para que la renuncia del autor fuera eficaz, no estaría más que tipificando los casos en los que la injerencia del autor en ejercicio de su derecho moral habría que calificarla como abusiva *ex*

¹⁴⁹ Este es el régimen vigente en Italia. Un análisis detenido de éste y los demás arriba citados, así como otros que no hemos considerado oportuno reproducir aquí puede encontrarse en P. MARTÍNEZ ESPÍN, *Daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual*, 1996, pp. 90 ss.; 144 ss. La limitación de los casos de lesión del derecho de integridad a aquellos en los que la modificación vulnere la reputación del autor o sus legítimos intereses la encontramos también en el artículo 14.4 TRLPI.

¹⁵⁰ Que textualmente comienza así: «Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:...»

¹⁵¹ Que, por ejemplo, establezcan vínculos no deseados.

¹⁵² T. DREIER, 29, *IIC* (6/1998), pp. 623 ss.

¹⁵³ A. ESTEVE, *La obra multimedia en la legislación española*, p. 146.

artículo 7 CC. Y tendría ciertamente enormes dificultades en elaborar una lista que, en ningún caso, podría ser exhaustiva¹⁵⁴.

Nuestra propuesta va más allá. Creemos que en un ordenamiento jurídico dotado de un sistema de control, presumiblemente efectivo, de las condiciones generales de la contratación¹⁵⁵, no tiene ya sentido que se prohíba imperativamente la renuncia a los derechos morales por parte del autor que, libre y justificadamente (a cambio de precio) quiera renunciarlos; máxime cuando ese mismo ordenamiento, para permitir la explotación sin trabas de un producto audiovisual, limita considerablemente los derechos morales de los autores que intervienen en su elaboración (*vid. arts. 91-93 TRLPI*).

Si la irrenunciabilidad de los derechos morales tiene por finalidad proteger el interés particular del autor, como no puede dudarse que sea el caso en nuestro ordenamiento, protéjasele efectivamente sancionándola en una norma dispositiva para el autor: que sea él quien decida si y en qué condiciones renuncia a sus derechos.

Es cierto que si el autor, libre y justificadamente, renuncia a sus derechos morales y, posteriormente, quiere hacerlos valer, aunque el pacto de renuncia se califique como nulo no prosperaría la pretensión del autor, porque muy probablemente sería considerada abusiva. Pero también lo es que dicho juicio *a posteriori* sobre la viabilidad de la pretensión del autor introduce una inseguridad en el tráfico que, en definitiva, termina perjudicándole.

Con todo, y presumiblemente por mucho tiempo, nuestra propuesta es *contra legem*.

Por ello entendemos que la cláusula contractual sugerida por Esteve con el único propósito de beneficiar a los autores sería también nula. El autor, por mucho que le interese, no puede perder válidamente el control de los derechos morales sobre su obra. A lo sumo podrá otorgar, puntualmente, al titular de los derechos de explotación un poder de representación suficiente para que entable alguna de las acciones derivadas de su derecho, nada más.

VI. LA PROTECCIÓN DEL CESIONARIO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La consideración de la página web como una creación intelectual susceptible de protegerse por el derecho de autor repercute, claro,

¹⁵⁴ Eso sí, no resultaría extraña al sistema del TRLPI. ¿Qué otra cosa son, si no meros ejemplos de ejercicio abusivo del derecho, las excepciones del artículo 100.4 antes reproducidas?

¹⁵⁵ Ley 7/1998, de 13 de abril.

también en beneficio del cesionario de los derechos de explotación. Este beneficio tiene una enorme importancia práctica: posibilita una defensa eficaz frente al establecimiento de vínculos no deseados¹⁵⁶.

Ante cualquier otro tipo de ataque, sin embargo, el titular de la página web deberá buscar protección en otros sectores del ordenamiento.

Por ejemplo, en la Ley de marcas (32/1988, de 10 de noviembre) y de competencia desleal (3/1991, de 10 de enero) para resolver la mayoría de los conflictos sobre nombres de dominio o sobre imitación confusoria¹⁵⁷.

Aunque, de darse las condiciones¹⁵⁸, la mejor protección la encontrará en el derecho *sui generis* de los artículos 133 ss. TRLPI.

Este derecho protege al fabricante de bases de datos: a quien toma la iniciativa y asume el riesgo de invertir una cantidad sustancial de dinero o esfuerzo en la obtención, verificación y presentación de una base de datos¹⁵⁹. En su virtud se prohíbe toda extracción y/o reutilización de toda o de una parte sustancial (juzgada en términos cualitativos y cuantitativos) de la base. También la extracción y/o reutilización de una parte no sustancial si puede ocasionar un perjuicio no justificado a los legítimos intereses del fabricante o es contraria a la normal explotación de la base.

No se trata, por tanto, de proteger el contenido o la estructura de la base de datos (que pueden o no estar protegidos por el derecho de autor): sólo se protege la inversión. Por ello, no se vulnera este derecho cuando se elabora otra base de datos idéntica, siempre que el origen de la misma sea independiente (que no sea una copia *por reproducción* de la primera). Pero sí, y esto es lo verdaderamente criticable y el motivo por el que, hasta la fecha, el Congreso de los Estados Unidos se ha resistido a aprobar una ley semejante, cuando se copie parte de su contenido aunque sea con el fin de reelaborarlo, invirtiendo en ello esfuerzo, creatividad y dinero, para obtener como resultado un producto sustancialmente distinto y, quizás, innovador. Basta para que se considere infringido este derecho con que el fabricante de la primera base alegue que la parte copiada es «sustancial» o que, no siéndolo, no es una forma «normal» de utilizarla el aprovechar su contenido para elaborar otro producto¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Pues será el cesionario el titular del derecho de comunicación pública de la obra y podrá demandar del autor, en su caso, el ejercicio del derecho moral a la integridad de la obra. Sobre este tema, *vid. supra* apartado 4.2.

¹⁵⁷ Puesto que protege al titular aunque la copia no sea exacta, supuesto al que, en la práctica, queda reducida la protección del derecho de autor. De acuerdo con Portellano, la imitación será confusoria cuando la forma propia y característica de nuestro *web-site* sea un elemento de identificación de nuestros productos/servicios en el mercado, de manera tal que al imitarla se confunde al consumidor sobre la procedencia de los mismos. *Vid.* P. PORTELLANO DÍEZ, *La imitación..., cit.*, pp. 260 ss.

¹⁵⁸ Que el sitio web sea un portal o directorio; o, desde luego, un buscador.

¹⁵⁹ No al subcontratista que la elabora.

¹⁶⁰ Una crítica feroz de nuestro sistema de protección puede leerse en J. H. REICH-MANN/P. SAMUELSON, «Intellectual Property Rights in Data?», 50, *Vanderbilt Law Review* (1997),

mente protegería, en el mejor de los casos, el diseño estático de pantalla, pueden proteger la obra que aquí nos ocupa.

Debe, en consecuencia, reconocerse legalmente una nueva categoría de obra compleja que dé respuesta a los intereses, legítimos, del creador de una página web; o, al menos, admitirse que el artículo 10 TRLPI cobija también un tipo de obra individual resultante de la interacción de distintas categorías de obras (apartado 4.3).

En definitiva, proponemos trasladar la obra colectiva del ámbito subjetivo donde tradicional y legalmente se encuadra, al objetivo: creemos que la intervención creativa del coordinador que idea y controla la elaboración del sitio web genera un nuevo objeto de protección por el derecho de autor que, subjetivamente, sólo a él le es atribuible.

El comitente de la obra, por tanto, sólo puede ser cesionario de aquellos derechos patrimoniales que, expresamente, le ceda el *web-master* en el contrato o, a lo sumo, tratándose de una obra colectiva, gozará de la presunción legal de cesión de los derechos patrimoniales sobre la obra cuando ésta se instale en la red bajo su nombre (apartado 4.4).

El carácter creativo de la obra encargada no priva al comitente de su derecho al desistimiento, pero sí modula la liquidación de la relación obligatoria en caso de ejercitarse e impone, además, el reconocimiento de una idéntica facultad de desistimiento en beneficio del contratista-autor (apartado 5.1).

Terminada la página web, puede el *web-master* condicionar su entrega al pago o consignación del precio. Pero una vez instalada en la red sólo podrá ampararse en las defensas típicas del dueño de la obra si la cesión de los derechos de propiedad intelectual no se pactó por escrito o, habiéndolo hecho, se condicionó la cesión al pago del precio; o bien, tratándose de una obra colectiva, mientras mantenga a su favor la reserva de derechos (apartado 5.2.a).

La cesión de derechos, si otra cosa no se pacta, se refiere a los correspondientes a la página web tal y como es entregada, así como a los elementos necesarios para su actualización. No cede el contratista los derechos sobre todos y cada uno de los elementos empleados en la elaboración del producto, pero queda obligado *ex articulo 1258 CC* a no utilizarlos de forma que pueda perjudicar al comitente (apartado 5.2.c).

El comitente puede actualizar la página sin requerir para ello la autorización del *web-master*, aunque debe comunicárselo para posibilitarle el ejercicio de sus derechos morales. En particular, tratándose de modificaciones funcionales, no podrá el *web-master* solicitar indemnización alguna porque se lesione su derecho a la

VII CONCLUSIONES

Una vez analizado el proceso de elaboración de un sitio web y los profesionales involucrados en dicha tarea, concluimos que un *web-site* y, antes que él, el mapa del documento presentado por el que hemos denominado *web-master*, puede ser un producto altamente creativo, además de utilitario (apartados II y III).

Muchos de ellos responderán, por tanto, al requisito de originalidad exigido por el TRLPI para considerarlos objeto de su protección (apartado 4.1).

La principal dificultad para obtener la protección dispensada a los autores no la plantea pues el tipo de obra del que nos ocupamos ni, tampoco, la precaria adecuación de la normativa vigente al entorno digital: para adaptarla suficientemente bastaría con aclarar que el derecho de comunicación pública propio del autor incluye también la comunicación en línea de la obra, correspondiéndole al titular del derecho decidir cuándo y cómo la inserta en la red y cómo ha de accederse a la misma (apartado 4.2).

El mayor obstáculo lo encontramos al tratar de calificar este nuevo producto en orden a su incardinación en alguno de los regímenes jurídicos tipificados.

Aunque algunos sitios web (portales o directorios y buscadores) pueden ser calificados como bases de datos a efectos de su protección por el derecho de autor, la mayoría no podrá ubicarse aquí; y la condición de creación publicitaria de otros muchos de ellos tampoco ayuda a resolver la cuestión relativa a su régimen jurídico, dado que el legislador sólo se ha ocupado de la incidencia del carácter creativo de un producto publicitario cuando éste es una obra audiovisual, condición que prácticamente ningún sitio web cumplirá.

Ni la normativa relativa a los programas de ordenador, preocupada por proteger el código, que no la apariencia de pantalla, frente a la piratería; ni la normativa sobre diseño industrial, que únicamente

pp. 51 ss. Más moderados, aunque también contrarios al sistema escogido por la Unión Europea, se muestran M. J. BASTIAN, «Protection of noncreative databases: Harmonization of United States, foreign and international law», 22, *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.*, pp. 425 ss; R. G. NELSON, «Seeking refuge from a technology storm: the current status of database protection legislation after the sinking of the Collections of Information Anti-Piracy Act and the second circuit affirmation of Matthew Bender & Co. v. West Publishing Co.», 6, *J. Intell. Prop. L.*, pp. 453 ss. Información actualizada sobre las propuestas legislativas norteamericanas en esta materia, así como todos los argumentos posibles a favor de la adopción de una protección análoga a nuestro derecho *sui generis*, puede encontrarse en www.gooddata.org/htm. Muy satisfecho con nuestra actual normativa se muestra también M. LEHMANN, en «Die neue Datenbankrichtlinie und Multimedia», 4, *NJW-CoR* (1996), pp. 249 ss. Sobre este derecho *sui generis* es, en fin, de obligada consulta el artículo antes citado de S. CÁMARA LAPUENTE, 3, *Actualidad civil* (1999), pp. 49 ss.

integridad de la obra, y sólo cuando la apariencia y funcionalidad de la página se haya alterado sensiblemente podrá exigir que se retire su nombre. Si la modificación obedece a razones estéticas, podrá siempre exigir la retirada de su nombre y, si su reputación o prestigio ya se ha visto perjudicado, la indemnización correspondiente (apartado 5.2.d).

Entendemos, en fin, que en un sistema jurídico como el actualmente vigente mantener el carácter imperativo de la norma que sanciona la irrenunciabilidad de los derechos morales carece de sentido. El interés del autor estaría, sin duda, mejor protegido si la norma fuera meramente dispositiva (apartado 5.2.e).

Con la cesión de los derechos de propiedad intelectual sobre la página web obtendrá el comitente la defensa más eficaz frente al establecimiento de vínculos no deseados (apartado VI).

El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación (Crónica de lo incomprensible) *

VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ

Catedrático de Derecho Civil

Abogado

SUMARIO: I. *Planteamiento introductorio. La Ley 7/1998 y nuestro sistema de ineficacia contractual:* A) Cuestiones previas. B) La duplicidad normativa: condiciones generales y cláusulas abusivas.—II. *Contenido del presente trabajo: incorporación de la condición general de la contratación y efectos de la no incorporación.*—III. *Incorporación o control de inclusión de las condiciones generales de la contratación:* A. La formulación positiva de los presupuestos de incorporación: A.1 La comunicación o cognoscibilidad. A.2 La comprensión: transparencia, claridad, sencillez y concreción. A.3 La prueba de los requisitos positivos de incorporación. A.4 La obligación de informar por parte del predisponente. B. La formulación negativa de los presupuestos de incorporación: B.1 La cognoscibilidad y la suscripción. B.2 La comprensión y el incomprensible contenido del apartado b) del artículo 7: B.2.1 La aceptación expresa y escrita de la cláusula incomprensible. B.2.2 La transparencia de lo incomprensible. C. Especial referencia al requisito de la cognoscibilidad y el error obstativo. D. El silencio normativo sobre las estipulaciones sorprendentes.—IV. *La ineficacia de las*

* El presente trabajo tiene su origen en las reflexiones redactadas en un momento de inquietud inicial, próximo a la aparición de la Ley. La frescura y relativa candidez de tales pensamientos primeros ha hecho que los mismos se hayan visto a menudo comprometidos por la ulterior lectura de más pausados comentarios sobre los particulares objeto de estudio. No obstante, en el momento de decidir el envío de estas hojas a la impresión, creo oportuno mantener, en la medida de lo posible, el inicial entendimiento de los temas tratados aún consciente de que muchas de las consideraciones que persisten en la letra impresa son, por apresuradas, desecharables. Sin embargo, insisto en ello, he preferido reflejarlas en el texto pues ofrecen una visión «civilista» y no contaminada de la ley especial que como luego he apreciado ha sido en muchos de sus aspectos objeto de más profundo y acertado análisis por una doctrina mercantilista que en la medida de lo posible me limitó a referir.

Las anteriores afirmaciones incluso justifican la apostilla de su epígrafe: crónica de lo incomprensible. Hoy hablaría de crónica de lo entonces incomprensible.

condiciones generales de la contratación secuente a su no incorporación al contrato: A. El tipo de ineficacia derivada de la no incorporación. B. Plazo de prescripción de la acción de expulsión. C. El cómputo del *dies a quo*. D. Efectos de la no incorporación: D.1 El principio de conservación del contrato. D.2 Las pautas para la integración de las cláusulas expulsadas: D.3 El agente integrador de lo no incorporado.— V. *A modo de conclusión.*

I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO. LA LEY 7/1998 Y NUESTRO SISTEMA DE INEFICACIA CONTRACTUAL

A) Cuestiones previas

Acometer el análisis de una nueva Ley precisa, desde un primer momento, valorar no sólo la literalidad de sus normas sino, tratándose de una legislación sectorial, comprobar su cabal incardinación en el sistema. En este sentido es obvio que una Ley de Condiciones Generales de la Contratación debiera ser respetuosa con los principios básicos de nuestro sistema patrimonial y más concretamente de nuestro sistema contractual.

Pues bien, como iremos examinando, en materia de incorporación de condiciones generales y, sobre todo, a propósito del tipo de ineficacia que deriva de las nuevas reglas sobre el particular, entiendo que el legislador no ha cumplido con esa primera y necesaria premisa pues la nueva normativa resulta escasamente respetuosa, a la par que difícilmente coordinable, con el resto del sistema en que ha de encuadrarse del que no extrae sus cualidades aunque si hereda sus deficiencias.

En función de lo anterior debemos criticar desde un primer momento la labor de un legislador que ha acometido una serie de innovaciones, las cuales aisladamente consideradas pueden ser más o menos válidas pero que, incardinadas en el genérico sistema de ineficacia de tales convenciones, producen un resultado a menudo perverso. A modo de ejemplo subrayaré que la gran novedad en la regulación de las condiciones generales de la contratación –el llamado control de inclusión de las mismas– unas veces se confronta con instituciones consolidadas y otras reproduce y magnifica alguna de las deficiencias del derecho patrimonial común que, al parecer, no eran conocidas por el legislador sectorial. En definitiva va a resultar materialmente imposible ofrecer una exégesis razonablemente coherente del panorama positivo resultante si analizamos algunos de los aspectos de la nueva Ley con una perspectiva siste-

mática por otro lado obligada ante las frecuentes remisiones al derecho común contenido en el CC. Afortunadamente queda el recurso a la inobservancia al que la materia disciplinada no viene siendo ajena¹.

Frente a tal conclusión ha de recordarse que el hecho de que la materia cuestionada por la nueva Ley se encuentre en los aledaños del fenómeno del consumo no justifica tampoco la descoordinación sino que, a lo sumo, ampararía un más cuidado desarrollo de principios vigentes. Frente a una cínica hipervaloración del fenómeno consumista, determinante de una acrítica consideración del principio de protección al usuario como un metaprincipio jurídico justificador de cualquier aberración normativa, ha de reconducirse el tema a sus justos cauces y apreciar el fenómeno en cuanto de específico puede tener respecto a los perfiles tradicionales en los que se enmarca la contratación particularizada. Ante el consumo, la consecuencia a extraer y el consejo a ofrecer es el de que no vale todo. Mucho menos si frente a la simplista visión del fenómeno –todo lo relacionado con el consumo se considera obedece a elevados principios de justicia distributiva– quizás quepa ofrecer una visión escasamente altruista del nuevo ordenamiento y pensar que al consumidor se le protege esencialmente para que pueda seguir consumiendo.

Al hilo de lo anterior diremos que sin duda son muchos los pasajes de esta Ley en los que es esta última –la protección del consumidor– la perspectiva que real, aunque subrepticiamente, informa las soluciones adoptadas. Sin embargo, y por referencia al tema objeto de análisis en este trabajo, diremos, para más adelante justificar el aserto, que la evolución normativa representada por la Ley 7/1998, tomando a tal fin como pauta de comparación la anterior reglamentación así como sus desarrollos jurisprudenciales, ha de considerarse involutiva si como tal estimamos la falta de protección del adherente frente a prácticas contractuales anteriormente proscritas. Y ello, en última instancia, en función de haberse optado a menudo por la protección de la seguridad del tráfico y no tanto

¹ La estricta aplicación de alguno de los aspectos del régimen de responsabilidad que deriva de los artículos 25 a 28 de la LGDCU habría supuesto la quiebra de nuestro sistema de responsabilidad civil. Basta significar, ejemplarmente, el alcance literal de la responsabilidad metaobjetiva que frente a usuarios de servicios sanitarios se configura en el artículo 28.2 de la citada Ley y que, recientemente, ha iniciado la andadura de su efectiva aplicación que no sabemos bien dónde conducirá (SS del TS de 21 de julio de 1997, 29 de junio de 1999 y 9 de diciembre de 1999). La confrontación de tales preceptos con el restrictivo sistema de responsabilidad establecido en los artículos 17 y 18 de la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de diciembre) desperta nuevas inquietudes acerca de la persistencia en la vigencia del genérico sistema de responsabilidad de la LGDCU.

por la más individual y antieconómica seguridad del adherente o consumidor: así deriva, por ejemplo (art. 5.2), del hecho de haberse sustituido la exigencia de que las estipulaciones contractuales sean conocidas por la de que sean cognoscibles.

Antes de entrar en el análisis de las cuestiones epigrafiadas –incorporación e ineeficacia resultante de la infracción de las normas reguladoras de tal control de inclusión– que perfilan el objeto básico de este trabajo, resulta oportuno efectuar una breve y genérica aproximación a ciertos aspectos estructurales de la Ley sin los cuales no se entiende con claridad el particularizado tratamiento de los concretos aspectos de la misma que iremos examinando.

B) La duplicidad normativa: condiciones generales y cláusulas abusivas

En este sentido, y en primer lugar, diremos que, como es sabido, la Ley no se limita a la trasposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores cuyo artículo 1 expresa que el «*propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*». Sin duda el legislador estimó cicatero tal fin y amplió sus miras de forma que, por un lado, efectivamente asume dicho objetivo articulando un nuevo sistema de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas que, anteriormente contenido en la LGDCU, se ve en parte modificado.

Pero a la vez, excediendo de la trasposición que justificaba la novedad legislativa, efectúa como sabemos una regulación autónoma de las llamadas «Condiciones Generales de la Contratación». Normativa que va a resultar de aplicación no sólo a la contratación en la que intervengan usuarios sino a toda convención en que uno de los contratantes predispone el clausulado contractual al que la otra parte, aun siendo empresario o profesional, se adhiere. En este sentido son reveladores los artículos 1 y 2 de la nueva LCGC pues mientras que el primero de ellos destaca las características de tales estipulaciones –básicamente contractualidad, predisposición, imposición y generalidad– el siguiente precepto expresamente considera que el adherente pueda serlo cualquier persona física o jurídica, al margen, obviamente, de su consideración como usuario en los términos con que el mismo aparece descrito en el artículo 1.2 de la LGDCU.

Tal opción teóricamente resulta asumible pues encuentra apoyos que en absoluto pueden despreciarse. De esta manera, si bien inicialmente el Anteproyecto que se redacta para acomodar nuestra legislación a la de la CEE únicamente contiene la modificación de la LGDCU, pronto se torna la idea y, con base esencialmente en el Dictamen del Consejo de Estado de 31 de octubre de 1996² se resalta el viejo Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación elaborado por la Comisión General de Codificación (1983-1988) y se tiende a una más amplia regulación de la materia.

Ahora bien, como también he apuntado, la hipotética bondad de tal planteamiento—que no es momento de cuestionar en profundidad—se desvirtúa si apreciamos que en determinados temas de gran importancia, como lo es el de la ineeficacia de las condiciones generales que no superen el control de inclusión, existe una absoluta falta de coordinación entre las diversas normas que, a partir de la publicación de la nueva Ley, inciden sobre este tema. El resultado sistemático que se ofrece al exégeta es sin duda errático, por lo poco cuidado de la coordinación, en términos que, desde un primer momento, han sido de forma unánime expuestos críticamente en todos los comentarios doctrinales ya vertidos sobre el particular³. En este sentido, a título de ejemplo, diremos que tal apreciación se magnifica si tenemos en cuenta que, en lo esencial, el nuevo régimen sustantivo de las condiciones generales de la contratación —al margen del referido control de inclusión y de alguna novedad más efectista que efectiva (acciones colectivas)—, frecuentemente no hace sino remitirse al CC sancionando una duplicidad normativa que a ningún sitio conduce.

En definitiva, retomando el ámbito de uno y otro aspecto de la nueva regulación —condiciones generales, por un lado, cláusulas abusivas, por otro— diremos que la Ley protege a todos frente a las condiciones generales y sólo al usuario frente a las condiciones generales que además sean abusivas.

² Dictámen 2939/1996 donde se lee, entre otras cosas, que «*se desaprovecha una oportunidad única de dotar a nuestro ordenamiento de una Ley de Condiciones Generales*». Asimismo no son críticos con tal planteamiento ninguno de los ulteriores informes evacuados: ni los del Consejo General del Poder Judicial de 20 de diciembre de 1995 y 9 de abril de 1997, ni el del Consejo Consultivo de Consumidores de 24 de febrero de 1997.

Tal iter puede analizarse en BADENES CARPIO, J. M., en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por R. BERCOVITZ, ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, artículo 2, pp. 45 ss.

³ Es sintomático el título del estudio de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, J. H., «Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación», *ADC*, 1998, julio-septiembre, pp. 1301 ss.).

Desde otra óptica diremos que la Ley, realmente, ha eliminado el control de contenido frente a condiciones generales en las que el adherente no sea un usuario. A la vez ha regulado una serie de requisitos de incorporación que, como iré exponiendo, supone una novedad más efectista que efectiva. Especialmente si valoramos que al supuesto de ineficacia que sin duda encierra su vulneración no se han anudado unas específicas consecuencias que justifiquen su tratamiento normativo independiente. De distinta manera se va a remitir tal cuestión a las pautas clásicas del derecho común –la nulidad– pensadas para supuestos de ineficacia contractual muy diferentes.

A partir de la constatación de este dato la pregunta a la que debiéramos responder al finalizar nuestro análisis va a consistir en valorar si resultan adecuadas las consecuencias que se han establecido en la Ley 7/1998 con ocasión de la vulneración de las normas sobre incorporación al contrato de determinadas condiciones generales que, en principio, no tienen por qué ser abusivas. Esta precisión última es esencial en todo nuestro ulterior discurso pues, en definitiva, como veremos, la gran duda que nos plantearemos persistentemente radica en cuestionar el acierto de que se hayan fungibilizado absolutamente los efectos de la ineficacia de una condición general nula por abusiva o por contraventora de reglas imperativas y la de aquella otra que, sin embargo, exclusivamente adolece de deficiencias de incorporación, es decir resulta ilegible, oscura o ambigua por ejemplo pero que en ningún caso cabe considerar abusiva⁴.

Así las cosas, entiendo que, desde un primer momento, ha de ponerse de relieve que resulta absurdo e incoherente haber unificado el régimen de ineficacia de supuestos tan diferentes. Y mucho más el haberlo hecho por referencia a la nulidad de pleno derecho –a la que literalmente se remiten los artículos 8 y 9.1– cuyos efectos, como veremos, resultan absolutamente incompatibles con el cabal entendimiento y solución de las deficiencias de incorporación que iremos analizando.

De igual manera cabe concluir que muchos de los desarrollos interpretativos y sistemáticos a los que ya ha dado lugar la nueva legislación sobre condiciones generales tienen sentido cuando estamos a presencia de un clausulado abusivo, careciendo de él cuando aquél no lo sea adoleciendo, exclusivamente, de deficiencias técni-

⁴ *Vid.* en tal sentido el apartado II de la exposición de motivos donde ya apunta el legislador un ambiguo tratamiento unificado de estas cuestiones que ulteriormente el capítulo II de la Ley confirma.

cas de incorporación. Y así, a propósito de tales desarrollos, cabe referirse al análisis de la intervención judicial en los contratos que, con una adecuada perspectiva sistemática y a partir de la nueva Ley, expone Díaz Alabart⁵ haciendo ver cómo la nueva legislación se enmarca en la más moderna línea del derecho comparado de la contratación mediante la cual, superando la rigidez del principio de autonomía de la voluntad como única fuente de las obligaciones, se potencian las facultades jurisdiccionales para mantener la función del contrato en una situación sociológica en la que el tráfico jurídico se articula de forma muy diferente a la que contemplaban los códigos decimonónicos. Ahora bien, valorando que la declaración de nulidad de una condición general debe llevar a adecuar el contrato a las pautas de la buena fe, tal y como establece la analizada legislación sectorial, también concluiremos que tal vía sólo tiene sentido –debe insistirse en ello– frente a condiciones generales abusivas nunca cuando la condición general que no supera el control de inclusión no lo sea.

II. CONTENIDO DEL PRESENTE TRABAJO: INCORPORACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y EFECTOS DE LA NO INCORPORACIÓN

Dos temas se integran en este estudio que, siguiendo la terminología de la propia Ley, podemos identificar con los epígrafes de sus artículos 5 y 7, por un lado, y artículos 8 a 10, por otro.

En los dos primeros preceptos se refieren, en su formulación positiva y negativa, los requisitos para que se consideren incorporadas al contrato las condiciones generales.

Ulteriormente va a ser preciso analizar los artículos 9 y 10 donde se tratan, en principio unificadamente, tanto los efectos de la no incorporación como los de la nulidad de las condiciones generales que contravengan una norma imperativa entre las que se encuentran las que resulten abusivas –en el sentido de la LGDCU (art. 8.2 Ley 7/1998)– si el contrato se celebró con un consumidor.

⁵ Resulta de gran interés el trabajo de DÍAZ ALABART, S., «Pacta sunt servanda e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales», en la obra colectiva *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, dirigida por NIETO CAROL, U., ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 43 ss., así como el análisis sistemático, histórico y comparado que ofrece acerca de la intervención judicial para subsanar la expulsión de cláusulas abusivas así como su inserción en el nuevo entendimiento de la función judicial en el ámbito del derecho contractual siguiendo las pautas recientemente marcadas, por ejemplo, por el CC holandés de 1992.

Describiendo sucintamente tales temas diremos que a través del control de incorporación se busca definir las cláusulas que se integran en el contrato en función de su conocimiento o cognoscibilidad por el adherente que determina el que se entienda válidamente prestado el consentimiento por parte de dicho contratante. La referida cuestión, tradicionalmente objeto de tratamiento en todas las normativas que se han ocupado del régimen de las condiciones generales de la contratación, implica junto con algunos otros temas un desarrollo alternativo, frente a estos supuestos de contratación en masa, de una institución civil plenamente arraigada pero con grandes dificultades hermenéuticas como es el error obstativo. Es decir aquellos supuestos en que un hecho o un acto aparece como una declaración de voluntad sin serlo porque no se quiso o porque faltaba el preciso conocimiento de lo que se declaraba. Realmente gran parte del tema del control de incorporación de las condiciones generales está vinculado con la idea del error obstativo ya que, en definitiva, se trata de perfilar el alcance de una manifestación de voluntad que, en función de las características del negocio a concluir, no se proyecta directa y expresamente sobre un clausulado –en términos vulgares letra pequeña– que no se llega a valorar en su plenitud. Así lo consideraremos al examinar en profundidad el requisito de la cognoscibilidad, tanto en su formulación positiva como negativa.

Al hilo de ello apuntaremos que el tema de la compatibilidad entre la tradicional teoría del error como vicio de la voluntad y las nuevas pautas determinantes de la incorporación de las estipulaciones contractuales se ha resuelto concluyendo la relativa inutilidad de articular dicha coordinación pues, como destaca González Pacanowska⁶ las reglas de incorporación ofrecen una solución «más clara y ventajosa». La cuestión, y sobre ella me pronunciaré posteriormente, es calibrar quién resulta beneficiario de esta indudable ventaja que deriva de la claridad del nuevo sistema.

De esta forma y desde una perspectiva de política legislativa, diremos que debe optarse entre la protección a la seguridad jurídica derivada del hecho de haberse producido una determinada manifestación de voluntad contractual o entre la protección de aquel adherente que no pudo formarse una adecuada representación mental sobre todo el clausulado que aceptó con su adhesión. Ahora bien,

⁶ Vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por R. BERCOVITZ, Aranzadi, 2000, artículo 5, p. 143, con cita bibliográfica que incluye la referencia al importante trabajo de PAGADOR LÓPEZ, J., «Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación», *La Ley*, 5 de abril de 1999, núm. 4767.

abundando en la línea inicialmente expresada, subrayaremos que la ulterior falta de precisión sobre la clase de ineeficacia que afecta a las condiciones no incorporadas al contrato plantea graves problemas de interpretación al intentar coordinar tal efecto ablativo con el régimen del Código civil sobre nulidad o anulabilidad contractual.

Ulteriormente, presupuesta la incorporación al contrato de una determinada condición general, entrarían en juego inicialmente las reglas de interpretación (art. 6) y, finalmente, el control de contenido para concluir cuáles de las condiciones generales incorporadas e interpretadas resultan nulas por contrarias a la Ley (arts. 8.1 y 8.2).

Pues bien, desde un primer momento cabe también destacar la duplicidad y parcial solapamiento de las normas que afectan a estas cuestiones respecto de las condiciones generales de la contratación, por un lado, y de las cláusulas abusivas por otro. De esta manera el control de incorporación de las condiciones generales que se contiene en los artículos 5 y 7 de la LCGC se regula también para las cláusulas abusivas [art. 10.1.a) y b) de la LGDCU], en términos parecidos pero en ningún caso iguales. En este sentido, baste significar que el requisito de la comprensión, al que se hace referencia expresa en el apartado b) del artículo 7, en términos no excesivamente diáfanos, tiene un tratamiento diferente en el artículo 10.1.a) donde se cuestiona una comprensión que podemos denominar geográfica y no tanto lógica, pues consiste en que no exista el reenvío a textos o documentos que no se faciliten al concluir el contrato.

Paralelamente, el control de contenido del artículo 8.1 de la LCGC, absolutamente genérico, contrasta con la opuesta y casuística regulación de la nueva Disposición Adicional Primera.Tres, modificadora del artículo 10 de la LGDCU, que contempla hasta veintinueve supuestos de cláusulas abusivas. Tal duplicidad, por otro lado, revela que realmente la Ley ha eliminado el control de contenido frente a cláusulas abusivas cuando el adherente no es consumidor (art. 8.2) pues la genérica declaración de nulidad por contravención de Ley que aparece en el apartado 1.^º de este artículo nada añade a lo que todos ya sabíamos. Con ello queda en la práctica un tanto vacía de contenido la opción de regular también las condiciones generales ya que, en definitiva, su régimen de nulidad se infiere de unas fuentes normativas tradicionales a las que la nueva Ley no efectúa complemento alguno.

Finalmente, sin ahondar en el tema, que me limito a apuntar, ha de subrayarse que la posibilidad de que una misma cláusula encaje en el régimen de ineeficacia de una u otra normativa –evidentemente muchas cláusulas abusivas en el sentido de la LGDCU serán además condiciones generales de la contratación en el sentido de

la LCGC– propicia una cierta inseguridad pues no se sabe si el adherente puede optar, en cada caso y a su conveniencia, entre uno y otro régimen o, fatalmente, ha de acudir a uno de los establecidos.

Aun partiendo de esa duplicidad me limitaré a examinar la incorporación de las condiciones generales, dejando al margen de mi análisis el tratamiento de estas cuestiones en relación con las específicas cláusulas abusivas. Insisto en que debe tenerse claro tal planteamiento para la comprensión de mi ulterior discurso: voy a teorizar, exclusivamente, sobre los remedios que el legislador instaura cuando la condición general de la contratación –sin entrar a valorar si es o no abusiva– no supera los controles de inclusión de los artículos 5 y 7. Remedios que, como ya he criticado, nunca deberían ser similares a los que derivan de la efectiva constatación de que la estipulación es, por abusiva, nula de pleno derecho. A pesar de ello, como veremos, el legislador ha fungibilizado todos estos supuestos bajo la genérica sanción de la nulidad de pleno derecho que, por incongruente, debe ser sin duda combatida.

III. INCORPORACIÓN O CONTROL DE INCLUSIÓN DE LAS CGC

Como queda dicho el llamado control de inclusión, mediante el cual se perfilan los presupuestos necesarios para estimar incluidas en un contrato determinadas condiciones generales, es aparentemente la principal novedad que se introduce respecto de esta modalidad contractual pues, en principio, hemos de decir que no se encontraba expresamente regulado este tema en las normas del CC; y lo es en términos muy cuestionables.

Ahora bien, valorar como innovación legislativa el tratamiento normativo que la Ley efectúa del control de incorporación es opinión susceptible de ser matizada. En este sentido reiteraré que el problema de la incorporación de una determinada condición general al contrato, especialmente el análisis del requisito de cognoscibilidad, está íntimamente vinculado con el de la trascendencia claudicatoria del error obstativo –es decir con los efectos de la falta de conocimiento del contenido contractual que se declara aceptar– que si bien no se encuentra regulado de una manera excesivamente clara en nuestro Código civil había sido objeto de interpretación integradora por parte de doctrina y jurisprudencia⁷. Y ello en térmi-

⁷ Sobre el tema *vid.* por ejemplo, DE CASTRO, F., «De nuevo sobre el error en el consentimiento», *ADC*, 1988, y MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, Madrid, 1988.

nos un tanto dispares ya que es tradicional la duda acerca de si la ineffectuación derivada del error obstativo ha de encauzarse a través de la nulidad contractual derivada de la falta de consentimiento o, por el contrario, debe residenciarla su hipotética ineffectuación en el más liviano y dúctil instituto de la anulabilidad que nuestro Código civil predica para el llamado error vicio o error invalidante en el artículo 1266 en relación con el artículo 1302 *in fine*.

Asumida la relación entre el nuevo régimen de incorporación al contrato de las condiciones generales e instituciones contractuales clásicas como lo es el error obstativo, paso a analizar pormenorizadamente los concretos presupuestos de inclusión para luego extraer conclusiones sistemáticas de todo ello.

Tal planteamiento deberá efectuarse desde el entendimiento inicial de que la finalidad de una Ley de Condiciones Generales radicaría en conseguir, fundamentalmente, la superación de los problemas que desde el derecho contractual clásico, eminentemente dispositivo, derivan para un contratante que se encuentra en situación de inferioridad al verse obligado a aceptar un clausulado predispuesto e innegociable que, consecuentemente, no puede renegociar sino sólo rechazar. Situación especialmente grave en aquellas situaciones en que el predisponente monopoliza, en mayor o menor medida, el mercado.

A) La formulación positiva de los presupuestos de incorporación

Como vengo manifestando, la principal novedad que, a mi entender, se contiene en la LCGC consiste en haber introducido una serie de requisitos para que pueda considerarse la eficacia contractual de una determinada estipulación general. En este sentido su artículo 5 contiene una formulación positiva de estos presupuestos que, simplificadamente, podemos reducir a dos: cognoscibilidad, por un lado, comprensión, por otro. De esta manera, para que el consentimiento del adherente sea válido ha de recaer sobre unas estipulaciones que pudo conocer y comprender. Al primer requisito –la cognoscibilidad⁸– se destinan los tres primeros apartados de dicho precepto mientras que el de la comprensión se analiza en el apartado 4.⁹

Desde otra perspectiva⁹ cabe sistematizar el estudio del precepto indicando que mientras que los tres primeros apartados del

⁸ Tales presupuestos se engloban por GONZÁLEZ PACANOWSKA (*op. cit.*, p. 185) bajo el término «transparencia».

⁹ En este sentido FELIU REY, M. I. en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por ARROYO MARTÍNEZ, I.-MIQUEL RODRÍGUEZ, J., Tecnos, Madrid, 1999, artículo 5, p. 56. Por su parte PAGADOR LÓPEZ, J. («Requisitos de

mismo se destinan a la manera de manifestarse los requisitos de incorporación en relación, respectivamente, con los contratos escritos (art. 5.1), verbales (art. 5.2) o telefónicos y electrónicos (art. 5.3.), el apartado final contiene una regulación de aplicación general a todos los supuestos de contratación.

Con carácter general y al margen de ulteriores precisiones diré que, por un lado, el legislador tiende a proteger la seguridad del tráfico estableciendo inicialmente una serie de presupuestos genéricamente vinculados con el deber de información del predisponente que, de acaecer, revelan una indestructible presunción de conocimiento por parte del adherente quien, en ningún caso, podrá ya esgrimir el vicio de su consentimiento derivado de su efectiva falta de conocimiento.

A la vez diríamos que si las condiciones generales no llegan a conocerse, pues no se entregaron, firmaron o anunciaron, nos encontraríamos ante un supuesto de inexistencia ya que nunca podríamos hablar de que el consentimiento contractual hubiera alcanzado a tales cláusulas. Ahora bien, la discutible categoría de la inexistencia contractual —que sin excesivos problemas podría aplicarse a este tipo de situaciones— plantea sin duda problemas prácticos a la hora de erradicar unas estipulaciones no consentidas por el adherente en los casos en que el predisponente alegue su válida incorporación al contrato: la inexistencia exigiría en este caso, al igual que ocurre con cualquier vicio determinante de uno u otro tipo de ineficacia contractual, la resolución jurisdiccional que así lo acordara.

De distinta manera, la exigencia de comprensión, como iremos viendo, no propicia tanto la seguridad del tráfico como la protección del adherente instaurando, quizás, una desmesurada tuición de éste que va a ser preciso matizar para evitar la distorsión de las finalidades pretendidas por el legislador. Y ello porque, como iremos desarrollando, estamos fundamentalmente ante un problema a resolver en sede de interpretación de los contratos y no tanto de su ineficacia. Especialmente si, como expondremos, la condición general que se cuestiona no resulta abusiva sino, exclusivamente, ilegible, oscura o ambigua.

A.1 LA COMUNICACIÓN O COGNOSCIBILIDAD

Centrándonos en el artículo 5 de la LCGC diremos que de su amplio y poco claro contenido se desprende como aspecto esencial

incorporación de las condiciones generales de la contratación y consecuencias negociales», en la obra colectiva *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, dirigida por NIETO CAROL, U., ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 242 ss.) habla del «requisito de entrega o facilitación» diferenciando asimismo su estudio en función del tipo de contrato al que la condición general se incorpora: no escrito, electrónico o telefónico y escrito.

en su configuración el establecer como requisito efectivo de incorporación no tanto la necesidad de una concreta comunicación de las mismas sino que basta con su cognoscibilidad por parte del adherente, lo cual se aparta en cierta medida de los tradicionales principios imperantes en el ámbito de la contratación pues, genéricamente, sabíamos que para la plena virtualidad de una declaración de voluntad contractual ésta debía recaer sobre lo conocido y no tanto sobre lo cognoscible. En este sentido el artículo 5.2 *in fine* parece sin embargo propiciar que sea la mera cognoscibilidad el presupuesto de inclusión cuando por ejemplo, habla de «garantizar al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia» y en la misma línea el artículo 7.a) habla de la «oportunidad real de conocerlas» cuando establece los presupuestos negativos de incorporación. Destacaré desde un primer momento que la admisión de tal presupuesto es quizás el rasgo esencial configurador del nuevo entendimiento de la formación de un programa contractual estructurado en base a condiciones generales que, sin embargo, debe ser complementado con el estudio de otros presupuestos que luego examinaremos.

El análisis pormenorizado de los tres primeros apartados de este artículo 5 no resulta fácil si bien la lectura global del precepto determina –insisto en ello– que el legislador propicie esa cognoscibilidad como requisito de inclusión la cual deriva bien de habersele entregado el documento que recoge las condiciones generales aceptadas o, en su caso, el que las mismas fueran accesibles en el momento de materializarse el convenio.

Tales presupuestos se estructuran en el referido precepto sobre una doble tipología contractual en función de que el convenio se celebre o no por escrito. Resumiendo su contenido concluiré diciendo que la referencia a la cognoscibilidad –en lugar del conocimiento efectivo– deriva de que basta con que el adherente conozca la existencia de las condiciones generales y pueda a la vez conocer su contenido. Esto es posible tanto a través de su inserción material en el documento a suscribir como a través de la entrega de un documento separado que se declara recibir¹⁰.

Mucho más liviano es el régimen del contrato no escrito pues aquí no hay duda de que basta con que el predisponente anuncie en

¹⁰ No es ajeno al confusionismo existente la variación sufrida por este precepto y el correlativo artículo 7 en la tramitación parlamentaria en términos que explica con claridad PAGADOR LÓPEZ, J., «La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación», *Derecho de los Negocios*, octubre, 1998, p. 8. Me remito asimismo a sus acertadas conclusiones en orden a la interpretación conjunta de estos requisitos positivos de inclusión en relación con los sancionados negativamente en el artículo 7. *Vid.* asimismo FELIU REY, M. I., *op. cit.* pp. 57 y 58.

lugar visible —donde se realice el negocio— su existencia o que, en definitiva lo haga «*de cualquier otra forma que garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia o contenido en el momento de la celebración del contrato*». Acertadamente apunta Clavería Gosálbez¹¹ que la efectiva protección del adherente se conseguiría imponiendo, por un lado, determinado contenido a las condiciones generales de la contratación —tal y como efectúa actualmente el modificado artículo 10 de la LGDCU— y, por otro, «*regulando más pormenorizadamente que es ese lugar visible al que alude la ley*».

Finalmente apuntaremos que la concreta problemática de la contratación electrónica, apuntada en el artículo 5.3, se ha desarrollado reglamentariamente en el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, exigente de un específico análisis que desbordaría los límites de este trabajo y que, sin embargo, ha sido ya objeto de profuso análisis¹².

En cualquier caso el desarrollo reglamentario del artículo 11 de la Ley, acaecido un tanto apresuradamente por el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, mediante el cual se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, persiste y magnifica la idea de sustituir el efectivo conocimiento de las condiciones contractuales por su cognoscibilidad, vinculada en este caso a la publicidad que deriva de su inscripción en el novedoso Registro. En tal sentido el artículo 18 del citado Reglamento, al establecer que «*los requisitos establecidos en los artículos 5 y 7 de la ley sobre Condiciones Generales de la Contratación se entenderán cumplidos cuando conste en las condiciones particulares del contrato una referencia y un recibí, firmados por el adherente, a los datos de inscripción de las mismas en el Registro de Condiciones Generales...* ahonda sin duda la brecha entre conocimiento efectivo y consentimiento en términos sin duda excesivos y difícilmente comprensibles. Tal precepto, por otro lado, ya ha sido objeto de un crítico comentario por parte de la doctrina especializada, llegando a afirmar Pagador López¹³ que su exégesis «*es*

¹¹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, J. H., *op. cit.*, p. 1309.

¹² En este sentido, *vid.* por todos DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Contratación electrónica y protección de consumidores», *RCDI*, núm. 660, año 2000, pp. 2327 ss., y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *op. cit.*, pp. 169 ss.

Monográficamente trata el tema MARTÍNEZ NADAL, A., «Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación», *Estudios de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, 2000, y *La Ley de Firma Electrónica*, ed. Civitas, 2000.

¹³ PAGADOR LÓPEZ, J., «Requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación y consecuencias negociales», en la obra colectiva *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, dirigida por NIETO CAROL, U., ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 227 ss.

cosa de locos» para concluir, tras un minucioso análisis de los contratos a los que hipotéticamente sería aplicable, que tal precepto reglamentario carece de ámbito de aplicación. Finalmente cierra su exposición afirmando que el Gobierno se ha excedido en la redacción de una norma que, literalmente, no desarrolla sino que modifica el contenido de los artículos 5 y 7. Conclusión ésta difícilmente objetable desde una perspectiva de respeto hacia la jerarquía normativa.

A.2 LA COMPRENSIÓN: TRANSPARENCIA, CLARIDAD, SENCILLEZ Y CONCRECIÓN¹⁴

En segundo lugar se establece como requisito de incorporación, y de forma un tanto general, que la «*redacción de las cláusulas generales debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, sencillez y concreción*». Es lo que Gete-Alonso denomina «*apariencia externa*» de las condiciones generales al margen de la valoración sobre la validez de su contenido¹⁵ que, dados los propios términos del precepto –se habla de la «*redacción de las cláusulas...*»–, permiten concluir que el legislador estaba fundamentalmente pensando en la manifestación escrita de tales condiciones generales.

Y a propósito de este particular, comentaremos que la Directiva sólo habla de que sean claras y comprensibles y respecto de ciertos extremos¹⁶ que lógicamente son los esenciales del contrato. Añadir –como efectúa nuestra LCGC– conceptos jurídicos indeterminados no hace sino complicar las cosas pues, en definitiva, no resulta fácil contrastar la presencia de tan imprecisas cualidades (imprecisas desde un punto de vista normativo) en toda condición general.

En relación con este tema la exégesis sistemática del precepto, al contrastarse con otras normas de la propia Ley, determina una cierta perplejidad si seguimos asumiendo, como parece necesario, la virtualidad de principios interpretativos sólidamente anclados en

¹⁴ No entro en el detalle de analizar pormenorizadamente la exégesis de cada uno de estos conceptos. Labor ya realizada, acertadamente, por GETE-ALONSO CALERA, M. C., en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por ARROYO MARTÍNEZ, I.-MIGUEL RODRÍGUEZ, J., Tecnos, Madrid, 1999, artículo 7, pp. 75 y 76.

¹⁵ GETE-ALONSO CALERA, M. C., *op. cit.*, p. 75.

¹⁶ Dice su artículo 4.2. que «*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*».

nuestro sistema. En este sentido diremos que el artículo 5 apartado 4.^º exige que para asumir la incorporación de una condición general al contrato la misma ha de ser transparente, clara, sencilla y concreta. Ello determina que, en función de tales cualidades, no sea precisa por definición labor interpretativa alguna pues como reiteradamente nos viene diciendo el Tribunal Supremo «*in claris non fit interpretatio*».

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, el legislador estima necesario que frente a este tipo de cristalinas condiciones se prevean unos cánones hermenéuticos que resuelvan sus hipotéticas oscuridades¹⁷. Para ello sanciona como tales una serie de pautas exegéticas en el artículo 6 que, si bien ciertamente nada añaden a lo que ya sabíamos como resultado de la redacción de los artículos 1281 ss. del CC, prevén su aplicabilidad como consecuencia de las dudas que las cláusulas transparentes, claras, sencillas y concretas puedan suscitar.

Pues bien, sin profundizar en el tema, nos limitaremos a afirmar, como colofón de estas elucubraciones, la profunda contradicción que revela el que este tipo de condiciones generales puedan originar vacilaciones interpretativas. Da la impresión de que el legislador es consciente de la dudosa eficacia práctica de un planteamiento programático tan genérico como es el adjetivar, a efectos de valorar su inclusión en el contrato, las condiciones generales con calificativos de muy dudosa juridicidad.

Y es aquí donde, como consecuencia de todo ello, se advierte una de las más grandes deficiencias dogmáticas del sistema. Deficiencia que el legislador intuye pero que, en su regulación, estrepitosamente yerra. Es decir, el legislador es consciente de que una cláusula ambigua u oscura debe ser interpretada –para ello existen las reglas hermenéuticas– y, consecuentemente, sanciona en el artículo 6 una serie de cánones interpretativos. Pero, a la vez, no ha reparado que al considerar la ambigüedad u oscuridad como un presupuesto o requisito de inclusión no podrá llegar a desvanecerse esa oscuridad en función de las ulteriores pautas del artículo 6 pues, previamente, tales condiciones habrían sido expulsadas del contrato en función de la incongruente nulidad que para ellas predicen los artículos 9 y 10 de la Ley¹⁸.

¹⁷ En materia de interpretación de condiciones generales cabe ver el completo análisis efectuado por DÍAZ-ALABART, S., en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por R. BERCOVITZ, ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, artículo 6, pp. 193 ss. Específicamente resulta de interés el tratamiento de las relaciones entre la regla de interpretación *contra proferentem* y el control de inclusión de las condiciones generales, a efectos de la posible preferencia de uno u otro régimen (pp. 213 ss.).

¹⁸ PAGADOR LÓPEZ, J. (*Condiciones generales y cláusulas contractuales predisposetas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 363) explica sin embargo esta aparente anti-

Por todo ello, en definitiva, a propósito de este requisito de la comprensión, debe subrayarse, una vez más, que el gran problema surge en el momento de atribuir a su infracción un determinado tipo de ineeficacia contractual—aparentemente la nulidad de pleno derecho— que, entiendo, está absolutamente reñido con la lógica que inspira dicho instituto en su configuración clásica. A ello me referiré con detalle ulteriormente si bien desde un primer momento apuntaré que respecto de la cláusula oscura debiera haber propiciado el legislador no tanto su exclusión (arts. 5 a 7) sino su clarificación desde la perspectiva de beneficio para el adherente (art. 6). Solución esta última a la que la lógica —aunque no la norma— nos debe llevar.

A.3 LA PRUEBA DE LOS REQUISITOS POSITIVOS DE INCLUSIÓN

Analizando los presupuestos positivos de inclusión desde una perspectiva probatoria diríamos que el legislador ha establecido una indestructible presunción de conocimiento derivada de anudar la efectiva concurrencia de dicho consentimiento al hecho de que el adherente reciba o tenga acceso a las condiciones generales que acepta en los términos anteriormente apuntados. De esta manera se garantiza la seguridad del tráfico para evitar la hipotética alegación de desconocimiento de una «*letra pequeña*» que pudo perfectamente conocerse.

Así las cosas diríamos que, por un lado, se facilita a través de la referida presunción —que no tengo especial interés en considerar técnicamente como tal— el efectivo conocimiento por parte del predisponente. Pero, a la vez, no se tiene en cuenta que, al menos, el beneficiario de la norma probatoria debe acreditar la concurrencia del hecho base al que se vincula la conclusión presuntiva, lo cual no siempre va a ser fácil.

En tal sentido el predisponente podrá, normalmente, acreditar la concurrencia de los presupuestos examinados cuando exista en la copia del documento que retiene la firma del adherente bajo alguna de las modalidades previstas en el artículo, 5.1. Pero tal acreditación le va a resultar mucho más difícil en los casos de contratación

nomia indicando que las reglas de interpretación actúan respecto de las cláusulas que ya han superado el control de inclusión pasando a formar parte del contrato y siendo por ello susceptibles de interpretación al presentar ambigüedades o indeterminaciones que se resuelven en contra del predisponente. En definitiva, estima posible que las cláusulas transparentes, claras, concretas y sencillas, puedan determinar ambigüedades hermenéuticas. Insisto en cuestionar que ello sea en la práctica posible —mucho menos que sea habitual— en términos que tampoco tienen claros los fallos jurisprudenciales que el referido autor recoge.

no escrita pues, como es lógico, no será frecuente que quede rastro documental alguno de las circunstancias en que se produjo la contratación¹⁹ ni, tampoco, de la «visibilidad» de las condiciones generales. Hecho que, planteado polémicamente, el adherente negará. Quizás para evitar esta dificultad el artículo 18 del Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre) dulcifica tales exigencias exacerbando un atípico efecto legitimador de la publicidad registral de forma que se evitan problemas al predisponente al sancionar que «*los requisitos establecidos en los artículos 5 y 7 de la ley sobre Condiciones Generales de la Contratación se entenderán cumplidos cuando conste en las condiciones particulares del contrato una referencia y un recíbí, firmados por el adherente, a los datos de inscripción de las mismas en el Registro de Condiciones Generales*

A.4 LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR POR PARTE DEL PREDISPONENTE

Finalmente, en relación con el precepto comentado y al margen de otras reglas con menor valor normativo, debe subrayarse que asimismo parece trascendente la obligación que se sanciona a cargo del predisponente en el sentido de establecerse positivamente su deber de información en el apartado 1.^º *in fine*. A propósito de este particular debe subrayarse que uno de los objetos clásicos de discusión en materia de error invalidante se vincula con la inexcusabilidad o no del error padecido por el aceptante. Tema a relacionar con el deber de informar por una parte –ofrente– y el deber de informarse por la otra.

Respecto de esta última cuestión diríamos que con una lectura clásica del tema la nueva Ley sanciona no tanto el deber de informarse el adherente como el deber de informar por parte del predisponente. Ahora bien, esto que en principio parece que es una norma tuitiva de dicho adherente quizás no sea así si analizamos más profundamente tal proposición normativa: con ella desaparece definitivamente la posibilidad de que exista un error excusable por parte del adherente. El hecho de que el predisponente haya cumplido con la obligación de información contenida en este apartado 2.^º del

¹⁹ Advierte este problema FELIU REY (*op. cit.*, p. 58) al exponer que «*la firma de las condiciones generales por el adherente resulta de gran utilidad para el predisponente tanto porque evita la inversión de la carga de la prueba establecida en el artículo 5.1 segundo, como por constituir una garantía para el predisponente –si la redacción de las mismas se atiene a lo establecido en el artículo 5.4– a efectos de evitar una posible litis o reclamación por quien se encuentra sometido a ellas*».

artículo 5 determina la inviabilidad de cualquier alegato acerca de la excusabilidad del error cometido por el adherente²⁰.

B) La formulación negativa de los presupuestos de incorporación

B.1 COGNOSCIBILIDAD Y SUSCRIPCIÓN

El artículo 5 que analizamos ha de complementarse con el contenido del artículo 7.a) donde, quizas redundantemente²¹, se efectúa una formulación negativa de los requisitos de incorporación que anteriormente se han descrito en el artículo 5. Y así, al igual que aquel precepto aparece epigrafiado como «*Requisitos de incorporación*» en éste se nos habla de la «*No incorporación*», en términos, como veremos, innecesariamente duplicados y que, por otro lado, no se corresponden exactamente con los inicialmente referidos. De este modo, a propósito de la falta de coordinación entre la formulación positiva y negativa de estos requisitos de inclusión, puede resultar anómalo que en este segundo precepto no se haga referencia alguna al incumplimiento del deber de información del artículo 5.1.^º de forma que parece que sólo es posible declarar la falta de incorporación cuando el presupuesto deficiente es la más genérica falta de conocimiento o la ausencia de cognoscibilidad por parte del adherente. También la falta de suscripción en los casos en que el artículo 5 lo exigía²².

Y a propósito de esta dualidad en la formulación de los requisitos de inclusión tendría la misma más sentido si sustantivamente no se hubiera limitado el legislador a disciplinar el haz y el envés de

²⁰ Aunque el concepto de error inexcusable no se acoja expresamente en nuestro CC ha sido tradicionalmente utilizado como criterio para flexibilizar la estricta aplicación del artículo 1266 del CC. Ya dijo, por ejemplo, la STS de 14 de junio de 1943 que «*aun cuando el CC no establece expresamente el requisito de que el error sea excusable, hay que entender, con nutrida doctrina científica, que un error que se haya podido evitar con una regular diligencia no puede ser invocado por quien haya incurrido en él para anular la declaración*».

²¹ Cuestiona asimismo tal duplicidad GETE-ALONSO CALERA, M. C., *op. cit.*, p. 74, indicando: «*Para qué enumerar los requisitos en el artículo 5 y, poco más tarde, describir qué cláusulas no se incorporan (art. 7)? ¿Es que la reiteración garantizará «la localización de las cláusulas no incorporables? Nótese que, en los primeros Anteproyectos de Condiciones Generales no se efectuaba esta diferenciación.*»

²² En relación con la exigencia de suscripción de las condiciones generales cabe subrayar la opinión de FELIU REY (*op. cit.*, p. 58) en el sentido de estimar que también las condiciones generales del contrato, y no sólo éste, deben ser firmadas no obstante el tenor literal de la Ley pues «*si entendemos que la firma no supone sino la plasmación gráfica del conocimiento y aceptación, por el adherente firmante, del objeto del contrato, y se exige tal conocimiento y aceptación por dicho adherente de las condiciones generales para que las mismas pasen a formar parte del contenido contractual, la conclusión más acertada –por pura seguridad del predisponente– no es sino que la firma debe recer no sólo al pie del contrato sino en los documentos objeto de incorporación*».

unos mismos presupuestos: habría tenido más sentido, como digo, para establecer específicos requisitos o presupuestos negativos de inclusión como es el caso de las llamadas cláusulas sorprendentes de las que ulteriormente hablaremos.

Subrayaremos, además, que los efectos de la no incorporación no se tratan en este nuevo precepto sino, muy parcamente a pesar de ser una cuestión de relevante importancia, en los artículos 8 a 10 de la Ley, objeto de ulterior comentario.

B.2 LA COMPRENSIÓN Y EL INCOMPRENSIBLE CONTENIDO DEL APARTADO B) DEL ARTÍCULO 7

En términos que guardan un claro paralelismo, aunque no homogeneidad, con los del apartado 4.^º del artículo 5, en este último apartado del artículo 7 se formulan negativamente los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez²³. De esta forma se dice que no quedan incorporadas al contrato las estipulaciones ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Ello propicia que reiteremos cuanto anteriormente afirmábamos pues el tema debiera haberse resuelto en sede hermenéutica y nunca expulsándolas del contrato. Especialmente si se trata de condiciones que no resultan abusivas.

Al margen de la difícil concreción de términos que, como los utilizados, no resultan excesivamente precisos desde un punto de vista normativo, diremos que la gran oscuridad del apartado aparece en su inciso final cuando efectúa un específico tratamiento de las estipulaciones incomprensibles, las cuales, por cierto, en su formulación positiva –las comprensibles– no aparecen entre las recogidas en el artículo 5. Quizás, por ello, hubiera resultado adecuado que un tema tan evanescente como es el de la comprensión se hubiera complementado con una adjetivación adecuada cuya ausencia nos obliga a remitir la valoración del concepto a pautas subjetivas vinculadas con la clásica y manida diligencia del buen padre de familia.

Ha de subrayarse que muy frecuentemente el objeto de este tipo de contratación en masa ofrece unas especificidades técnicas exigentes de un elevado nivel de conocimientos para su cabal comprensión. Llegar a comprender, por ejemplo, un prospecto informativo de las cualidades del ordenador adquirido no está al alcance de todos. Por ello, seguir aplicando a este requisito, como única pauta exegética subjetiva, la secular diligencia del buen padre de familia

²³ Ya hemos expuesto anteriormente la crítica a tal duplicidad. Asimismo *vid.* GETE-ALONSO CALERA, M. C., *op. cit.*, pp. 75 y 76.

quizás no resulte fácil. Sin duda hubiera sido más adecuado que el legislador sentara específicas pautas normativas –quizás puramente objetivas– en orden a la exégesis de este requisito tan decisivo como impreciso.

Pero la crítica a la labor legislativa se magnifica al analizar la excepción a la no incorporación que respecto de las cláusulas incomprensibles se contiene en el último inciso del apartado donde el legislador volatiliza los efectos de tal deficiencia permitiendo en determinados casos que se incorpore al contrato la condición general incomprensible si concurren dos requisitos: que se acepte expresamente la cláusula no comprendida y que tales condiciones generales «se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato».

Analizaremos una y otra proposición normativa.

B.2.1 *La aceptación expresa y escrita de la cláusula incomprensible*

Si la cabeza no me falla, que es posible, lo que a mi entender el legislador parece estar reflejando en la norma expresada es que el consentimiento del adherente se proyecte sobre una cláusula que no entiende. Y se ha de proyectar de forma concreta y escrita pues la norma habla de «*expresamente*» lo que no parece ir encaminado a obviar la integración del presupuesto a través de la mera y genérica suscripción de todo el clausulado contractual. De esta manera la representación mental del adherente debe plantearse en estos términos: «*no entiendo nada de la cláusula tercera pero expresamente la acepto.*»

Pues bien, parece claro que este presupuesto es la expresión máxima del deseo del legislador de proteger la seguridad del tráfico en masa y de fortalecer el mercado si bien a costa del adherente, sacrificando para ello un entendimiento lógico y tradicional del juego de la representación mental que, acerca del programa contractual, debe poseer el adherente que consiente. La regla supone, también, el ocaso definitivo de la eficacia del error obstativo cuya estructura dogmática parece, desde ahora, necesario revisar.

B.2.2 *La transparencia de lo incomprensible*

Para mitigar las aberrantes consecuencias a que el presupuesto anterior puede dar lugar se intenta objetivar su alcance limitando la

eficacia de la aceptación expresa de lo incomprensible en unos términos que el legislador, para no ser menos que el denostado predispónente, sanciona de forma asimismo incomprensible. Y así, se establece que lo aceptado sin una plena percepción de su contenido ha de ajustarse, además, para poder incluirse en el contrato, «*a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato*». Angustiado por los efectos de la regla «*neminem licet ignorare ius*» he de confesar sin embargo mi inaptitud para comprender la exégesis del presupuesto examinado que quizás pueda explicarse como resultado de una desgraciada evolución legislativa.

En este sentido el Consejo de Estado, en su dictamen 3194/97, introdujo una serie de modificaciones en el Anteproyecto de Ley redactado, algunas de las cuales pasaron a integrarse en el ulterior Proyecto de Ley que fue objeto de discusión parlamentaria. Entre ellas, expresamente, se dijo que «*en el artículo 5 apartado b) se ha aclarado que la posibilidad de aceptación expresa va referida a las cláusulas oscuras, no a las incomprensibles, siempre que se ajusten a la normativa específica sobre transparencia contractual*». Como consecuencia de tal recomendación el nuevo Proyecto de Ley, de forma no excesivamente diáfana, habla de la no incorporación de las condiciones generales «*que sean ilegibles, ambiguas, incomprensibles u oscuras, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieran sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato*».

Los términos del Proyecto de Ley tampoco eran, como queda apuntado, excesivamente nítidos pero al menos cabía predicar una evidente correlación entre oscuridad y transparencia. De esta manera lo oscuro –nunca lo incomprensible– se podía salvar si, aceptado expresamente, no infringía normas sobre transparencia contractual bien genéricas bien concretamente reglamentadas en la materia objeto de contratación. Con una lectura alternativa diríamos que la existencia de una específica normativa reglamentaria sobre transparencia de las estipulaciones contractuales en un determinado ámbito de la contratación en masa impediría en cualquier caso la incorporación de una cláusula oscura, aun expresamente aceptada.

Pero cuando en la Ley definitivamente aprobada se troca el orden de los requisitos y se coloca primero la oscuridad y luego la incomprensión, sin alterar el resto del precepto, el resultado es caóticamente incongruente pues la norma carece de todo sentido. No se nos alcanza el que algo incomprensible se acepte y tampoco el

que pueda validarse esa aceptación cuando lo incomprensible se ajuste a las normas sobre transparencia en la redacción de estipulaciones contractuales. El contenido de la norma es, definitivamente, incongruente.

Subrayaremos, finalmente, para cerrar el análisis del artículo 7, que los efectos de la falta de incorporación no se tratan en este precepto sino, muy parcamente a pesar de ser una cuestión de relevante importancia, en los artículos 8 a 10 de la Ley, objeto de ulterior comentario.

C) **Especial referencia al presupuesto de la cognoscibilidad y el error obstativo**

Examinando el contenido de los artículos 5 y 7 de la nueva Ley con una perspectiva hermenéutica tradicional ha de subrayarse, desde un primer momento, que la admisión de que el consentimiento se proyecte sobre algo susceptible de ser conocido –y no sobre lo que realmente se conoce– choca con la concepción clásica del contrato pues no se coordinan bien los principios en que se fundamenta la perfección de los contratos con la aceptación de algo que no es plenamente valorado en el momento de emitirse el consentimiento contractual²⁴. En este sentido, con tal perspectiva tradicional, y aun reconociendo que el control de contenido –pero no el de inclusión– se justifica en cuanto que se produce para una de las partes un cercenamiento de su derecho a la libre autodeterminación de los intereses contractuales, es difícil conciliar el no enterarse y la tutela de quien no se entera, extremo que funda la protección frente a la contratación por parte de incapaces pero que resulta más complejo de abordar en la protección de un adherente que ni tan siquiera debe ser usuario. Por ello el problema que en la práctica puede plantearse consiste en que se ampare el que, *a posteriori*, se alegue la falta de conocimiento de lo en su momento cognoscible y se expulsen del contrato cláusulas cognoscibles pero no conocidas. Y ello en

²⁴ Ha de tenerse en cuenta que hoy, frente a pasadas alternativas en orden a la justificación de la vinculación de las condiciones generales de la contratación, se funda tal obligatoriedad en su aspecto contractual, si bien no cabe seguir pensando en un contrato en el que se produce un consentimiento «químicamente puro», en los términos pergeñados desde el Ordenamiento de Alcalá hasta nuestro CC. Sobre el tema *vid.*, por todos, DÍEZ PICAZO, L., en estudio colectivo sobre *Las Condiciones Generales de la Contratación y las Cláusulas Abusivas*, Civitas, 1996, pp. 29 ss. Finalmente *vid.* el completo y específico tratamiento de la materia efectuado por BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Bosch, Barcelona, 1999.

En contra de la idea contractual *vid.* genéricamente ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, concluyendo la eficacia declarativa de las condiciones generales, al margen de la teoría contractualista, en pp. 93 ss.

función de ese sabido principio «*pro adherente*» al que jurisdiccionalmente somos tan proclives y que no resultará raro que determine resultados sin duda no amparados en la letra de la Ley. Si ello fuera así se desvirtuaría la norma que ha querido precisar que el requisito de incorporación no es el conocimiento sino la cognoscibilidad.

Y es que, en definitiva, frente a la aparente tuición que respecto del adherente deriva de las normas cuestionadas sobre control de inclusión, hemos de efectuar una lectura alternativa de tales conclusiones a propósito del requisito que hemos denominado cognoscibilidad valorando el que la persistencia en la doctrina clásica del error obstativo posiblemente llevaría a resultados más propicios para dicha parte contractual. En este sentido al sacralizarse la cognoscibilidad como presupuesto de incorporación de la condición general se está, en definitiva, privando de eficacia alguna al referido error obstativo²⁵. Es decir, ya no es posible alegar la falta de consentimiento –secuente a la falta de conocimiento– pues, aun acreditada tal falta de conocimiento, los efectos ablativos de tal hipotético vicio del consentimiento habrían desaparecido ya que se ha sustituido el presupuesto del conocimiento –*ratio* última de la transcendencia del error obstativo– por el de la cognoscibilidad.

El círculo se cierra aún más en contra del adherente si tenemos en cuenta un dato evidente –propiciador en última instancia de la protección al usuario frente a esta modalidad de contratación– como lo es la normal falta de lectura de la vulgarmente denominada «*letra pequeña*» que desvirtúa un tanto las fórmulas elegidas por el legislador para minimizar la disociación cognoscibilidad y desconocimiento y que se concretan en identificar aquélla con la posibilidad razonablemente fácil de acceder al contenido material de la regulación. En este sentido el considerar la axiomática virtualidad contractual de aquellas cláusulas cognoscibles pero efectivamente no conocidas supone sin duda optar decididamente por la protección de la seguridad del tráfico si bien en detrimento del consumidor o adherente.

La brecha sigue ahondándose a la vista del ya citado artículo 18 del Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre) que sanciona una publicidad material y efectiva derivada de la inscripción de tales condiciones en dicho Registro en cuya virtud cada vez se aleja

²⁵ Téngase en cuenta que la apreciación de este hecho lleva a ALFARO (*op. cit.*, pp. 192 ss.) a negar el fundamento contractualista de las condiciones generales. En contra de tal opinión estima PAGADOR LÓPEZ (*Condiciones generales y...*, *cit.*, p. 361) que tal cognoscibilidad persigue garantizar un mínimo o último reducto de contractualidad reafirmando la naturaleza contractual de estas estipulaciones.

más de la realidad la presunción de material conocimiento de tales condiciones. Con tal perspectiva diríamos que, en este particular, los postulados contractuales clásicos resultan sin duda más favorecedores para el adherente que los nuevos vientos que soplan desde la Ley 7/1998.

Por todo ello, retomando cuestiones anteriormente planteadas, diríamos que, efectivamente, frente al clásico sistema de invalidez contractual que deriva de la apreciación de determinados vicios del consentimiento, el nuevo régimen normativo de la incorporación que venimos analizando resulta sin duda clarificador y ventajoso para la seguridad del tráfico tal y como tradicionalmente se viene afirmando. Lo que ya se nos revela mucho más cuestionable es que resulte más ventajoso para el usuario o adherente pues como luminosamente se ha dicho «*la utilización de condiciones generales constituye un factor de seguridad jurídica pero lo es, sobre todo, para la seguridad de la parte que las predispone*»²⁶.

D) El silencio normativo sobre las estipulaciones sorprendentes

Pero, por otro lado, el problema se acentúa si pensamos que con tales planteamientos resultaba obligado que el legislador se hubiera preocupado, al menos, de la expulsión de las llamadas cláusulas sorprendentes.

En este sentido, por referencia a los presupuestos negativos de incorporación –sede natural de tratamiento de las estipulaciones sorprendentes—, debe subrayarse que se omite toda referencia, que si hubiera sido normativamente novedosa, a estas estipulaciones que –sorprendentemente– sí aparecían en el artículo 5 del Anteproyecto de 1983, reproduciendo el artículo 3 de la Ley alemana de Condiciones Generales. Y así se establecía en dicho artículo 5, como requisito negativo de inclusión, que «*no se considerarán incluidas aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que de acuerdo con las circunstancias, y en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el contratante sometido a las condiciones generales no hubiera podido contar razonablemente con su existencia*

El tema entiendo que debiera haber tenido una regulación específica que no posee y que, por ende, ha de resolverse conforme a principios generales del CC, no fáciles de concretar salvo la buena fe, y quizás reconducibles a la idea de transparencia.

²⁶ PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 45.

Abundando en la hipotética bondad del concreto tratamiento reglamentario de esta cuestión cabe también exponer la realidad de una pretérita acogida jurisprudencial de esta idea que sirvió, por ejemplo, para excluir la cláusula colocada sorprendentemente por la entidad bancaria en una póliza de préstamo en la cual el fiador avalaba no sólo ésta sino todas las demás operaciones del afianzado con la entidad de préstamo.

Como consecuencia de tal acogida doctrinal y jurisprudencial tanto el Anteproyecto de Ley²⁷ como el Proyecto que nuestro Gobierno envía al Parlamento contienen una norma destinada a su exclusión. Concretamente el apartado *c*) del artículo 5 consideraba que no quedaban incorporadas al contrato las condiciones que «*de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia*». Sin embargo la redacción definitiva de la Ley omite toda referencia a la cláusula sorprendente que, al parecer, se ha considerado innecesario regular²⁸.

Tal conclusión tiene otra lectura, sin duda crítica con la labor del legislador. En este sentido, a mi juicio, la principal especificidad del llamado control de inclusión sería, precisamente, la expresa proscripción de las estipulaciones sorprendentes no acometida en la nueva Ley. Tal orfandad normativa nos reconduce a la buena fe para proteger los intereses del adherente frente a la estipulación sorprendente. Pues bien, al igual que sin necesidad de una norma específica el derecho común ofrece pautas para la erradicación de

²⁷ Decía el párrafo 2.^º del artículo 5 que «*sin embargo no se considerarán incluidos en los contratos celebrados entre comerciantes o empresarios aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que, de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el contratante no hubiera podido contar razonablemente con su existencia*». Por su parte, en Alemania, la Ley de Regulación Jurídica de las Condiciones Generales de la Contratación de 19 de julio de 1996, que traspone la Directiva 93/13 CEE establece: «*Artículo 3. Cláusulas sorprendentes.—Las disposiciones contenidas en las condiciones generales de la contratación que en determinadas circunstancias, especialmente debido a la forma externa del contrato, sean tan descostumbradas que la parte contratante con el predisponente no tenga por qué contar con ellas, no pasarán a formar parte integrante del contrato.*»

²⁸ GETE-ALONSO CALERA, M. C. (*op. cit.* p. 77) expone como argumentos que determinaron la exclusión de esta referencia la falta de tradición en nuestra legislación y doctrina, la posible inseguridad jurídica que comporta su concepto, así como su dudosa utilidad ya que nada añadía a los mecanismos que prevé la LGC. Sin embargo parece mostrarse contraria a tal desaparición pues la misma «*deja sin sentido la oportunidad de que en una misma Ley se enuncien, por activa y por pasiva, los requisitos de incorporación en dos preceptos que, al menos en su literalidad presentan dudas y problemas no justificables*».

En cualquier caso cabe ver el completo tratamiento que de tales cláusulas efectúa PAGADOR LÓPEZ, J. (*Condiciones generales y..., cit.*, pp. 453 ss.) quien con base en ciertos preceptos de la Ley (*op. cit.*, pp. 494 ss.) estima la vigencia de la regla general en cuya virtud procede su expulsión. Se reitera tal exposición por el mismo autor en *Requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación y consecuencias negociales..., cit.*, pp. 255 a 265.

dichas estipulaciones creo que a la misma conclusión se llegaría en orden a los supuestos positivos de incorporación, fácilmente compatibles con los tradicionales principios contractuales que no sería preciso traer a colación si la estipulación, por ejemplo ilegible, no resulta abusiva.

En definitiva la lectura involucionista del revolucionario texto consiste en subrayar que el deber de información por parte del pre-disponente, unido a la cognoscibilidad como presupuesto de inclusión, hará mucho más difícil de esgrimir por parte del adherente la ineffectuacía de la cláusula sorprendente. Especialmente si dicho adherente no es un usuario que, además, pueda beneficiarse de listado de cláusulas abusivas del artículo 10 LGDCU.

IV. LA INEFFECTUACIA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN SECUENTE A SU NO INCORPORACIÓN AL CONTRATO

Conocidas las exigencias que preceden es necesario, en una ulterior fase hermenéutica, analizar el régimen de ineffectuacía secuente a tal falta de incorporación²⁹ que ya aparecía contemplado en los Anteproyectos de 1984 y 1988 y, finalmente, en el de 1992, todos ellos inspirados en el artículo 6 de la Ley Alemana. Y ya adelanto que va a ser cuestionablemente absurda tal ineffectuacía si la cláusula –excluida por ilegible, oscura o incomprensible– no es abusiva o nula por contravenir norma imperativa. Y ello en función tanto de los efectos que deben derivarse de la nulidad de pleno derecho que se consagra como de los medios (art. 1258 CC) que se arbitran para su integración.

²⁹ Como destaca PAGADOR LÓPEZ, J. (*Condiciones generales y...*, cit., p. 602) el sistema de ineffectuacía de la Ley es trasunto del parágrafo 6 de la Ley Alemana de Condiciones Generales de la Contratación. Pronto se advierte por ello que la indiscriminada inserción en nuestro ordenamiento de un sistema de ineffectuacía contractual foráneo habría exigido de una más cuidada translación. Sobre la evolución de los distintos Anteproyectos en este particular *vid.* RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Antecedentes de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación en los sucesivos Anteproyectos de Ley» en la obra colectiva *Condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dirigida por NIETO CAROL, U., ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 77 ss., especialmente pp. 99 a 101. Establece dicho artículo 6: «*Consecuencias jurídicas en caso de no incorporación e ineffectuacía.—1. Si todas o algunas de las condiciones generales de la contratación no formaran parte del contrato o resultaran ineffectuacías, éste mantendrá su efectuacía en lo demás. 2. En la medida en que las cláusulas no formen parte del contrato o resulten ineffectuacías, el contenido del contrato se regirá por las disposiciones legales. 3. El contrato será ineffectuacío cuando su subsistencia, incluso con la modificación prevista en el apartado 2, represente una carga irrazonable para una de las partes.*».

En este sentido, y con carácter previo, diremos que el artículo 8 ha establecido innecesariamente, pues resultaba obvia³⁰, la nulidad de las condiciones generales que contravengan lo dispuesto en norma imperativa o prohibitiva. Formulación genérica que no presenta interés hermenéutico alguno, pero que da pie para que ulteriormente se maticen los efectos de tal nulidad, secuente a la falta de incorporación, en los términos con que la misma se regula en el artículo 9.

Es por lo tanto momento de desarrollar, por referencia al tipo de ineficacia derivada de la infracción de los términos legales, algunas de las cuestiones anteriormente planteadas al examinar los requisitos de incorporación. En este sentido recordaremos, en primer lugar, que la lógica debiera llevarnos a hablar de inexistencia contractual frente a condiciones generales de la contratación no incorporadas al contrato por no concurrir los presupuestos de comunicación o conocimiento de los tres primeros apartados del artículo 5. Categoría ontológicamente previa a las de ineficacia contractual pues realmente no habría acuerdo sobre tales condiciones. Sin embargo, como también hemos puesto de relieve, existiendo alguna apariencia de contractualidad o, al menos, la alegación por parte del pre-disponente de que las cuestionadas condiciones generales fueron comunicadas, suscritas o exhibidas, surgiría asimismo la necesidad de una declaración jurisdiccional expresa que parece oportuno reconducir a algún tipo de ineficacia de las clásicamente consagradas por nuestro derecho patrimonial común.

Por su parte, en relación con la idea de comprensión del artículo 5.4 ya hemos dicho, y de nuevo lo reiteramos, que resulta altamente cuestionable su encaje en la categoría de la nulidad que la Ley parece propiciar y, sobre todo, también lo va a ser la manera de integrar las hipotéticas deficiencias derivadas de su expulsión.

A) El tipo de ineficacia derivada de la no incorporación

Evidentemente aquella condición general que adolece de la falta de alguno de los presupuestos positivos del artículo 5 o que incurre en alguno de los defectos de su artículo 7 es, en el sentir de la Ley, una estipulación ineficaz que exige, como primera cuestión, encajar su régimen en alguno de los tipos de invalidez contractual regula-

³⁰ En este mismo sentido se pronuncia GETE-ALONSO CALERA, M. C., *op. cit.*, p. 83. También, con detallada explicación crítica, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por él mismo, ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, artículo 8, p. 262.

dos en nuestro ordenamiento. Sin embargo frente a la necesidad de concreción en la regulación de esta materia ya se apuntaba una línea de cierta indefinición en la Exposición de Motivos de la Ley donde el legislador atisba la dificultad de encajar con precisión este tipo de ineeficacia saliéndose por las ramas al decir que el «*capítulo II sanciona con nulidad las cláusulas generales no ajustadas a la Ley, determina la ineeficacia por no incorporación de las cláusulas que no reúnan...*»³¹.

En este sentido, tras esa indefinición inicial la lectura de los concretos preceptos del capítulo II parecen llevarnos, como única posibilidad, hacia la idea de nulidad al ser el único tipo de ineeficacia del que en tal capítulo II se habla. Y así, como aproximación primera al tema, diremos que el artículo 9.1 fungibiliza el régimen de la falta de incorporación con el de la nulidad lo que permitiría efectuar un planteamiento unificado de ambas deficiencias contractuales desde el momento en que una y otra se someten «*a las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual*». De igual manera tanto el artículo 10.1 como el 10.2 identifican en todo caso tanto los efectos de la no incorporación como de la nulidad. Es decir, si bien se parte de una clara diversidad claudicatoria en estos preceptos, pues se habla tanto de la «*no incorporación*» como de la «*declaración de nulidad*», las consecuencias de uno y otro supuesto no se diversifican ulteriormente.

Ahora bien, tal entendimiento de las cosas pronto nos lleva a consecuencias plenamente insatisfactorias. De esta manera un planteamiento clásico de los efectos de la nulidad absoluta –insubsanable, imprescriptible y con una legitimación universal para su alegación– parece absolutamente incompatible con el tipo de contratación en que normalmente se insertan las condiciones generales³². En este sentido me limitaré a apuntar ciertas consecuencias que no resultan asumibles desde una perspectiva sistemática.

Así, en primer lugar, especialmente por referencia a las condiciones generales que no superen el control de inclusión en los términos previstos por los artículos 5.4 o 7.2, es decir, las que resulten

³¹ Cabe ver los antecedentes legislativos de estas cuestiones en GETE-ALONSO CALERA, M. C., *op. cit.*, pp. 81, 87 y 88.

³² No obstante lo anterior la doctrina es proclive a persistir en la idea de nulidad radical. Así, por ejemplo, afirma PAGADOR LÓPEZ, J. «Requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación y consecuencias negociales» en la obra colectiva *Condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dirigida por NIETO CAROL, U., ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 273, que «*no queda más remedio que pensar que mediante ellos se han introducido hipótesis de nulidad radical o de pleno derecho*». Afirmación que sin duda tiene persistentemente presente la cláusula bajo cuyo déficit de incorporación subyace su carácter abusivo.

ambiguas, oscuras o incomprensibles, resultaría disparatado aceptar la imprescriptibilidad de la acción de expulsión que necesariamente seguiría a la identificación entre falta de incorporación y nulidad de pleno derecho. Como iremos viendo, la ausencia de toda referencia a plazos para el ejercicio de las acciones que la Ley contempla, a lo que hemos de añadir la falta de una configuración clara de este tipo de ineeficacia, es una de las grandes carencias detectables a primera vista en la labor del legislador. No olvidemos que estamos cuestionando exclusivamente una deficiencia de incorporación al margen de que ulteriormente tal condición general pudiera encajar en el listado de cláusulas abusivas de la LGDCU, tema que en este momento no es objeto de valoración.

En segundo lugar apuntaré que la configuración de la falta de incorporación como supuesto de nulidad de pleno derecho –de nuevo diremos que especialmente por referencia a lo que genéricamente hemos denominado falta de comprensión– puede producir una auténtica revolución en los procedimientos ejecutivos y la vía de apremio. Sabido es que el artículo 1467 de la LEC permite fundar la oposición del demandado a la demanda ejecutiva en la «*nulidad del título*»³³. Con tal perspectiva y asumiendo la identificación entre nulidad y no incorporación diríamos que pasarían a poder discutirse en el ámbito del juicio ejecutivo –y seguramente con probabilidades de éxito– todas las cuestiones referentes a la oscuridad, falta de transparencia, falta de claridad, etc. de las pólizas en las que se documentan, a menudo crípticamente, las relaciones de crédito y préstamo.

Finalmente resulta difícil de compatibilizar la nulidad radical con la lógica restricción a la legitimación para instar tal declaración que, en términos consustanciales a la idea de anulabilidad, sólo corresponde al adherente (art. 9.1.).

Apreciadas esas disfunciones, junto con otras que puedan imaginarse, parece lógico buscar cauces con los que evitar una indefinida posibilidad de expulsar del contrato condiciones generales contenidas en un contrato cumplido parcial o incluso totalmente. Cláusulas que el adherente, en función de intereses que el ordenamiento en principio no debe proteger, estima extemporáneamente que resultan oscuras o ambiguas o que, incluso, no fueron cognoscibles. Mucho más si con ello, por ejemplo, se pretende la devolución del precio, con correlativa restitución al vendedor-predispo-

³³ Tal problema parece que quedará un tanto minimizado tras la entrada en vigor de la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ya que su artículo 557 no hace referencia alguna a la nulidad del título como causa de oposición al proceso de ejecución de títulos no judiciales.

nente de un objeto que, superado por un nuevo modelo, no colma ya los anhelos del adherente.

En definitiva, resumiendo nuestro discurso precedente, subrayaremos la incoherencia de otorgar un tratamiento claudicatorio único a deficiencias de incorporación tan dispares pues nada tiene que ver la hipotética ineeficacia derivada de la falta de comunicación o suscripción de una condición general –en cuyo caso el contrato no las alcanza– con la derivada de una oscuridad interpretativa de su contenido. Aplicando ideas tradicionales hablaríamos de inexistencia para la primera de tales condiciones y, respecto de la segunda, nos veríamos en la necesidad de interpretarla en contra del predisponente causante de la oscuridad.

Sin embargo, como también sabemos, nada dice la ley acerca de todas estas consecuencias que, en cualquier caso, parece reconducir al régimen de la nulidad contractual. Especialmente (art. 9.2) si la condición general cuestionada afecta a un elemento esencial del contrato en los términos con que se precisan los mismos por el artículo 1261 del CC. Precisión normativa obvia y, obviamente, por duplicada innecesaria aunque para tal caso el efecto de dicha nulidad también debiera ir encaminado por derroteros distintos a los de su integración conforme a las pautas de la buena fe que sólo sirve para completar lo que, expulsado del contrato, sea contrario a la referida buena fe. En cualquier caso no es fácil imaginar que dicha oscuridad o incomprendición afecte a un elemento esencial del contrato –pensemos en su objeto– pues se habría subsanado la deficiencia a través de la efectiva entrega posesoria de un objeto con perfiles ciertos³⁴.

Así las cosas la duda que se plantea es la de coordinar por un lado la protección del adherente y por otro una mínima seguridad del tráfico dadas las especiales características de este tipo de contratación. Mantener, insisto en ello, una posibilidad claudicatoria indefinida resulta a mi entender inviable incluso en los supuestos que tradicionalmente denominaríamos de «*inexistencia*» del contrato si bien, en este caso, es precisa junto a una cierta apariencia de contractualidad un momento en el cual el predisponente intente hacer valer aquellos extremos del contrato no alcanzados por el consentimiento del adherente.

Con tales planteamientos previos entiendo que debemos superar, en todo caso, la aplicación a los supuestos de no incorporación de la clásica configuración de la nulidad de pleno derecho y caminar hacia el instituto de la anulabilidad que estimo tiene claros apo-

³⁴ Téngase asimismo en cuenta lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril, transscrito en nota 16.

jos en la propia Ley³⁵. Fundamentalmente desde el momento en que para todos estos casos se sanciona indiscriminadamente una legitimación individual restringida en el artículo 9.1, absolutamente incompatible con la idea tradicional de la nulidad de pleno derecho. Tal restricción de la legitimación para instar la declaración de no incorporación se coordina mucho mejor con el concepto de anulabilidad que describen los artículos 1300 ss. del CC pues, al igual que en tales preceptos, sólo el adherente que se estime perjudicado por el vicio contractual podrá esgrimir la ineffectuación de lo oscurosamente convenido³⁶. Ahora bien, aún aplicando las reglas de la anulabilidad a la acción de expulsión, persistirían lagunas legales de difícil integración, entre ellas, fundamentalmente, la de los plazos prescriptivos a los que haremos breve referencia.

Por otro lado el que se sancionen como efectos de la expulsión del contrato consecuencias alternativas que potencialmente pueden ser diferentes a la tajante desaparición de los efectos contractuales acerca asimismo la acción de expulsión a las características y presupuestos de categorías de ineffectuación contractual más dulcificadas que la nulidad absoluta.

Finalmente comentaremos a propósito de este particular que el confusionismo del legislador de 1889, que no supo distinguir semánticamente categorías de ineffectuación contractual tan diferentes como la nulidad y la anulabilidad parece que se ha perpetuado en la labor de un legislador cien años más veterano pero con las mismas y hoy injustificadas carencias dogmáticas. De esta manera diríamos que si bien el legislador habla en estos preceptos (arts. 8 a 10) de nulidad se quiere referir a la «nulidad» de los artículos 1300 y siguientes que, hoy ya no existe duda alguna, contemplan el instituto de la anulabilidad.

B) Plazo de prescripción de la acción de expulsión

Ya hemos destacado que resulta ésta una de las omisiones más llamativas de la nueva Ley salvo que queramos seguir pensando en

³⁵ Aprecio que también camina en esta línea PASQUAU LIAÑO, M. (*Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por R. BERCOVITZ, ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, arts. 9 y 10, pp. 281 ss.) tendiendo hacia la anulabilidad en relación con la deficiencia de los presupuestos de incorporación, al menos de los directamente referidos a garantizar la oportunidad de conocer las condiciones generales de la contratación a que se hace referencia en el artículo 7.a).

³⁶ Persiste en todo momento GETE-ALONSO CALERA, M. C., en la idea de nulidad si bien apunta que, aún no existiendo referencia alguna a la idea de anulabilidad, «esta no se excluye por aplicación de las reglas generales del CC» (*op. cit.*, p. 84). Sin embargo ulteriormente (*op. cit.*, p. 91), se decanta francamente por la nulidad estimando, incluso, la extensión de la legitimación a cualquier interesado.

la imprescriptibilidad de la acción de expulsión entendida como acción de nulidad absoluta a la que nos llevaría una interpretación no tanto literal como ciega de la nueva Ley³⁷.

La citada imprescriptibilidad cobraría teóricamente sentido frente a la deficiencia de incorporación que, como anteriormente hemos descrito, conllevara la teórica «*inexistencia*» de esa parte del contrato al no haberse comunicado o dado a conocer determinadas estipulaciones que, consiguientemente, no se ven alcanzadas por una contractualidad que, sin duda, funda la obligatoriedad de dichas condiciones.

Pero ocurre que, incluso en estos casos y frente al fenómeno de la contratación que nos ocupa, la solución puede resultar a menudo insatisfactoria pues la agilidad de este tipo de contratos está frontalmente reñida con una indefinida posibilidad claudicatoria. Por ello creo que en estos casos debemos reconducir el problema de forma que no cuestionemos tanto el seguir hablando de inexistencia o nulidad de la cláusula no incorporada como de fijar un *dies a quo* para el hipotético plazo prescriptivo de esta «*inexistencia*» una vez que surge la discrepancia acerca de su incorporación al contrato.

Así las cosas, desde la perspectiva que venimos exponiendo –contraria a la posibilidad de mantener indefinidamente cualquier tipo de ineficacia contractual, incluso la inexistencia– entiendo que debemos fijar como *dies a quo* el momento en que el predisponente quiera hacer valer la eficacia de la cláusula incorporada pues es en dicho momento cuando se aprecia que la hipotética inexistencia es cuestionada –como cualquier otra deficiencia– por el predisponente. No tiene sentido que, ante la exigencia de una determinada prestación al adherente, recogida en una cláusula que éste considera no incorporada, pueda guardarse por su parte un continuado silencio –incluso tras cumplir con la prestación referida– para, extemporáneamente, pretender la expulsión, por inexistente, de dicha condición general. La buena fe, así como la idea de los propios actos, puede servir para modular, en los términos que apunto, las radicales consecuencias que en función de un entendimiento tradicional del tema cabría aplicar a la idea de inexistencia.

³⁷ Aún persistiendo radicalmente en la idea de nulidad frente a las deficiencias de incorporación, expone finalmente GETE-ALONSO CALERA, M. C. (*op. cit.*, p. 92) que «en cierto sentido si pueda hablarse de la existencia de una suerte de *convalidación* (que no *confirmación*) del contrato. De otro lado, a la misma conclusión se llega, para el supuesto que estamos examinando, simplemente de la aplicación de la doctrina de los propios actos. Se trataría aquí siguiendo esa interpretación de una acción de nulidad radical diferenciada de la ordinaria en orden a su legitimación activa».

Con otra perspectiva cabría plantear el tema obviando un dogmatismo perturbador pues resulta muy difícil cuadrar perfectamente el supuesto de ineficacia que examinamos con las clásicas categorías de ineffectio ya reseñadas³⁸. Lo que en todo caso parece importante es dotar a este tipo de contratación de una seguridad absolutamente incompatible con la ampliación temporal de las posibilidades claudicatorias que en ningún caso podría ser indefinida. Por ello, invirtiendo los términos del discurso argumental seguido hasta ahora, también podría llegarse a una solución satisfactoria manteniendo la referencia a la inexistencia o nulidad pero modulando las consecuencias de ésta: básicamente limitando su plazo de alegación por el adherente que quedaría reducido a los que señala el artículo 1301³⁹.

De esta manera lo ilegible o incomprensible no quedaría incorporado plenamente al contrato salvo que transcurriera el plazo del mencionado precepto, único hábil para por vía de acción o excepción interesar su ineffectio.

En pro de las tesis defendidas habría de valorarse asimismo la trascendencia de la buena fe y de los actos propios como signos de conformidad con el contenido contractual sometido a condiciones generales en términos que vetarían una ulterior alegación de no incorporación, mucho más si han existido actos específicos de cumplimiento de lo hipotéticamente no incorporado.

De igual manera, y aún sin el transcurso de los plazos prescriptivos –sean cuales sean– entiendo que es plenamente aplicable tanto el instituto de la convalidación como el de la confirmación de los contratos. A tal efecto diré que no tendría sentido alguno que, incor-

³⁸ En la acertada línea de rechazar la clásica y estanca distinción bipolar entre nulidad y anulabilidad como categorías exclusivas de ineffectio contractual *vid. PASQUAU LIAÑO, M. (op. cit., pp. 378 ss.)*, con referencia a trabajos de interés del propio autor.

³⁹ Se muestra frontalmente contrario a la aplicación de este plazo PASQUAU LIAÑO, M. (*op. cit.* p. 289) quien si bien es partidario de reconducir este tipo de ineffectio a la categoría de la anulabilidad no extrae de ello la consecuencia que a mi entender resulta más fundada como lo es la posibilidad de reconducir el plazo prescriptivo al de cuatro años tipificado por el artículo 1301 del CC. De distinta manera manifiesta su opción por el plazo de quince años del artículo 1964 del CC negando la vigencia del contenido en el artículo 1301 porque «dicho plazo tiene un sentido muy distinto a los generales de prescripción: se trata de un plazo para el ejercicio no de una acción, sino del derecho potestativo de anular o confirmar el contrato, disipando la incertidumbre sobre su efectividad, dependiente únicamente de la voluntad del legitimado para ello». Disiento de tal alegato, esencialmente en función de que el propio legislador ha querido hacer depender la efectividad de la condición general de la voluntad del adherente perjudicado (art. 9.1.) por lo que no encuentro problema teórico alguno para la aplicación del referido plazo.

Finalmente, a propósito de las deficiencias de incorporación, y a pesar de que en tal caso también existiría un razonable plazo de prescripción de cuatro años, carece a mi juicio de sentido incardinrar la ineffectio que analizamos en el ámbito de la rescisión por lesión de los artículos 1290 ss. del CC, aplicada por ALFARO al antiguo artículo 10.4.2. de la LGDCU (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, cit., pp. 457 ss.).

porada sobrevenidamente al contrato la cláusula que inicialmente adoleciera de un déficit de incorporación –falta de específico conocimiento, por ejemplo– y aceptada ulteriormente sin reproche la misma por el adherente, mediante la expresión de actos concluyentes de aceptación, quedara aún abierta indefinidamente la posibilidad de cuestionar su eficacia⁴⁰.

C) El cómputo del *dies a quo*

Así las cosas, y sobre la base de la anulabilidad de todos los supuestos de ineeficacia que derivan de los artículos 5 y 7 –o alternativamente de una inexistencia o nulidad sometida a plazo de prescripción– es de subrayar que incluso el plazo de cuatro años del artículo 1301 del CC, único al que lógicamente podríamos recurrir, resulta dilatadísimo siendo, por otro lado, muy difícil la precisión del *dies a quo*, que tal precepto describe.

Es decir, no va a ser fácil en la práctica acreditar el momento en que el adherente afirma haber advertido la oscuridad, ilegibilidad, falta de transparencia, etc., que únicamente cabría referir al momento de suscripción del contrato. Finalmente diremos que poco nos ayuda el artículo 1301 para conocer el momento en que se desvanece el obstáculo determinante del vicio de la condición general por lo que parece más cabal acudir a la seguridad que ofrece la suscripción del contrato aunque la solución es absolutamente insatisfactoria⁴¹.

Finalmente, a propósito de este particular, tampoco parece que exista justificación alguna que permita la extensión analógica del plazo de dos años de las acciones colectivas que contempla el artículo 19 de la LCGC. La analogía con los plazos de las acciones redhibitorias (art. 1490) resulta también excesivamente forzada si bien la perentoriedad de tales términos justificaría cualquier argumento que sirva a su aplicación. De no encontrarse ningún otro

⁴⁰ Llega a la misma conclusión PASQUAU LIAÑO, M. (*op. cit.*, pp. 289 ss.) que, en definitiva, fundamenta en la idea de que es posible renunciar a la acción de nulidad una vez que ya ha nacido la posibilidad de ejercitlar la misma.

⁴¹ Estima PASQUAU LIAÑO, M. (*op. cit.*, p. 289) que la correcta aplicación del artículo 1969 del CC debe llevar a que «el plazo comenzará a contar desde que la cláusula nula haya comenzado a desplegar algún efecto, es decir, desde que pueda considerarse que el adherente se ve perjudicado por algún efecto o situación derivada de la cláusula que sólo mediante la acción de nulidad puede removese. Esta relatividad del “dies a quo” para el inicio del plazo explica que, aunque utilizando los términos impropiamente, pueda decirse que la nulidad no prescribe cuando se esgrime por vía de excepción». La virtualidad teórica de tal tesis creo difícil de que sea asumida en la práctica en función de razones de agilidad y seguridad del tráfico que quedarían eternamente comprometidas ante una posibilidad claudicatoria incompatible con aquéllas.

plazo habríamos de estar al del artículo 1964 que parece definitivamente inasumible.

D) Efectos de la no incorporación

Los efectos de la acción de expulsión aparecen en el artículo 10, en términos que fungibilizan totalmente esta acción con la que eventualmente se inste para lograr la nulidad de pleno derecho de toda condición general que vulnere una norma imperativa. Tal unificación, como veremos, determina que, valorados con una cierta profundidad, los resultados sean plenamente incoherentes.

D.1 EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL CONTRATO

Como principio básico hemos de decir que en esta materia la novedad normativa fundamental que fluye de la Ley ha sido la de plasmar en el artículo 10.1 la aplicación del principio de conservación del contrato si se estima que éste puede subsistir sin la condición general afectada por la deficiencia en cuestión. Extremo sobre el que deberá pronunciarse la Sentencia que en su día recaiga. Tal planteamiento resulta un tanto contradictorio con el hecho de que, a continuación, el mismo precepto posibilite la integración de la condición no incorporada: parece que si es posible incorporar lo afectado por el vicio siempre sería viable la subsistencia del contrato. Por ello la cabal interpretación de tales términos nos debe llevar a pensar que la condición no incorporada, para determinar la nulidad del contrato, necesariamente ha de afectar a uno de sus elementos definidores esenciales como pudiera ser, frente a una compraventa, la cosa o el precio. Situación que, como anteriormente se ha destacado, resulta en la práctica de difícil concurrencia.

Finalmente, a propósito de este particular, parece oportuno acudir analógicamente a la pauta que, en orden a la subsistencia del contrato, se establece en el artículo 10.bis.2 de la nueva LGDCU: «*sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineffectuación del contrato*».

Ahora bien, ello no agotaría los problemas del supuesto pues como acertadamente ha puesto de relieve Díaz Alabart⁴² sería en

⁴² DÍAZ ALABART, S. «*Pacta sunt servanda* e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales», en la obra colectiva *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, dirigida por NIETO CAROL, U., ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 61.

todo caso el predisponente el responsable de tal ineficacia –por haber insertado él la cláusula de la que deriva la nulidad– por lo que a él incumbiría la obligación de reparar el perjuicio causado. Así las cosas, continúa la citada autora, superando la literalidad del artículo 10.bis.2 de la LGDCU –no debe olvidarse que tal precepto entra en juego frente a condiciones generales abusivas que no es, como venimos reiteradamente exponiendo, el tema que nos ocupa– el Juez no debe moderar las consecuencias de la imposibilidad de integrar el contrato sino que, tras eliminar las cláusulas contrarias a la ley y constatar la imposibilidad de integrarlo «tiene facultades para fijar una indemnización equitativa para el consumidor».

D.2 LAS PAUTAS PARA LA INTEGRACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXPULSADAS

Asumida la viabilidad del contrato el legislador, a continuación, nos da los cánones para acometer la integración de aquellos aspectos del programa contractual afectados por la no incorporación de una de sus condiciones generales: «*la parte del contrato afectada por la no incorporación se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del CC y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo*»⁴³.

He apuntado inicialmente la presencia de una clara incoherencia derivada de que el legislador haya unificado el tratamiento de los efectos que se vinculan con la no incorporación y con la contravención de norma imperativa. Es momento de justificar tal afirmación. En este sentido la posibilidad de integrar el contrato mediante el recurso a la buena fe y a las normas interpretativas de los artículos 1281 ss. del CC tiene fundamento respecto de las condiciones que hemos de considerar nulas por contravención de norma imperativa⁴⁴ pero, en absoluto, respecto de las no incorporadas por ilegibles, no conocidas, oscuras o ambiguas. Y ello sobre la base fáctica de que tales condiciones no sean abusivas en cuyo caso su régimen de nulidad se residenciaría en el artículo 10.bis.2. de la LGDCU modificado por la Disposición Adicional Primera.Tres de la LCGC.

En el apuntado sentido persistiremos en predicar la incoherencia que supone el que para integrar una condición general del con-

⁴³ En relación con el tema *vid.* su tratamiento en DÍAZ ALABART, S., «*Pacta sunt servanda...*», cit., ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 47 ss., especialmente el análisis de la buena fe como pauta integradora en pp. 63 ss.

⁴⁴ Respecto de la integración de estas deficiencias contractuales son interesantes las «*reglas prácticas de integración contractual*» que expone PAGADOR LÓPEZ, J. (*op. cit.* pp. 675 ss.). También *vid.* PASQUAU LIAÑO, M., *op. cit.*, pp. 306 ss.

trato, sustantivamente equilibrada y ajustada a derecho, pero que no se incorpora al mismo por ilegible o no conocida, deba acudirse al artículo 1258 del CC. En la formulación más efectista del alegato diremos que la manera de integrar una cláusula ilegible –no abusiva– consiste en posibilitar su lectura y lo mismo diremos si resultando oscura o no conocida no determina una situación que pueda considerarse abusiva a favor del predisponente. La aclararíamos o la daríamos a conocer sin necesidad de acudir a las pautas de la buena fe para su integración.

El resumen del anterior discurso enlaza con algunas de las cuestiones inicialmente expuestas. Por ello insistiremos en que carece de sentido el tratamiento diferenciado de las condiciones generales, por un lado, y de las cláusulas abusivas por otro si no se coordinan bien sus consecuencias. De esta manera la condición general que no es nula ni sustantivamente abusiva y que únicamente contiene deficiencias semánticas que obvian su incorporación no tiene porqué ser expulsada del contrato para, ulteriormente, integrar el vacío creado mediante los mecanismos de la buena fe. De distinta manera, para subsanar tal defecto, basta con leerlas, conocerlas o aclararlas. Para ello tampoco parece necesario acudir a la referencia de instituciones como la nulidad contractual, estructuradas dogmáticamente en términos difíciles de compatibilizar con los objetivos a alcanzar ante la ambigüedad, oscuridad o ilegibilidad.

Finalmente apuntaremos que el encajar en la idea de nulidad los supuestos de no incorporación de condiciones, objetivamente asumibles por el adherente, pone sin embargo en manos de éste una posibilidad de instar la claudicación de un contrato plenamente equilibrado pero que, en función de intereses desviados, puede convenir al adherente⁴⁵. Baste significar la incondicionada legitimación individual del adherente establecida en el artículo 9.1 determinante de que la mera consideración por su parte de que la cláusula afectada por el defecto de incorporación le es perjudicial –lo sea o no objetivamente– abre paso a la posibilidad claudictoria de la que venimos hablando.

D.3 EL AGENTE INTEGRADOR DE LO NO INCORPORADO

De la lectura comparativa de la Ley 7/1998 deriva una nueva interrogante sistemática cuya etiología y solución desconocemos. Y

⁴⁵ Advertida esta disfunción es combatida por GETE-ALONSO CALERA, M. C. (*op. cit.*, p. 84) discrepando de la exégesis literal del artículo 8.1 en el sentido de que sobra la expresión «en perjuicio del adherente» pues, en definitiva, las partes nada pueden disponer acerca de las normas imperativas o prohibitivas.

así a propósito de las condiciones abusivas específicamente establece el nuevo artículo 10.bis.2 de la LGDCU, entre otras cosas, que «*el Juez que declara la nulidad de tales cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes*»⁴⁶. Tal referencia al agente de la integración expresamente se omite en el particular de la acción de expulsión del artículo 10.2 de la LCGC, así como ante la nulidad de la condición general, en términos que nos hacen dudar de la legitimación del Juzgador para, en el procedimiento en el que se ventila la acción de expulsión, acordar lo procedente en orden a la integración del contrato. Evidentemente, sin una norma como la que expresamente contiene el artículo 10.bis.2 en la que faculta al Juzgador para integrar y moderar el contrato, resulta difícil de atribuir a los Jueces una función mediadora que orgánicamente no tienen encomendada.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El resumen de este ya largo discurso pretendo sea corto. La cuestión que, en definitiva, someto a debate –al margen de los casuísticos problemas hermeneúticos planteados– radica en valorar el hipotético acierto de legislar específica y autónomamente el llamado «*control de inclusión*» como presupuesto de eficacia previo e independiente de la ineffectuacía que deriva de la valoración como abusiva de una determinada condición general.

Es decir ¿tiene sentido haber creado un nuevo supuesto de ineffectuacía contractual consistente en considerar la nulidad de las condiciones generales no cognoscibles (art. 5.1, 2 y 3) o no comprensibles (art. 5.4.) al margen de las soluciones que el derecho común ofrecía a través de la teoría del error, en el primer caso, y de su integración mediante las pautas de interpretación, en el segundo? Estimo que la respuesta es negativa y que la nueva regulación propicia un confusionismo en la materia a remolque de un cierto mimetismo con una regulación –la alemana– que se inserta en un sistema normativo sin duda diferente.

Las razones para acceder a tal conclusión son, a mi juicio, claras y ya expuestas. De esta manera entiendo que no tiene sentido la

⁴⁶ A pesar del amplísimo y profundo análisis del tema por parte de DÍAZ ALABART, S. «*Pacta sunt servanda...*», cit., ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 47 ss., omite esta cuestión refiriendo necesariamente todo su discurso a las estipulaciones que han sido expulsadas del contrato por abusivas, concertadas con consumidores, únicas a las que es de aplicación el régimen de ineffectuacía de la LGDCU.

específica regulación de tales supuestos de ineficacia cuando el ulterior régimen de la misma, secuente a la falta de incorporación al contrato, no aparece específicamente detallado. Y mucho menos cuando se ha aislado tal consideración de la hipotética consideración como abusiva de estas condiciones que, de serlo, siguen un régimen específico –el de la LGDCU– que se solapa con el que venimos analizando. Aquél –el de la LGDCU– sí que goza de una sustantividad propia merecedora del tratamiento normativo que el legislador ha establecido pues, en definitiva, la protección del consumidor se justifica frente a los abusos del predisponente.

En resumen, aún a riesgo de ir contra corriente pero, sobre todo, centrando siempre mis afirmaciones al margen de la consideración como abusivas de las condiciones que estudio, cuestione el acierto del principio que encierra toda la discusión planteada y que por ejemplo expone Pagador López⁴⁷ al expresar que «*el que una condición general forme parte del contrato no se resuelve conforme a las reglas generalmente aplicables en materia contractual sino que es objeto de una disciplina específica a la que conocemos como control de inclusión*».

Si tal disciplina, y con ello acabo, debe nutrirse de las normas que derivan de los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales, así como de los preceptos reglamentarios que los desarrollan, clamemos por la vuelta a Alonso Martínez. Porque, en definitiva, si la condición general no es abusiva carece de sentido todo el entramado aparentemente protector del usuario que justifica la norma sectorial, resultando a mi entender más oportuno persistir en el ámbito del derecho patrimonial común. Y si alguien tiene dudas sobre la trascendencia de la ignorancia o error en los contratos puede acudir a Morales Moreno⁴⁸ para su cabal comprensión.

⁴⁷ PAGADOR LÓPEZ, J. «Requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación y consecuencias negociales» en la obra colectiva *Condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dirigida por NIETO CAROL, U., ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 223.

⁴⁸ MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, cit.

El concebido en el Derecho civil alemán, español e iberoamericano: un problema conceptual y valorativo a la luz de la tradición jurídica¹

JUAN MANUEL BLANCH NOUGUÉS

Catedrático de Derecho Romano

Universidad San Pablo CEU (Madrid)

En el presente trabajo me propongo sugerirles algunos puntos de reflexión, que quizás les parezcan diferentes a los acostumbrados, respecto de una cuestión que ha sido, es y será objeto de interminables controversias. Abordar, por otro lado, de manera desapasionada un tema como el presente resulta difícil –por no decir imposible–; como verán mi tarea va a consistir, en buena medida, en descubrir erróneas interpretaciones a partir de las fuentes jurídicas romanas, que curiosamente se siguen utilizando en los más ardientes debates en torno al concebido.

Constituye un hecho que la tradición jurídica o, más en concreto, los enfoques dogmáticos de toda índole históricamente surgidos (a veces simplemente esbozados; otras veces perfectamente acabados) siguen operando, consciente o inconscientemente, en la actividad de los modernos intérpretes y aplicadores del derecho. Punto de ineludible referencia en el derecho de la Europa continental ha sido siempre el derecho romano, que se configura como

¹ «*Der Ungeborene (nasciturus) im deutschen, spanischen und iberoamerikanischen Zivilrecht. Ein Denk- und Wertungsproblem im Lichte der Rechtstradition*». Éste es el título de la conferencia que he pronunciado el 29 de enero de este año en la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia. Como advertirá el lector, el presente texto no ha perdido del todo el tono expositivo propio de la comunicación oral alemana, tan ajustadamente traducida por Frau Referendarin Julia Beck bajo la supervisión del Dr. Christian Baldus, Wissenschaftlicher Assistent. Deseo agradecer expresamente la amable invitación del prof. Andreas Wacke, Ordentlicher Professor für Römisches Recht, Bürgerliches Recht und Zivilprozeßrecht en la Universidad de Colonia y Director del Institut für Römisches Recht. Asimismo quiero dejar constancia de mi agradecimiento al Dr. Christian Baldus por sus desvelos en la organización del acto.

uno de los más firmes pilares sobre los que se asienta la realidad europea, al permitir utilizar un lenguaje y hasta un método común. No es extraño –dicho sea incidentalmente– que un románista de la talla de Ernst Rabel sea considerado uno de los indiscutibles padres del derecho comparado. La comparatística en el derecho logra frutos apreciables cuando los elementos objeto de comparación pueden, por sus análogas características, ser razonablemente aproximados. Quisiera por tanto analizar aquí el soporte doctrinal históricamente formado en el que se fundan no pocas ideas, actitudes mentales e incluso instituciones en torno a la figura del concebido. Gracias a él podremos comprender mejor nuestros propios derechos actuales en este punto; pero todavía más, estaremos en disposición de relacionarlos detectando inequívocas similitudes así como también diferencias. Entiendo que este proceso mental ayuda en el fondo a vislumbrar en Europa la realidad de una comprensión unitaria del derecho. Pero el fenómeno es más amplio. Me gustaría hablarles de la expansión en esta materia del sistema jurídico continental a los países de Iberoamérica, con los que España y Portugal, y a través de ellos Europa, se sienten estrechamente unidos.

Como antes decía el derecho romano ha sido utilizado en las discusiones doctrinales acerca del concebido llegando incluso a aparecer como telón de fondo en capitales sentencias de los más altos órganos jurisdiccionales. A menudo constato versiones deformadas del derecho romano, no sé hasta qué punto tendenciosas, de manera que ha pasado a convertirse en arma arrojadiza, por ejemplo en la cuestión del aborto, aprovechando, de la gran variedad de textos del derecho romano, la selección de aquellos que pudieran apoyar la postura a favor o en contra respectivamente. Es decir, tengo la impresión de que seguimos utilizando a la jurisprudencia romana como hacían los comentaristas del *mos Italicus* pretendiendo extraer de ella, sin más, argumentos de autoridad con poca o nula finura en ocasiones. Al modo de un reclamo publicitario bien podríamos rubricar nuestra exposición a este respecto como «Verdad y mentira en el derecho romano a propósito del concebido».

A menudo se olvida que el derecho romano puede aún considerarse como vivo desde una perspectiva jurídica interna, no es en cuanto ordenamiento jurídico, relativo a una sociedad pretérita, sino en cuanto al vigor actual del pensamiento jurídico que integra su base. Reflexión doctrinal, pues, antes que norma jurídica es cuanto interesa destacar.

Pongamos un ejemplo. La conocida regla «*conceptus pro iam nato habetur*» es sabido que procede de una larga experiencia del

derecho romano. Formulada de modo completo debe añadirsele el siguiente inciso: «*quotiens de commodis eius agitur*» (=«en la medida en que se trate de ventajas para el propio concebido»). Comparemos ahora el BGB y el Código civil español en este punto. El § 1923 (2), al comienzo prácticamente del quinto libro relativo al derecho de sucesiones, declara: «*Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor den Erballe geboren*». El artículo 29 del CC, por su parte inserto en el libro primero sobre el derecho de personas al comienzo del Código, afirma: «El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente». Esta regla deriva, como digo, de célebres aseveraciones de los juristas romanos, convenientemente sacadas de su contexto originario por los compiladores y recolocadas deliberadamente al principio y al final del Digesto de Justiniano.

Así, D. 1.5.26 (Iul. 69 *dig.*): «*Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse.*» (lit. «Quienes están en el útero, se considera que existen en la realidad a los efectos de casi todo el derecho civil). D. 38.16.7 (Cels. 28 *dig.*): «... *conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur* » (...el concebido se estima que de algún modo existe en la realidad). Gai. 1. 147: *postumi pro iam natis habeantur* (Los póstumos se tienen por ya nacidos). D. 1.5.7 (Paul *l. sing. de port.*): «*Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur.*» (Quien está en el útero, es protegido como si estuviera en este mundo –lit. entre los hombres– en cuanto se discute de las ventajas del propio feto). D. 50. 16. 231: *Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus* (Lo que decimos acerca de que quien se espera que nazca se tenga por supérstite, es verdad cuando se trata de su propio derecho: pues a otros no beneficia sino desde su nacimiento) ².

Como la doctrina romanística ha destacado, la expresión de las máximas como la presente debe en todo caso ponerse en relación con los problemas casuísticos concretos que constituyen la base de la entera argumentación. La finalidad del método casuístico que ha hecho famosa a la jurisprudencia romana no era propiamente la ela-

² Sobre la máxima ver ahora WACKE, *Conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*, Ksiega Pamiątkowa ku Czci Profesora Leopolda Steckiego, Toruń, 1997, 615 ss. Con gran acierto plantea ahora la cuestión F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *La vida. Principio rector del Derecho*, con Prólogo de Laín Entralgo, Madrid, 1999.

boración de reglas sino la solución de casos. La correcta exégesis de textos nunca debe pasar por alto esta observación so pena de tergiversar el entero sentido.

Pues bien, en un salto de casi dos milenios recuerdo aquí una célebre sentencia del Tribunal Supremo español sobre el caso surgido en 1924 de una mujer encinta cuyo marido había fallecido en accidente de trabajo³. La ley de 1922 que regulaba las indemnizaciones debidas por accidentes de trabajo obligaba a pagar una determinada suma por ese concepto que resultaba ser mayor si la viuda tenía hijos a su cargo. La empresa en el caso presente no reconocía esta circunstancia. El tenor intencionadamente general del artículo 29 («para los efectos favorables...») sin distinguir la naturaleza del efecto ofrecía no obstante pocas dudas. Pero un segundo obstáculo más sutil y afilado, se alzaba frente a las pretensiones de la madre. Se trataba del inciso final de la regla, silenciado, o más bien implícito, en el código español: que sólo se toman en consideración los efectos beneficiosos que recaen específicamente sobre el concebido y no sobre la madre; es decir, exactamente lo que Paulo en el siglo III d. C. había reiterado en sus escritos a la vista también de casos concretos. El Tribunal Supremo advirtió un interés inmediato del concebido a pesar de que fuera la madre quien recibiera la aumentada indemnización. Como se ve, el pensamiento jurídico antiguo conserva todo su vigor operando eficazmente en la interpretación y aplicación del derecho.

En cuanto a la consideración jurídica del concebido, hace tiempo que la doctrina romanística identificó como dos hileras de textos que parecían reflejar concepciones antagónicas respecto del feto: los unos (es decir, básicamente los que exponen la regla antes citada) interpretados como favorables a la protección de éste en cuanto realidad viva en el claustro materno; los otros viceversa. Así, en un trabajo⁴ aún considerado fundamental por la doctrina a pesar de su distancia en el tiempo de siete décadas, el eminentе romanista italiano Emilio Albertario partía precisamente de la identificación de estos dos grupos de fragmentos, que por otra parte habían sido reconocidos por la doctrina secularmente. Característico del grupo «desfavorable al concebido» era, a su juicio, la estimación del *nasciturus* como no existente en este mundo (*non in rerum natura, non in rebus humanis*).

³ Un comentario en DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios de Jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1979, pp. 41 ss.

⁴ ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur* (*Linee di una ricerca storica-didattica*, *Studi di diritto romano*, 1, Milano, 1933, pp. 3 ss).

De entre los textos destacan por su particular crudeza dos muy conocidos: Uno de Ulpiano D. 25.4.1.1 (Ulp. 24 dig.): «*partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*» (= Pues el procreado antes de nacer es una porción de mujer o de sus vísceras) y otro de Papiniano (D. 35.2.9.1 Pap. 19 quaest.): «*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*» (= el procreado que aún no ha visto la luz no se denomina propiamente individuo⁵), al que por cierto se le opone, a modo de réplica, la opinión no menos célebre de uno de los padres de la Iglesia, Tertuliano, quien precisamente a fines del siglo II d. C escribe: «*Homo est qui est futurus*» (= Es hombre quien va serlo)⁶.

No obstante, hoy en día se discuten las conclusiones a las que Albertario llegó utilizando el conocido método interpolacionístico con el que intentó superar las resoluciones contradictorias que uno y otro grupo de textos ofrecían. En concreto, creyó advertir que la teoría del *commodum* (ventaja para el concebido) era de origen postclásico con un desarrollo que alcanzó su definitiva plasmación en el derecho justiniano.

No es infrecuente encontrar en modernas obras jurídicas, por lo demás de carácter general o incluso didáctico, con referencia al tema del aborto, una inicial afirmación apodíctica acerca de una supuesta libertad de abortar en las sociedades antiguas (y más concretamente en la romana), apoyada en la consideración del feto como *mulieris portio vel viscerum*. Como decía al comienzo, se trata de una utilización grosera de las fuentes romanas que no tiene en cuenta el contexto en el que se formulan. Es preciso conocer de modo individualizado el pensamiento de la jurisprudencia romana, es decir de cada jurista separadamente. Sólo entonces producirá extrañeza que tal juicio lo emita precisamente Ulpiano quien, por otro lado, es uno de los principales sostenedores de la teoría de la *spes vitae* –«esperanza de vida»– (o más concretamente de la «*spes nascendi*» o «esperanza de nacer»). Por cierto, esta última idea le resultará asimismo familiar al jurista moderno pues es de nuevo recurrente en el debate sobre el aborto. En Ulp. 41 ed. D. 37.9.1 pr. el jurisconsulto romano elogia la previsión del pretor tutelando al no nacido en términos que resultan conmovedores: «Así como el pretor tuvo cuidado de aquellos hijos que ya están en este mundo

⁵ Hay que matizar esta traducción porque «*homo*», frente a lo que pudiera parecer a simple vista, en las fuentes jurídicas no se refiere a «hombre» sino normalmente a «esclavo». Pero he preferido traducir por «individuo» (que es ambigua en cuanto a la condición humana e incluso peyorativa) para que se aprecie la posible tergiversación del sentido del texto.

⁶ *Apologeticum*, 9.8.

—lit. entre los hombres—, así tampoco abandonó a quienes aún no han nacido por la esperanza de su nacimiento»⁷. Curiosamente Albertario alineaba este texto entre los que negaban real existencia al no nacido. Y es verdad que se observa una contraposición entre, por un lado, los seres «*qui in rebus humanis sunt*»⁸ (o sea, «los que están en este mundo») y «*qui nondum nati sunt*» (los que aún no han nacido) a quienes «por la esperanza de nacer no abandonó». Me parece, no obstante, que aquí como en tantas ocasiones el magistrado actuó movido por la *aequitas* (la misma que tanto maravilló al eminentе sabio alemán Leibniz) que le imponía la necesidad de extender su tutela a seres que no han visto la luz del día, para igualar en lo posible su situación a la evidentemente distinta de quienes están ya fuera.

Volviendo pues al anterior texto hablaba del peligro que entraña extraer ideas fuera de su contexto y generalizarlas sin más. Ulpiano, por el contrario, discute aquí la posibilidad de que una mujer divorciada que se halla encinta ejercite acción contra su ex marido para obligarle a reconocer al hijo que va a nacer. Para ello la mujer ha de estar realmente embarazada, es decir, no debe fingir su estado. Pero también puede suceder —sigo indagando la reflexión ulpiana— que la mujer negase estarlo. El marido dispone entonces de interdictos para reconocer y apoderarse de los hijos que considera tuyos; pero no es posible que lo haga mientras que el hijo no nazca. Para reclamarlo lo tendría que examinar primero y sólo entonces podría advertir en la criatura acaso algún rasgo familiar. En el seno materno —de ahí la observación de Ulpiano— sería infructuosa esta operación. Ulpiano parece querer decir ¿y qué sucedería si lo intentase? La contestación suena brutal pero a la vez no deja de expresar el más elemental sentido común: no hay manera de identificar —dicho con dureza— un «trozo amorfo de carne» a efectos de declarar la relación paterno-filial. Como ven, las cosas no son como parecen. Pretender arrancar de Ulpiano una declaración en contra de la entidad como ser del no nacido sólo se logra adulterando el significado de sus palabras.

Por su parte mostraba antes que Papiniano, celeberrimo jurisconsulto, parecía negar la condición de hombre al feto (*homo non recte fuisse dicitur*). Pero el término «*homo*» aparece en los escritos

⁷ *Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit.*

⁸ Dice ‘*in rebus humanis*’ y no ‘*in rerum natura*’ expresiones que Albertario juzgaba sinónimas pero que como veremos no lo son (la observación la realiza CATALANO, *Osservazioni sulla «persona» dei nascituri alla luce del diritto romano (Da Giuliano a Tieixeira de Freitas)*, *Rassegna di diritto civile*, 1988, 1, 45-65 (= *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, 1, Torino, 1990; v. especialmente p. 198).

de los juristas clásicos comúnmente referido al esclavo. Éste, a su vez, –como es bien sabido– posee la condición jurídica de «objeto patrimonial» (aunque con capacidad de obrar pero ¡sin capacidad jurídica!). Su participación en los casos prácticos que se plantea la jurisprudencia presenta más problemas jurídicos que los que hoy podemos encontrar en un objeto corriente. En nuestro caso, el jurisconsulto trataba un supuesto relativo a la conocida ley Falcidia (40 a. C.) que concedía un cuarto del activo de la herencia al heredero reduciéndose como inoficiosos los legados que superaran esa proporción. A efectos de estimación del patrimonio se tiene en cuenta todo cuanto pueda aumentar su valor; así los frutos susceptibles de ser percibidos tras la muerte del causante. De aquí la cuestión: ¿se puede considerar equiparable a estos efectos al nacido de una esclava? De ninguna manera responde el jurisconsulto. La entidad del peculiar objeto sólo engrosará el patrimonio cuando su presencia sea cierta.

El razonamiento jurídico –dejando al margen nuestra sensibilidad– es irreprochable. De nuevo, parece injustificado elevar la sentencia papiniana a un nivel ontológico en relación con la naturaleza del hombre antes de nacer.

Pero no pasa, además, desapercibida la circunstancia de que tanto el texto de Papiniano como el anterior de Ulpiano no parecen disfrutar desde un punto de vista sistemático en el seno del Digesto de Justiniano de una posición privilegiada⁹. La razón de esta relegación a un plano secundario no ha de buscarse sólo en su integración en el título correspondiente a la materia tratada, sino en el deseo cierto de los compiladores de no llevarlos a sedes más importantes en las que sin duda podrían haber entrado debidamente «descontextualizados». Me refiero, por ejemplo, al emblemático título *«de statu hominum»* (D. 1.5) donde se hallan importantes textos favorables al concebido de Paulo y de Juliano; al famoso título penúltimo *«de verborum significatione»* donde de nuevo se puede encontrar el conocido texto de Paulo (D. 50.16.231) a los que me refería antes a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español.

Aunque, por cierto, en esta última sede se lee una reflexión de Paulo que no encaja bien con otros textos en los que se expresa en favor del concebido. El texto se encuentra en D. 50.16.129 y corresponde al libro 1.^º de su obra *ad legem Iuliam et Papiam* (en el que comentaba las famosas leyes matrimoniales de Augusto que entre otras cosas otorgaban ventajas a las madres prolíficas –tres o cuatro hijos según que la madre fuera libre de nacimiento o liberta–; al

⁹ CATALANO, *op. cit.*, pp. 202 ss.

tiempo restringían la capacidad hereditaria de los matrimonios que no tuvieran por lo menos un hijo al año siguiente de la delación de la herencia). El tenor suena áspero, en su inciso final sobre todo: «Los que nacen muertos no se consideran nacidos ni procreados, pues nunca pudieron llamarse hijos»¹⁰. Sin embargo, Paulo se refiere aquí al cómputo legal de los hijos, es decir, a lo que las leyes entienden que debe considerarse «hijo» a los solos efectos previstos por ellas. No debe por tanto, una vez más, deducirse apresuradamente de este texto que un jurista clásico como Paulo entendiese que el concebido no era persona, argumentando que no se le puede llamar hijo antes de nacer.

Decía antes que frente a la tesis de principios de siglo que veía en el *commodum* un concepto no clásico por la supuesta antinomia de soluciones entre diversos fragmentos pertenecientes a un mismo autor, la doctrina moderna se ha mostrado más cauta¹¹: en efecto, la idea que expresa la frase *quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* («cuando se pregunta acerca de las ventajas del propio feto») en D. 1.5.7 (Paul. *lib. sing. port. quae lib. damn. conc.*) es análoga a *cum de ipsius iure quaeritur* («cuando se pregunta acerca del derecho de él mismo», es decir, del feto) de D. 50.16.231 (Paul. *lib. sing. ad senat. Tertull.*). Ya hemos hablado de la próspera vida ulterior que este concepto ha obtenido en las legislaciones modernas. En el Código civil español el artículo 29 declara: «...el concebido se considera nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente». La expresión que recoge fielmente la doctrina romana es la de «todos los efectos favorables», que por su generalidad y ubicación sistemática en el código (al principio, en el libro dedicado a las personas) ha sido utilizada en el debate del aborto. Su recepción en el derecho histórico español se produjo a través de una monumental obra medieval, las célebres VII Partidas del rey castellano Alfonso X El Sabio (s. XIII), glosadas en el siglo XVI por el jurista Gregorio López. Por el nombre de «Las Pandectas castellanas» con el que el conocido jurista italiano De Luca (s. XVII) las designaba, podemos hacernos idea de su difusión en Europa. En efecto, representa un indiscutible hito –a veces injustamente olvidado– de la ciencia jurídica europea. Pero su importancia se acrecienta aún más, si se repará en que fue ésta la obra que recibieron los países de Hispanoamérica y que inspiró la realización de sus códigos, por cierto de muy buena

¹⁰ *Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt.*

¹¹ GANDOLFI, *Enciclopedia del diritto*, 27, 1977, p. 532.

factura. Sus autores fueron excelentes juristas –de nuevo menos conocidos de lo que debieran– instruidos en la tradición del derecho común europeo. Merecen ser destacados entre los juristas del siglo pasado el humanista venezolano Andrés Bello¹² o el argentino Dalmacio Vélez Sarsfield¹³. Asimismo, en el ámbito de la lengua y cultura portuguesa, sería injusto no citar al brasileño Augusto Teixeira de Freitas¹⁴, cuyo pensamiento se inserta plenamente en la tradición romano justinianea¹⁵.

Veamos, por tanto, la Cuarta Partida, Tít. XXII, Ley III que reza así: «Demientra que estoviere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della, aprovechase ende, bien assi como si fuese nascida mas lo que fuese dicho o fecho a daño de su persona, o de sus cosas, non le empesce» (= «mientras que estuviere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se haga o se diga en favor suyo le aproveche como si hubiese nacido, pero lo que fuese dicho o hecho en daño de su persona o de sus cosas no le perjudica»).

Pues bien, aparte del Código civil español al que me he referido, son legatarios de esta doctrina, incluso superándola con soluciones innovadoras, por ejemplo: el artículo 75 del Código civil chileno que dice: «La ley protege la vida del que está por nacer. El juez en consecuencia, tomará a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra»; en su segundo párrafo vemos una curiosa norma de cuño netamente romano: «Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento» que me hace recordar el célebre rescripto del emperador Adriano, por cierto, oriundo de Sevilla (más exactamente, de Itálica) que Ulpiano recoge en el libro 27.^º de su Comentario *ad Sabinum* y que los compiladores colocaron estratégicamente al principio del Digesto en el ya citado título «*de statu hominum*» (D. 1.5.18). El Código colombiano se expresa en el mismo sentido (art. 91)¹⁶. Por su parte, el

¹² Famoso como gramático de la lengua castellana, periodista y poeta, fue además un extraordinario jurista, del que merecen ser citadas sus conocidas *Notas al Código civil chileno*, del que es reputado su autor; código que nació con aspiraciones de convertirse en el texto uniforme de Iberoamérica. Sin llegar a serlo sí que fue adoptado por Colombia.

¹³ Considerado como el padre del Código civil de 1869.

¹⁴ *Consolidação das Leis Civis*, 1858; *Esboço*, 1860.

¹⁵ CATALANO, *op. cit.*, pp. 208 ss.

¹⁶ CASTÁN VÁZQUEZ, *La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (Del Derecho justiniano a los Códigos civiles)*, Lección inaugural 16.9.1994, Univ. San Pablo CEU, Madrid; *La tradición ibérica en la defensa de la vida humana, La famiglia: dono e impegno speranza dell'umanità*, Città del Vaticano, 1998, pp. 485 ss.

Código argentino en su artículo 264 prevé la concesión de la patria potestad a partir de la concepción. El Código civil de Paraguay (1985) establece en el artículo 28: «La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado. La irrevocabilidad de la adquisición está subordinada a la condición de que nazca con vida aunque fuere por instantes después de estar separada del seno materno». El artículo 835 del Código civil de Uruguay determina que «el menor concebido, siempre que nazca viable, es sujeto de derecho». Verdaderamente singular es el Código civil peruano (1984) cuyo artículo 1, obra del jurista Carlos Fernández Sessarego, presenta la siguiente redacción: «La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.» Lo más llamativo –como señala Catalano– es la combinación de la tradición romana (teoría del *commodum*) y de la técnica jurídica de conceptos abstractos (aquí el de sujeto de derecho). Señala este autor la redacción contradictoria del Código civil de Brasil en su artículo 4, que declara, que la «personalidade civil do homem começa do nascimento... desde a concepção os direitos do nascituro».

Volviendo a la cuestión de la que partía, es decir, la de la aparente contradicción entre dos grupos de textos que identificaba como favorable a la consideración como persona del concebido o no respectivamente, hemos superado las premisas y el resultado al que llegó Albertario en su famoso estudio: no creo que hoy en día pueda rechazarse que la teoría de la «ventaja» proviene de la jurisprudencia clásica. No obstante es verdad que se aprecia a lo largo del derecho romano una tendencia que con el paso de los siglos se acentúa, sin duda por el creciente influjo del cristianismo y que se consolida definitivamente en el derecho justiniano¹⁷.

No debe pasarse por alto la actividad edictal del magistrado (o *rectius* de la jurisprudencia asesora) en la progresión de esta corriente. Al final, la jurisprudencia clásica tardía y particularmente Ulpiano completan esa labor. Así, en relación con la sucesión intestada es oportuno recordar un cierto número de textos de los que

¹⁷ En concreto puede verse C. 5.27.11.4: «*Semper in huiusmodi quaestionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur: et hoc favore facimus liberorum. Et editionis tempus statuimus esse inspectandum exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approvari infantium condicione utilitas expostulat.*» Aquí se aprecia la generalización del concepto de *utilitas* (GANDOLFI, Encyclopedie del diritto, v. *Nascituro*, 535).

tuve ocasión de ocuparme en un trabajo reciente¹⁸ porque contienen una expresión que ha pasado un tanto desapercibida para la doctrina romanística y que es característica del lenguaje en favor del concebido: se trata de «*pars edicti*». Aparece por ejemplo en Paul. 7 *quaest.* D. 37.9.10: «El póstumo concebido antes de morir el testador que nace en cualquier momento, puede aceptar la posesión de los bienes; pues el pretor, en todas las partes del edicto pone en posesión de los bienes al que va a nacer, pero no se la daría si no hubiera de dársela cuando ya hubiera nacido»¹⁹. Ulp. 47 ed. D. 37.9.7 pr. declara: «En aquellos casos en que se da a alguien la posesión abintestato, se da también al que va a nacer, es decir, cuando el que va a nacer, si ya viviera (lit. estuviera en el mundo de los hombres), podría pedir él la posesión de los bienes; de modo que, en todas las partes del edicto, el concebido se tiene por nacido»²⁰. O de nuevo Ulpiano 12 Sab. D. 38. 17.1.5 in fine (aunque quizás se trate de una glosa): «Si el hijo nació por extracción del claustro materno, debe decirse que también él es admitido en la herencia legítima pues si hubiera sido instituido heredero, podía pedir la posesión de los bienes conforme al testamento, y también abintestato podía pedirla por el llamamiento de los cognados y con más razón como legítimo; prueba de ello es que el concebido es puesto en posesión en todas las partes del edicto»²¹. Como afirma Meinhart²² «Con la admisión del no nacido a la *bonorum possessio ab intestato*, contribuyó, en fin, el pretor de manera esencial a que el pensamiento jurídico reconociese cada vez más los intereses de los niños no nacidos, haciendo caso omiso de la relación y grado de parentesco de éstos con el testador. Ulpiano terminó esta labor aplicando plenamente estos reconocimientos al derecho de sucesión intestada del *ius civile*»²³. En esta empresa, junto a Ulpiano, que

¹⁸ *El edicto de los magistrados en el lenguaje de la jurisprudencia romana: Pars edicti, clausula edictum*, Madrid, 1998.

¹⁹ *Postumus natus quocumque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus iam erit, potest agnoscere bonorum possessionem: nam et ventrem praetor ex omnibus partibus edicti mittit in possessionem bonorum, non missurus scilicet, si ei nato daturus non esset bonorum possessionem.*

²⁰ *Ubicunque ab intestato admittitur quis, illic et venter admittitur, scilicet si talis fuerit is qui in utero est, ut, si in rebus humanis esset, bonorum possessionem petere posset: ut in omnibus partibus edicti pro superstitae habeatur is qui in utero est.*

²¹ *Sed si matris execto ventre filius editus sit, magis dicendum est hunc quoque ad legitimam hereditatem admitti: nam et institutus secundum tabulas et ab intestato unde cognati et multo magis unde legitimi bonorum possessionem petere potuit: argumento est, quod venter in possessionem ex omni parte edicti mittitur.*

²² *D. 50.16.231. Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes*, SZ, 82, 1965, 209.

²³ «Der Prätor endlich hatte mit der Zulassung des Ungeborenen zur bonorum possessio ab intestato einen wesentlichen Beitrag dazu geleistet, dass das Rechtsdenken mehr und mehr die Interessen ungeborener Kinder anerkannte, und zwar ohne Rücksicht auf

vivió en época de los Severos, hay que colocar la figura del jurista adrianeo Juliano, como justamente destaca ahora Lamberti²⁴, proponiendo una nueva interpretación del controvertido pasaje D. 38.16.6 para dar armonía a la opinión de este jurisconsulto con la de Celso que aparece en el fragmento siguiente (el 7): Dice Celso (28 dig.): «*Conceptus quodammodo in rerum natura esse existimat*ur». De la trascendencia de Juliano en la materia que nos ocupa bastaría citar el célebre fragmento que los compiladores introdujeron en el título, citado aquí en varias ocasiones, «*de statu hominum*» (Iul. 69 dig. D. 1.5.26), donde el jurista afirma precisamente: «*qui in utero sunt... iure civili intelleguntur in rerum natura esse.*» Nótese que ninguno de los dos dice *in rebus humanis* sino *in rerum natura*: se les considera que están en el mundo real. «De algún modo», dice Celso (si no hay interpolación). La conciencia jurídica apegada a la conciencia social ve al concebido así, aunque no esté aún *in rebus humanis* (en el mundo de los hombres), es decir aunque no haya aún nacido. Se trata de una tendencia –subrayo esta última palabra– en el uso de ambas expresiones que se aprecia característicamente en estos tres juristas²⁵.

Analicemos ahora el origen de la teoría de la expectativa: Juliano y Ulpiano merecen especial mención por impulsar con energía una idea que, como adelantaba hace un momento, ha llegado hasta nuestros días: me refiero a la «esperanza de vida» (*spes vitae*) o quizás más exactamente, «*spes nascendi*»: es decir, la vida existe ya en la concepción pero lo que se espera es el nacimiento. Sabemos hoy que el uso de términos no es inocuo. Se habla así en ocasiones de un uso «sexista» o «discriminatorio» del lenguaje. Para designar al concebido el lenguaje jurídico comprendió voces como: *partus, postumus, conceptus, venter, qui in utero est* y finalmente *qui nasci speratur. Fetus* se aplica más bien a animales²⁶, no a personas. *Nasciturus* aunque latino, no es término romano²⁷. Si intentamos indagar qué grado de independencia puede reconocerse en el concebido con respecto a la madre (cuestión capital hoy en día) o cuando menos una cierta personificación a través del uso termino-

Grad und Art ihrer Verwandtschaft zu Erblasser. Ulpian hat dann die Anwendung dieser Erkenntnis im Intestaterrecht des ius civile vollzogen»

²⁴ *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli, 1996, pp. 70 ss.

²⁵ En contra de nuevo Paulo 41 ed. D. 37.6.2 que dice de un nieto póstumo, del que se afirma su obligación de colacionar bienes en el caso propuesto, «*licet non potest dici mortis tempore avi bona habuisse, qui ipse nondum in rerum natura erat*» (= aunque no pueda decirse que tenía bienes en el momento de morir su abuelo porque él mismo no existía todavía).

²⁶ CATALANO, *op. cit.*, 200⁹, citando a Brissonius (*De verborum quae ad ius civile pertinent significatione*, Halae Magdeburdicae, 1743, s. v. *Foetus*).

²⁷ MEINHART, *ibid.*, p. 199.

lógico, observamos: que *partus* resulta un tanto impersonal y que alude más bien al hecho del alumbramiento; que *postumus*²⁸ significa tan sólo el nacido después de fallecer el padre; *venter* es el seno materno con el que parece identificarse el concebido; *conceptus* alude a la concepción; *qui in utero est* indica que «alguien» (*is qui*) y no «algo» (*id quod*) se alberga en el vientre materno; en fin, *qui nasci speratur* alude a alguien cuyo nacimiento se espera. El término que menos propenso se muestra a admitir vida autónoma es sin duda el de «*venter*» porque «*is qui in utero est*» al menos distingue al útero de quien está en él encerrado. *Conceptus* o *postumus* denotan una notable independencia con respecto a la madre pues no la tienen en cuenta, aunque el primero la presuponga al igual que le sucede a *partus*.

Llama poderosamente la atención la última *qui nasci speratur* por cuanto no sólo atiende al ser que va a nacer sino también al individuo o al grupo humano que «desde fuera» piensa ya en él. «Esperar que nazca» significa, no sólo aguardar ese momento incierto, sino que revela además la expresión de un sentimiento de anhelo hacia ese ser. Balestri²⁹, que se ha ocupado hace no mucho de este tema, destaca a Juliano quien utiliza por primera vez esta expresión y después a Papiniano, Marcelo (que es quien acuña de modo técnico la expresión *spes animantis*), Paulo, Modestino y en la cima coloca esta autora a Ulpiano sobre todo por el fragmento que antes cité (D. 37.9.1 pr.). ¿No resulta incompatible la famosa calificación del feto como *mulieris portio vel viscerum*, con la que empezaba prácticamente mi exposición, con lo que llevamos visto del pensamiento de este jurista a propósito del concebido? Por esta otra vía, diferente de la interpretativa que ensayaba antes, vuelvo a constatar cuán imprudente y erróneo es el intento de extrapolar frases o expresiones aisladas con fines a menudo interesados. Que Ulpiano se moviese ya próximo a círculos cristianos no es descartable como le oí decir a Amarelli en una reciente conferencia pronunciada en la Universidad San Pablo CEU.

Especialmente presente he tenido en este momento a Marcelo. La opinión pública española se ha visto sacudida por el caso escalofriante de una mujer embarazada clínicamente muerta pero cuyas constantes vitales se han mantenido artificialmente a la espera de extraer de su seno al feto maduro. Marcelo en D. 11.8.2 (28 dig.)³⁰ menciona una ley inmemorial, de época de los reyes, que prohibía

²⁸ V. LAMBERTI, *ibid.*, p. 1 ss.

²⁹ BAlestRI, «*Spes vitae*», *SDHI*, 49, 1983, pp. 337 ss.

³⁰ *Negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur.*

inhumar a una mujer encinta antes de que se le extrajera el feto de su vientre argumentando el jurista «*qui contra fecerit, spem animalis cum grava permissae videtur*», es decir, que la contravención a esta ley supone –a juicio del jurista– matar una esperanza de un ser vivo que acompaña a la mujer encinta. Es verdad que tras esta argumentación puede haber una razón religiosa, a saber, la de liberar a la madre de una pesada carga que llevaría consigo a la vida de ultratumba. Pero no es menos cierto que la llama de vida que la mujer alberga en su seno recibe atención especial y diferenciada.

Por otro lado merece la pena constatar cómo la jurisprudencia romana opera mentalmente equiparando la situación del *filius qui nasci speratur* al *qui apud hostes est* (hijo cautivo del enemigo)³¹. En un caso se trata de «esperanza de nacimiento», en el otro de «esperanza de retorno» (*spes revertendi*), pero en uno y otro caso el patrón de referencia es un *filius* y no una víscera materna³². Del prisionero de guerra se podría entonces decir que no está tampoco *in rebus humanis* aunque al igual que el nasciturus esté *in rerum natura* y que –como hoy decimos de quien ha pasado un difícil trance– con su retorno «ha vuelto a nacer». Resulta instructivo de nuevo el fragmento ya citado de Ulpiano D. 37.9.7 pr. en el que se aprecia claramente que *qui nondum nati sunt* no están *in rebus humanis* sin que esto signifique que no estén en la realidad, en la vida. Simplemente no participan aún de las cosas de los hombres por impedirlo la presencia de ciertas barreras fisiológicas que el derecho, por cierto, se encarga de suprimir cuando se juzga conveniente, y sobre todo para evitar su indefensión.

La cuestión es cuándo y cómo el derecho realiza esta operación de asimilación del concebido al ya nacido. En el debate en torno al alcance del artículo 29 de nuestro Código civil aparece una observación con respecto a la tradición que me parece que es algo así como moneda común, a saber, que a pesar de la ubicación del artículo 29 del CC español que parece dar idea de generalidad («todos») y a pesar del genérico término de «efectos favorables», la historia del *natus pro conceptus habetur* revela que tiene un alcance limitado a derechos de carácter sucesorio. Pero se trata de una verdad a medias: por un lado ciertamente vemos instituciones como la *missio in possessionem ventris nomine* por la que la madre es puesta en posesión de los bienes que heredará el hijo o la designación de un curador cuando el hijo al nacer podría impugnar como *heres suus* el testamento paterno en el que resulta preterido en vir-

³¹ Así de nuevo Ulpiano en D. 38.17.2.7 (13 Sab.): «*Si vero apud hostes est filius vel nasci speratur, pendet ius matris, donec redierit vel nascatur*».

³² También Paulo al que antes veíamos decir que no se podía llamar hijo antes de nacer, en D. 50.16.231 emplea la expresión «*is qui nasci speratur*».

tud de la *bonorum possessio contra tabulas...* Pero se pasa por alto que el *ius civile* tiene en cuenta el momento de la concepción (y no el del nacimiento) con respecto a los matrimonios legítimos para determinar el *status* personal del concebido cuando nazca (mientras que el *ius gentium* considera el del nacimiento). Aspectos tan fundamentales de la vida de una persona como son su libertad y ciudadanía dependen de la averiguación de la situación de su madre en ese periodo. No es extraño que un criterio filantrópico, más tarde de humanidad cristiana, condujera a desarrollar hasta sus últimas consecuencias el principio del *favor libertatis*.

Con todo es verdad que en derecho romano se aprecian como dos cuestiones distintas: una es la de la protección digamos civil (*status* y derechos sucesorios) y otra la penal, es decir la del aborto. Sin pretender adentrarme en este tema en el que no he deseado profundizar aquí, me parece obligado hacer algunas consideraciones: de nuevo aquí encuentro afirmaciones peregrinas del derecho romano como que en él el aborto se practicaba libremente. O bien que se castigó únicamente la conducta de la mujer que se autopracticaba el aborto para defraudar las expectativas de prole del marido. Esto último se lee en un conocido texto de Marciano (1 *reg.*) que cita un rescripto de los emperadores Severo y Antonino. (s. III d. C.)³³. Sin embargo es erróneo tratar el derecho romano como un bloque compacto, invariable a través del tiempo. Se debe por el contrario precisar la época que se analiza. Así, respecto de los intereses del marido, parece que son, en efecto, los que tenía en cuenta Cicerón, como aparece curiosamente reflejado en D. 48.19.39 (Tryph. 10 *disput.*)³⁴. Frente a este grupo de textos aparecen dos en los que no hay justificación del aborto: por un lado D. 48.8.8 en el que de nuevo Ulpiano (33 *ed.*) afirma que si consta que la mujer hubiera abortado haciéndose violencia en sus entrañas, el gobernador de la provincia la exiliará³⁵. El texto se ha dicho que está interpolado. Pero ya sea de Ulpiano³⁶, ya sea bizantino, lo cierto es que en un

³³ *Divus Severus et Antoninus rescripsérunt eam, quae data opera abegit, a praeside in tempore exilium dandam: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse.*

³⁴ *Ciceron in oratione pro Cluentio habitu scripsit Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam.*

Sed et si qua visceribus suis post divorrium, quod praegnas fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coercedatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est.

³⁵ *Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exigit.*

³⁶ Lo que a la vista de todo lo dicho de este jurista no sería del todo descabellado; pudo además tener en cuenta el *Apologeticum* de Tertuliano 9.8 que define el aborto como una *homicidii festinatio*, o sea, anticipación de homicidio.

momento u otro el derecho romano no admite el aborto. Entiéndase bien. Lo que quiero decir tan sólo es que no es válido el argumento que a veces se esgrime de la libre práctica abortiva en la sociedad romana o de la sola consideración de los intereses del padre.

El otro texto es D. 48.19.38.5³⁷ de las Sentencias de Paulo donde el autor trata de la ley *Cornelia de sicariis et veneficiis* y que informa de diversas penas a quien suministre un brebaje abortivo aun sin dolo *quia res mali exempli est*, es decir, por no ser ejemplar la conducta (emitiendo un juicio de reproche desde un punto de vista moral o de moral social). Las penas son muy duras, y por la distinción de dos clases sociales, *humiliores* y *honestiores*, los primeros condenados *in metallum*, los segundos a la *relegatio in insulam amissa parte bonorum*, se reconoce su procedencia de época postclásica³⁸.

Pero queda por tratar otro tema fundamental. Decía más arriba que la doctrina actual ha llegado a la conclusión de que en el fondo no existe la citada antinomia entre los textos por cuanto, si bien se mira, aquellos en los que se aboga por un trato de favor al concebido no lo consideran realmente como persona sino «como si» lo fuera. Para ello, recurren a fórmulas lingüísticas tales como *perinde ac si* y a verbos como *intelligere* o *existimare* que parecen denotar forzadas operaciones intelectuales de equiparación de los concebidos con los nacidos. Esto hizo pensar ya a algún jurista medieval que el derecho romano había recurrido a una ficción, es decir a una operación jurídica consistente en nuestro caso en considerar jurídicamente existente un hecho o una circunstancia (el nacimiento) como si ya se hubiera producido. Así Baldo Degli Ubaldi ya intuyó esta solución³⁹. Pero quien la ha consagrado para la modernidad con influjo en los códigos civiles modernos ha sido Savigny. Este autor declara en su Sistema del Derecho Romano Actual⁴⁰: «La capacidad natural comienza en el instante en que el nacimiento completo se verifica; pero antes de él hay un tiempo bastante largo, durante el cual el infante vive ya, si bien no por sí, dependiente e íntimamente ligado a

³⁷ *Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur, quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adisciuntur.*

³⁸ DE NARDI, entre otros trabajos, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano, 1971; *Aborto e denaro in antichi dati*, *Studi in onore di A. Arena*, III, Padova, 1981, pp. 1575 ss.; *Aborto e omicidio nella civiltà classica*, *Studi in onore di U. Gualazzini*, II, Milano, 1982, pp. 443 ss. MENTXACA, *El aborto en el derecho romano*, *Estudios Deusto*, XXXI/1-Fasc. 70, Bilbao, pp. 307 ss.

³⁹ GANDOLFI, *Nascituro...*, p. 536.

⁴⁰ Según la traducción del francés (Guenoux) realizada por Jacinto Mesía y Manuel Poley, I, Madrid, 1878.

la existencia materna. ¿Cómo considera esta vida el derecho? ¿Cuáles son en tal materia los verdaderos principios que deben regirla? Muchos textos del derecho romano dicen terminantemente que durante la gestación el feto no es todavía una criatura humana⁴¹, le falta existencia propia, debiéndosele considerar como formando parte de la madre, mientras que otros por el contrario le asimilan al infante ya nacido. Esta última regla atentamente considerada hace desaparecer toda contradicción. La primera expresa la realidad de las cosas en un estado presente; la segunda es una simple ficción que no puede aplicarse sino a un cierto número de hechos especialmente determinados y en muy estrecho límite. Si, pues, presentando la cuestión en general, se pregunta cuál es la capacidad del no nacido aún, la solución es evidente: no tiene capacidad alguna, porque ni puede regir relaciones de propiedad, contraer deudas ni tener créditos, no es persona cuya representación sea necesaria o posible; no necesita tutor ni se le llama pupilo. La ficción por el contrario se ocupa de la vida futura del infante, y lo hace bajo un doble concepto. Le protege por la sanción de las leyes y le marca los derechos posibles que vienen unidos al nacimiento y de este modo creada en su interés a él solo también aprovecha (etc.)».

El peso de esta interpretación procedente del jurista de la Europa continental quizás más influyente durante el siglo XIX, ha calado hondo no sólo en buena parte de los códigos modernos, por ejemplo, en el español, sino también en el pensamiento doctrinal. El artículo 29 del CC dice claramente que el nacimiento determina la personalidad. De las discusiones a que dio lugar la fijación del momento inicial de la capacidad jurídica en el derecho civil español dan testimonio los artículos 29 y 30 en cuya redacción se operó un difícil equilibrio. El 29 se entendió como concesión a la tradición jurídica de protección al concebido que hundía sus raíces a través de las Partidas en el derecho romano, pero partiendo de la base de que el nacimiento y no la concepción es el momento definitorio de la capacidad jurídica, remitiéndose en ese punto al artículo siguiente. El 30 en cierto modo también porque recoge entre otros requisitos, como singularidad frente a los demás derechos, el de que el feto tenga figura humana (exigiendo sobre todo la presencia de cabeza humana, por lo que se excluye a los seres acéfalos); requisito –tratado por cierto por Wacke⁴²– que ha sido

⁴¹ Se trata de los textos de Ulpiano y de Papiniano que comentamos al principio. Vimos cómo hay que relativizar frente a afirmaciones categóricas como la realizada por Savigny aquí.

⁴² *Del hermafroditismo a la transexualidad*, ahora en *Estudios de derecho romano y moderno en cuatro idiomas*, Madrid, 1996, pp. 33 ss.

objeto de críticas por parte de la doctrina. Otra exigencia llamativa del derecho civil español (que también hoy es criticada por no tener en cuenta los avances médicos) es la relativa al periodo de veinticuatro horas que se precisan para entender nacido al nuevo ser. Resulta curioso pensar que se trata de un requisito del derecho germánico⁴³ que recoge nuestro derecho civil pero no así el alemán, que en este punto es más romano que el español. Sin embargo su necesidad se debía a una experiencia romana: la de las múltiples disputas entre los herederos cuando el feto moría instantes después de nacer, por ejemplo por negligencia de la comadrona que lo dejaba caer sin poder llegar a saber a ciencia cierta si había nacido o no⁴⁴. La jurisprudencia romana se dividió como es conocido entre los que opinaban que cualquier signo vital bastaba para su determinación (los de la escuela de los Sabinianos, solución que prevaleció en el derecho justiniano) y los que opinaban que debía exigirse un llanto o grito (Proculeyanos). La crítica que se hace al plazo de las 24 horas es que a pesar de evitar estos supuestos se presta a fáciles fraudes con ayuda de las modernas técnicas que sostienen artificialmente la vida humana.

En todo caso la categórica afirmación que el nacimiento determina la personalidad, que aquí hay que entender como sinónima de capacidad jurídica, ve triunfar la doctrina de Savigny. Si además se interpreta el artículo 29 como resultado de una ficción jurídica la inmersión en la doctrina savigniana parece completa. El § 1923 (2) del BGB es todavía más explícito por su mayor abstracción. No voy a entrar aquí en los avances médicos acerca de la visión actual del embrión humano como persona (cuándo deja de ser una víscera para pasar a ser humano). Pero sí hemos visto cómo sus rotundas afirmaciones de lo que pensaba el derecho romano del feto no son del todo correctas.

Pero lo que hoy se discute⁴⁵ en la doctrina romanística es si es correcta la calificación como ficción jurídica del procedimiento doctrinal por el que la jurisprudencia romana (principal fuente del derecho romano) asimiló el concebido al nacido. ¿Hasta qué punto

⁴³ El Fuero Juzgo (versión romance del *Liber iudiciorum*) del siglo XIII exigía el bautismo y diez días de vida siguiendo el derecho germánico. El acortamiento a veinticuatro horas procede de las leyes de Toro de 1505 (Ley 13).

⁴⁴ WACKE (*Conceitus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*, Ksiega Pamiatkowa ku Czci Profesora Leopolda Steckiego, Toruń, 1997, 618) afirma que el derecho alemán recurre para estos casos a la prueba de la respiración pulmonar para demostrar así la existencia de vida independiente aunque efímera.

⁴⁵ BIANCHI, *Fictio Iuris, Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Milano, 1997, pp. 429⁶¹³ss.

el derecho da carta de naturaleza a una realidad previa?⁴⁶ Quizás sea más correcto decir aquí que el derecho extiende su protección, otorgada al nacido, para hacerla recaer también sobre el concebido. Es decir, cabría hablar de interpretación extensiva (incluso mejor que analógica)⁴⁷. La diferencia es notable, porque según esto, el derecho no finge algo irreal, sino que amplía su cobertura a situaciones que un laxo uso terminológico –no ajeno a la realidad– de términos legales (como «persona» o «todos») permite alcanzar. No hace falta ni tan siquiera que haya que indagar una identidad de razón que pueda abrir una vía a la interpretación analógica entre los casos del nacido y del concebido. Se trata, por mi parte, de consideraciones impregnadas de valores –lo sé– pero cada vez más enraizadas en los constantes avances de la biomedicina⁴⁸.

En resumen, el derecho romano sigue siendo hoy una fuente inagotable de referencias para el derecho moderno a través de su decontextualización y resubstancialización, como afirma hace poco Baldus⁴⁹. Una de las misiones que tiene encomendada el romanista moderno es seguir tendiendo puentes entre aquel derecho y el actual (lo que no es ciertamente difícil dada la racionalidad intrínseca de aquél), pero al tiempo montar guardia frente a su utilización tendenciosa. La búsqueda en nuestro siglo de la personalidad de pensamiento que cada jurista posee (p. e. Juliano o Ulpiano respecto del tema abordado) es un filón de investigación que ha producido ya frutos valiosos, arrinconando definitivamente la falsa idea savigniana que veía en los juristas romanos figuras «fungibles».

⁴⁶ Vid. mi recensión a Lamberti, *Studi sui «postumi»*, próximamente en SDHI.

⁴⁷ BIANCHI, *ibid.*

⁴⁸ VILA CORO, *Introducción a la biojurídica*, prólogo M. Albadalejo, Madrid, 1995.

⁴⁹ BALDUS, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*, I, Frankfurt am Mein, 1998, pp. 43 ss.

La ejecución forzosa de la obligación de hacer infungible

JULIO MANRIQUE DE LARA MORALES

Doctor en Derecho

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: 1. Introducción.—2. La prestación de hacer infungible. 2.1 La noción de la infungibilidad de la prestación de hacer. 2.2 La infungibilidad del comportamiento del deudor en la obligación de hacer.—3. La ejecución forzosa de las obligaciones de hacer infungibles. 3.1 Consideraciones generales. 3.2 La doctrina del Tribunal Supremo.—4. La ejecución forzosa de la prestación del hacer en el *Codice civile* italiano.—5. La ejecución específica de la prestación de hacer infungible en el derecho anglosajón.—6. El sistema germánico de ejecución forzosa de la obligación de hacer infungible.—7. La *Astreinte* como medio procesal de ejecución indirecta de la obligación de hacer. 7.1 Concepto, naturaleza y fundamento. 7.2 Aplicación de la *Astreinte* a la obligación de hacer. 7.3 Procedimiento.

1. INTRODUCCIÓN

Es en el ámbito de la prestación de hacer infungible donde el viejo axioma «*nemo ad factum praecise cogi potest*» ha desplegado toda su eficacia y fuerza vinculante¹.

El principio de la incoercibilidad del *facere*, cuya efectividad se plasma en el adagio anteriormente señalado, excluye la posibilidad de ejecución *in natura* de la prestación de hacer infungible y, dada su especial naturaleza que impide que sean ejecutadas por un tercero, en el supuesto de que sean incumplidas por el deudor, el acreedor únicamente podrá obtener una prestación pecuniaria a cambio².

¹ Vid. VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995, p. 281.

² Vid. CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, s.f., p. 94.

En este sentido, la ausencia de dispositivos de ejecución indirecta, aplicables ante la infracción/inejecución en este tipo de obligaciones, tiene como consecuencia la plena vigencia de la conexión entre la infungibilidad del *facere* y la incoercibilidad de la conducta o de la actividad que constituye su objeto³.

Por otro lado, se ha señalado que esta división de las obligaciones de hacer determinará lo que el acreedor pueda obtener, a pesar de la voluntad del propio deudor. Si el hacer es fungible, el acreedor logrará la satisfacción de su interés, en forma específica, en tanto que conseguirá la misma prestación debida, ya que ésta podrá ser ejecutada por un tercero⁴. Si el *facere* es infungible, el incumplimiento del deudor se despacha en la indemnización de daños y perjuicios por la inejecución de la prestación⁵.

³ *Vid.* MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, p. 101.

⁴ *Vid.* VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 277, nota 24; MORENO QUESADA, «Problematización de las obligaciones de hacer», *Revista de Derecho Privado*, 1976, p. 499; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil 2.º*, Barcelona, 1994, p. 80; por su parte CARBONNIER se refiere a las obligaciones de hacer fungibles como aquellas que están desprovistas de carácter personal, a las cuales no se aplican las reglas del artículo 1142 del *Code* (toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en indemnización de daños y perjuicios, en caso de incumplimiento del deudor), en estos supuestos el acreedor podrá pedir autorización al Tribunal para cumplir él mismo la obligación, a costa del deudor. Este no podrá actuar de oficio, salvo urgencia justificada, sino que necesita la autorización del Tribunal. Excepcionalmente, el deudor de una prestación de hacer susceptible de ser ejecutada en cierto espacio de tiempo, puede ser condenado a cumplir directamente y cominando *manu militari* si fuera preciso. *Vid. Droit civil. T. 4. Les obligations*, París, 1956, pp. 663 ss.

⁵ *Vid.* VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 277; MAZZAMUTO, *op. cit.*, en nota 3, pp. 11 y 12; RESCIGNO, «Esecuzione forzata ed esecuzione specifica. Obbligazioni. Diritto privato», *Enciclopedia del Diritto*, T. XXIX, Milano, 1979, p. 211; MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 499; en contra, RAMOS MÉNDEZ indica que el incumplimiento por el deudor de una prestación infungible no origina, sin otra consideración, la indemnización de daños y perjuicios, salvo que el acreedor-ejecutante opte por ésta de forma expresa. Lo contrario equivaldría a recortar la eficacia de la ejecución civil y desaprovechar las oportunidades que concede el ordenamiento jurídico, entendido como un todo armónico. La eficacia de la ejecución, continúa este autor, exige buscar medios de coerción que de alguna manera dobleguen la voluntad del deudor. La fuerza de estos medios de coacción se asentaría en el hecho de que fuera más beneficioso para el deudor ejecutar la prestación debida que atenerse a las consecuencias de su incumplimiento. Entre otros medios, resultará especialmente provechosa la tutela penal de la ejecución, a través del delito de desobediencia grave a la autoridad judicial. Cfr. *Derecho procesal civil II*, Barcelona, 1986, pp. 1032 ss.; MONTERO AROCA se pronuncia en términos similares y apunta que no puede ser la voluntad del deudor la que determine, en las obligaciones infungibles, la forma de ejecución. En determinados casos la Ley permite la ejecución directa (lanzamiento por desahucio), y en otros la sustitución de la conducta por dinero carecería de sentido (lo cual sucede, de forma especial, en el derecho de familia). En estos últimos casos, a juicio del autor, hay que acudir a la coacción directa y al proceso penal. *Vid. op. cit.*, en nota 4, p. 82; por otro lado, en el ordenamiento francés, CARBONNIER indica que únicamente las obligaciones asistidas de carácter personal se sujetan a la regla del artículo 1142 del *Code*. Dichas obligaciones tienen carácter personal si la actividad objeto de las mismas ha de poner en juego «cualidades irredimiblemente individuales del deudor». También deben considerarse como personal aquellas obligaciones que supongan acciones o abstenciones prolongadas en el tiempo, como la prestación del trabajador. Para este autor, el artista que se compromete a ejecutar un retrato no puede ser condenado a terminarlo, sino a indemnizar los daños y perjuicios en

Sin embargo, se han matizado las conclusiones expuestas para el incumplimiento de las prestaciones de hacer infungibles, en el sentido de que el acreedor podría optar, aun tratándose de comportamientos personalísimos, por la ejecución por parte de un tercero a costa del deudor y con la posibilidad de reivindicar, con posterioridad, ser indemnizado por la diferencia de calidad entre la prestación incumplida y la efectivamente ejecutada⁶. Esta opinión parece tener su respaldo en el propio interés del acreedor, que se erige, de esta forma, en el criterio rector de la calificación de las prestaciones de hacer como fungibles o infungibles⁷.

En este sentido, se considera que la solución de determinar en primer lugar que, en cuanto sea posible, el acreedor obtenga la prestación debida, es la más ecuánime y conforme al concepto de obligación en tanto que con la misma lo que se pretende es el logro de la prestación y no la indemnización⁸.

De todo ello, parece desprenderse que, desde el punto de vista del acreedor, la distinción entre un hacer fungible o infungible tiene una trascendencia primordial, pues determinará, en su caso, y en el

tanto que el deudor no puede, en este caso, ser obligado por la fuerza. *Vid. op. cit.*, en nota 4, p. 663; en el mismo sentido, *vid. COLIN y CAPITANT, Curso elemental de Derecho civil, Tomo 3, Teoría general de las obligaciones*, Madrid, 1960, pp. 38 ss.; para RIPERT y BOULANGER en caso de obligaciones infungibles, el cumplimiento forzado es imposible. La razón de ello se encuentra en que el cumplimiento que se obtiene mediante la fuerza sería en todos los casos defectuoso y, asimismo, exigiría la utilización de medios violentos, que serían contrarios a la libertad individual. Es inútil intentar un apremio contra la persona del deudor, cuando es fácil conseguir una satisfacción equivalente mediante dinero, «por eso se dice que toda obligación de hacer se resuelve en daños y perjuicios en caso de incumplimiento. La expresión no es excelente, porque parece dispensar por adelantado al deudor del cumplimiento y no asignar como objeto de la obligación, sino el pago de daños y perjuicios». Cfr. *Tratado de Derecho civil, según el Tratado de Planiol, Tomo IV, Las obligaciones*, Vol. I, Buenos Aires, 1956, pp. 422 y 423.

⁶ En apoyo de esta solución, *vid. MONTERO AROCA, op. cit.*, en nota 4, p. 83; *vid. también RAMOS MÉNDEZ, op. cit.*, en nota 5, p. 1032.

⁷ MORENO QUESADA opina que si el acreedor tiene interés en que el deudor sea el que ejecute la prestación, no es posible separar el cumplimiento de la obligación de este interés y, por ello, la realización por parte del obligado sería, en este supuesto, el único medio posible de satisfacción del interés creditorio, por lo que el cumplimiento por un tercero quedaría, de este modo, descartado. La satisfacción del acreedor es un asunto que únicamente a él cabe juzgar y, en este sentido, existe la posibilidad de que el acreedor pueda renunciar al cumplimiento del deudor y solicitar la intervención de persona distinta. Esta renuncia no supondría perjuicio alguno para él, pues «si el resarcimiento de daños lo que persigue es situar el patrimonio del acreedor en la posición que tendría de haberse cumplido correctamente la obligación, el mínimo de su cuantía será el necesario para lograr que se satisfaga el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento, lo que se logrará de la forma más aproximada, y satisfactoria si es que así lo estima el acreedor, con la realización del tercero». Por último, este civilista señala, en favor de esta opción, lo que denomina un argumento de naturaleza lógica, puesto que al negar al acreedor esta alternativa, se la concedería, en los mismos términos, al deudor que, al insistir en su incumplimiento, habría elegido e impuesto por ello al acreedor, de forma unilateral y libre, la indemnización. Cfr. *op. cit.*, en nota 4, p. 278.

⁸ Cfr. MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 500.

supuesto de incumplimiento, si recibe la prestación en forma específica⁹, o convertida en dinero¹⁰.

Desde el punto de vista del deudor, el incumplimiento de la obligación de hacer convierte la prestación original en pecunaria¹¹. De un lado, por medio de la indemnización de daños y perjuicios en supuestos de prestaciones infungibles¹². Y, de otro, al tener que sufragar la ejecución de la prestación por el tercero en hipótesis de obligaciones fungibles.

Ante esta situación, la prueba de la (in)fungibilidad adquiere una relevancia fundamental, pues, en este sentido, fija los criterios para definir la ejecución específica o por equivalente en el supuesto de incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Se sostiene, en esta dirección, que la regla general, que se deduce a partir del artículo 1161 del Código civil, es la fungibilidad de la prestación y la no presunción de infungibilidad de la misma¹³.

No obstante, se estima que la indicación de las pautas para aclarar cuando una prestación deba ser considerada como fungible o

⁹ Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, en nota 5, p. 1037.

¹⁰ En esta línea, VATTIER FUENZALIDA apunta que el artículo 1098 del Código civil otorga al acreedor, en caso de incumplimiento, tres posibles opciones. Según el apartado primero de la norma señalada, puede elegir que lo hecho por el deudor se deshaga a su costa, y que en base al artículo 1101 se le indemnicen los daños y perjuicios cuando la prestación sea infungible, y en los términos señalados por el artículo 1161. Para este jurista, esta normativa está influida por el axioma «*nemo ad factum praecise cogi potest*», que excluye la posibilidad de utilizar la coerción física sobre un sujeto para que se cumpla la obligación de hacer en sus propios términos. Sin embargo, para este autor, este precepto se aplica con exclusividad en las hipótesis de obligaciones infungibles o personalísimas y, asimismo, opina que cuando se trate de prestaciones fungibles el acreedor no debe contentarse con el equivalente pecuniario de lo debido. *Vid.* «Obligaciones positivas», *Nueva Encyclopedie Jurídica Seix, Tomo XVIII*, Barcelona, 1986, p. 214; *vid.* también PINTÓ RUIZ, «Incumplimiento de las obligaciones civiles», *Nueva Encyclopedie Jurídica Seix, Tomo XII*, Barcelona, 1965, p. 193.

¹¹ Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, en nota 5, p. 1037.

¹² *Vid.*, en este sentido, GARCÍA CANTERO que, al comentar la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1974, señala: «Si bien es cierto que los valores inmateriales, como la vida humana cuando se pierde, la producción literaria, la creación científica o artística, tiene un valor teóricamente incalculable, no lo es menos que en razón a las ineludibles interrelaciones humanas, tienen que ser evaluadas en ocasiones, y así la Ley y los Tribunales se ven forzados, o a concretar cifras de los invaluables, o a acatar aquéllas en que se cifró, por mutuo acuerdo, la valoración anticipada [...] El cumplimiento de una obligación de hacer se da en todo contrato de ejecución de obra o de prestación de servicio, y no repugna en el presente caso, ya que en el supuesto de incumplimiento voluntario de la entrega de las pinturas convenidas, solamente podría la otra parte ejercitar las acciones de resolución del contrato o de cumplimiento subsidiario mediante la indemnización de daños y perjuicios». Cfr. «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1974», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, diciembre, 1975, pp. 631 y 632.

¹³ VERDERA SERVER, a este respecto, indica que este planteamiento en favor de la fungibilidad influye en el incremento del cumplimiento de la prestación por medio de terceras personas distintas del deudor. *Vid. op. cit.*, en nota 1, p. 279; *vid.* igualmente DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 245.

infungible, no debe determinarse en función del criterio del propio deudor. Si éste declara la infungibilidad del comportamiento debido, a él le corresponderá la prueba de tal condición¹⁴.

Tampoco debe juzgarse adecuado que sea el acreedor el que establezca los criterios para la determinación de este carácter de la obligación¹⁵.

Por todo ello, se ha considerado que debe ser el juez el que adopte la decisión oportuna acerca de este extremo, quien, además, deberá tener en cuenta la propia opinión del acreedor, debido a que es su interés el que se supedita al procedimiento de ejecución¹⁶.

2. LA PRESTACIÓN DE HACER INFUNGIBLE

2.1 La noción de la infungibilidad de la prestación de hacer

Con carácter general, con el concepto de (in)fungibilidad de la prestación se está haciendo referencia a la posibilidad de subrogar, con igual efecto satisfactorio para el acreedor, la actividad del deudor en el cumplimiento de la obligación por la de un tercero y a su costa¹⁷.

Si la prestación es infungible no procede la sustitución del deudor en el cumplimiento de la obligación y ante una inejecución de la misma por su parte, únicamente sería posible la indemnización de daños y perjuicios¹⁸.

En un primer acercamiento al concepto de infungibilidad, algún autor ha puesto de manifiesto que no existen criterios objetivos para individualizar su noción, pues fungible o infungible sería aquella prestación que el acreedor, en el supuesto concreto, considerara como tal según sus propios intereses¹⁹.

¹⁴ Cfr. MONTERO AROCA, *op. cit.*, en nota 4, p. 82.

¹⁵ VERDERA SERVER indica, en esta dirección, que tampoco cree conveniente que estos principios se cedan al acreedor, porque así puede evitarse que el mismo se prevalega de su posición o se arrepienta del vínculo obligatorio, con daño para el deudor. *Vid. op. cit.*, en nota 1, p. 279; *vid. también* MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 472.

¹⁶ *Vid. VERDERA SERVER* que, en este sentido, indica lo siguiente: «si bien hay que tener en cuenta que, dado que es el interés específico del acreedor el que encuentra plasmación a través de esta ejecución, deberá dársele audiencia (como también al deudor), teniendo en cuenta sus indicaciones». *Cfr. op. cit.*, en nota 1, p. 279.

¹⁷ *Vid. BORRÈ, Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966, p. 127; FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Camerino, 1983, p. 63; ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, Napoli, 1969, p. 99; MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 470.

¹⁸ *Vid. VERDERA SERVER, op. cit.*, en nota 1, p. 277; RESCIGNO, *op. cit.*, en nota 5, p. 211; MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 499.

¹⁹ *Vid. ANDRIOLI*, «Comentario al articulo 612 del Codice di Procedura Civile», *Commento al Codice di Procedura Civile. Vol. III*, Napoli, 1957, p. 325; GALASSO, «Errore sulla persona, personalità della prestazione e intutus personae», *Rivista Trimestrale di Diritto e*

Y es que en la práctica ocurre que muchas personas estiman valiosa la obra de un modesto artesano u operario, mientras que otros consideran como «sustituible» a sujetos que deben ejecutar obras de la máxima dificultad o de suma tenacidad²⁰.

Las anteriores observaciones tienen como consecuencia la consideración de que la propia noción de la infungibilidad no se constituiría en una circunstancia predeterminada de la propia obligación, de modo que pudiera, en cierto sentido, limitar la misma aplicabilidad de la ejecución *in natura* de la prestación, ya que la posibilidad que tiene el acreedor de elegir, ante un incumplimiento debitorio, entre actividad subrogatoria del tercero y, en su lugar, resarcimiento del daño, colocaría inmediatamente a la obligación en una suerte de fungibilidad, a pesar de que, aparentemente, la misma pudiera ser calificada, de modo objetivo, como infungible²¹.

Asimismo, se ha señalado que, una vez admitida la intervención del tercero y ejecutada por éste la prestación, podría el acreedor reclamar una indemnización complementaria por la diferencia resultante entre el cumplimiento por subrogación y aquel inicialmente convenido con el deudor incumplidor²².

Se ha observado que la anterior doctrina, que puede parecer sugerente por su aparente sencillez, no debe ser admitida, básicamente por dos concretas razones. De una parte, porque atribuir al acreedor la potestad exclusiva para decidir, *a posteriori*, sobre la posible fungibilidad o infungibilidad de la prestación, sería lo mismo que admitir la exclusión de la fungibilidad de las obligaciones de hacer, en tanto que tal concepto implica la posibilidad de sustitución del deudor y significa, además, que la propia naturaleza de la prestación forzaría el señalado cambio, aun en contra de la voluntad del acreedor. Y, en segundo lugar, se le ha criticado el hecho de que con estos argumentos se altera el estado del problema

Procedura Civile, 1973, p. 1368; ALLARA, *Delle Obbligazioni*, Torino, 1939, pp. 105-106; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, en nota 5, p. 1032; VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 276.

²⁰ Cfr. ZARRELLI, *op. cit.*, en nota 17, p. 102.

²¹ En el supuesto de que, *v. gr.*, haya sido encargado a un artista, de reconocido prestigio, la elaboración de un retrato y éste no cumpla la obligación a su cargo, lo más probable es que el acreedor no escoga, para la satisfacción de su interés lesionado, otro medio de tutela que el resarcimiento del daño. No obstante, siempre es posible que el acreedor admita la ejecución de la prestación por otro artista, capaz, asimismo, de satisfacer su propio interés en el cumplimiento de la prestación. En este último caso, nada le impediría elegir la vía de la ejecución específica y valerse del mecanismo de la subrogación propio de las obligaciones fungibles y conseguir, de este modo, la ejecución de la prestación debida y la satisfacción de su interés en el cumplimiento de la misma. Cfr. BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, p. 128; *vid. asimismo*, MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 472.

²² Indemnización que chocaría con los criterios restrictivos de nuestra jurisprudencia Cfr. VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 278; *vid. también* BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, p. 128.

mismo, pues, en cada caso, se delimita la naturaleza de la prestación, fungible o infungible, por sus efectos, posibilidad o no de sustituir al deudor en el cumplimiento. Lo adecuado sería que, en esta última hipótesis, los efectos, sustituibilidad, se manifestaran de forma independiente de la específica voluntad de las partes y conforme a la propia naturaleza de la prestación²³.

Por otro lado, se estima que la obligación de hacer es infungible cuando el interés del acreedor no puede ser, de otro modo, satisfecho sino con la realización de aquella conducta a la que el deudor está obligado.

Conforme a la precedente orientación, el concepto de infungibilidad puede, igualmente, presentar un doble significado. En un primer aspecto, el alcance de tal concepto se pone en íntima conexión con la específica libertad del deudor, en el sentido de que la imposibilidad para el acreedor de alcanzar el resultado debido depende del hecho objetivo de que solamente el comportamiento del sujeto obligado sería capaz de satisfacer su propio interés. Se trata, en este caso, de comportamientos personales, altamente cualificados por las singulares aptitudes del deudor y, en relación a las cuales, sería inútil encontrar una equivalencia entre comportamientos de sujetos distintos. Por ello, únicamente podría alcanzarse la satisfacción específica del interés creditorio sacrificando la libertad del deudor, a través de la coerción a éste para ejecutar el comportamiento debido²⁴.

En segundo lugar, el alcance de la noción de infungibilidad estaría determinada en función del bien al que la actividad debida por el deudor tiende y sobre el que recae el poder del propio obligado. En este supuesto, aunque el interés del acreedor en el cumplimiento pudiera alcanzarse a través del comportamiento de otros sujetos, en su satisfacción se interponen los singulares poderes del deudor, los cuales no pueden ser eliminados con la única fuerza del derecho sustancial del acreedor²⁵.

²³ Cfr. MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 472.

²⁴ El ejemplo de escuela es el del ya señalado famoso pintor encargado de la realización de un cuadro. La satisfacción del interés del acreedor es alcanzable solamente por aquel deudor. Frente al incumplimiento de aquél, al acreedor le queda únicamente la acción de resarcimiento del daño. Cfr. FERRONI, *op. cit.*, en nota 17, p. 174.

²⁵ En el caso de que, *v. gr.*, un sujeto esté obligado a derribar un árbol de gran altura que se encuentra en un terreno de su propiedad, al objeto de facilitar a su vecino mejores vistas. Si el obligado no cumple, no puede sencillamente afirmarse que su actividad no pueda ser subrogada por la de un tercero y, por ello, considerarla infungible, pues cabría que tal árbol fuera abatido por un tercero o por el propio acreedor. No obstante, en la realización de tal actividad interfiere obstáculos posesorios del deudor, así que el acreedor, en virtud de sus solos poderes sustanciales, se ve incapaz para vencer la resistencia del deudor. *Vid.* BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, pp. 129 ss.; FERRONI, *op. cit.*, en nota 17, p. 175.

Conforme a la primera de las dos anteriores orientaciones, únicamente cabría, a los fines de obtener el resultado debido, una ejecución indirecta de la obligación, pues sería contradictoria con la propia conciencia social y con la lógica misma la idea de un constreñimiento material y directo del obligado para conseguir la ejecución de la concreta actividad debida²⁶.

En esta línea, se afirma, por tanto, que un determinado comportamiento infungible no puede ser obtenido por medio del hecho de un tercero, toda vez que, en este caso, el principio de la inviolabilidad de la persona humana prohíbe el recurso a medidas de coacción directa sobre la persona del deudor²⁷.

Igualmente, acudir a la coacción directa no garantizaría la consecución del resultado útil para el acreedor, desde el momento en que la creatividad del hombre no puede ser, por una sin duda obvia imposibilidad natural, en modo alguno, mecánicamente constreñida, pues «*nemo ad factum praecise cogi potest*»²⁸.

Con arreglo a la segunda de las precitadas directrices, se ha observado por la doctrina italiana que la infungibilidad de la prestación de hacer podría ser superada con la ayuda de las técnicas de ejecución forzosa en forma específica, en tanto que ésta implica la eliminación de aquellos poderes del obligado mediante la aplicación de tal procedimiento²⁹.

Del mismo modo, se estima que la tipología del *facere* infungible comprende las hipótesis de relevancia de la persona, individualizada a través del recurso a la categoría de las denominadas relaciones *intuitus personae*. Y, además, los supuestos de obligaciones en las que su cumplimiento depende necesariamente de la voluntad del obligado, no ya por una peculiar relevancia del «*intuitus personae vel qualitatis personae*» sino por una especie de intangibilidad cualquiera de la esfera de poder y de la autonomía del sujeto privado³⁰.

²⁶ Vid. MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, p. 64.

²⁷ Vid. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965, p. 118, que, del mismo modo, se refiere al principio general «propio de nuestro ordenamiento –como de todos aquellos países civilizados– que impide esclavizar a una persona humana o situarlo en una condición análoga o, de cualquier modo, en un estado de total sujeción al poder ajeno».

²⁸ Cfr. SATTA, que, en este sentido, ha señalado que: «La máxima *nemo facere cogi nequit* existe antes en la naturaleza que en el Derecho». Cfr. *Commentario al Codice di Procedura Civile I-III, Processo di esecuzione*, Milano, 1966, p. 15.

²⁹ Vid., en este sentido, FERRONI, que, asimismo, indica lo siguiente: «Contrariamente, por ello, a cuanto se ha acostumbrado a sostener, la ejecución forzosa en forma específica es utilizable no cuando la obligación es fungible (cuando, esto es, el acreedor, frente al incumplimiento, puede procurarse la misma utilidad ejercitando sus poderes de autonomía sustancial), sino, por el contrario, cuando es infungible en el sentido de la segunda de las dos hipótesis ahora individualizadas». Cfr. *op. cit.*, en nota 17, p. 176; igualmente, vid. BORRÉ, *op. cit.*, en nota 17, p. 130.

³⁰ Para MAZZAMUTO estas hipótesis engloban conceptos tales como el de «autonomía privada» y «libertad de iniciativa económica». Vid. *op. cit.*, en nota 3, p. 12.

En este sentido, el *intuitus personae* puede ser entendido como la consideración de la identidad o de la cualidad de la persona que, en relación a la voluntad de las partes, haya sido, en el caso concreto, la determinante del consentimiento contractual. Lo cual supone que tal apreciación, identidad o cualidades de uno de los sujetos contratantes, haya inducido, de modo cierto e inequívoco, a la otra parte a la estipulación del concreto negocio³¹.

En lo tocante a la identidad de la persona, se considera que la autonomía privada aparece, en este plano, prácticamente sin límites. La elección de la otra parte contratante es, con carácter general, libre. Bastará, por tanto, en el caso concreto, la subsistencia de un interés en uno de los sujetos en elegir como contratante a una determinada persona o, más concretamente, como destinatario de los efectos del acto o negocio jurídico en cuestión. Todo ello con independencia de la relevancia objetiva, deducible del contenido típico de la relación, de las cualidades personales del sujeto, cuya valoración queda asimilada al proceso psicológico que, caso por caso, induce al autor del negocio a la designación del otro sujeto contratante³².

Respecto a las cualidades personales, ocurre frecuentemente que éstas quedan incluidas en la elección que hace uno de los contratantes en consideración del otro y que, en su caso, fueron motivo determinante de la manifestación del consentimiento.

Sin embargo, puede ocurrir que un sujeto tenga interés en realizar un determinado contrato con cualquier persona, con tal de que reúna o esté dotada de unas concretas cualidades personales. Cualidades, aptitudes o atributos personales capaces de influir sobre las facultades volitivas de las partes contratantes. En este caso, es necesario que tales facultades se reflejen sobre la relación jurídica que se constituye, es decir, que sean tales que hayan incidido sobre el programa de prestación predisuelto por las partes, lo cual se verificará mediante una indagación del contenido concreto del específico negocio en cuestión.

Por lo tanto, estas específicas cualidades, determinantes del consentimiento de la otra parte en la obligación, han de especificarse únicamente en relación al contenido típico del propio negocio jurídico, teniéndose también en cuenta, a los efectos de la consideración de cualidades esenciales, otras singulares particularidades que acompañan, del mismo modo, a la estipulación, tales como, *v. gr.*, los usos de los negocios o circunstancias similares³³.

³¹ Cfr. GALASSO, *op. cit.*, en nota 19, p. 1344.

³² Cfr. GALASSO, *op. cit.*, en nota 19, p. 1345.

³³ *Vid.* GALASSO que, asimismo, señala: «Honestidad, corrección, lealtad, solvencia y similares atributos genéricos no son invocables como cualidades determinantes del consentimiento».

En definitiva, con el *intuitus personae*, se está haciendo referencia al hecho de que determinadas situaciones subjetivas, activas o pasivas, se presentan rigurosamente vinculadas a la persona del titular, como consecuencia de la trascendencia que en éstas asumen, en sentido amplio, las cualidades personales del sujeto³⁴.

En el ámbito de las obligaciones y como consecuencia de lo anterior, podría concluirse que con el *intuitus personae* se quiere hacer alusión al interés que tiene una persona, acreedor de una determinada prestación, de que sea cumplida por el sujeto a ella vinculado y no por otro³⁵.

Por otro lado, se ha advertido que, en la propia estructura de la obligación, el resultado útil para el acreedor ha de resultar ligado a un comportamiento del deudor por una relación instrumental, es, en este sentido, inexcusable que el bien debido sea una consecuencia, o un efecto, de la actividad solutoria y que su realización se halle, por ello, causalmente referida a esta última. En otras ocasiones, el resultado útil para el acreedor, a cuya consecución se encuentra determinada la relación obligatoria, consiste en el desarrollo, por parte del deudor, de una cierta conducta, de tal modo que el interés creditorio se satisface mediante la misma actividad del *solvens*, en este caso, existe una relación de coincidencia entre la actividad del deudor y el resultado que representa la finalidad de la relación obligatoria. Cuando, en este sentido, no medie entre el comportamiento debido y el resultado útil para el acreedor una relación de coincidencia, debe existir entre ambos una relación de causalidad³⁶.

Esta relación, entre actividad del deudor y resultado útil al cual la prestación tiende, puede o no exteriorizarse como nexo de causalidad necesaria³⁷. En el primer caso estaríamos en presencia de

miento si se agotan en el ámbito de una valoración errada de la persona de un contratante, quedando fuera del contrato como elementos normales de formación del proceso cognoscitivo y volitivo que conduce a la estipulación del acuerdo». Cfr. *op. cit.*, en nota 19, pp. 1347-1348.

³⁴ Se vislumbra, de este modo, la aproximación, a través del recurso al *intuitus personae*, entre los denominados derechos «inherentes a la persona», como, *v. gr.*, las servidumbres personales de uso y habitación, y las prestaciones infungibles, como, por ejemplo, la prestación de servicios médicos o de obra intelectual, y se explica porque la inherencia a la persona de un derecho o de una concreta obligación se encuentra en la base del principio de intransmisibilidad de una serie de relaciones jurídicas, a las que se les ha atribuido la calificación de relaciones *intuitus personae*. Vid. FERRARA SANTAMARÍA, «Il rapporto di "inerenza" dei diritti alla persona», *Rivista di Diritto Civile*, 1937, pp. 338 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Doctrine generali del Diritto civile*, Napoli, 1971, p. 91.

³⁵ Vid. ZARRELLI, *op. cit.*, en nota 17, p. 105.

³⁶ Vid. SCHLESINGER, «Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1959, pp. 1280 ss.

³⁷ Se ha señalado, asimismo, que entre la conducta del deudor y el resultado útil para el acreedor puede, además, existir o no un vínculo de causalidad suficiente, según que el comportamiento solutorio constituya el único antecedente para la consecución de tal resultado útil para el acreedor o bien se integre en una serie causal más compleja. Cfr. SCHLESINGER, *op. cit.*, en nota 36, p. 1282.

prestaciones infungibles, mientras que en el segundo, ante prestaciones fungibles, de tal modo que, en este último caso, el comportamiento del sujeto obligado se inserta solamente en una de las hipótesis que constituyen la serie causal que conduce a la consecución del bien debido para el acreedor.

Siguiendo esta orientación, se considera que las prestaciones infungibles son aquéllas en las que el resultado útil para el acreedor solamente puede ser obtenido a través del desarrollo de la actividad del deudor³⁸.

Por parte de nuestra doctrina, se ha señalado que es el artículo 1161 del Código civil el que especifica el criterio que delimita la infungibilidad de la prestación de hacer³⁹.

Se exige que, en estos supuestos, la estimación de la persona del deudor sea la que haya determinado, en el caso concreto, la manifestación del consentimiento por haberse tenido en cuenta, al constituir la obligación, tanto la calidad como las singulares circunstancias de la persona del deudor⁴⁰.

Lo anterior supone que la consideración de la identidad o de las cualidades del sujeto obligado se constituyan en el fundamento de la instauración del vínculo jurídico obligatorio, de tal manera que la atención a estas particulares circunstancias haya favorecido, incontrovertiblemente, la adopción del concreto acuerdo negocial⁴¹.

En este sentido, para la apreciación de una determinada prestación como infungible, no basta con atender a la naturaleza de la actividad que, en cada caso, deba desarrollar el deudor⁴², ni tam-

³⁸ Para SCHLESINGER el concepto de infungibilidad de la prestación aparece como equívoco, pues oscila entre dos significados: «el primero, técnicamente más correcto, comprende la única hipótesis en la cual el resultado debido viene individualizado en necesaria correlación con el comportamiento del deudor (el concierto del famoso pianista, el cuadro del conocido pintor, etc.); el segundo, más amplio y difuso, comprende todos los casos en los cuales, si bien el resultado debido no viene individualizado a través de una referencia al comportamiento personal del obligado (de tal modo que sujetos distintos del deudor serían capaces de realizarlo), la obligación es *intuitus personae* (la prestación del arrendatario, del transportista, etcétera). Se podría decir que en el primer caso existe una infungibilidad de carácter objetivo, derivada de la naturaleza del resultado debido; en el segundo, por el contrario, una infungibilidad de carácter subjetivo, derivada de la confianza puesta por el acreedor en la idoneidad de los instrumentos del deudor para realizar el resultado (de por sí realizable también por otro)». Cfr. *op. cit.*, en nota 36, p. 1282, nota 18.

³⁹ Vid. MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, pp. 475 ss.; PINTÓ RUIZ, *op. cit.*, en nota 10, p. 193; VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 275; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, en nota 13, p. 245; LASARTE, *Principios de Derecho civil, Tomo II*, Madrid, 1996, p. 76.

⁴⁰ Vid. BERCOVITZ, «Comentario al artículo 1161 del Código civil», *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 181; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, en nota 13, p. 245; LASARTE, *op. cit.*, en nota 39, p. 76; MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 473; VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, pp. 274 ss.

⁴¹ Vid. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, p. 247; BERCOVITZ, *op. cit.*, en nota 40, p. 181.

⁴² Para MANRESA: «El carácter de la prestación en cada caso determinará si son o no indiferentes en ella las cualidades del que la ejecute, pudiendo decirse en general que será

co a la presencia objetiva de unas peculiares cualidades en la persona que ha de ejecutar la prestación, pues éstas no gozan de una especial trascendencia al margen de la específica obligación en la que se incluyen. Únicamente su importancia quedará patentizada si en el supuesto concreto fueron tenidas en cuenta en el momento de la constitución de la específica relación obligatoria⁴³.

Esto supone que no existen relaciones jurídicas que, con carácter previo, puedan ser consideradas como fungibles o infungibles, pues se estima que las facultades o aptitudes características de la persona del deudor han de estar vinculadas a una concreta obligación, para lo que habrá que indagar si las mismas pueden ser consideradas como la causa determinante de la declaración de voluntad del otro contratante en la particular obligación. En esta línea, se ha señalado que cabe que sea la voluntad de las partes la que conforme las precisas pautas acerca de la (in)fungibilidad en cada caso concreto⁴⁴.

Por último, se ha observado que en las obligaciones de hacer infungibles, la imposibilidad que afecta a la persona del obligado, es decir, aquella que le atañe exclusivamente, se convierte en absoluta, pues, al no existir posibilidad de que un tercero le sustituya en el cumplimiento, la ejecución de la prestación se transforma, objetiva y definitivamente, en irrealizable para cualquiera⁴⁵. En estos

lo más frecuente la negativa». Cfr. «Comentario al artículo 1161 del Código civil», *Comentarios al Código civil español, Tomo VII, Volumen I*, Madrid, 1950, p. 522.

⁴³ *Vid. ZARRELLI, op. cit.*, en nota 17, p. 102; GALASSO, *op. cit.*, en nota 19, pp. 1348-1349; MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 473.

⁴⁴ *Vid. GALASSO, op. cit.*, en nota 19, pp. 1344 ss.; MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, p. 473; VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, en nota 10, p. 211; *vid. también DÍEZ-PICAZO* que sostiene que, para determinar si una prestación es fungible o infungible, además de investigar la declaración de voluntad de las partes en la concreta obligación, habrá que analizar la naturaleza del negocio o las circunstancias que hayan rodeado al mismo y el criterio que razonablemente se pueda sustentar, desde un punto de vista objetivo, en relación con los negocios o asuntos del mismo tipo. *Vid. op. cit.*, en nota 13, p. 245.

⁴⁵ *Vid. BRANCA, Instituciones de Derecho privado*, México, 1978, pp. 290 y 330; por su parte MOSCO observa cómo en las obligaciones infungibles las hipótesis más claras de imposibilidad son aquellas en las que un obstáculo impide, temporal o definitivamente, al deudor obligado desplegar una actividad técnica o artística, la ejecución de sus facultades físicas o intelectuales necesarias para el desarrollo de aquel comportamiento. El autor propone el ejemplo del pianista que por un infortunio pierde la mano. Por otro lado, señala que para las obligaciones fungibles los supuestos de imposibilidad son menos frecuentes, en cuanto que el deudor puede valerse de un sustituto o de un representante, tanto en los casos en los que falte un componente de confianza en el deudor, como en aquellos otros en los que exista tal elemento y el acreedor tenga interés en la prestación y autorice, por este motivo, el cambio de deudor. Tampoco faltan, para este jurista, supuestos en los que tales obligaciones de hacer devienen imposibles cuando el obstáculo no afecta a la persona del obligado sino a la prestación misma, como, por ejemplo, en el caso de una excursión impedida por eventos meteorológicos adversos, o bien, también cabe que la imposibilidad importe a la cosa sobre la que la prestación de hacer deba desarrollarse. En este sentido indica que la jurisprudencia ha exonerado al transportista de la obligación de entrega y custodia de la mercancía cuando él mismo hubiera sido desposeído de ella de forma violenta (Cass. 10 de marzo de 1949, núm. 488 inéd.; Trib. Génova 17 de diciembre de 1949, *in Temi gen.*, 1950, 67), o las mercancías se hubiesen extraviado después de la incautación de los locales de custodia de las mismas

casos, se puede afirmar que desaparece la diferencia entre imposibilidad absoluta y relativa, toda vez que si el deudor no es capaz de cumplir o de hacerlo exactamente, no existirá la ocasión de que otro sujeto pueda hacerlo por él⁴⁶.

2.2 La infungibilidad del comportamiento del deudor en la obligación de hacer

En lo que se refiere a la delimitación de la infungibilidad, también se ha observado que en las obligaciones de hacer es posible dirigir la indagación acerca de tales caracteres de la obligación hacia la propia prestación en sí misma considerada, es decir, apreciada como actividad, conducta o comportamiento debido por el sujeto obligado⁴⁷.

El *facere* en la prestación de hacer se encuentra orientado hacia la producción de un resultado útil para el acreedor. La dirección hacia tal resultado útil se efectúa a través de una paulatina delimitación de las actividades, del comportamiento y de los medios necesarios para la obtención del mismo. La determinación de semejante orientación se verifica a través de la elección, entre varios comportamientos alternativos y equivalentes entre sí, de aquel que resulte el más idóneo para la consecución de tal interés⁴⁸.

En determinados supuestos, el acreedor, como titular del derecho de crédito, tiene la posibilidad de especificar los recursos necesarios para conseguir el resultado útil debido. Se hace referencia, en este caso, a las hipótesis de trabajo por cuenta ajena, en las que el acreedor está facultado para la concreta especificación del alcance y del contenido de su propio interés, así como también del resultado de la prestación misma y de los medios técnicos necesarios para conseguirlo. Por lo tanto, el deudor no tendrá la posibilidad de elegir entre varios comportamientos, equivalentes entre sí, a los fines de alcanzar el resultado útil debido, pues tal poder de determinación recae exclusivamente en manos del acreedor⁴⁹.

(App. Génova 31 maggio 1951, in *Temi gen.*, 1951, 487), o en el caso de que la Autoridad militar hubiera impuesto el secuestro y posterior bloqueo de las mercancías (Cass. 25 febbraio 1950, núm. 441, in *Giur. compl. cass. civ.* 1950, XXIX, 70). Vid. «Impossibilità sopravvenuta della prestazione», *Enciclopedia del Diritto*, T. XX, Milano, 1970, pp. 429-430.

⁴⁶ Vid. VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 277; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, en nota 13, p. 245.

⁴⁷ Vid. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo I, in *Trattato di Diritto civile e commerciale diretto dai A. Cicu e F. Messineo*, Vol. XVI, T. I, Milano, 1974, p. 181; FERRONI, *op. cit.*, en nota 17, pp. 139 ss.

⁴⁸ Vid., en este sentido, FERRONI *op. cit.*, en nota 17, p. 149.

⁴⁹ En las relaciones de trabajo subordinado, se impone, como deber básico del deudor-trabajador, la obligación de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario-acree-

Por el contrario, en otras hipótesis, tales como en los contratos de servicios profesionales o de trabajo autónomo, el deudor tiene la opción de elegir entre los varios comportamientos alternativos y equivalentes entre sí e igualmente idóneos para satisfacer el interés creditorio⁵⁰.

El *facere*, en sí mismo considerado, sería infungible cuando el deudor no tuviera la posibilidad de elegir entre aquellos medios, actividades o conductas similares, alternativas y equivalentes entre sí, todas igualmente apropiadas para satisfacer al acreedor en el cumplimiento de la obligación, o bien cuando la determinación de tales comportamientos, incluso desde un punto de vista técnico, competan al acreedor⁵¹.

Como elemento modulador de los criterios anteriormente expuestos se configura el interés creditorio que puede, de este modo, transformar o modificar esta facultad del deudor o del propio acreedor para elegir los medios o las actividades más adecuadas, con el propósito de conseguir el fin prefijado.

Si este interés es amplio e indiferenciado, permitirá al obligado la adopción de uno entre varios comportamientos similares. En este caso, la selección de los medios técnicos de actuación tendentes a la consecución del resultado pactado corresponderá al deudor. Si, por el contrario, el interés del acreedor es específico, es decir, está orientado hacia la obtención de un bien concreto o hacia un resultado determinado, la elección del deudor se limitará a la ejecución de

dor. En este caso, aquél deberá, por ello, ajustarse exactamente a las directrices y prescripciones recibidas. El poder de dirección del empleador es, en este supuesto, causa mediata del correlativo deber de obediencia del trabajador.

⁵⁰ En relaciones de tipo trabajo autónomo, puede señalarse, con carácter general, que si bien es el propio acreedor la persona más idónea para especificar sus singulares intereses y su satisfacción es asunto del que, dentro de los límites de la obligación, corresponde únicamente juzgar a él, éste no posee, ordinariamente, la pericia, el talento, la destreza o las facultades técnicas necesarias para establecer qué medios son los objetivamente más adecuados para el logro del resultado pactado. Desde un punto de vista técnico es evidente que la elección de tales recursos atañe, con exclusividad, al deudor.

⁵¹ En las obligaciones infungibles se señala como ejemplo de comportamiento en el que esta posibilidad de elección se encuentra claramente limitada, el del contrato de transporte de productos perecederos (alimenticios). Estos géneros deberán ser conservados a una cierta temperatura y, por ello, en este contrato, el deudor no tiene la posibilidad de escoger el medio de transporte, entre los muchos de los que pudiera disponer, pues necesariamente habrá de auxiliarse de uno provisto de cámara frigorífica. Del mismo modo, el factor tiempo tiene una importancia esencial, ya que determinados artículos deben ser consumidos en un breve período de tiempo después de su fabricación o envasado; tampoco, en este caso, podrá el transportista seleccionar uno entre varios recorridos alternativos, en tanto que deberá, indispensablemente, tomar el más corto. Aquí, por las particulares características de las cosas a transportar, asume un notable relieve, a los fines del exacto cumplimiento, la actividad de custodia de la mercancía por el transportista que, en este caso, viene determinada por la infungibilidad de la prestación; ésta no subsistiría o no asumiría la misma intensidad, en el supuesto de transporte de cosas no deteriorables. *Vid. FERRONI, op. cit.*, en nota 17, pp. 151-152.

aquella conducta que aparezca como la más idónea para satisfacer tal interés y, en este sentido, no podrá reputarse equivalente a otras actividades o comportamientos análogos. De este modo, la realización por parte del obligado de una actuación distinta de aquella que resulte objetivamente la más adecuada para la satisfacción del interés creditorio, tendría como efecto la obtención de un resultado distinto del efectivamente debido, lo que supondría un cumplimiento inexacto o defectuoso de la prestación o un incumplimiento definitivo de la misma⁵².

En las prestaciones de puro hacer, el actuar debido por el deudor consiste en una conducta o comportamiento enteramente desvinculado de cualquier cosa o ente objetivo⁵³. En esta hipótesis, el interés del acreedor está orientado hacia la prestación en sí misma considerada y, en su caso, la ejecución de la misma no produce modificación del mundo exterior sino a través de la recepción, por otros sujetos, de la misma actividad debida. En estas obligaciones, por ello, existe una relación de correspondencia entre la actividad del deudor y el resultado en que radica la finalidad de la relación obligatoria⁵⁴.

En este modelo de obligación, la (in)fungibilidad se manifestará, en cada supuesto, según existan o no conductas o comportamientos análogos o similares, dirigidos a la satisfacción de un singular interés, inferido en una específica relación obligatoria.

En conexión con el interés del acreedor, la obligación de puro hacer será, por ello, fungible o infungible, según que éste sea amplio o específico.

Si el interés del acreedor es indiferenciado, el obligado podrá elegir entre varios comportamientos, de forma libre y discrecional y en fase de cumplimiento, todos ellos idóneos para satisfacer tal interés. La obligación, en este supuesto, podrá ser considerada como fungible⁵⁵.

⁵² Cfr. FERRONI, *op. cit.*, en nota 17, pp. 153 y 154.

⁵³ Vid. MORENO QUESADA, *op. cit.*, en nota 4, pp. 476 ss.

⁵⁴ Cfr. SCHLESINGER, *op. cit.*, en nota 36, p. 1280.

⁵⁵ La prestación es fungible porque entre los diversos comportamientos cabe descubrir una relación de equivalencia, de tal modo que todos, en igual medida, son aptos e idóneos para la satisfacción del interés del acreedor y, por ello, son intercambiables entre sí, de acuerdo a una elección libre y discrecional del obligado, en fase de cumplimiento de la obligación. El ejemplo propuesto es el del acreedor que tiene un interés genérico en escuchar música. En este caso, el concertista-deudor tiene la posibilidad de elegir libremente las piezas musicales que va a interpretar y, con ello, cumplir la obligación a su cargo. De este modo, podrá liberarse interpretando, indistintamente, piezas musicales de los múltiples autores de reconocido prestigio que formen parte de su repertorio (Beethoven, Mozart, etc.). Cfr. FERRONI, *op. cit.*, en nota 17, pp. 161 ss.

Por el contrario, si el acreedor tiene un interés concreto o específico en una especial prestación o en un preciso resultado, el deudor no tendrá la facultad para elegir, autónoma y libremente, entre varios comportamientos a la hora de ejecutar la prestación a su cargo. Se considera que, en este caso, la prestación habrá de ser considerada infungible por cuanto que el deudor no tiene la posibilidad de escoger entre varias conductas homogéneas y alternativas entre sí, todas ellas aptas para satisfacer el interés del acreedor en el cumplimiento⁵⁶.

3. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LAS OBLIGACIONES DE HACER INFUNGIBLES

3.1 Consideraciones generales

Ante la ausencia de ejecución de la prestación de hacer infungible, nuestro legislador contempla, como única consecuencia jurídica, el señalamiento de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor⁵⁷. Esta es la solución que se desprende del párrafo primero del artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento civil⁵⁸, y que también cabe asimilar a la interpretación del artículo 1.098

⁵⁶ La prestación es infungible pues no existe para el obligado la oportunidad de elegir, en fase de cumplimiento, entre varios comportamientos equivalentes. En el ejemplo propuesto relativo a la obligación de interpretar una pieza musical, si el acreedor tiene un específico interés en escuchar una concreta obra de un autor, *v. gr.*, Chopin, es claro que el deudor no tendrá la posibilidad de elegir en la ejecución de la prestación. En su caso, si quiere cumplir exactamente la prestación habrá de ejecutar solamente la composición requerida del señalado autor. Cfr. FERRONI que, en este sentido, señala, además lo siguiente: «Puede dejarse al gusto y a la competencia específica del concertista la elección de algunos fragmentos antes que otros en el ámbito de la vasta producción del conocido músico. Pero esto no configura los extremos de la fungibilidad. Representa, antes bien, aquel margen mínimo de autonomía y libertad que debe siempre reconocerse al sujeto obligado en la ejecución de la prestación». Cfr. *op. cit.*, en nota 17, pp. 161 y 162 y nota 322.

⁵⁷ Vid. Manresa, «Comentario al artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento civil», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil, Tomo IV*, Madrid, 1955, p. 494; MARTÍN-GRANIZO, «Comentario al artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento civil», *Ley de Enjuiciamiento civil. Doctrina y Jurisprudencia, dirigidos por José Luis Albácar López, Tomo II*, Madrid, 1994, p. 767; FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil III*, Madrid, 1995, p. 331 ss.; MONTERO AROCA, *op. cit.* en nota 4, p. 82; VERDERA SERVER, *op. cit.* en nota 1, p. 295; TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas no pecuniarias. (Ejecución de sentencias de dar, hacer o no hacer)*, Palma de Mallorca, 19894, p. 128; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.* en nota 13, p. 680; BADOSA, «Comentario al artículo 1098 del Código civil», *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid 1993, p. 30; ALBALADEJO, *Derecho civil II, Volumen I*, Barcelona 1989, p. 206; MORENO QUESADA, *op. cit.* en nota 4, p. 499.

⁵⁸ Artículo 924, párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento civil. «Si el condenado a hacer alguna cosa no cumpliera con lo que se le ordene para la ejecución de la sentencia dentro del plazo que el juez al efecto le señale, se hará a su costa; y si por ser personalísimo el hecho no pudiera verificarse en esta forma, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios».

del Código civil si lo relacionamos con los artículos 1.161⁵⁹ y 1.166 segundo párrafo⁶⁰ del Código civil⁶¹.

En este caso, la satisfacción del interés específico del acreedor en el cumplimiento queda totalmente al arbitrio del deudor, pues si no cumple, nuestro Ordenamiento no prevé medio alguno en virtud del cual se posibilite la obtención del cumplimiento *in natura*. Y, en tanto no se dispone, como en el Ordenamiento francés por la vía de las *Astreintes*, de mecanismos de ejecución indirecta, al tener plena eficacia el viejo adagio latino *nemo ad factum praecise cogi potest*⁶², asume completa efectividad el paralelismo y la reciprocidad entre la infungibilidad de la prestación y su incoercibilidad, lo cual significa que no cabe admitir constricción de clase alguna ante la conducta infungible del deudor⁶³.

Se ha señalado, en este sentido, que si el hecho que el deudor se ha comprometido a realizar es personalísimo, lo cual supone que el acreedor no verá satisfecho su crédito mediante la actuación de un tercero, la solución que ofrece nuestro Ordenamiento, ante un posible incumplimiento por parte del obligado, es insuficiente, pues implica que el acreedor ha de conformarse con el equivalente pecuniario⁶⁴.

En este sentido, se ha criticado nuestra regulación normativa en materia de prestaciones infungibles y se ha señalado la falta de interés con la que el legislador ha estructurado la posibilidad de obtener el cumplimiento específico, y la semejante sencillez con que se alcanza la indemnización de daños y perjuicios⁶⁵.

Se opta, en estos supuestos, por el remedio más sencillo y asequible, que, en muchos casos, no satisface enteramente los intereses del acreedor ni la tutela de sus derechos⁶⁶.

⁵⁹ Artículo 1161 del Código civil. «En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

⁶⁰ Artículo 1166 del Código civil. «El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida.

Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor».

⁶¹ Cf. BADOSA, *op. cit.* en nota 57, p. 30; VERDERA SERVER, *op. cit.* en nota 1, p. 295.

⁶² Vid. TAPIA FERNÁNDEZ, *op. cit.* en nota 57, pp. 128-129; MARTÍN PÉREZ, «Comentario al artículo 1098 del Código civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Albaladejo, Tomo XV, Vol. I*, Madrid, 1989, pp. 329 ss.

⁶³ Vid. MAZZAMUTO, *op. cit.* en nota 3, p. 101; VERDERA SERVER, *op. cit.* en nota 1, p. 296.

⁶⁴ TAPIA FERNÁNDEZ considera que tal remedio es raquíntico frente a tal grave problema. *Vid. op. cit.* en nota 57, p. 129.

⁶⁵ *Vid. FERNÁNDEZ, op. cit.* en nota 57, pp. 331 ss. TAPIA FERNÁNDEZ, *op. cit.* en nota 57, pp. 128 ss.; VERDERA SERVER, *op. cit.* en nota 1, p. 297.

⁶⁶ *Vid. MONTERO AROCA, op. cit.* en nota 4, p. 82; FERNÁNDEZ, *op. cit.* en nota 57, p. 332; VERDERA SERVER, *op. cit.* en nota 1, p. 297.

En consecuencia, en la obligación de hacer infungible, en la medida en que el deudor no puede ser sustituido por un tercero, es el acreedor quien asume los riesgos de un ocasional incumplimiento, en cuyo caso, solo tiene la posibilidad de interesar la indemnización de los daños y perjuicios o, de otro modo, la resolución del contrato⁶⁷.

No obstante, el acreedor, en virtud de la asunción de los riesgos que el incumplimiento de tal clase de obligaciones le conlleva, tiene la posibilidad de prevenir estas eventualidades mediante la negociación en el contrato de mecanismos de coerción privada, tales como, por ejemplo, la cláusula penal. Disposiciones que, en cierto sentido, pueden suponer para el deudor medidas de presión al cumplimiento, ante la amenaza de tener que abonar una considerable suma, como resultado de la dilación o de la falta de realización de la prestación debida⁶⁸.

3.2 La doctrina del Tribunal Supremo

Si la obligación de hacer tiene por objeto una actividad que es personalísima del deudor, de tal modo que éste no puede ser reemplazado por un tercero en el cumplimiento de la misma, dispone nuestra Ley de Enjuicimiento Civil, en su ya señalado artículo 924, que, en tanto no es posible la ejecución de la misma prestación debida por un tercero y a su costa, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios.

La doctrina de nuestro más alto Tribunal, en este caso, es clara y secunda las disposiciones de la precitada normativa procesal al respecto, es decir, si la sentencia condena a la realización de un hecho que solamente el deudor puede ejecutar, en el supuesto de que no se

⁶⁷ Propone PINTÓ RUIZ que, en estas hipótesis, lo aconsejable es solicitar la resolución del contrato en lugar de solicitar el cumplimiento mediante su sustitutivo *id quod interest*, «con lo que se obtendrá la restitución de lo que se había pagado ya (o la exoneración de la obligación de pagar) y además la indemnización de daños y perjuicios. En cambio, si se solicita el cumplimiento (necesariamente en forma de *id quod interest*), se podría producir el error técnico de confundir el *id quod interest* con la indemnización de daños y perjuicios, y en lugar de satisfacer los dos intereses (cumplimiento más indemnización), satisfacer sólo uno (indemnización) o quizás ninguno si la prueba del daño no es contundente. En cambio, solicitando la resolución, queda perfectamente deslindado el derecho a recuperar lo ya prometido o a exonerarse de la obligación, y el derecho autónomo y distinto consistente en solicitar los daños y perjuicios». Cfr. *op. cit.* en nota 10, p. 194.

⁶⁸ *Vid.*, por todos, VERDERA SERVER que indica que la solución a los problemas que la incoercibilidad del *facere* infungible puede ocasionar debe trasladarse al campo de las previsiones de las partes en el contrato, pues, en este ámbito, puede recibir una solución más adecuada, preferible a la reproducción de tal problemática en el terreno judicial. *Vid. op. cit.* nota 1, p. 298.

cumpla la obligación, ésta se convertirá en una indemnización de daños y perjuicios.

En este sentido, la sentencia de 27 de febrero de 1954 (RJA núm. 979) señaló que en el caso de incumplimiento de un hacer personalísimo y cuando su realización sea imposible, cabe la sustitución por la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, indica la citada resolución que la ley tiene medios suficientes para obtener el cumplimiento cuando la inejecución se deba a una determinación voluntaria del obligado, rebelde al cumplimiento de la sentencia: «... es claro que en resumen, lo único que se alega en este motivo es que se trata de una obligación de hacer que consiste en actos personalísimos que el deudor obligado puede o no cumplir a su libre albedrío, suponiendo que es facultad suya cumplir el convenio o indemnizar daños y perjuicios, pero olvida al argumentar así, que la demandada es una sociedad y no los accionistas, los cuales vienen obligados, por su condición de tales, a cumplir cuanto les afecte como consecuencia de los actos y acuerdos de la sociedad y que el mismo artículo 1451 del Código civil en que se funda expresamente reconoce la obligación de entregar la cosa y sólo cuando no puede cumplirse regirá lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos, según los casos, pero no dice ni admite que esta imposibilidad de hacer la entrega obedezca a una determinación voluntaria del obligado que manifieste una voluntad rebelde al cumplimiento de la sentencia; para lo que la Ley tiene medios legales que conducen a obtener su debido cumplimiento y no cabe decir que se trate de un acto personalísimo al que se refiere el artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento civil...»⁶⁹.

⁶⁹ La sentencia de 27 de febrero de 1954 declaró probados los siguientes hechos: «El juez de 1.^a instancia dictó sentencia en la que, dando lugar en parte a la demanda, declaró: 1.^º Que es válida y efectiva en Derecho la escritura otorgada entre las partes litigantes en fecha 7 septiembre de 1917. 2.^º Que es perfecta y eficaz en Derecho la donación de beneficios líquidos otorgada en favor del Ayuntamiento de S., por la entidad mercantil demandada, debiendo cumplirse dicha donación en los propios términos de la misma, practicando al efecto, en el plazo de dos meses, la oportuna liquidación de dichos beneficios líquidos a contar desde la fecha de otorgamiento de dicha escritura y entregados al Ayuntamiento de S. para que los invierta única y exclusivamente y con obligación ineludible, a los ramos de Fomento, Instrucción Pública y Beneficencia de la ciudad de S. 3.^º Que es válido y eficaz en Derecho y se mantiene vigente, el contrato de opción de compra otorgado en favor del Ayuntamiento de S. de los bienes y pertenencias de la empresa mercantil H., debiendo cumplirse en el plazo máximo de dos meses dicha compra por el precio de 200.394,40 pts., suma del importe del pasivo y capital social de dicha compañía según balance de la misma, cuyo importe pagará en cuanto a 175.390,42 pts., suma del pasivo, el Ayuntamiento, antes de los 30 días de haber ganado firmeza este fallo y la suma de 25.000 pts. de capital social antes de los 60 días a la empresa H., la que en el expresado plazo de dos meses, desde la firma de este fallo, realizará la transmisión de sus bienes en la forma estipulada en el pacto cuarto de la escritura de 7 de septiembre de 1917, y para el caso de que la empresa H. no preste el consentimiento para la transmisión, indemnice los daños y perjuicios que se derivan de su incumplimiento; y 4.^º No haber lugar a la reconvenCIÓN. Apelada la sentencia,

Al no ser posible en nuestro ordenamiento jurídico la coerción directa y personal del deudor en ningún procedimiento de ejecución, se recurrirá al cumplimiento por equivalente pecuniario en el caso de que la obligación consista en un acto personalísimo o su realización sea legal o físicamente imposible. En esta línea, pueden citarse, entre otras, las siguientes sentencias:

La sentencia de 7 de marzo de 1930 (RJA núm. 744) se pronunció en los siguientes términos: «Que en el auto recurrido no se incurre en ninguna de las infracciones que se le atribuyen en los motivos primero y segundo del recurso, toda vez que siendo complemento obligado de las sentencias que ponen término a los juicios el procedimiento especial que para su ejecución determina la sección primera del título octavo, libro segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su artículo 924 sustituye las condenas de hacer por el resarcimiento de daños y perjuicios, cuando, tratándose de hechos personalísimos, no pueden llevarse a efecto a costa del condenado, es notoriamente inconscuso que por encontrarse comprendida dentro de sus prescripciones la rendición de cuentas impuesta al recurrente, atendida la imposibilidad que existe de realizarla en dicha forma a virtud de obrar en su poder los datos y antecedentes con los que habría de ser ejecutada, la Sala sentenciadora, al aplicar el mencionado artículo al caso que se discute, no provee en contradicción a lo ejecutoriado ni decide cuestión alguna que resulte incongruente con la que en el pleito ha sido discutida y resuelta»⁷⁰.

La sentencia de 28 de abril de 1930 (RJA núm. 902) se expresó en los siguientes términos: «... ya que opuesto el demandado a realizar las obras precisas, para poner el aludido local en el estado que lo recibió, habiéndolo entregado con los desperfectos que según el juzgador había realizado, su obligación consistía en satisfacer el importe de los mismos fijados por aquél en la sentencia»⁷¹.

la Audiencia Territorial, confirmándola en parte, la revocó en cuanto a la facultad concedida en la sentencia anterior de sustituir la entrega de los bienes por la indemnización de daños y perjuicios, declarando la obligación de entregar bienes, sin hacer expresa condena en costas de ninguna de las dos instancias. Se interpuso recurso de casación por infracción de Ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo».

⁷⁰ La sentencia de 7 de marzo de 1930 se pronunció respecto del litigio dimanante de los siguientes hechos: «En juicio de mayor cuantía seguido ante uno de los juzgados y la Audiencia de Barcelona, en ejecución de sentencia recaída por la que se condenaba al demandado a rendir cuentas, se reservó al actor, en vista del incumplimiento de lo acordado, el derecho al resarcimiento, fijándose después la indemnización en 18.127,90 pesetas con sus intereses. El demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley, que fue desestimado».

⁷¹ La sentencia de 28 de abril de 1930 decidió el pleito surgido entre las partes con ocasión de la celebración y ejecución de un contrato de arrendamiento, en el que el arrendatario realizó modificaciones sustanciales en la cosa arrendada, de tal modo que al finali-

Igualmente, la sentencia de 30 de septiembre de 1931 (RJA núm. 2.156) señaló, entre otros pronunciamientos, lo siguiente: «...siendo evidente que la Sala sentenciadora, lejos de haber infringido los referidos preceptos, los ha venido aplicando fielmente, primero, al acordar el derribo de la pared en cuestión y reintegro al despojado, y luego cuando entendió que había surgido imposibilidad en la ejecución para el derribo y restitución, declarando haber lugar al resarcimiento de perjuicios que se ofrecía al condenado, de todo lo cual se desprende la improcedencia del primer motivo de los invocados por el recurrente, que se apoya en los artículos citados [...] Que al resolver el caso en cuestión en la forma indicada, no se va contra la sentencia firme que recayó en el pleito, puesto que si es cierto que aquélla mandó destruir la edificación levantada, habiéndose hecho esto imposible, se aplica como sustitutivo el resarcimiento de perjuicios según queda expresado, conforme a la doctrina de este Tribunal en sentencias de 2 de julio de 1910 y 18 de mayo de 1901, entre otras»⁷².

Del mismo modo, la sentencia de 9 de noviembre de 1968 (RJA núm. 4.966) estimó, entre otros razonamientos: «Que el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, puede ser de tal índole que afecte a la esencia de aquélla y haga imposible su realización, en cuyos supuestos no puede procurarse al acreedor la ejecución en naturaleza y entonces procede la prestación por el deudor, del equivalente que al acreedor le habría aportado el cumplimiento de la obligación en forma específica, o sea, lo que en nuestro Derecho recibe el nombre de resarcimiento de daños y perjuicios; por lo tanto, aunque en principio el acreedor tiene derecho al cumplimiento natural o forzoso de la obligación convenida, siempre que exista posibilidad de imponerla, sin embargo, por excepción, el acreedor debe contentarse con la indemnización de daños y perjuicios, cuando sea imposible procurarle el cumplimiento normal»⁷³.

zar dicho contrato los desperfectos ocasionados por este último determinaron que la cosa objeto del mismo no pudiese ser arrendada de nuevo. Interpuesta, por el arrendador demanda en juicio de mayor cuantía sobre cumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios, se dictó sentencia, por el juzgado de primera instancia y la Audiencia, condenatoria en contra del demandado. Interpuesto contra ella a nombre del demandado recurso de casación por infracción de ley, fue desestimado.

⁷² La sentencia de 30 de septiembre de 1931 señala como antecedentes del procedimiento que resolvió los siguientes: «En incidente surgido en ejecución de sentencia, dinamante de juicio de mayor cuantía sobre propiedad de una "antojana", se dictó auto ordenando a la parte ejecutante que presentase relación de los perjuicios causados por la construcción que se había ordenado destruir y que no podía serlo. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, se resolvió no haber lugar a él».

⁷³ Los hechos de los que deriva el pleito que resolvió la sentencia de 9 de noviembre de 1968 son los siguientes: El actor, fotógrafo profesional, otorgó con el demandado un

Con esta misma orientación, cabe aludir también a la sentencia de 24 de abril de 1973 (RJA núm. 1.848), que establece: «Que en realidad, en el caso actual, se trata de una ejecución que algún sector de la doctrina denomina “transformativa”, en la que la finalidad del proceso se satisface mediante la realización, por el órgano jurisdiccional de una conducta física distinta de la entrega, al ejecutante, de una cosa, de una cantidad de dinero, o sea, de algo diferente al “dar”; supuesto éste que contempla el artículo 924 de la LEC, que dispone que “cuando el condenado a hacer alguna cosa no lo cumpliero dentro del plazo que el Juez al efecto le señale, se hará a su costa”, es decir, que desobedecido el requerimiento y transcurrido el plazo concedido, el Juez tiene que verificar la conducta física que el ejecutante solicita, salvo que se trate de un hecho personalísimo, de un hacer “no fungible”, lo cual no sucede en el caso de autos, en el que por resolución que ha quedado firme, se había acordado que el Juzgado concediera un plazo “para que se acrecrite por el acreedor el otorgamiento de la escritura o póliza..., o la imposibilidad de hacerlo..., con el apercibimiento de que, en otro caso, se otorgarán la escritura o la póliza, de oficio, a su costa”. Que toda ejecución transformativa puede convertirse en una ejecución ordinaria cuando la conducta impuesta por el Juez no sea de posible realización, en cuyo supuesto, aquella obligación de hacer se convierte en una obligación de abonar los daños y perjuicios que surjan de la omisión de aquel quehacer decretado en la sentencia...»⁷⁴.

contrato privado en virtud del cual el demandado, como propietario de un restaurante, concedió al actor el derecho exclusivo de obtener fotografías en todas las bodas, banquetes, bautizos, comuniones y fiestas en general que se celebraran en dicho establecimiento, con el fin de venderlas a los asistentes o a cualquier persona interesada, siendo la duración del contrato de cinco años a partir de su otorgamiento, prorrogándose por otro año y así sucesivamente si ninguna de las partes expresaba su voluntad en contra, con tres meses de antelación al término de los cinco años o al de cualquiera de sus prórrogas, y como contraprestación el actor debía satisfacer al demandado el canon anual de 50.000 pts. Se plantea el problema de si hubo una prórroga por cinco años más, aumentando el canon en 25.000 pts., como figura al dorso del documento en que se plasmó el contrato, tesis del actor, sosteniendo el demandado que tal adición es apócrifa como lo prueba que está sin firmar. El actor solicita el cumplimiento del contrato e indemnización de daños y perjuicios. El juez de 1.^a instancia dictó sentencia estimando la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

⁷⁴ En la sentencia de 24 de abril de 1973 se consideraron probados los siguientes hechos: «En autos de mayor cuantía, seguidos por don Faustino R., contra Cedro S. A., se dictó sentencia por la Audiencia Territorial de Burgos, por la que, estimando parcialmente la demanda, condena a la demandada a que otorgue a favor del actor escritura pública notarial de cesión; o a firmar la póliza de transmisión de las acciones de la Sociedad Española de Seda Artificial, S. A., que fueron vendidas y que hubieron de ser depositadas en la sucursal de Burgos del Banco Aragón, para responder al pago del 80 por 100 aplazado del precio convenido. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto contra el auto que en 18 de mayo de 1972 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos que dejó sin efecto, y dictó segunda sentencia revocando el auto recurrido, que había con-

Y, por último, la sentencia de la Sala de lo Social de 6 de noviembre de 1981 (RJA núm. 4.384) que impone la indemnización de daños y perjuicios ante el incumplimiento por parte del Instituto Nacional de la Salud de una obligación de hacer, consistente ésta en reintegrar a sus respectivos puestos de trabajo a los actores demandantes: «Que de otra parte, cuando en la sentencia se contiene una obligación de hacer (y en el supuesto cuestionado, se condenó al Instituto Nacional de la Salud a reintegrar a sus respectivos puestos de trabajo, a los actores y cuya aceptación y cumplimiento no fue atendido, no obstante haber adquirido firmeza la sentencia, que así lo decidía); evidénciase que se está en hipótesis de pura y simple ejecución de dicha obligación y ésta se agota, con el requerimiento, de quien viene obligado a cumplir (art. 924 de la LEC) y *ex lege*, se sustituye la inactividad del obligado, es decir, el Instituto Nacional de la Salud, por la correlativa indemnización de daños y perjuicios, novándose la resolución establecida en la sentencia, al ser sustituida por la obligación de indemnizar daños y perjuicios...»⁷⁵.

Sin embargo, señala nuestro más alto Tribunal que no es suficiente, para que se proceda a la condena a la indemnización de daños y perjuicios, que el propio deudor señale que la prestación que ha de realizar sea de imposible cumplimiento, puesto que es necesario que tal imposibilidad quede suficientemente acreditada.

En este sentido, así lo manifiesta la ya señalada sentencia de 24 de abril de 1973 (RJA núm. 1.848), al referirse a la conversión en la obligación de abonar daños y perjuicios derivada de la omisión de la conducta del deudor, cuya realización se ha hecho imposible: «... en cuyo supuesto, aquella obligación de hacer, se convierte en

firmado el pronunciado por el Juzgado de 1.^a instancia núm. 2 de los de aquella ciudad que, a su vez, desestimaba el recurso de reposición interpuesto por Cedro, contra la providencia de dicho Juzgado de 26 de octubre anterior».

⁷⁵ Los antecedentes de hecho de la sentencia de 6 de noviembre de 1981 son los siguientes: Que mediante sentencia de la Magistratura de Trabajo se dictó sentencia en la que se ordenaba al Instituto Nacional de la Salud a reponer en su puesto de trabajo a los actores. Que la sentencia dictada por la señalada Magistratura adquirió firmeza el 3 de octubre de 1979. Que el 15 de noviembre se dictó providencia, en la que se requería al Instituto Nacional de la Salud para que cumpliera el fallo que, en razón de la sentencia dictada, había adquirido firmeza al no haber sido recurrida por ninguna de las partes, ejecución en la que se acordaba que el Instituto Nacional de la Salud repusiera a todos los actores en los puestos de trabajo que venían desempeñando con anterioridad; esta providencia le fue notificada al Instituto Nacional de la Salud el mismo día 15 de noviembre 1979. Que ello no obstante, el Instituto Nacional de la Salud no cumplió lo acordado en la anterior providencia; y en consecuencia, con fecha 15 enero 1980, por la Magistratura de instancia en otra providencia acordó proseguir la ejecución por los trámites de los artículos 928 y siguientes de la LEC, sustituyendo en consecuencia la obligación de hacer (reintegro de los actores a los puestos de trabajo), por la de indemnizar los daños y perjuicios, inherentes al incumplimiento de la sentencia.

una obligación de abonar los daños y perjuicios que surjan de la omisión de aquel quehacer decretado en la sentencia, pero para ello es preciso que se acrelide en los autos tal imposibilidad si así lo exige el acreedor, aunque *prima facie* aparezca como presumible esa imposibilidad, sin que, mientras tanto, se pueda entender sustituida la obligación de hacer, por la de indemnizar al acreedor, y aunque el principio de economía procesal pareciera aconsejar otra cosa»⁷⁶.

Asimismo, la sentencia de 17 de abril de 1979 (RJA núm. 1.404) declaró: «...como certamente se pone de manifiesto en el expreso auto recurrido, tanto por los razonamientos contenidos en sus considerandos, como en los consignados en los que íntegramente acepta del dictado en fase procesal de primera instancia, el acuerdo de ejecución de las obras de que se trata, afecta el pronunciamiento principal acordado, que únicamente en caso de acreditación no reconocida como cumplida en la resolución recurrida, de gran dificultad por afectar a otros elementos del edificio que hubieran de ser demolidos para hacerlos apreciada en ejecución de sentencia por un Perito Doctor Arquitecto, vendría suplido por la indemnización que la ejecutoria contempla y cuyo pronunciamiento principal, precisamente por su propio carácter, es de procedente efectividad en tanto no se revele acreditado el evento a que el indicado aspecto indemnizatorio se supedita»⁷⁷.

Y la sentencia de 18 de mayo de 1994 (RJA núm. 4.091) se pronunció en los siguientes términos: «...Los daños y perjuicios cuando se demandan, pueden concederse en cantidad precisa y líquida, fijando las bases para obtener el *quantum* en ejecución de sentencia o sin fijarlas, pero siempre que en el pleito principal se acrelide su existencia. En este sentido podría tener razón el recurrente en cuanto a que el momento procesal oportuno para acreditar su existencia es el período probatorio, y se podría añadir que para que se admitan pruebas de su existencia debería ésta alegarse en los hechos de la

⁷⁶ Vid. la nota 74 de este epígrafe.

⁷⁷ La sentencia de 17 de abril de 1979 consideró probados los subsecuentes hechos: «La representación de Residencia Retiro, S. A., presentó ante Juzgado de 1.^a instancia recurso de reposición contra la providencia 9 julio 1975, por la que se acordó: requerir a la demandada Residencia para que en el improrrogable plazo de 10 días comience las obras de ejecución material señaladas en los puntos 1.^º, 3.^º, 4.^º, 5.^º, 6.^º, 7.^º, 8.^º y 9.^º de los enumerados en el fallo de la sentencia, con apercibimiento a dicha parte de que si no cumple el ordenado requerimiento se procedería inmediatamente conforme a los artículos 923 y 924 de la LEC; reputarse de cumplimiento imposible las obras a que se refiere el punto 2.^º, las cuales deberán ser sustituidas por el resarcimiento de perjuicios que deberán fijarse por los trámites señalados en los artículos 928 y siguientes de la LEC. El Juez de 1.^a instancia declaró no ha lugar a la reposición de la providencia. Apelado el auto, la Audiencia desestimó la apelación, sin imposición de costas. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto».

demandada, y en el presente caso nada contiene la demanda dentro del relato histórico que constituye la causa de pedir. Sin embargo, la sentencia no puede ser modificada porque el caso de autos no versa sobre daños y perjuicios causados por incumplimiento de un contrato o una obligación extracontractual, sino que prevé la hipótesis de que la condena a cumplir el contrato de compraventa, esto es, a cumplir con una obligación de dar la cosa comprada, sea de imposible ejecución, en cuyo caso la obligación se transformará en indemnización de daños y perjuicios cuyo pago deberá efectuar el condenado, pero tras fijar su existencia y su cuantía en el correspondiente incidente regulado por los artículos 923, 924, 928 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, los motivos no pueden prosperar porque el momento procesal oportuno para fijar la existencia y cuantía de los daños será la ejecución de sentencia, y ello tras que se demuestre la imposibilidad de cumplimiento, todo lo cual impide hablar en este momento ni de bases determinantes ni de daños existentes. Tampoco de infracción de los artículos 1101, 1106 y 1124 del Código civil»⁷⁸.

A este respecto, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo el argumento de que el cumplimiento *in natura* de la obligación tiene un carácter preferente respecto a la indemnización pecuniaria, por ello, solo cuando no sea posible el cumplimiento específico de la prestación se procederá a la reparación por equivalencia.

Con referencia a la anterior doctrina, cabe citar, entre otras, a las siguientes resoluciones:

La sentencia de 12 de noviembre de 1976 (RJA núm. 4.775) se pronuncia en estos términos: «Que la acción ejercitada, a tenor de lo que se pide, es la de cumplimiento del artículo 1091, aunque dicho artículo no se menciona en la demanda, y no se pide el cumplimiento por equivalencia (daños y perjuicios), del artículo 1101, que tiene carácter subsidiario, pues lo primero que hay que pedir es el cumplimiento de la obligación y sólo cuando ello no sea posible, entra en juego el resarcimiento del daño...»⁷⁹.

⁷⁸ Los antecedentes de recurso de casación que resolvió la sentencia de 18 de mayo de 1994 traen causa en el incumplimiento de un contrato de compraventa por imposibilidad de cumplimiento de la obligación de dar y transformación de la misma en indemnización de daños y perjuicios, en la falta de otorgamiento de escritura pública y pago de parte del precio y consignación del restante por el comprador. Interpuesto recurso de apelación por Iberinmobiliaria, S. A., contra la sentencia dictada con fecha 5 de mayo de 1988 por el Juzgado núm. 3 de Vitoria que estimó la demanda promovida por don Julián D. sobre cumplimiento de contrato de compraventa, la Audiencia Provincial del Bilbao lo desestimó con fecha 24 de enero de 1991. La demandada Iberinmobiliaria, S. A., interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

⁷⁹ Los antecedentes de hecho de la sentencia de 12 de noviembre de 1976 son los que siguen: don A. formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra don J. y

Por su parte, la sentencia de 21 de noviembre de 1990 (RJA núm. 9.012) se expresa en términos similares: «Establecido en el artículo 1091 del Código Civil el principio cardinal que obliga a las partes a estar a lo pactado en el cumplimiento del contrato, regla que impone el acomodo a éste a ser posible –SS. 20 de mayo y 15 de julio de 1985 (R. 2403 y 4060), y 9 de julio de 1986 (R. 4493)–, así ha de imponerse por la sentencia estimatoria cuando la acción ejercitada, a tenor de lo que se pide es la del cumplimiento del artículo 1091 del Código, aunque este artículo no se examine en la demanda y el mismo ha de ser aplicado con preferencia al cumplimiento por equivalencia –indemnización de perjuicios del artículo 1101– al que, en principio ha de atribuirse carácter subsidiario de aquel otro capital de cumplimiento *in natura* –SS. de 12 de noviembre de 1976 (R. 4775) y 3 de julio de 1989 (R. 5281)–»⁸⁰.

En el mismo sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 1990 (RJA núm. 9.999) contiene, entre otras, la siguiente fundamentación: «La obligación de responder de los daños y perjuicios que impone el artículo 1591 del Código Civil a los causantes de los vicios o defectos constructivos o de dirección y del suelo, determi-

otros, sobre indemnización de daños y perjuicios. El juez de 1.^a instancia dictó sentencia por la que estimando en parte la demanda condenó al demandado don J. a que indemnice al actor en 375.000 pesetas. Apefada la sentencia, la Audiencia la revocó en parte y condenó al demandado don J. a que pagase al actor la cantidad de 175.000 pesetas, desestimando el resto de los pedimentos de la demanda de los que se absuelve. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto y dictó segunda sentencia revocando la de primera instancia, absolvió al contratista y condenó al Arquitecto a efectuar las obras de reparación y reconstrucción del chalé del actor, dejando la vivienda técnicamente en perfectas condiciones, absolviendo del resto de las pretensiones de la demanda. Está acreditado que los daños en la edificación se han causado exclusivamente por vicios en la dirección de la obra, al no observar el Arquitecto las reglas de una buena construcción, a pesar de las advertencias del contratista que es también demandado, procede condenar a aquél a que ejecute bien la obra que se comprometió a construir no pudiendo ser sustituido, por no haberse solicitado, el cumplimiento por equivalencia.

⁸⁰ La sentencia de 21 de noviembre de 1990 resolvió el pleito surgido como consecuencia de un incumplimiento de contrato, derivado de los defectos e irregularidades existentes en el edificio de autos. La Comunidad de propietarios del edificio en litigio formuló demanda de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia, contra don Pedro B., don Hilario M. y doña Carmen B., sobre incumplimiento de contrato. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando en parte la demanda interpuesta, declarando a los demandados responsables solidarios por incumplimiento contractual de los defectos e irregularidades existentes en el edificio, y les condenó a indemnizar a la actora, por daños y perjuicios, en la cantidad de 590.000 pesetas, así como al importe de las demás obras y reparaciones que se acrediten en ejecución de sentencia para la subsanación de los señalados defectos. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Barcelona confirmó íntegramente la sentencia apelada. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, estimándolo parcialmente, y anulando la sentencia recurrida en cuanto condena a los recurrentes a abonar el importe de las demás obras y reparaciones que se acrediten en ejecución de sentencia para la total subsanación de los defectos, declaración de condena que ha de sustituirse por la de reparar los defectos que subsisten en el edificio defectuosamente entregado, manteniendo en lo demás la resolución impugnada, sin declaración especial de costas en ninguna de las instancias.

nantes de la ruina funcional de lo edificado, es exigible judicialmente a través del ejercicio de una acción de cumplimiento de contrato del artículo 1091 del citado Código, constituyendo aquélla una obligación de hacer que ha de ser cumplida en forma específica, de acuerdo con el artículo 1098 del Código, entrando en juego el cumplimiento por equivalencia, de carácter subsidiario, cuando el deudor no realiza la prestación debida o ésta deviene imposible; en este sentido se pronuncia la doctrina de esta Sala en sentencias de 12 de noviembre de 1976, 3 de julio de 1989 y 21 de octubre de 1990, estableciendo la citada de 1989 que «en las obligaciones de hacer, el acreedor puede exigir que esa prestación se realice en forma específica (acción de cumplimiento), siendo esta obligación de cumplir la primera y directa consecuencia del incumplimiento imputable, que en ocasiones puede conseguirse coactivamente aún contra la voluntad del deudor; así, el artículo 1098 del Código Civil dispone que «si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa». Tan sólo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación entra en juego el principio *nemo factum cogi potest* y la prestación primitiva se transforma en la de indemnizar»⁸¹.

Asimismo, la sentencia de 27 de febrero de 1995 (RJA núm. 1.650) consideró que: «tampoco es factible contemplar supuesto de cumplimiento por equivalencia (sentencias de 4 noviembre 1985 [RJ 1985, 5509] y 27 mayo 1994 [RJ 1994, 3756]), que sólo tiene lugar cuando la prestación interesada no es posible llevarla a cabo o se hace totalmente difícil, que en todo caso es exigente en orden al respeto sustancial de lo peticionado»⁸².

⁸¹ Los antecedentes de hecho de la sentencia de 12 de diciembre de 1990 son los que siguen: ejercitada por la Comunidad de Propietarios de la avenida B, la acción derivada del artículo 1591 del Código Civil contra la entidad mercantil M., promotora-vendedora de los pisos que integran la Comunidad actora, y contra don Luis T., autor del proyecto y director de la obra, la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia que, absolviendo al arquitecto demandado, condena a la entidad mercantil a que indemnice a la actora en la cantidad de 4.300.000 pesetas, pues se considera que, del conjunto de la prueba practicada, se desprenden una serie de importantes desperfectos, por un lado, en terrado y fachada, consistentes, entre otros, en que las baldosas cerámicas de aquél no poseen material de agarre, en disgregación de parámetros verticales rebozados, total deterioro de los remates inclinados de la cubierta, fisura de la mayor parte de las vierteaguas con posibilidad de desprendimiento inminente y siguiente peligro, humedades en planta baja de la zona posterior, fisura en parámetro de tribuna de la planta primera, fisura horizontal en las cajas de persiana y, por otro lado, en el interior de las viviendas y bajos, etc., desperfectos que en su conjunto procede comprender, en aquel concepto de ruina legal. Interpuesto recurso de casación por la empresa mercantil M., el Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto por la entidad demandada, y condenó a la entidad demandada a la reparación *in natura* de los defectos constructivos denunciados en la demanda, de conformidad con el artículo 1098 del Código civil.

⁸² La sentencia de 27 de febrero de 1995 resolvió el litigio que trae su origen en los hechos que siguen: la Comunidad de propietarios del edificio R. formuló demanda de

Y, finalmente la sentencia de 5 de marzo de 1996 (RJA núm. 1.879) declaró, entre otros fundamentos, lo que sigue: «Asiste razón al recurrente cuando sostiene que la sentencia de 1 de septiembre de 1986 condenó a los demandados a ejecutar a su costa las obras de que se trata, pero determinando también que, en caso de incumplimiento, o sea de no realización de las obras por los condenados, a su costa, la consecuencia sería el pago «de la indemnización equivalente al importe de las referidas obras a realizar», quiere decirse que se excluyó el efecto previsto en el artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el caso de incumplimiento por el condenado a hacer alguna cosa y se sustituyó por el pago de la denominada indemnización equivalente al importe de las obras a realizar, de donde se sigue que el auto impugnado, al declarar que «la obligación a la que fueron condenados los apelantes no consiste en el pago de daños y perjuicios, sino en hacer una cosa de carácter no personalísimo, que al no ser hecha debe ser verificada a su costa», se separa del pronunciamiento de la sentencia en ejecución, por lo que ha de estimarse el presente recurso mas no sin puntualizar que: a) Lo improcedente es, según lo expuesto, que se ejecute la sentencia realizando las obras a costa de los ejecutados, pero no por ellos mismos, y b) Hallándose acreditado el incumplimiento por parte de los condenados de su obligación de realizar por sí mismo dichas obras a su costa, no obstante su posición inicial indicativa de que así iban a hacerlo, ha de estarse a lo resuelto en la sentencia de 1 de septiembre de 1986 y, consecuentemente, si lo solicita la parte ejecutante, deberán pagar la indemnización establecida en la misma, que requiere el seguimiento del trámite previsto en los artículos 928

menor cuantía contra la Promotora de viviendas «La Encarnación, S. A.», el «Banco de Sabadell, S. A.», don Antonio G. y otros, sobre acción reivindicatoria y otros extremos, al haberse enajenado elementos comunes como privativos por la Promotora. El juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la excepción de defecto de procedibilidad del artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria y no entró a conocer el fondo del asunto, con absolución en la instancia de los demandados. Apelada la anterior resolución, la Audiencia Provincial la revocó y estimó parcialmente la demanda, condenó a la Promotora a que abone a la Comunidad los perjuicios que se fijen en ejecución de sentencia, conforme a las bases que se indican. Ambas partes formularon recurso de casación. El Tribunal Supremo estimó el recurso formulado por la Comunidad y acogió en parte el correspondiente a la Promotora, anula la sentencia recurrida y la de Primera Instancia y, estimando en parte la demanda, decreta los siguientes pronunciamientos: 1.º Se reconoce el derecho de propiedad de la superficie correspondiente a los portales a favor de la Comunidad; 2.º Se condena a la promotora a proceder a la reconstrucción de los referidos portales o, en su defecto se ejecute a su costa, en lugar correspondiente, conforme a la escritura de obra nueva y división horizontal; 3.º Se declara la nulidad de las transmisiones efectuadas a los codemandados don E. y otros y banco de Sabadell, procediéndose a las correspondientes cancelaciones registrales de sus inscripciones, y debiendo estar y pasar los interpelados procesales por estas declaraciones, las que deberán cumplir y acatar, y se desestiman el resto de las peticiones que integran el suplico de dicha demanda principal.

y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil al solo efecto de fijar el importe de dicha indemnización equivalente al importe actual de las obras «a realizar»⁸³.

4. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LA PRESTACIÓN DE HACER INFUNGIBLE EN EL *CODICE CIVILE* ITALIANO

El artículo 2931 del actual *Codice civile*⁸⁴, que se encarga de la regulación de la ejecución específica de las obligaciones de hacer, viene a completar la laguna existente en el sistema legislativo de 1865 que disciplinaba esta materia en su artículo 1220. Sin embargo, de la redacción de la antigua norma del 1220 únicamente se podía inferir una autorización, de tipo privado, al acreedor para ejecutar a expensas del deudor aquello a lo que este último estaba obligado, la nueva reglamentación confía al órgano ejecutivo, antes que al derechohabiente, la subrogación del obligado y sistematiza, de este modo, los instrumentos necesarios para introducirse en su esfera de autonomía privada⁸⁵.

⁸³ En la sentencia de 5 de marzo de 1996, se recogen como antecedentes de hecho del recurso que resuelve los que siguen: el Juzgado de Primera Instancia de Soria dictó, con fecha 1 de septiembre de 1984, sentencia en juicio de mayor cuantía, seguido a instancia de la Comunidad de propietarios del Edificio B., que fue confirmada en apelación, desestimándose a su vez el recurso de casación interpuesto por don Rafael F. En dicha sentencia de 1 septiembre de 1984, se condena a algunos demandados a ejecutar a su costa y con carácter solidario, las obras de reparación necesarias para que la cubierta cumpla la finalidad que le es propia, a determinarse en ejecución de sentencia, como, asimismo, las de reparación de pisos afectados por las humedades y goteras, y caso de incumplimiento, al pago solidario también de la indemnización equivalente al importe de referidas obras a realizar. Por providencia de 27 de enero de 1992, recaída en ejecución de la mencionada sentencia de 1 de septiembre de 1984, se acordó no haber lugar a admitir a trámite el incidente de ejecución pretendido por los demandados y requerir a éstos a fin de que retiren de la Delegación de Soria, del Colegio de Arquitectos de Madrid, el proyecto de reparación de edificio, con apercibimiento de que en caso de no efectuarlo se retirará por la Comunidad de Propietarios demandante con embargo de bienes propiedad de los demandados suficientes a cubrir su importe que asciende a la suma de 984.029 pesetas, e igualmente citar a las partes a fin de que comparezcan ante este Juzgado a fin de proceder al nombramiento de Aparejador o Arquitecto Técnico a quien encargar la redacción del Proyecto de Seguridad e Higiene en el trabajo y dirección de obras. Interpuesto recurso de reposición contra dicha providencia, se desestimó por el Juzgado mediante Auto de 25 de febrero de 1992 que, recurrido en apelación, fue confirmado por la Audiencia Provincial en Auto de 30 de junio de 1992, que es el impugnado ahora en casación por el señor R. F. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso.

⁸⁴ Artículo 2931 del *Codice civile* italiano. *Esecuzione forzata degli obblighi di fare.*—«Se non è adempiuto un obbligo di fare, l'avente diritto può ottenerne che esso sia eseguito a spese dell'obbligato nelle forme stabilite dal codice di procedura civile».

«Si no es cumplida una obligación de hacer, el derechohabiente puede obtener que ésta sea ejecutada a expensas del obligado en las formas establecidas por el Código de procedimiento civil».

⁸⁵ *Vid. MAZZAMUTO, op. cit.*, en nota 3, p. 95; ANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 19, p. 321; MANDRIOLI, «Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare», *Novissimo Digesto Italiano*, T. VI, Torino, 1968, p. 765; BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, pp. 25 ss.

En el Ordenamiento jurídico italiano es un principio consolidado el de la incoercibilidad de la obligación de hacer⁸⁶, lo cual supone que, respecto a la ejecución forzosa, y como consecuencia de la tendencia a objetivizar la prestación, es decir, a considerar el resultado económico de la actividad a desarrollar por el deudor, con independencia de la actividad misma⁸⁷, no se considera ejecutada la prestación, sino la obligación en su resultado económico objetivo⁸⁸.

De todo ello, se infiere que si aquel resultado económico puede también ser alcanzado sin la participación del deudor, la obligación es susceptible de ejecución en forma específica⁸⁹.

De este modo, se entiende que las obligaciones de hacer a las que se refiere el señalado artículo 2931, para las que se decreta la ejecución forzosa, son las prestaciones fungibles, o sea, aquellas que pueden ser ejecutadas, indistintamente, por otra persona diferente del propio deudor⁹⁰.

Aunque este límite a la ejecución específica derivado de la fungibilidad de la prestación no se manifieste expresamente en los términos de la señalada norma, tal conclusión puede colegirse implícitamente del contenido del artículo 612 del *Codice di Procedura civile* que, además de constituirse en el instrumento procesal para la actuación coactiva de la sanción específicamente consecuente con la violación de una obligación de hacer⁹¹, se refiere explícitamente a la ejecución de la prestación por parte de terceras personas⁹².

⁸⁶ Vid. MICHELI, «Comentario al artículo 2931 del Codice civile», *Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro Sesto, Tutela dei diritti*, Bologna/Roma, 1977, p. 182; MAZZAMUTO, *op. cit.*, en nota 3, pp. 97 ss.; CARNELUTTI, *Derecho procesal civil y penal, I. Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1971, p. 369.

⁸⁷ Vid., a este respecto, SCOGNAMIGLIO que, se pronuncia en los siguientes términos: «que la obligación, por la misma fuerza del vínculo jurídico, tiende a cumplirse en todo caso, y en los límites de lo posible, sea a través de la prestación, más o menos espontánea del deudor, sea a través de la ejecución forzosa cuando a pesar de la falta de cooperación del deudor, pueda igualmente conseguirse el resultado debido». Cfr. «Il risarcimento del danno in forma specifica», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 225; vid. igualmente SCHLESINGER, *op. cit.*, en nota 36, pp. 1284 ss.

⁸⁸ Vid. MANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 85, p. 765.

⁸⁹ En este sentido, MICHELI señala que: «mediante la intervención del órgano jurisdiccional (oficio ejecutivo) es posible para el acreedor la consecución de aquel resultado que constituye el contenido de una obligación (de hacer, de no hacer) incumplida». Cfr. *op. cit.*, en nota 86, pp. 183-184.

⁹⁰ Vid. PAVARIN, «Comentario al artículo 2931 del Codice civile», *Commentario al Codice civile diretto Cian-Trabucchi*, Padova, 1981, p. 1130; CARNELUTTI, *op. cit.*, en nota 86, p. 369; ANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 19, p. 323.

⁹¹ Cfr. MANDRIOLI, que, asimismo, señala: «o sea de la sanción cuya actuación realiza, desde el punto de vista jurídico, un resultado idéntico a aquél del cumplimiento de obligaciones de hacer». Cfr. *op. cit.*, en nota 85, p. 764.

⁹² Artículo 612 del *Codice di Procedura civile*. - «Chi intende ottenere l'esecuzione forzata di una sentenza di condanna per violazione di un obbligo di fare o di no fare, dopo

En este caso, el juez podrá ordenar que otra persona ejecute aquello que el deudor no ha querido verificar, en cumplimiento de la obligación de hacer por él asumida. En esta ocasión, podrá lograrse el mismo resultado que el del cumplimiento de la prestación a través de la intervención de un tercero y a costa del propio obligado que, en su caso, asumirá el costo de la obra que ha debido ejecutarse para obtener tal resultado⁹³.

Según la norma del ya citado artículo 612, presupuesto de la ejecución específica es la existencia de un título ejecutivo que, según una interpretación extensiva de la disposición en cuestión, puede ser no solamente una sentencia de condena, sino también otros tipos de resoluciones que no tengan forma de sentencia, como, *v. gr.*, aquellas pronunciadas en cuestiones relativas a denuncia de obra nueva, o en materia posesoria⁹⁴.

Por otro lado, la fase preliminar del procedimiento de ejecución de las obligaciones de hacer termina con la notificación del título ejecutivo y del mandamiento de ejecución —*preceitto*—, este último deberá contener la exacta indicación del objeto de la concreta pretensión⁹⁵.

Posteriormente, el juez, oída la parte deudora, determinará la modalidad de la ejecución⁹⁶ con una resolución o mandamiento ejecutivo —*ordinanza*—⁹⁷, que contiene también la designación del

la notificazione del preceitto, deve chiedere con ricorso al pretore che siano determinate le modalità dell'esecuzione.

Il pretore provvede sentita la parte obbligata. Nella sua ordinanza designa l'ufficiale giudiziario che deve procedere all'esecuzione e le persone che debbono provvedere al compimento della opera non eseguita o alla distruzione di quella compiuta»

«Quien tenga intención de obtener la ejecución forzosa de una sentencia de condena por violación de una obligación de hacer o de no hacer, después de la notificación del mandamiento de ejecución, debe reclamar con solicitud al juez que se determine la modalidad de la ejecución.

El juez provee oída la parte obligada. En su providencia designa al oficial judicial que debe proceder a la ejecución y las personas que deben proveer al cumplimiento de la obra no ejecutada o a la destrucción de aquélla cumplida».

⁹³ *Vid. CARNELUTTI, op. cit.*, en nota 86, p. 369.

⁹⁴ *Vid. PAVARIN, op. cit.*, en nota 90, p. 1130; MICHELI, *op. cit.*, en nota 86, p. 185; ANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 19, p. 327.

⁹⁵ *Vid. MONTESANO* que señala que, en caso de que falten tales indicaciones: «En ausencia de tal enunciación, el deudor tendrá —contrariamente a lo que se afirma en la jurisprudencia— un válido motivo de oposición formal (art. 617 c.p.c.) por un mandamiento de ejecución inadecuado a su objeto esencial de dar a conocer al intimado la concreta estructura del cumplimiento requerido». Cfr. «Esecuzione specifica», *Encyclopedie del Diritto*, T. XV, Milano 1966, p. 548; *vid. también MANDRIOLI, op. cit.*, en nota 85, p. 769.

⁹⁶ Se ha propuesto, en este sentido, el siguiente ejemplo, respecto a la destrucción de lo hecho en contravención de la obligación: «no basta que el juez, el cual verifica la violación de la obligación de no construir un edificio más allá de una cierta altura, se limite a disponer la destrucción de la parte del edificio excedente de tal elevación, sino que es necesario que especifique la modalidad de las operaciones de demolición». Cfr. ANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 19, p. 324.

⁹⁷ *Ordinanza* que tiene carácter complementario respecto de la sentencia de condena y tiene como función el «hacer posible al derechohabiente la consecución de la misma uti-

oficial judicial que ha de proceder a la ejecución de la obra no ejecutada por el deudor o a la destrucción de aquello que fue hecho en violación de una obligación de no hacer⁹⁸.

En este sentido, el juez de la ejecución deberá, en primer lugar, verificar si la sanción que va a imponer alcanza el límite mínimo indispensable para que la sentencia pueda presentar las características de la condena y como tal ser ejecutable⁹⁹. Deberá valorar la fungibilidad de la prestación del deudor y del tercero encargado de la ejecución por subrogación y tener en cuenta el costo de la actividad sustitutiva¹⁰⁰.

Es necesario, por ello, que el título ejecutivo esté provisto del requisito de la exigibilidad, es decir, que no se interpongan obstáculos a su ejecución a través de la actuación de un tercero que no sea el deudor, tales impedimentos surgen, para las obligaciones de hacer, cuando la prestación es infungible¹⁰¹.

Asimismo, la ejecución específica de las obligaciones de hacer está determinada por el impulso del oficial judicial, que deberá preparar y facilitar todo lo necesario para que se haga aquello que se ordene en la sentencia de condena, según la modalidad establecida por el juez de la ejecución. A tal fin, este último deberá solicitar al juzgador las oportunas disposiciones con el propósito de suprimir los obstáculos que pudieran aparecer durante el desarrollo de la fase de ejecución. Además, podrá auxiliarse de la fuerza pública, en el caso de que así fuera necesario¹⁰².

Todo ello, confirma que el poder de impulso, en esta fase procesal, corresponde esencialmente al oficial judicial¹⁰³.

lidad que habría obtenido mediante la exacta ejecución de la prestación debida y, en general, de la obligación del sujeto pasivo». Cfr. ANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 19, p. 329.

⁹⁸ Vid. MICHELI, *op. cit.*, en nota 86, pp. 186-187; MAZZARELLA, «Esecuzione forzata. Diritto vigente», *Enciclopedia del Diritto*, T. XV, Milano, 1966, pp. 466-467.

⁹⁹ Vid. MANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 85, p. 771.

¹⁰⁰ Vid. ANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 19, p. 330; vid. asimismo MANDRIOLI que, al respecto, señala que: «la condición para el ejercicio de este tipo de acción ejecutiva debe consistir en una indagación que comprenda la valoración sobre la fungibilidad, la posibilidad y la no excesiva onerosidad de la ejecución, todos elementos objetivos que por su naturaleza se sustraen a la disponibilidad de las partes». Cfr. *op. cit.*, en nota 85, p. 768.

¹⁰¹ Vid. ANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 19, p. 325.

¹⁰² Artículo 613 del *Codice di Procedura civile*.—«L'ufficiale giudiziario può farsi assistere dalla forza pubblica e deve chiedere al pretore le opportune disposizioni per eliminare le difficoltà che sorgono nel corso dell'esecuzione. Il pretore provvede con decreto».

«El oficial judicial puede hacerse asistir de la fuerza pública y debe solicitar al juez las oportunas disposiciones para eliminar las dificultades que surgen en el curso de la ejecución. El juez provee con decreto».

Vid. MANDRIOLI, op. cit., en nota 85, p. 772.

¹⁰³ Vid. ANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 19, p. 333; MICHELI, a propósito del artículo 613, señala lo siguiente: «el artículo ahora citado se refiere, como es natural, solamente a las dificultades materiales que se interponen en el curso de la ejecución, mientras que las otras

Respecto a las obligaciones infungibles, resulta que la ejecución específica está totalmente excluida y, para el supuesto de que el deudor incumpla las mismas, solamente podrá el acreedor obtener el resarcimiento de los daños¹⁰⁴.

En este caso, la falta de medios procesales de ejecución indirecta, que, en cierta medida, pudieran encauzar, mediante la coacción que los mismos suponen, la voluntad del obligado hacia el cumplimiento, tiene como consecuencia la instauración, de forma radical, de la relación de reciprocidad entre la infungibilidad de la prestación y la incoercibilidad de las mismas¹⁰⁵.

Infungibilidad de la obligación de hacer que no significa otra cosa que la inidoneidad del comportamiento de un sujeto distinto de la persona del obligado para lograr que el acreedor alcance la satisfacción inmediata y directa de su interés en el cumplimiento específico de la obligación¹⁰⁶.

Infungibilidad que también se ha considerado como la imposibilidad de que el bien debido sea producido o conservado a través de una actividad o una abstención de persona diversa del propio deudor. Tal imposibilidad, en determinadas hipótesis, se manifiesta como consecuencia de la misma naturaleza de la actividad o abstención debidas por el deudor¹⁰⁷, o por las concretas circunstancias que las rodean¹⁰⁸, o cuando el *intuitus personae* sea, de cualquier modo, inherente a la singular obligación¹⁰⁹.

En otros supuestos, tal imposibilidad es jurídica y no natural, o sea, no tiene su origen en la concreta relación obligatoria sino en prohibiciones inderogables del ordenamiento¹¹⁰.

oposiciones del deudor deben ser hechas valer según las normas comunes de los artículos 615 ss. del cod. proc. civ.». Cfr. *op. cit.*, en nota 86, p. 187.

¹⁰⁴ *Vid.* MICHELI, *op. cit.*, en nota 86, p. 184; ANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 19, p. 325; PAVARIN, *op. cit.*, en nota 90, p. 1130; MANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 85, pp. 765 ss.

¹⁰⁵ *Vid.*, en este sentido MAZZAMUTO que se manifiesta en los siguientes términos: «la resistencia a introducir formas de coacción indirecta al cumplimiento es un testimonio del esfuerzo de la doctrina por mantener, dentro de lo posible, intacta la inspiración liberal-individualista del proceso civil». Cfr. *op. cit.*, en nota 3, pp. 97 ss. y esp. p. 101.

¹⁰⁶ Cfr. MANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 85, p. 766.

¹⁰⁷ Como, *v. gr.*, en el supuesto de obras artísticas, científicas, literarias o didácticas.

¹⁰⁸ Como en los supuestos de conservación de secretos o en la divulgación de noticias.

¹⁰⁹ Señala, en este sentido, MONTESANO: «Por tanto los deberes de un cónyuge hacia el otro, relativos a la confiabilidad de la prole, vienen cualificados, según la opinión prevalente, como obligaciones de hacer, se deberán conceptualizar como infungibles en razón del antedicho *intuitus*: lo que no excluye en la práctica la coercibilidad de la obligación con medios de policía, inherentes, entre otros, a la prevención o a la represión del delito previsto en el artículo 388, párr. 2.º c.p. (no creemos posible asimilar los deberes señalados a obligaciones de entregar, porque se considera que repugna a nuestros principios sobre la posición jurídica de la persona humana –de los que se hará mención en breve– considerar al hijo como mero objeto de un derecho real o de un análogo poder por atribuir al progenitor)». Cfr. *op. cit.*, en nota 95, p. 533.

¹¹⁰ Se ha señalado, en este sentido, que: «Por ejemplo, las obligaciones que nacen de algunos arrendamientos de obra, siendo realizables con el uso de energía puramente física

En esta línea, se ha estimado excluida la aplicabilidad de la normativa señalada y, por ello, la ejecución *in natura*, a obligaciones consideradas infungibles, tales como la del editor por falta de publicación de una obra en el término establecido para ello, así como, entre otras, a las dimanantes del incumplimiento de obligaciones de hacer derivadas del vínculo matrimonial¹¹¹.

De este modo, la solución adoptada por el legislador italiano para el incumplimiento de prestaciones de hacer infungibles, en tanto que, como ya se ha señalado, no se regulan medidas de coerción indirecta que determinen coactivamente el cumplimiento espontáneo del deudor, ha sido el privilegiar, sobre otros medios de tutela, el mecanismo de la sanción resarcitoria, de tal manera que al acreedor, en esta hipótesis, únicamente le quedará la indemnización por los daños y perjuicios que tal inejecución le hubiera podido ocasionar¹¹².

Lo anterior conlleva a la consideración de que en el ámbito de la ejecución forzosa de la prestación de hacer infungible es donde más ha tenido influencia la significación del principio *nemo ad factum praecise cogi potest*, que instaura en el sistema jurídico italiano la correlación entre infungibilidad e incoercibilidad e impide, de este modo, la ejecución *in natura* de este tipo de obligación. Procedimiento que se aleja, al mantenerse todavía fiel a la disciplina originaria respecto de las obligaciones de hacer y de no hacer contenida en el *Code Napoleón*, de las modernas tendencias, acordes con la lógica del mercado, relativas a las técnicas de tutela en forma específica.

Es, en este sentido, en el que se ha señalado que, en relación al procedimiento de ejecución en forma específica, el criterio de la tipicidad de las formas procesales de ejecución y el de la infungibilidad se revelan, de todo punto, insuficientes, sobre todo si se tienen en cuenta los mecanismos de ejecución indirecta incluidos en otros sistemas normativos, los cuales revelan una característica disposición hacia el cumplimiento en especie de la obligación, cuyos límites han de encontrarse, únicamente, en la imposibilidad natural de la señalada ejecución, así como en la necesidad de proteger otros valores constitucionalmente protegidos¹¹³.

del deudor, serían, en línea de mera posibilidad natural, ejecutables forzosamente, en todo o en parte, poniendo la energía señalada a disposición del sujeto activo, pero esto es jurídicamente imposible, en virtud del principio general –propio de nuestro ordenamiento como de todos aquellos países civilizados– que impide poner a una persona humana en esclavitud o en una condición análoga o como fuerza, en un estado de total sujeción al poder ajeno». Cfr. MONTESANO, *op. cit.*, en nota 95, pp. 533-534.

¹¹¹ *Vid.* PAVARIN, *op. cit.*, en nota 90, p. 1130.

¹¹² *Vid.* MICHELI, *op. cit.*, en nota 86, pp. 184-185; PAVARIN, *op. cit.*, en nota 90, p. 1130.

¹¹³ *Vid.* estos argumentos en MAZZAMUTO, *op. cit.*, en nota 3, pp. 110 ss. y esp. pp. 113-117.

5. LA EJECUCIÓN ESPECÍFICA DE LA PRESTACIÓN DE HACER INFUNGIBLE EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

La *Specific Performance* –ejecución específica– del Derecho anglosajón consiste en un medio de ejecución directo, introducido en materia de contratos por la Jurisdicción de la *Equity*, cuyo fundamento supone el reconocimiento de la insuficiencia del resarcimiento de los daños y perjuicios, remedio general aplicable ante el incumplimiento de un contrato en los Tribunales del *Common Law*, para reponer al acreedor en la misma situación en la que se hubiera encontrado si el contrato hubiese sido efectivamente ejecutado¹¹⁴.

Es, de este modo, en los Tribunales de la *Equity*¹¹⁵ donde progresivamente han ido apareciendo normas a través de las cuales se ha ido atemperando la rigurosa proposición, contenida en los principios del *Common Law*, según la cual el único y característico efecto del incumplimiento de una obligación contractual radicaba, para el incumplidor, en el deber de satisfacer una cuantía dineraria ajustada a los daños y perjuicios que tal infracción hubiera ocasionado¹¹⁶.

Conforme con estas reglas cabía, excepcionalmente, instar el cumplimiento en especie de una obligación si se era capaz de convencer al Tribunal de la *Equity* de que los mecanismos disponibles en el *Common Law*, particularmente la acción de daños y perjuicios por incumplimiento, eran un remedio inadecuado y que, asimismo, el interés que se tenía en el cumplimiento del contrato no podía ser adecuada y convenientemente convertido en términos económicos.

Cabe, en este sentido, señalar que con la expresión *Specific Performance* se está haciendo referencia a aquel remedio disponible en la *Equity* para compelir a una persona a ejecutar exactamente la obligación contractual a la que está sujeto¹¹⁷.

No obstante, aunque hoy en día la distinción entre las jurisdicciones de los Tribunales del *Common Law* y la de los de la *Equity* ha sido eliminada y se aplican, indistintamente, las reglas desarrolladas en uno y otro sector, todavía se encuentra vigente la idea de que una solicitud de cumplimiento específico tiene un carácter excepcional¹¹⁸.

¹¹⁴ *Vid. SARFATTI*, «*Specific Performance*», *Nuovo Digesto Italiano*, T. XII, p. I.^a, Torino, 1940, p. 712; *ATIYAH*, *An introduction to the law of contract*, Oxford, 1989, p. 442; *CHESHIRE*, *FIFOOT & FURMSTON*, *Law of contract*, London, 1991, p. 628.

¹¹⁵ *Vid. VERDERA SERVER*, *op. cit.*, en nota 1, p. 125.

¹¹⁶ *Vid. ZWEIGERT*, *Introduction to comparative law*, Oxford, 1992, p. 515.

¹¹⁷ *Vid. CHITTY*, *On contracts*, Volume I, London, 1968, p. 710.

¹¹⁸ *Vid. ATIYAH*, *op. cit.*, en nota 114, pp. 441-442; *CHESHIRE*, *FIFOOT & FURMSTON*, *op. cit.*, en nota 114, p. 629; *ZWEIGERT*, *op. cit.*, en nota 116, p. 515.

De este modo, se considera que el principal argumento a favor de la concesión de una mandamiento –*decree*– de cumplimiento específico es la consideración de que la indemnización por daños y perjuicios es inapropiada¹¹⁹.

Se ha señalado, en esta línea, que un mandamiento de *Specific Performance* puede decretarse cuando a lo que verdaderamente se ha comprometido el demandado es a ejecutar algo, mientras que una *Injunction* lo será cuando lo que se ha contratado es la abstención de la realización de una concreta conducta.

A pesar de ello, podrá ordenarse una *Injunction* para compelir al infractor a ejecutar una específica obligación positiva¹²⁰. Así, se han decretado *Injunctions* para impedir el uso de una embarcación, que había sido fletada por una persona, en beneficio de otra¹²¹; o para restringir el incumplimiento de una promesa de otorgar la primera opción de compra de un determinado terreno¹²².

En supuestos derivados de contratos de servicios, solamente se decretarán *Injunctions* si el contrato contiene expresamente algún tipo de estipulación negativa. En estos casos, la *Injunction* puede suponer una presión económica lo suficientemente sólida como para que el deudor se vea forzado a ejecutar, además, la parte positiva del contrato¹²³.

La principal sanción por incumplimiento de estas resoluciones judiciales es la amenaza de arresto por desacato a la autoridad del Tribunal –*Contempt of Court*–¹²⁴. Tal institución, que implica la concesión al juez de un poder para proteger su propia jurisdicción frente a la oposición del deudor que, a pesar de su condena, persiste en el incumplimiento, es idónea para facilitar la consecución de la ejecución *in natura* de las obligaciones de hacer y de no hacer, respecto de las que, como ya ha sido señalado, el *Common Law*, no brindaba otro medio de tutela que el resarcimiento de los daños y perjuicios e implica, además, en la práctica, la posibilidad de prevenir o de reprimir cualquier alteración de la específica función jurisdiccional de los Tribunales¹²⁵.

¹¹⁹ *Vid. Chitty, op. cit.*, en nota 117, pp. 710 ss.; ATIYAH, *op. cit.*, en nota 114, p. 442.

¹²⁰ *Vid. Treitel, The law of contract*, London, 1983, pp. 778-779.

¹²¹ *Vid. De Mattos v Gibson* (1859); 4 D. & J. 276; *Lord Strathcona Steamship Co. v Dominion Coal Co.* (1926) A. C. 108; *Vid. asimismo Smith & Thomas, A case book on contract*, London, 1987, p. 248.

¹²² *Vid. Manchester Ship Canal v Manchester Racecourse Co.* (1901) 2 Ch. 37.

¹²³ *Vid. Chitty, op. cit.*, en nota 117, p. 726.

¹²⁴ *Vid. Verdera Server, op. cit.*, en nota 1, p. 125; BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, pp. 34 ss.

¹²⁵ *Vid.*, en este sentido, BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, p. 35; SARFATTI, *op. cit.*, en nota 114, p. 713.

Se ha señalado que el sistema del *Contempt of Court* puede ser considerado como un mecanismo de ejecución indirecta, pues recae sobre la libertad personal del obligado, con el propósito de persuadirlo para que ejecute aquella resolución judicial que le impone la realización de una concreta obligación de hacer o de no hacer¹²⁶.

De entre los medios sancionatorios propios del *Contempt of Court* cabe destacar la imposición al contraventor de una pluralidad de sanciones, que pueden ir desde la multa hasta la privación de libertad al infractor¹²⁷.

La solicitud de aplicación de estos mecanismos punitivos ha de dirigirse al mismo juez que pronunció la sentencia incumplida y exige la notificación al deudor, tanto de la señalada resolución, que no ha querido ejecutar, como de la demanda que ha dado inicio al procedimiento del *Contempt*¹²⁸.

Cabe también la posibilidad de que en lugar de que el Tribunal imponga una multa al obligado o decrete la prisión del deudor-incumplidor en tanto no ejecuta la resolución de la Autoridad judicial, pueda pronunciar un mandamiento de embargo –*writ of attachment*– de los bienes y propiedades de aquél.

El empleo de las medidas disciplinarias, *writ of attachment* –mandamiento de embargo– o de la *order for committal* –auto de prisión–, ambas incidentes sobre la libertad individual del deudor, implica la verificación, en un procedimiento contencioso con posibilidad de contradicitorio, de la subsistencia de los fundamentos de la desobediencia punible¹²⁹.

En ciertos casos también es posible que el Tribunal ordene que el contrato sea ejecutado por los oficiales de justicia, en el supuesto de que se pruebe la contumacia del transgresor, lo cual es, obviamente, sólo posible cuando no se requiera la asistencia personal del obligado¹³⁰.

Asimismo, y como consecuencia de la discrecionalidad que tienen los jueces para aplicar, en estos casos, tales medidas¹³¹, puede disponerse, por parte de la Autoridad judicial, que la obligación dimanante del contrato sea ejecutada por el mismo acreedor o por

¹²⁶ Vid. MANDRIOLI, *op. cit.*, en nota 26, p. 101; FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915, p. 160.

¹²⁷ Vid. ZWIGERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 518; ATIYAH, *op. cit.*, en nota 114, p. 442; BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, pp. 34 ss.; VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 125.

¹²⁸ Vid. SARFATTI, *op. cit.*, en nota 114, p. 713.

¹²⁹ Vid. BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, p. 36.

¹³⁰ Cfr. ATIYAH, *op. cit.*, en nota 114, p. 442.

¹³¹ Vid. ZWEIGERT que, además, señala al respecto lo siguiente: «lo que extraña al observador alemán es que no hay reglas concretas para limitar la extensión y la clase de sanciones que pueden ser impuestas o la manera en la que la ejecución de la decisión de castigar empieza o termina». Cfr. *op. cit.*, en nota 116, p. 518.

un tercero y a expensas del deudor, que correrá con los gastos que tal incumplimiento haya podido ocasionar¹³².

Respecto al procedimiento del *Contempt of Court*, se ha observado que la particular intensidad del constreñimiento que sus medidas sancionatorias implican, la persistencia de la relación coercitiva entre el juez y el transgresor durante el período de arresto y, sobre todo, la particular rotundidad del mandato imperativo judicial consecuencia del clima de respeto que acompaña a la función del magistrado, sitúan a esta particular hipótesis de ejecución indirecta en un nivel del todo punto especial, constituyéndose no tanto en un medio para ofrecer al deudor la posibilidad de elegir entre una cierta pena o castigo y el cumplimiento, cuanto, antes bien, en el mecanismo para elevar al deudor mismo, a través de las sanciones del *Contempt*, a la categoría de sujeto de una función acomodadora del hecho al Derecho, cuya consideración, en términos de imprescindibilidad, está mucho más acusada en el Ordenamiento anglosajón que en el Derecho continental¹³³.

Por otro lado, se ha observado que existen dos criterios fundamentales que presiden el otorgamiento de los mandamientos de *Specific Performance* y de *Injunction*.

El primero, supone que solamente se concederán cuando el resarcimiento del daño no pueda ser considerado como un remedio adecuado. Esto significa que un Tribunal no ordenará el cumplimiento específico de un contrato cuando los bienes que constituyen su objeto puedan obtenerse fácilmente en cualquier otro lugar, aunque, en estos casos, se estime que la indemnización sería un remedio adecuado. Tampoco se concederá el cumplimiento específico cuando pueda conseguirse un objeto equivalente que satisfaga, del mismo modo, al acreedor o que, sin demasiado sacrificio, tal objeto pudiera obtenerse por otros medios y, además, en aquellos otros supuestos en los que el resarcimiento de los daños pudiera estimarse como una solución completamente adecuada¹³⁴.

El segundo principio, significa que un Tribunal, normalmente, no decretará el cumplimiento específico de un contrato cuyo cumplimiento requiera una constante supervisión por su parte. En estas hipótesis, cuando para el juzgador existan graves inconvenientes para verificar si sus resoluciones han sido acatadas, o si, de otro modo, tal comprobación pueda suponer un dilatado retraso, el Tri-

¹³² Vid. BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, p. 37; ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, pp. 518-519.

¹³³ Cfr. BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, p. 38.

¹³⁴ Vid. ATTYAH, *op. cit.*, en nota 114, p. 443; CHITTY, *op. cit.*, en nota 117, pp. 710-711; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *op. cit.*, en nota 114, pp. 628-629; ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, pp. 515-517.

bunal deberá desestimar la demanda de cumplimiento específico y ordenar el resarcimiento de los daños¹³⁵.

Tampoco se concederá la *Specific Performance* cuando parte de los daños ocasionados por el incumplimiento estén a cargo del actor; cuando existan dudas, a causa de circunstancias concurrentes, acerca de la extensión de la obligación asumida por el demandado; cuando, a juicio del Tribunal, no resulte claro cuál sea el alcance de la pretensión del acreedor; en el supuesto de que no se pueda, en contratos bilaterales, asegurar que el transgresor obtenga aquello que le correspondería en virtud del contrato; asimismo, se desestimará una solicitud de cumplimiento específico en el caso de que las desventajas que del mismo pudieran surgir excedan a los posibles beneficios que tal ejecución *in natura* pudiera, en su caso, reportar; igualmente, no se ordenará la *Specific Performance*, en los casos en los que el cumplimiento en especie pueda ser estimado como incorrecto, injusto o contrario a los intereses públicos –*Public Policy*–; y, finalmente, se excluye cuando el contrato, por su naturaleza, sea estrictamente personal, de tal modo que contemple una prestación que únicamente el deudor sea capaz de ejecutar¹³⁶.

En esta misma línea, los Tribunales excluyen la *Specific Performance* cuando el contrato tenga por objeto la ejecución de servicios personales¹³⁷. En este caso, se considera desventajoso y, en muchos supuestos, realmente imposible, compelir a la parte renuente al cumplimiento a mantener una personal y continua relación con el otro contratante. Por ello, se juzga acertado estimar que no es procedente la orden de ejecución específica de un contrato cuyo objeto sea la realización de servicios de carácter estrictamente personal¹³⁸.

Del mismo modo, a la admisión de la *Specific Performance* para el cumplimiento de un contrato de servicios personales se le ha objetado el que, a través de ella, se estaría forzando a la parte incumplidora a caer en una especie de involuntaria esclavitud, lo cual es del todo punto inadmisible¹³⁹.

Asimismo, se observa que en un contrato de tales características, el cumplimiento bajo coerción probablemente sería de muy dudosa

¹³⁵ *Vid.* ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 517; ATIYAH, *op. cit.*, en nota 114, p. 443; VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 126; SARFATTI, *op. cit.*, en nota 114, p. 713.

¹³⁶ *Vid.* SARFATTI, *op. cit.*, en nota 114, p. 713; VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, pp. 126 ss.

¹³⁷ *Vid.* CHITTY, *op. cit.*, en nota 117, p. 713; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *op. cit.*, en nota 114, p. 631; ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 517; MCGREGOR, *Contract Code*, Barcelona, 1997, pp. 99-100; SMITH & THOMAS, *op. cit.*, en nota 121, pp. 459 ss.; SARFATTI, *op. cit.*, en nota 114, p. 713; VERDERA SERVER, *op. cit.*, nota 1, p. 131.

¹³⁸ *Vid.* CHITTY, *op. cit.*, en nota 117, p. 714.

¹³⁹ *Vid.* ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 517; MCGREGOR, *op. cit.*, nota 137, p. 100.

calidad, así como, se tiene en cuenta el que, para el Tribunal, sería extremadamente difícil determinar si los servicios ejecutados de este modo concuerdan fielmente con lo convenido en el contrato¹⁴⁰.

En este terreno de los servicios estrictamente personales, la cuestión de la denegación del cumplimiento específico ha trascendido principalmente al ámbito laboral, donde se estima que la demanda, para compelir a un empresario a proseguir la relación laboral con un trabajador a su servicio, está excluida de la *Specific Performance* debida al carácter personal de la misma, así como entra en el ámbito de la libertad de empresa el decidir quiénes forman parte de la plantilla de la misma. Aunque se admite la posibilidad de reintegración en el puesto de trabajo, cuando la relación entre las partes no es la ordinaria que existe entre patrón y sirviente, es decir, cuando, por ejemplo, una persona es despedida injustamente de un empleo de carácter público, debido a un incumplimiento de los términos establecidos en su contratación¹⁴¹.

Cuando, de otro modo, se demanda al trabajador para compelirle a ejecutar sus servicios para el empresario, se considera que el principio que se implica, en este caso, es el de la libertad personal y ello determina la desestimación de la ejecución *in natura* de la concreta prestación a la que estaba obligado.

Se aprecia, por los Tribunales, que la libertad personal tiene un mayor valor que el cumplimiento específico de un determinado contrato y, por ello, no debe admitirse la explotación ni el sometimiento personal del trabajador a cambio de un salario previamente fijado¹⁴².

Sin embargo, hoy en día es cada vez más ostensible la predisposición en los Tribunales a admitir la *Specific Performance* en el ámbito laboral. De este modo, se han incrementado el número de resoluciones en las que se ordena la reintegración del trabajador en su puesto de trabajo siempre que la relación de respeto y confianza entre éste y su empresario no se haya deteriorado. Tales decisiones se han justificado, fundamentalmente, por motivos de estabilidad y de seguridad del empleo, así como también en el carácter menos personal de las actuales relaciones laborales y, además, en la falta de adecuación, en estos casos, de la reparación por equivalente de los daños y perjuicios ocasionados¹⁴³.

También, se excluye, en función de las señaladas consideraciones, el cumplimiento específico en aquellos contratos de los que se

¹⁴⁰ Cfr. ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, pp. 517-518.

¹⁴¹ Vid. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *op. cit.*, en nota 114, p. 632; CHITTY, *op. cit.*, en nota 117, p. 713; cfr. McGREGOR, *op. cit.*, en nota 137, p. 100.

¹⁴² Cfr. McGREGOR, *op. cit.*, en nota 137, p. 100.

¹⁴³ Cfr. VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, pp. 131-132.

deriven la realización de servicios personales aunque no se trate, en sentido técnico, de contratos de servicios. Tal es el caso de un acuerdo para permitir a un subastador vender una colección de trabajos o de piezas de arte, o de contratos cuyo objeto sea la consecución de propósitos científicos o que consistan en la realización de actos de caridad o con fines altruistas, así como en determinados contratos de agencia, de sociedad, o de aprendizaje¹⁴⁴.

No obstante, en estos casos, la parte perjudicada tiene la posibilidad de, si es factible y se cumplen las condiciones para ello, obtener, mediante una *Injunction*, una reparación diferente a la mera indemnización de daños, pues cabe obtener una orden que prohíba al incumplidor ejecutar un servicio personal análogo para cualquier otra persona.

A partir de la decisión de los Tribunales en la causa de *Lumley v Wagner*¹⁴⁵ se ha acogido el principio en virtud del cual, los Tribunales tienen jurisdicción para impedir la violación de una estipulación negativa, incluso si ésta es accesoria a un acuerdo positivo para ejecutar servicios de carácter personal. En el fallo del presente procedimiento, se recoge expresamente la siguiente declaración: «Es verdad que no tengo medios para compelérla a cantar, pero ella no tiene motivos para lamentarse si le constriño a abstenerse de la comisión de un acto que ella misma se ha obligado a no hacer»¹⁴⁶.

Tal mandamiento de *Injunction* puede ser pronunciado aunque el demandante sea incapaz de acreditar los daños y perjuicios que la inejecución de tal acuerdo pudiera ocasionarle¹⁴⁷.

¹⁴⁴ *Vid. CHITTY, op. cit.*, en nota 117, p. 713; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *op. cit.*, en nota 114, p. 632.

¹⁴⁵ En el caso *Lumley v Wagner*, la demandada había convenido con el demandante cantar, en el teatro *Drury Lane*, dos noches a la semana durante un período de tres meses, y a no realizar esta misma prestación en ningún otro teatro durante tal período, sin la expresa autorización escrita por parte del demandante. Con posterioridad, la demandada acordó, a cambio de un mayor salario, cantar, en el mismo lapso temporal, para el Sr. *Gye* en el *Covent Garden* y renunciar al contrato que le vinculaba, en primer lugar, con el demandante. Se indica que, en este caso, es obvio que una orden de *Injunction*, en virtud de la que se prohíba al demandado al incumplimiento de la obligación negativa que ha contraído, podría constreñirle al cumplimiento de la obligación positiva que le vinculaba con el primer empresario, en este caso, demandante. Para CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, la cuestión está en determinar si el Tribunal podría compelir al demandado por este medio indirecto. En esta hipótesis, para estos autores, los Tribunales se enfrentan con el siguiente dilema: «Para ellos no debe decretarse la *specific performance* en un contrato de servicios personales, así como no deben fomentar un incumplimiento deliberado de un contrato al rechazar una *injunction* en un supuesto que normalmente está sujeto a esta forma de reparación». Cfr. *op. cit.*, en nota 114, p. 632; *vid. también*, CHITTY, *op. cit.* en nota 117, p. 725; SMITH & THOMAS, *op. cit.* en nota 121, p. 461; ZWEIGERT, *op. cit.* en nota 116, p. 518.

¹⁴⁶ Transcripción de la decisión del magistrado ponente, *Lord St. Leonards*, en *Lumley v Wagner*. Cfr. SMITH & THOMAS, *op. cit.* en. nota 121, p. 461; *vid. asimismo*, CHITTY, *op. cit.* en. nota 117, p. 725; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *op. cit.* en. nota 114, p. 632; ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 518; McGREGOR, *op. cit.* en nota 137, pp. 106-107.

¹⁴⁷ Cfr. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *op. cit.*, en nota 114, p. 632.

Se ha admitido la *Injunction* en contratos en los que se acuerda no cantar en otro lugar que no sea el teatro del demandante; no realizar, durante el período de empleo, negocios similares a aquel en el que ejerce el empresario para el que se prestan los servicios; y no trabajar como actor, durante el tiempo en el que se prolongue la relación laboral, para ninguna otra compañía distinta de la del empleador¹⁴⁸.

Sin embargo, una *Injunction* será decretada únicamente si se cumplen dos condiciones: por un lado, debe deducirse claramente del contrato que el demandado se ha comprometido a no trabajar para la competencia del otro contratante; y, por otro, la *Injunction* no debe impedir al demandado realizar cualquier otro tipo de actividad, pues, de otro modo, aquél se vería forzosamente obligado a contratar con el demandante, ya que se considera que el desempleo no es una auténtica y real alternativa para nadie¹⁴⁹.

Se reputa, en estas hipótesis, que bajo ninguna circunstancia se concederá una *Injunction*, a menos que el demandado haya concertado una estipulación negativa independiente, la cual, expresamente, impida actuar de modo contradictorio a un compromiso de carácter positivo.

En este sentido, se afirma que no cabe duda de que, por ejemplo, en un acuerdo mediante el que el demandado pacta emplear en el negocio del demandante todo su tiempo, se trata de un pacto positivo en su forma y comporta una estipulación negativa de no destinar el propio tiempo en beneficio de ningún otro. Sin embargo, y a pesar de ello, los Tribunales rechazan completamente la consideración de que, por este motivo, se impida a una persona a realizar cualquier otra actividad que pueda, en cierto sentido, ser contradictoria con aquello a lo que se ha obligado a hacer en virtud de tal estipulación¹⁵⁰.

Finalmente, la anterior restricción al cumplimiento específico no se aplica cuando los servicios no tienen carácter personal que puedan, en cierta medida, imponer una relación particular entre los contratantes. Cabe, por tanto, la ejecución específica, por ejemplo, en contratos de transporte de bienes, para publicar libros o una pieza musical y, en determinadas circunstancias, en ciertos contratos de obra¹⁵¹.

¹⁴⁸ Cfr. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *op. cit.*, en nota 114, p. 632.

¹⁴⁹ Observan CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, en este sentido, que si A acuerda servir a B como actriz, y a no actuar para ninguna otra compañía, una *injunction* se concederá con la única y precisa finalidad de prohibirle romper la estipulación negativa. «En tal caso, ella no se encontrará con la alternativa de morir de hambre o servir a B, pues existen otros muchos modos en los que ella pueda ganar dinero y vivir». Cfr. *op. cit.*, en nota 114, p. 633; *Vid.* asimismo, ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 518.

¹⁵⁰ Cfr. McGREGOR, *op. cit.*, en nota 137, pp. 106-109, y esp. p. 108; *Vid.* también CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *op. cit.*, en nota 114, p. 632.

¹⁵¹ *Vid.* McGREGOR, *op. cit.*, en nota 137, p. 100; CHITTY, *op. cit.*, en nota 117, p. 714.

6. EL SISTEMA GERMÁNICO DE EJECUCIÓN FORZOSA DE LA OBLIGACIÓN DE HACER INFUNGIBLE

En el Ordenamiento alemán es un principio manifiesto el que el acreedor tiene el derecho a interesar el cumplimiento específico de un contrato y a obtener una resolución judicial que ordene al deudor a cumplirlo.

Se ha señalado, en este sentido, que tal planteamiento constituye un factor integrante de la propia esencia de la obligación y, aunque expresamente no se encuentre de este modo determinado en ningún texto legal, cabe inferir de los términos del § 241.1º del BGB¹⁵² que el acreedor está facultado para solicitar el cumplimiento del deudor, lo que implica, asimismo, que los Tribunales, ante una demanda de cumplimiento específico, deberán ordenar la ejecución *in natura* de la concreta obligación a cargo del obligado¹⁵³.

No obstante, es en el Código de Procedimiento civil –ZPO– donde se contiene la normativa específica respecto a la ejecución, directa e indirecta, de las obligaciones de hacer, concretamente, en los §§ 887 y siguientes.

De la anterior reglamentación se han destacado, como principios básicos, fundamentalmente dos: por un lado, la instauración de una rígida clasificación entre los distintos tipos de obligaciones y los específicos medios de ejecución conciernientes a las mismas y, por otro, la regla de la preferencia del cumplimiento cominatorio específico de las diversas obligaciones¹⁵⁴.

Respecto a las obligaciones de hacer, se distingue según se trate de prestaciones fungibles o infungibles, es decir, entre actos ejecutables también por una tercera persona –*vertretbar*– y actos en cuyo cumplimiento no puede prescindirse de la persona del deudor –*unvertretbar*–.

Respecto a las prestaciones de hacer infungibles dispone el § 888 del ZPO que «si el acto no pudiera ser ejecutado por un tercero y dependiese exclusivamente de la voluntad del obligado –*unvertretbar*–, el Tribunal de Primera Instancia ordenará, a solicitud del acreedor, que se constrña a aquél a la ejecución del acto

¹⁵² § 241.1.º del BGB «En fuerza de las relaciones obligacionales está facultado el acreedor para recabar una prestación del deudor». Traducción de Ángel Martínez Sarrión en MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, Volumen I, Barcelona, 1995, p. 5; *vid.* también ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *Tratado de Derecho civil, Tomo II*, Vol. 2, Barcelona, 1954, p. 1.

¹⁵³ *Vid.* ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 505; VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 121; BORRÈ, *op. cit.*, en nota 17, p. 31.

¹⁵⁴ *Vid.* ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, pp. 507 ss.; VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, pp. 121-122.

mediante pena pecuniaria o de arresto. En la imposición de la primera el Tribunal no estará sujeto a limitaciones. Esta disposición no se aplica en el caso de condena a contraer matrimonio, al restablecimiento de la vida conyugal, o a la ejecución de una obra en base a un contrato de servicios».

El método de ejecución que el ZPO previene en tales casos consiste en la amenaza al deudor, renuente al cumplimiento, de la imposición de una sanción pecuniaria o de prisión. Si el obligado no cumple, a pesar del apercibimiento recibido, podrá ser aprisionado hasta un total de seis meses. En otro caso, la imposición de la multa no tiene límites respecto a su cuantía y el importe de la misma está destinado a la Hacienda Pública.

Esta disposición supone que únicamente se aplicará cuando el acto en cuestión dependa exclusivamente de la voluntad del deudor. Lo cual, a su vez, implica que no se empleará cuando el deudor requiera la cooperación de otras personas, sobre las que no tiene influencia directa respecto a su comportamiento, como, por ejemplo, un empresario respecto a su plantilla de trabajadores, o un padre en relación a sus hijos.

Tampoco se utilizará esta norma cuando la obligación requiera especiales cualidades artísticas o un determinado talento científico. En este caso, se considera que el cumplimiento de la prestación no depende exclusivamente de la voluntad del deudor, pues, por muy buenas que sean las intenciones del obligado con respecto al cumplimiento, se precisa, para su efectividad, entre otras condiciones, una inspiración adecuada, una apropiada disposición de ánimo, energía, así como unas precisas circunstancias de creatividad espiritual¹⁵⁵.

Asimismo, se señala que, en las excepciones a la aplicación de esta norma, cabe también destacar la ejecución de servicios en virtud de un contrato de trabajo. En esta hipótesis, se observa que el empresario podría obtener una resolución judicial que impusiera al trabajador el deber de cumplir las obligaciones derivadas de su contrato de servicios, pero tal sentencia no podría ser ejecutada, pues se considera, como un principio elemental, el que el empleado debe ser libre para decidir cómo disponer de su trabajo, incluso si esto pudiera suponer un incumplimiento del contrato. En tales supuestos, el empleador ha de contentarse, únicamente, con el resarcimiento pecuniario¹⁵⁶.

¹⁵⁵ *Vid. BORRÈ, op. cit., en nota 17, p. 33; ZWEIGERT, op. cit., en nota 116, p. 509.*

¹⁵⁶ *Vid. ZWEIGERT, op. cit., en nota 116, p. 509.*

La pena pecuniaria que, en este caso, constituye una de las posibles manifestaciones de la sanción compulsoria, en tanto que su finalidad consiste en atemorizar al deudor, se transfiere al Fisco, lo que revela su naturaleza de índole administrativa y, en este sentido, se considera un medio de coacción ejecutiva, no de sanción penal¹⁵⁷.

Particular mención debe hacerse del supuesto de la obtención de una declaración de voluntad. Según el § 894 del ZPO, si el deudor es condenado «en firme y sin reserva» a emitir una declaración de voluntad, tan pronto como la sentencia de condena devenga firme, se considerará que tal manifestación ha quedado realmente efectuada. La resolución firme sustituye, en este caso, a la declaración del deudor, de tal modo que no se precisa de otras medidas ejecutivas complementarias¹⁵⁸.

Por último, se ha considerado que cabe hacer, respecto del señalado sistema de ejecución, dos importantes indicaciones. Por un lado, se han especificado, con carácter previo, los particulares dispositivos de tutela del crédito, sin considerar cuáles son los precisos intereses de los acreedores en cada caso concreto. Y, por otro, el problema que se plantea, ante la exhaustiva regulación normativa, no está en la posible existencia de carencias en los mecanismos de protección del crédito, sino, al contrario, en la asignación de cada una de las hipótesis a alguna de las clasificaciones legalmente establecidas.¹⁵⁹

7. LA ASTREINTE COMO MEDIO PROCESAL DE EJECUCIÓN INDIRECTA DE LA OBLIGACIÓN DE HACER

7.1 Concepto, naturaleza y fundamento

La *Astreinte* es una condena pecuniaria, dictada en función de una cierta cantidad por día de retraso en el cumplimiento de la prestación, o por otra unidad de tiempo, contra un concreto deudor, si no ejecuta la conducta debida en el plazo señalado para ello por el Juez¹⁶⁰.

¹⁵⁷ *Vid.* ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, Tomo III, Buenos Aires, 1955, pp. 253 ss.; *vid.* también ARAGONESES, *Las astreintes (su aplicación en el proceso español)*, Madrid, 1985, p. 25.

¹⁵⁸ Señala ARAGONESES, en este sentido: «La sentencia debe contener únicamente la declaración con la exactitud precisa para llenar su cometido; en otros casos se ejecutará de acuerdo con el 888». Cfr. Op. cit. en nota 157, p. 25; *vid.* ROSENBERG, *op. cit.*, en nota 157, p. 241; ZWEIGERT, *op. cit.*, en nota 116, p. 509; VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 122.

¹⁵⁹ Cfr. VERDERA SERVER, *op. cit.*, en nota 1, p. 123.

¹⁶⁰ *Vid.* PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tomo VII, *obligations*, 2.ª parte, París, 1954, p. 97.

También se ha indicado que consiste en una condena al deudor a pagar al acreedor una suma pecuniaria mientras se niegue a ejecutar su obligación¹⁶¹.

Asimismo, se ha definido como un procedimiento indirecto de apremio, que consiste en la condena al deudor al pago de una concreta suma por día de retardo en el cumplimiento de la obligación¹⁶².

Se destaca, incluso, su condición de medio indirecto de apremio o coacción –*contrainte*–, además de que incida en el elemento más sensible del deudor, es decir, en su propio patrimonio, con la finalidad de inducirle al cumplimiento¹⁶³.

El objeto de la misma es el cumplimiento de una decisión judicial, de la que es accesoria: el Juez puede, de oficio, añadir a la condena principal, para el supuesto de que no sea ejecutada en el plazo que haya prescrito, una condena pecuniaria, generalmente por cada día de retardo¹⁶⁴. El deudor, en este caso, tendrá interés en la ejecución, en tanto que le permite evitar el abono de una suma que iría en aumento proporcional al tiempo que tardara en cumplir¹⁶⁵.

Lo que verdaderamente persigue la *Astreinte*, por tanto, es el presionar al deudor para que cumpla su obligación, es decir, ejecute la misma prestación, realice la misma conducta a la que inicialmente estaba obligado¹⁶⁶.

De este modo, se ha observado que la *Astreinte* es una medida discrecional¹⁶⁷ y conminatoria¹⁶⁸, cuya finalidad reside en procurar el cumplimiento específico de la obligación debida y que ha sido sancionada en virtud de una resolución judicial, a través de la imposición de una pena dineraria, en función del retraso en la ejecución de la prestación¹⁶⁹.

¹⁶¹ *Vid. WEILL et TERRÉ, Droit civil. Les obligations*, París, 1975, p. 898.

¹⁶² *Cfr. DUPONT DELESTRAINT, Droit civil. Les obligations*, París, 1981, p. 96.

¹⁶³ *Cfr. MALAURIE et AYNÉS, Cours de droit civil, Tome IV, les obligations*, París, 1993-1994, p. 576.

¹⁶⁴ *Vid. MALAURIE et AYNÉS, op. cit.*, en nota 163, p. 576; ESMEIN indica lo siguiente: «Para forzar el deudor de un hacer a ejecutar, pronta y plenamente, su obligación, los tribunales emplean frecuentemente un medio de coacción que se denomina *astreinte*». *Cfr. «L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes»*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, II, 1903, p. 6.

¹⁶⁵ *Vid. STARCK, Droit civil. Obligations*, París, 1986, p. 810; CARBONNIER, *op. cit.*, en nota 4, p. 666; PLANOL et RIPERT, *op. cit.*, en nota 160, pp. 97 ss.; MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.*, en nota 163, p. 576.

¹⁶⁶ *Cfr. JEANDIDIER, «L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire»*, Revue trimestrielle de Droit Civil, 1976, pp. 707 ss.; *vid. igualmente STARCK, op. cit.*, en nota 165, pp. 807 y 814; MAZZAMUTO, *op. cit.*, en nota 3, pp. 54 y 56.

¹⁶⁷ *Vid. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Droit civil. Les obligations*, París, 1993, p. 777; ESMEIN, *op. cit.*, en nota 164, p. 7; PLANOL et RIPERT, *op. cit.*, en nota 160, p. 104.

¹⁶⁸ *Vid. MALAURIE et AYNÉS, op.cit.* en nota 163, p. 578; WEILL et TERRÉ, *op. cit.* en nota 161, p. 899; CARBONNIER, *op. cit.*, en nota 4, p. 667.

¹⁶⁹ *Vid. ARAGONESES, op. cit.*, en nota 157, p. 53.

De las anteriores definiciones podemos extraer los siguientes caracteres de la *Astreinte*: la discrecionalidad que supone, por un lado, la posibilidad que se le confiere a los Jueces y Tribunales para aplicarla o no, de acuerdo con las propias especialidades del procedimiento¹⁷⁰ y, por otro, la arbitrariedad en cuanto a la fijación de su importe, que no se establece en función del daño causado al acreedor, sino que se valora en relación a los recursos del deudor y su capacidad de resistencia¹⁷¹.

En segundo lugar, el carácter cominatorio de la *Astreinte* se colige de la amenaza que tiende a intimidar al deudor, ante el temor a una condena cuya cuantía se elevaría en función del tiempo que invierta en cumplir¹⁷².

Su cuantía puede ser revisada por el Juez, incluso si el deudor cumple la obligación, éste puede interesar la reducción de su importe. Facultad de rectificación que, en su caso, siempre conserva el Tribunal, que puede o no proceder a la disminución de su valor según lo considere conveniente o apropiado a las circunstancias del caso¹⁷³.

Del mismo modo, puede el acreedor solicitar el incremento de su cuantía, si el deudor persiste en rehusar el cumplimiento de lo ordenado¹⁷⁴.

Incluso, se ha subrayado, que si el cumplimiento se produce después de un cierto período temporal, la *Astreinte* pierde su carácter definitivo, pues su única finalidad consiste en vencer la resistencia del deudor, y ese resultado ya ha sido alcanzado, momento en el

¹⁷⁰ *Vid.* ESMEIN, *op. cit.*, en nota 164, p. 7.

¹⁷¹ *Vid.* CARBONNIER, *op. cit.*, en nota 4, p. 666; ESMEIN, *op. cit.*, en nota 164, p. 7; PLANIOL et RIPERT indican que: «Se caracteriza en primer lugar por la exageración de la suma de la condena pronunciada contra el deudor. Lejos de regularla según el perjuicio causado al acreedor por el retraso, el tribunal no se preocupa ni de la cantidad exacta ni siquiera de su existencia y fija la *astreinte* de manera arbitraria y a un interés voluntariamente excesivo. Esto es conforme con su objetivo. Hace falta que el deudor se encuentre forzado por interés a cumplir, a pesar de su inicial mala voluntad, más que a exponerse a que suba la cantidad de la *astreinte*. Ahora bien, este interés no puede venir más que de la desproporción de la cifra. El tribunal la determina teniendo en cuenta no solamente el valor en sí del objeto debido, sino también los recursos y la capacidad de la resistencia del deudor». Cfr. *op. cit.*, en nota 160, p. 104; *vid.* asimismo WEILL et TERRÉ, *op. cit.*, en nota 161, p. 898; STARCK, *op. cit.*, en nota 165, p. 811; por su parte, TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE observan que: «Su montante debe ser manifiestamente superior a la ventaja que la procuraría al deudor el incumplimiento de su obligación, sin ser desproporcionado en función a sus facultades contributivas». Cfr. *op. cit.*, en nota 167, p. 777.

¹⁷² *Vid.* CARBONNIER, *op. cit.*, en nota 4, p. 667; WEILL et TERRÉ, *op. cit.*, en nota 161, p. 899; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, en nota 167, p. 777.

¹⁷³ *Vid.* MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.*, en nota 163, p. 578; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, en nota 160, p. 105; ESMEIN, *op. cit.*, en nota 164, p. 36; CARBONNIER, *op. cit.*, en nota 4, p. 667; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, en nota 167, p. 777.

¹⁷⁴ *Vid.* CARBONNIER, *op. cit.*, en nota 4, p. 667.

que dicha constricción será sustituida por la definitiva condena a un verdadero resarcimiento¹⁷⁵.

Ahora bien, a pesar de ser considerada una amenaza, su imposición se erige siempre en una verdadera condena, pues si únicamente se tratase de una mera amenaza, un simple apercibimiento, la *Astreinte* carecería de toda eficacia y carácter coercitivo¹⁷⁶.

En el supuesto de incumplimiento definitivo por parte del deudor, se procederá a la liquidación de la *Astreinte*, cuya cuantía será acumulada a la indemnización por daños y perjuicios¹⁷⁷.

En tercer lugar, la *Astreinte* se configura como una medida accesoria, lo cual implica la existencia de una decisión principal, para cuyo cumplimiento se instituye¹⁷⁸. Se impone, por tanto, para obtener el cumplimiento de una disposición de carácter preferencial¹⁷⁹.

Y, por último, la *Astreinte* implica la posibilidad de que el Juez modifique, aumente, disminuya e, incluso, suprima su importe, y a petición de parte, solicitud a la que no está, en modo alguno, vinculado, por lo que puede adoptar la decisión que considere conveniente de acuerdo con las circunstancias y las características del procedimiento¹⁸⁰.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se ha destacado por algún autor que la *Astreinte* es una medida de ejecución personal indirecta, pues trata de conseguir la realización ejecutiva de cierta conducta, mediante estímulos psicológicos que conducirían al logro de las consecuencias que se quieren obtener, lo cual implicaría la imposibilidad de su aplicación en el proceso español, ya que atentaría contra el principio de que toda ejecución ha de tener carácter patrimonial¹⁸¹.

Frente a ello, otro sector de la doctrina ha señalado el carácter de medida coercitiva de la *Astreinte*, pues consiste en una amenaza de orden pecuniario. En este sentido, se ha observado que las medi-

¹⁷⁵ *Vid.* PLANIOL ET RIPERT, *op. cit.*, en nota 160, p. 106.

¹⁷⁶ *Vid.* ARAGONESES, *op. cit.*, en nota 157, p. 55.

¹⁷⁷ *Vid.* PLANIOL ET RIPERT, *op. cit.* en nota 160, p. 106; WEILL ET TERRÉ, *op. cit.*, en nota 161, p. 902.

¹⁷⁸ *Vid.* BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, París, 1995, p. 444; STARCK, *op. cit.*, en nota 165, p. 810; MALAURIE ET AYNÉS, *op. cit.*, en nota 163, p. 576.

¹⁷⁹ ARAGONESES indica que la *Astreinte* garantiza el cumplimiento de una resolución principal, e indica que con la utilización de tal término –resolución– quiere significar que la *Astreinte* tiende a conseguir la eficacia de cualquier mandamiento judicial. *Vid. op. cit.*, en nota 157, pp. 55-56.

¹⁸⁰ *Vid.* PLANIOL ET RIPERT, *op. cit.*, en nota 160, p. 105; MALAURIE ET AYNÉS, *op. cit.*, en nota 163, p. 578; CARBONNIER, *op. cit.*, en nota 4, p. 667; MAZZAMUTO, *op. cit.*, en nota 3, pp. 52-53, nota 35; ARAGONESES indica, a este respecto, lo siguiente: «La posibilidad de aumentar la *Astreinte* es una facultad del Juez no admitida en todas las legislaciones. Por ejemplo, en países como Uruguay, que prohíben el aumento, existía el temor de que las *Astreintes* fueran muy exageradas y, sin embargo, lo ocurrido fue exactamente lo contrario: los Jueces fijaron astracciones muy bajas, con lo que perdió toda su eficacia». Cfr. *op. cit.*, en nota 157, p. 56.

¹⁸¹ *Vid.* GUAPS, *Derecho procesal civil. Tomo II*, Madrid, 1956, p. 845.

das coercitivas tienen como finalidad el constreñir al obligado para que observe, por fuerza, la conducta idónea para ejecutar la prestación. Estas medidas suponen una agravación de la sanción por el incumplimiento de la obligación e implican la amenaza de lesión de sus propios intereses, más grave que la que ocasionaría el cumplimiento. Asimismo, cabe la agravación de la sanción, para hacerla aún más eficaz, a medida que se emplea más tiempo en cumplir la prestación¹⁸².

Se trata de un medio indirecto de asegurar el cumplimiento de la obligación o de un fallo judicial por medio de la coacción¹⁸³. Se ha indicado, en este sentido, que tal carácter conminatorio se debe a que la *Astreinte* es verdaderamente una amenaza, lo cual supone que cuando la obligación ha sido ejecutada el Juez la retira¹⁸⁴.

Para otros autores, sin embargo, la *Astreinte* es un acto de dirección del órgano judicial, lo cual implica que, ante una determinada y concreta situación, el Juez ordena la utilización de un instrumento procesal cualquiera¹⁸⁵. La *Astreinte*, por ello, es un acto de dirección del órgano judicial, en tanto que consiste en una intimación específica a una persona para que realice cierto tipo de comportamiento. Es, en este sentido, un acto de dirección de carácter coercitivo o intimidatorio, cuya finalidad es provocar la consecución de una conducta futura¹⁸⁶.

De esta manera, se ha observado que la *Astreinte* ha pasado de ser una peculiaridad de un tipo de ejecución, específica para obligaciones de hacer, no hacer y en algunos casos de dar, a ser un instrumento general del proceso, tanto de cognición como de ejecución, y con posibilidad de utilización no solamente en las hipótesis de incumplimiento de obligaciones, contractuales o legales, sino también de obligaciones de tipo procesal y, en uno y otro caso, declaradas por una resolución judicial, pues lo que, en definitiva, se trata de evitar con ellas es el posible incumplimiento de un mandato judicial¹⁸⁷.

¹⁸² Cfr. CARNELUTTI que, además, indica lo siguiente: «Una breve reflexión enseña que si las medidas coercitivas tienden a obtener el cumplimiento, las mismas no tienen nada que ver con la ejecución, la cual, por definición, no opera a través del cumplimiento. Esto es tan cierto que si las medidas coercitivas no alcanzan su fin, no hay otra vía para actuar en derecho, esto es para obtener que sea lo que debe ser, que la de recurrir a la ejecución». Cfr. *op. cit.*, en nota 86, p. 333.

¹⁸³ Vid. CARBONNIER, *op. cit.*, en nota 4, p. 666; WEILL et TERRÉ, *op. cit.*, en nota 161, p. 898; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, en nota 160, pp. 110-111.

¹⁸⁴ Vid. ESMEIN, *op. cit.*, en nota 164, p. 36.

¹⁸⁵ ARAGONESES apunta, en este sentido que: «... y entre los actos de dirección debemos recordar que, uno de sus tipos, son los actos de dirección personales que, en una de sus especies, pueden atribuir una situación jurídica pasiva, mediante intimidaciones de ciencia o de voluntad». Cfr. *op. cit.*, en nota 157, p. 96.

¹⁸⁶ Vid. ARAGONESES, *op. cit.*, en nota 157, p. 96.

¹⁸⁷ Cfr. ARAGONESES, *op. cit.*, en nota 157, p. 97.

En lo que respecta a su fundamento, surge la *Astreinte* como un medio para atemperar las deficiencias del Derecho positivo francés, en relación a la posibilidad del acreedor de obtener el cumplimiento específico de una obligación sancionada judicialmente¹⁸⁸.

Si la obligación tenía por objeto la realización de una conducta estrictamente personal del deudor, la aplicación del antiguo axioma «*nemo ad factum praecise cogi potest*», que impedía toda aplicación de violencia o coerción sobre la conducta humana¹⁸⁹, imposibilitaba al acreedor la obtención *in natura* de la prestación debida, cuya falta de ejecución, implicaba que la obligación se resolviera en una indemnización de daños y perjuicios.

En un primer momento aparece la *Astreinte* como un medio para obtener el cumplimiento específico en esta clase de obligaciones¹⁹⁰. Pronto, dadas las importantes aplicaciones prácticas de la misma, el empleo del sistema de *Astreinte* fue generalizándose a todo tipo de obligaciones, aunque las obligaciones de hacer sigan constituyendo hoy en día el área de utilización por excelencia de ellas. Así, cabe valerse de la *Astreinte* para constreñir a un deudor a entregar alguna cosa o a hacer o no hacer algo.

Además su ámbito de aplicación no se limita únicamente a la existencia de obligaciones de naturaleza contractual, sino que también se utiliza en el campo de las obligaciones extracontractuales¹⁹¹. En este sentido, se señala que el único límite al uso de la *Astreinte* consiste en que la ejecución de la prestación sea imposible¹⁹².

Por otro lado, se ha observado que es la propia autoridad judicial, que está compuesta de dos elementos, la jurisdicción y el mando, la que justificaría la propia capacidad del Juez para imponer la *Astreinte*. Por tanto, ésta surge de la propia estructura de la autoridad que tienen los Jueces y Tribunales para dictar resoluciones, para condenar o absolver y ejecutar todas sus órdenes y decisiones. La aptitud e idoneidad de los mismos para pronunciar *Astreintes*, supone la capacidad para dictar apercibimientos que induzcan a ejecutar *in natura* lo por ellos mismos ordenado¹⁹³.

¹⁸⁸ *Vid. ESMEIN, op. cit.* en nota 164, pp. 26 ss. y 38 ss.; ARAGONESES, *op. cit.* en nota 157, p. 97.

¹⁸⁹ *Vid. POTHIER, Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1978, p. 91; MAZZAMUTO, *op. cit.* en nota 3, p. 41.

¹⁹⁰ *Vid. MAZZAMUTO, op. cit.* en nota 3, pp. 57-59.

¹⁹¹ *Vid. WEILL et TERRÉ* señalan como ejemplos a las obligaciones que derivan de relaciones de vecindad, así como hipótesis en las que se pretende obtener la ejecución de deberes derivados de relaciones familiares. *Vid. op. cit.* en nota 161, p. 900; indican PLANIOL et RIPERT que la única condición para la aplicación de la *Astreinte* es que debe tratarse de una verdadera obligación jurídica. *Vid. op. cit.* en nota 160, pp. 98-99.

¹⁹² *Vid. WEILL et TERRÉ, op. cit.* en nota 161, p. 900.

¹⁹³ *Vid. ESMEIN, op. cit.* en nota 164, pp. 48 ss.

No obstante lo anterior, se ha señalado que bastaría el indudable alcance práctico de la *Astreinte*, como medio de coerción al cumplimiento de las resoluciones judiciales, para justificar su propia existencia¹⁹⁴.

7.2 Aplicación de la *Astreinte* a la obligación de hacer

Las obligaciones de hacer, como ya se ha señalado, constituyen el más importante campo de aplicación de la *Astreinte*¹⁹⁵.

De este modo, se ha precisado que cabe su empleo en todas aquellas situaciones en las que una persona se encuentre jurídicamente obligada a ejecutar un hecho cualquiera, se trate o no de una prestación que exija una actividad personal¹⁹⁶.

Igualmente, tiene lugar la utilización del sistema de *Astreinte* cuando la prestación es infungible¹⁹⁷. Infungibilidad que no solamente hace referencia a la cualidad del *facere* deducido de la obligación, o a la singularidad de algunas características personales del obligado, sino también a la existencia de una esfera de poder del deudor, en cuyo ejercicio no puede ser –de *iure* o de *facto*– subrogado, sino que únicamente puede ser objeto de alguna medida de ejecución indirecta¹⁹⁸.

En este último caso, *facere* infungible, la *Astreinte* no supone contradicción alguna con el artículo 1.142 del *Code civil* francés, según el cual el incumplimiento de toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en indemnización de daños y perjuicios, pues se considera que tal norma únicamente prohíbe la violencia corporal o directa sobre la persona del deudor, de tal modo que no podría ser ejecutada *manu militari*¹⁹⁹.

La *Astreinte*, por tanto, se estima compatible con la libertad personal de deudor, a la que sólo afecta de un modo indirecto.

Se han utilizado *Astreintes* tanto para obtener el cumplimiento de obligaciones de hacer de contenido patrimonial como de contenido personal. Así, se indica que tienen utilidad para las obligaciones de entregar una cosa; de reponer piezas; de rendir cuentas; de realizar un trabajo o un acto jurídico²⁰⁰; para obligar a un propietario a restable-

¹⁹⁴ Vid. ARAGONESES, *op. cit.* en nota 157, p. 98.

¹⁹⁵ Vid. BÉNABENT, *op. cit.* en nota 178, p. 444; STARCK, *op. cit.* en nota 165, p. 817; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.* en nota 160, p. 98.

¹⁹⁶ Vid. JEANDIDIER, *op. cit.* en nota 166, p. 707; DUPONT DELESTRAINT, *op. cit.* en nota 162, p. 96; MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.* en nota 163, p. 577; WEILL e TERRÉ, *op. cit.* en nota 161, p. 899; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.* en nota 160, p. 98.

¹⁹⁷ Vid. JEANDIDIER, *op. cit.* en nota 166, p. 707; CARBONNIER, *op. cit.* en nota 4, p. 666.

¹⁹⁸ Cfr. MAZZAMUTO, *op. cit.* en nota 3, p. 59.

¹⁹⁹ Cfr. JEANDIDIER, *op. cit.* en nota 166, p. 707.

²⁰⁰ PLANIOL et RIPERT, con amplia cita de jurisprudencia, señalan que es sobre todo en el ámbito de los contratos de arrendamiento, para hacer que el arrendatario respete una

cer la corriente eléctrica a sus inquilinos; a un empresario a dar un certificado de trabajo a un asalariado suyo; a un ocupante para desalojar el lugar en que se encontraba²⁰¹; o para obligar a un empresario a readmitir a un trabajador; para permitir el ejercicio de una servidumbre; u obligar a incluir una determinada respuesta en un periódico²⁰².

Igualmente, en Derecho de familia, donde se considera inadmisible el empleo de la fuerza pública para obtener la ejecución directa de una obligación, se ha estimado útil la aplicación de la *Astreinte* para forzar a alguno de los progenitores a entregar los hijos a quien de ellos haya obtenido la guarda y custodia, tras la separación o el divorcio, o para obligar a uno de los cónyuges a volver al domicilio familiar²⁰³.

Sin embargo, no existe unanimidad en la doctrina a la hora de admitir su empleo cuando la obligación de hacer tenga un carácter estrictamente personal o comprometa especiales facultades del deudor que impliquen un especial talento en el obligado²⁰⁴.

Para los autores que se pronuncian en contra de la admisión de la *Astreinte* en este tipo de obligaciones, aquellas de carácter muy personal, tales como las de un artista, el fundamento de tal negativa se encuentra en el hecho de que, *v. gr.*, en este último caso, un sujeto caprichoso no trabajaría cómodamente bajo las órdenes de un Juez, ni bajo el apremio de la fuerza pública. Sería mejor, en esta hipótesis, condonarle a indemnizar daños y perjuicios directamente, pues su incumplimiento es del todo punto inevitable. Igualmente, se ha sugerido que el verdadero motivo para rechazar tal aplicación es el respeto que supone la libertad de creación²⁰⁵.

No obstante las anteriores objeciones, los autores que consideran que sí cabe la utilización de *Astreintes* para todo tipo de obligaciones, señalan que la única condición que se requiere para su aplicación a las obligaciones de hacer es que se trate de una verdadera obligación jurídica. Y, en este sentido, se ha negado su empleo para hacer que un

orden de desalojo pronunciada contra él, en el que ha recibido sus mayores aplicaciones, «más frecuentes cuanto más difícil era de obtener de las autoridades la ejecución forzada de tales decisiones». Cfr. *op. cit.* en nota 160, p. 99.

²⁰¹ *Vid.* STARCK, *op. cit.* en nota 165, p. 817; DUPONT DELESTRAINT, *op. cit.* en nota 162, p. 96; JEANDIDIER, *op. cit.* en nota 166, p. 708.

²⁰² *Vid.* ARAGONESES, *op. cit.* en nota 157, p. 109.

²⁰³ *Vid.* PLANIOL et RIPERT, *op. cit.* en nota 160, p. 100; DUPONT DELESTRAINT, *op. cit.* en nota 162, p. 96; STARCK, *op. cit.* en nota 165, p. 816; ARAGONESES, *op. cit.* en nota 157, p. 109.

²⁰⁴ *Vid.* MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.* en nota 163, p. 557; ARAGONESES, *op. cit.* en nota 157, p. 110; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE indican lo siguiente: «La *astreinte* debe, por otro lado, ser desterrada cuando se esgriman en obligaciones muy personales, ponga en juego la libertad individual, la libertad de conciencia o aun el derecho moral del artista o del autor.» Cfr. *op. cit.* en nota 167, p. 780.

²⁰⁵ Cfr. MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.* en nota 163, p. 577.

demandado compareciera en juicio, ya que para estos supuestos ya existe un procedimiento especial, que es el de su declaración en rebeldía, que, en su caso, subsanaría procesalmente su ausencia²⁰⁶.

En general, se advierte, que toda obligación de hacer, con tal de que su ejecución no sea imposible²⁰⁷, puede ser acompañada de esta medida. En este sentido, por tanto, se considera que toda obligación de hacer debe ser, en principio, ejecutada, y el empleo de la coerción indirecta se justifica en estos supuestos por el hecho de la contravención, por una de las partes, del compromiso suscrito²⁰⁸.

7.3 Procedimiento

Dentro de las *Astreintes* cabe distinguir dos modelos, o dos variedades de realización de la misma: la *Astreinte* provisional y la definitiva.

La *Astreinte* provisional es un medio de coerción contra el deudor, de naturaleza patrimonial, que consiste en un procedimiento preventivo de intimidación, cuyo carácter principal es el comminatorio²⁰⁹.

Es provisional porque el Juez se reserva la posibilidad de revisar el montante de la misma en el momento de su liquidación²¹⁰.

Se ha observado que con el carácter comminatorio se hace referencia al hecho de que la *Astreinte*, por su elevado importe, esté destinada a hacer presión sobre el litigante condenado, y que el término provisional se reserva para referirse a la posibilidad de modificar el montante de la misma²¹¹.

El carácter provisional determina, asimismo, que el litigante condenado pueda interesar la reducción de la cuantía a una cifra razonable, una vez haya cesado su resistencia al cumplimiento e, incluso, su supresión²¹².

²⁰⁶ Cfr. PLANOL ET RIPERT, *op. cit.* en nota 160, p. 100.

²⁰⁷ Indica STARCK que el único límite, con carácter general, a la aplicación de la *Astreinte* resulta de la imposibilidad de ejecución de la obligación. Que esta imposibilidad sea debida a la fuerza mayor o a la culpa –*faute*– del deudor, en estos casos, es del todo evidente que es inoperante recurrir a la *Astreinte*. Por ejemplo, cuando la obligación de hacer deba ser cumplida en un día fijo, y el plazo previsto ya ha expirado, o así en el caso de un artista que se haya comprometido a realizar una interpretación en una noche concreta, no habiéndolo realizado. *Vid. op. cit.* en nota 165, p. 815; *vid. asimismo*, TERRÉ, SIMLER ET LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, p. 780.

²⁰⁸ Cfr. JEANDIDIER, *op. cit.* en nota 166, p. 708

²⁰⁹ *Vid. CARBONNIER, op. cit.* en nota 4, p. 667; STARCK, *op. cit.* en nota 165, p. 812.

²¹⁰ *Vid. BÉNABENT, op. cit.* en nota 178, p. 444; TERRÉ, SIMLER ET LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, p. 782; CARBONNIER, *op. cit.* en nota 4, p. 667; STARCK, *op. cit.* en nota 165, p. 812; WEILL ET TERRÉ, *op. cit.* en nota 161, p. 901.

²¹¹ *Vid. STARCK, op. cit.* en nota 165, p. 812.

²¹² *Vid. CARBONNIER, op. cit.* en nota 4, p. 667; STARCK, *op. cit.* en nota 165, pp. 812 y 828.

De igual modo, el acreedor podrá requerir que su importe sea aumentado si el deudor se obstina en el incumplimiento²¹³.

Podría indicarse, por tanto, que el procedimiento de la *Astreinte* supone dos fases: en un primer momento, al ser pronunciada, asume una función intimidatoria y de presión psíquica sobre el obligado, su cuantía no se fija en función de los daños y perjuicios que el retardo haya ocasionado, sino en virtud de la gravedad del comportamiento recalcitrante del deudor y de sus facultades²¹⁴. Y, en una segunda fase, ante un cumplimiento tardío o una definitiva inejecución de la prestación, el Juez reexamina su cuantía y procede a fijar su importe y a moderar sus cálculos iniciales en función de las características especiales del procedimiento²¹⁵.

En la *Astreinte* definitiva, a diferencia de la provisional, su cuantía no está sujeta a revisión, ni a modificación alguna una vez haya sido pronunciada²¹⁶. Su importe, por tanto, no puede ser modificado salvo que el incumplimiento o el retardo hayan sido debidos a caso fortuito o a fuerza mayor²¹⁷.

El Juez, en estos casos, no dispone de un poder soberano que le permita fijar arbitrariamente el montante de la condena, pues deberá calcularlo en función de los elementos del perjuicio realmente causado²¹⁸.

El juzgador está vinculado a su decisión originaria y la liquidación de la misma se reduce a una operación aritmética que, en su caso, puede consistir en multiplicar el número de días que haya

²¹³ *Vid.* CARBONNIER, *op. cit.* en nota 4, p. 667; STARCK apunta en este sentido que esta posibilidad de revisión no es contraria a la autoridad de cosa juzgada, «pues el Tribunal se reserva simplemente el derecho de examinar las modalidades de la medida que ha impuesto, no aquella de volver sobre los mismos principios de la condena». Asimismo afirma que el Tribunal tiene como poder el revisar el montante de la *Astreinte*, incluso tiene el poder de suprimirla en caso de incumplimiento constatado, lo cual concede al juez una verdadera facultad de retractación, difícilmente conciliable con aquellos principios que gobiernan los efectos de las sentencias. *Vid.* *op. cit.* en nota 165, p. 828; *vid.* también, MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.* en nota 163, p. 578.

²¹⁴ *Vid.* WEILL et TERRÉ, *op. cit.* en nota 161, p. 902; CARBONNIER, *op. cit.* en nota 4, p. 4; STARCK, *op. cit.* en nota 165, p. 812; BÉNABENT, *op. cit.* en nota 178, p. 444; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, pp. 782-783.

²¹⁵ *Vid.* MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.* en nota 163, p. 578; WEILL et TERRÉ, *op. cit.* en nota 161, p. 902; CARBONNIER, *op. cit.* en nota 4, p. 667; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, p. 782; BÉNABENT, *op. cit.* en nota 178, p. 444.

²¹⁶ *Vid.* STARCK, *op. cit.* en nota 165, p. 812; CARBONNIER, *op. cit.* en nota 4, p. 667; WEILL et TERRÉ, *op. cit.* en nota 161, p. 903; BÉNABENT, *op. cit.* en nota 178, p. 444; MALAURIE et AYNÉS, *op. cit.* en nota 163, p. 578; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, p. 783.

²¹⁷ *Vid.* CARBONNIER, *op. cit.* en nota 4, p. 667; BÉNABENT, *op. cit.* en nota 178, p. 444; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, p. 784; WEILL et TERRÉ, *op. cit.* en nota 161, p. 903.

²¹⁸ STARCK indica, en este sentido, que si la condena fuera superior a este perjuicio, se consideraría como una verdadera «pena privada», ilícita como tal. *Vid.* *op. cit.* en nota 165, p. 813.

durado el retardo por la cuantía fija señalada para cada día. De este modo, existe una certidumbre acerca de su importe, pues cabe el cálculo *ab initio* del *quantum* final de la pena.²¹⁹

Sus caracteres son los siguientes: la *Astreinte* definitiva ha de ser declarada de modo concluyente, expresamente, pues no cabe su presunción, tal y como ocurre con la provisional²²⁰ y, además, no puede ser establecida más que para una duración determinada.²²¹ Su cuantía, por ello, está dirigida a beneficiar al acreedor, pues se acumula a la indemnización de daños y perjuicios.²²²

Por la doctrina francesa, por otro lado, se ha indicado, en función del artículo 51 del Decreto de 31 de julio de 1992, que la *Astreinte* comienza a surtir efectos desde el día o desde que la resolución judicial que la ordenó haya devenido ejecutoria.²²³

De otro modo, se ha observado que si el acreedor no puede obtener la ejecución *in natura* de la obligación, o si, tras el retardo, pierde el interés objetivo en la misma, en todos los casos podrá obtener un equivalente monetario, bajo la forma de indemnización de daños y perjuicios.²²⁴

Ahora bien, la condena a la *Astreinte* está destinada a forzar la voluntad de deudor, y a provocar el cumplimiento de una obligación, ésta, por tanto, puede lograr, con su aplicación, y después de una resistencia mayor o menor del obligado, el resultado deseado, o bien, puede devenir ineficaz en el supuesto de incumplimiento definitivo de su contenido. En ambos casos, el período provisional de espera finalizará, bien debido a un cumplimiento de la obligación o bien, por el contrario, a un incumplimiento definitivo de la misma. En su caso, el acreedor deberá interesar al Órgano Judicial la liqui-

²¹⁹ *Vid.* STARCK, *op. cit.* en nota 165, p. 829.

²²⁰ *Vid.* TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE indican que no puede ser ordenada más que después de pronunciar una *Astreinte* provisional. *Vid.* *op. cit.* en nota 167, p. 785.

²²¹ *Vid.* BÉNABENT, *op. cit.* en nota 178, p. 444; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, p. 784.

²²² De enriquecimiento injusto habla BÉNABENT al referirse a esta modalidad. *Vid.* *op. cit.* en nota 178, p. 445; por su parte, MALAURIE et AYNÉS apuntan que la *astreinte* definitiva deviene un verdadero modelo de pena privada, en tanto que puede enriquecer considerablemente al acreedor. *Vid.* *op. cit.* en nota 163, p. 578.

Por otro lado, ARAGONESES indica que existe una tercera modalidad de *Astreinte* a la que denomina definitiva e indemnizatoria. «Se distingue de la anterior en cuanto es una sanción plenamente indemnizatoria, destinada a reparar un daño futuro y cierto que se entiende que se puede evaluar precisamente al momento de dictarse el fallo condenatorio y aun antes de su producción efectiva.» Cfr. *op. cit.* en nota 157, p. 58.

²²³ Señala el segundo párrafo de tal artículo que sin embargo, puede surtir efectos desde el día de su pronunciamiento, si éste se ajusta ya a una decisión ya ejecutoria. *Vid.* en este sentido, TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, p. 785.

²²⁴ *Vid.* TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.* en nota 167, p. 785.

dación de la *Astreinte*, es decir, la fijación de la suma definitivamente debida²²⁵.

El Juez que liquide la *Astreinte* no está vinculado por criterio de cálculo alguno, sino únicamente por los recursos del deudor y por las dificultades objetivas que éste tenga para cumplir²²⁶. Éste apreciará, discrecionalmente, si ha de moderar o suprimir la condena pecuniaria provisional, sin estar obligado a motivar su decisión, de tal modo que la fijación del importe de la *Astreinte* no depende de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor, ni tampoco de la noción de perjuicio o la de culpa *-faute-*, en tanto que estas últimas no han de ser tomadas en consideración para el cómputo de su valor²²⁷.

Una vez fijada la cuantía definitiva de la *Astreinte*, cabe la aplicación de todas las medidas específicas propias de la ejecución expropiativa²²⁸.

Por último, la doctrina se ha cuestionado si cabe la posibilidad de obtener una liquidación anticipada de la *Astreinte*, con la finalidad de urgir el cumplimiento por parte del deudor, a través de un embargo de bienes. En este sentido, se ha estimado que tal procedimiento es poco práctico, puesto que si a pesar del embargo, la conducta dilatoria del obligado prosigue, se vería en la necesidad de requerir una nueva liquidación anticipada. Esta liquidación tendría, únicamente un carácter provisional y si cuando se practicase la liquidación definitiva, el importe total se redujese, el acreedor tendría que reintegrar la parte de la suma que en exceso hubiese recibido, por ello, la Jurisprudencia no ha adoptado una decisión firme al respecto²²⁹.

²²⁵ BÉNABENT observa que cuando el beneficiario solicite la correspondiente liquidación, tiene la carga de la prueba de acreditar hasta qué fecha ha durado el incumplimiento o el retraso del deudor. *Vid. op. cit.* en nota 178, p. 445.

²²⁶ *Vid. STARCK, op. cit.* en nota 165, p. 829.

²²⁷ STARCK, a este respecto, precisa lo siguiente: «Así es como una Corte de Apelación procedió a la liquidación de una *Astreinte*, fundada justamente su decisión en el solo incumplimiento por el deudor de la resolución ordenando esta medida, sin tener que caracterizar la culpa por parte del deudor, en cuanto que no se había invocado la excepción de fuerza mayor.» *Cfr. op. cit.* en nota 165, p. 830; *vid. igualmente MALAURIE et AYNÉS, op. cit.* en nota 163, p. 579.

²²⁸ *Vid. ARAGONESES, op. cit.* en nota 157, p. 126.

²²⁹ *Vid. ARAGONESES, op. cit.* en nota 157, pp. 125-126.

ADDENDA

Como consecuencia de la promulgación de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil, con posterioridad a la elaboración del presente trabajo, el epígrafe 3.1 debe tener el siguiente contenido:

Ante la ausencia de ejecución de la prestación de hacer infungible, una vez se haya agotado el plazo señalado sin que el deudor ejecutado haya llevado a cabo el cumplimiento de la misma, el ejecutante puede optar entre solicitar que la ejecución siga adelante para entregarle un equivalente pecuniario de la obligación, o pedir que se apremie al obligado con una multa por cada mes que transcurra sin verificarlo desde la finalización del plazo concedido por el juez para cumplirlo¹. Esta es la solución que se desprende del párrafo primero del artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y que también debe completarse con lo dispuesto en los artículos 1.098 del Código civil si lo relacionamos con los artículos 1.161² y 1.166 segundo párrafo³ del mismo cuerpo legal⁴.

Dispone, el artículo 709.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil que cuando el título que haya de ejecutarse contenga una prestación de hacer infungible, el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo.

En este sentido, se ha considerado acertada la modificación operada por el legislador en esta materia, en tanto que con arreglo a la insuficiente regulación anterior de la misma, la satisfacción del

¹ *Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, Comentario al artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento civil, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, Tomo III, director Lorca Navarrete, Valladolid, 2000, p. 3713; MORENO CATENA, La nueva Ley de Enjuiciamiento civil, Tomo IV, La ejecución forzosa, Madrid, 2000, p. 132; ARROYO GARCÍA, Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, coordinador Cabañas García, Madrid, 2000, pp. 633-634; MONTERO AROCA, Derecho jurisdiccional II, Valencia, 2000, pp. 649-650; CORTÉS DOMÍNGUEZ y otros, Derecho Procesal Civil, Parte General, Madrid, 2000, pp. 483 ss.; con respecto a la anterior normativa, pueden consultarse las siguientes obras, MANRESA, *op. cit.*, p. 494; MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, p. 767; FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 331 ss.; MONTERO AROCA, Derecho jurisdiccional, Barcelona, 1994, *cit.*, p. 82; VERDERA SERVER, *op. cit.*, p. 295; TAPIA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 128; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 680; BADOSA, *op. cit.*, p. 30; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 206; MORENO QUESADA, *op. cit.*, p. 499.*

² Artículo 1.161 del Código civil. «En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

³ Artículo 1.166 del Código civil. «El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida».

Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor».

⁴ *Vid. MORENO CATENA, op. cit.*, p. 132; DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, p. 3713.

interés específico del acreedor en el cumplimiento de prestaciones de hacer infungibles quedaba totalmente al arbitrio del deudor, por cuanto no se preveía medio alguno que posibilitara la obtención del cumplimiento *in natura*⁵. Únicamente se disponía que, ante un posible incumplimiento por parte del obligado, el acreedor habría de conformarse con el resarcimiento de perjuicios en el supuesto de que, por tratarse de personalísimo el hecho a cargo del deudor, no pudiera verificarse su cumplimiento por un tercero y a costa de aquél, por lo que asumía completa efectividad el paralelismo y la reciprocidad entre la infungibilidad de la prestación y su incoercibilidad, lo cual implicaba la imposibilidad de admitir constricción de clase alguna ante la conducta infungible del deudor⁶.

No obstante, sorprende, precisamente, el que el legislador no haya incorporado expresamente, en la regulación de la norma que se comenta, artículo 709 LEC y ante la eventual opción del acreedor-ejecutante por el equivalente pecuniario de la prestación de hacer, el posible resarcimiento de los daños y perjuicios que tal inejecución de la obligación hubiera podido ocasionarle. Tal prescripción suscita la cuestión acerca de si este resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos ha de entenderse incluido en la locución «equivalente pecuniario de la prestación», apreciación que pondría de manifiesto la insuficiente precisión técnica de la norma que nos ocupa; o si, por el contrario, su no explícita alusión debe ser interpretada en el sentido de que aquél, resarcimiento de daños y perjuicios, se encuentra excluido de la solicitud por parte del ejecutante cuando se incline por el cumplimiento por equivalente, lo cual, inevitablemente, introduciría el riesgo de infracompensación numeraria al acreedor que, además, no ha obtenido el cumplimiento *in natura* de la prestación debida.

Según el artículo 709.1 ya citado, y al igual que en las prestaciones de hacer fungibles, el Tribunal requerirá al deudor para que ejecute la prestación a su cargo dentro de un plazo que fijará según la naturaleza del hacer y las circunstancias que concurran. Durante tal período, se ofrece al ejecutado la posibilidad de exponer las

⁵ Considera ARANGÜENA FANEGO que: «A terminar con este estado de cosas ha procedido decidida y acertadamente el legislador de 1999 y de ello da idea el que se haya considerado que sin duda la mayor novedad de la nueva ley en materia de ejecución no dinaria estriba en el propio espíritu y en el cambio de mentalidad operado en el legislador en la línea clamorosamente reclamada desde diversos sectores doctrinales y de la práctica forense». Cfr. «Comentario al artículo 699 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III*, director Lorca Navarrete, Valladolid, 2000, p. 3592. Respecto a la anterior regulación normativa *vid. TAPIA FERNÁNDEZ, op. cit.*, p. 128-129; MARTÍN PÉREZ, *op. cit.*, pp. 329 ss.

⁶ *Vid. MAZZAMUTO, op. cit.*, p. 101; VERDERA SERVER, *op. cit.*, p. 296; MOSCOSO TORRES, «Ejecución no dinaria», en *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada, Volumen II*, coordinadores Marina Martínez-Pardo y Loscertales Fuertes, Madrid, 2000, pp. 1432-1433.

razones por las que se opone a realizar lo dispuesto en el título y aducir lo que estime adecuado acerca de la naturaleza fungible o infungible de la prestación debida. Al respecto, se ha señalado que, en principio, parece evidente que las manifestaciones del ejecutado, respecto a su negativa a cumplir lo que le manda el auto, no pueden significar otra cosa más que la ampliación del plazo del requerimiento, en el supuesto de que el deudor expresara su insuficiencia y, en cualquier caso, servirá como factor a tomar en cuenta por el Juez cuando tenga que decidir sobre las consecuencias del incumplimiento, pues habrá de resolver sobre si la ejecución sigue adelante *in natura* o por el equivalente pecuniario de la prestación⁷.

Concluido el señalado plazo sin que el ejecutado haya cumplido la obligación, ya se ha señalado que el acreedor-ejecutante tiene la opción de solicitar que la ejecución continúe para proporcionarle un equivalente pecuniario de la prestación, o que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a efecto desde la finalización del plazo. En este caso, el Tribunal resolverá lo que proceda y accederá a lo solicitado por el ejecutante si considera que la prestación objeto de condena reúne las especiales características que califican a las obligaciones de hacer infungibles⁸.

Llegados a este punto, se incline el Tribunal por una o por otra alternativa, se aplicará al ejecutado una multa. Por un lado, si se le apremia, para que lleve a cabo el cumplimiento específico de la obligación, se le impondrán multas mensuales, cuyo importe podrá ascender a un 20% del precio o valor que en el mercado se atribuya a esas conductas. Y, por otro, si se manda seguir la ejecución para obtener el equivalente pecuniario de la obligación, se le sancionará con una multa única, cuya cuantía podrá elevarse hasta un 50% de dicho precio o valor, conforme al artículo 711 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil⁹.

Si la ejecución ha de proseguir para obtener un equivalente pecuniario de la prestación, la regulación de la materia se remite a la norma

⁷ Cfr. MORENO CATENA, *op. cit.*, pp. 131-132; DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, pp. 3711-3713.

⁸ Vid. MORENO CATENA que, en este sentido, considera que: «Parece claro que esa especie de vinculación automática de la resolución judicial a lo pedido por el ejecutante, según parece desprenderse de la norma, tiene que modularse con lo manifestado por el deudor, puesto que la situación personal de éste puede condicionar e incluso determinar el contenido de la preferencia del acreedor (si el pintor que debía hacer el retrato ha sufrido un accidente que le impide usar las manos carece de sentido imponerle apremios para intentar que cumpla)». Cfr. *op. cit.*, p. 132; DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, pp. 3713-3714.

⁹ Vid. MORENO CATENA, *op. cit.*, p. 132; MONTERO AROCA y otros, *Derecho jurisdiccional II*, Valencia, 2000, pp. 649-650; MOSCOSO TORRES, *op. cit.*, p. 1434; vid. VAZQUEZ IRUZUBIETA, que considera que la imposición de multas al deudor-ejecutado podría ser inconstitucional, «Comentario al artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento civil», *Comentario a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 2000.

relativa a las ejecuciones de prestaciones de hacer fungibles, es decir, al artículo 706.2 de la LEC. En el supuesto de que se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se repetirán los requerimientos cada tres meses, hasta que finalice un año contado a partir del primero de ellos. Si pasado el año, el ejecutado persistiera en su actitud renuente al cumplimiento de lo dispuesto en el título, la ejecución continuará para proporcionar al acreedor-ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción, siguiendo la propia dicción del artículo 709.3 de la LEC., de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el Tribunal¹⁰.

Finalmente, se ha señalado que, en líneas generales, la valoración de la actual ejecución por obligaciones de hacer ha de ser positiva, sobre todo en lo referente a la configuración del derecho a la ejecución en sus propios términos integrando el entramado del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida en el artículo 24 de nuestra Constitución.

Se liquida, de este modo, el criticado sistema anterior de ejecución, con una absoluta preferencia, especialmente respecto de prestaciones personalísimas, por la sustitución del cumplimiento *in natura* de la obligación por la indemnización de daños y perjuicios, dejando, como ya se ha indicado, en manos del propio deudor la opción de desvirtuar el cumplimiento de una obligación infungible por su equivalente económico, solamente por el transcurso del plazo concedido por el juez para su cumplimiento en forma específica.

Por último, y respecto a las multas pecuniarias, se ha señalado que, aunque en principio, su instauración es considerada una medida acertada y oportuna, hubiera sido más idóneo implantar un régimen análogo al sistema francés de *Astreintes*, por estimarlo más adecuado para alcanzar el cumplimiento *in natura*, particularmente cuando se trata de obligaciones de hacer infungibles. No obstante, debe traerse a colación al respecto la Exposición de Motivos (XVII, final) de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil que muestra el criterio del legislador en orden a esta disciplina: «se evitan las restricciones excesivas, buscando el equilibrio entre el interés y la justicia de la ejecución en sus propios términos, por un lado y, por otro, el respeto a la voluntad y el realismo de no empeñarse en lograr coactivamente prestaciones a las que son inherentes los rasgos personales del cumplimiento voluntario»¹¹.

¹⁰ *Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, op. cit.*, pp. 3713 ss.; para MORENO CATENA, los apremios que ha de satisfacer el deudor lo son en concepto de multas y, por ello, han de ser ingresados en el tesoro público no entregándose, en ningún caso, a favor del acreedor. *Vid. op. cit.*, p. 133.

¹¹ *Vid.* los anteriores argumentos en ARANGÜENA FANEGO, *op. cit.*, pp. 3602 ss.; *vid.* también, MOSCOSO TORRES, *op. cit.*, pp. 1401 ss.

BIBLIOGRAFÍA

Revistas Españolas

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones.-II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor, letra de cambio y cheque. 6. Derecho concursal.-III. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.-IV. *Derecho de la Unión Europea*.-V. *Derecho procesal*.—Abreviaturas. Revistas que se citan sin abreviar.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Reclamación de paternidad no matrimonial. Aplicación de la ley nacional de la hija: ley francesa. Aportación y prueba de la ley extranjera. Legitimación activa. Plazo de interposición de la acción. *Favor filii*. Vulneración del orden público español. Aplicación de la ley española (comentario a la STS de 22 de marzo de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 863 ss.

BOLAS ALFONSO, Juan: «El papel del notariado en el espacio jurídico europeo», en *RJNot*, núm. 35, 2000, pp. 37 ss.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio: «El derecho judicial, fuente positivadora del ordenamiento. Un concepto postkelseniano de derecho», en *RJNot*, núm. 36, 2000, pp. 65 ss.

CASTRO, José Luis de, y ZUNZUNEGUI, Fernando: «Consecuencias jurídicas de la moneda única», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 51 ss.

CERDÁ GIMENO, José: «Una recapitulación sobre un tópico permanente y un recuerdo de un influyente jurista (en torno al tema de la codificación y a la figura de don Antonio Hernández Gil)», en *RJNot*, núm. 36, 2000, pp. 105 ss.

CUARTERO RUBIO, M.^a Victoria: «Ejecución en España de sentencia inglesa. Aplicación del Convenio de Bruselas de 1968. Motivos de denegación de la ejecución (comentario a la STS de 12 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 513 ss.

— «Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva», en *DPC*, enero-diciembre 2000, pp. 21 ss.

CUENA CASAS, Matilde: «La primacía del derecho comunitario: luces y sombras» en *RGLJ*, núm. 4, 2000, pp. 459 ss.

DELMAS-MARTY, Mireille: «Necesidad, legitimidad y factibilidad del *Corpus Iuris*», en *La Ley*, 2000-3, D-87.

ESPIAU ESPIAU, Santiago: «La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del Derecho europeo», en *DPC*, enero-diciembre 2000, pp. 63 ss.

GÓMEZ JENÉ, Miguel: «Convenio arbitral y orden público europeo (a propósito de la Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000 en el asunto Krombach c. Bamberski)», en *GJ*, núm. 209, 2000, pp. 86 ss.

HEREDIA CERVANTES, Iván: «Competencia de los Tribunales españoles para modificar decisiones extranjeras (comentario a la STC 61/2000, de 13 de marzo)», en *DPC*, enero-diciembre 2000, pp. 165 ss.

MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Aspectos jurídico-privados del euro (II)», en *RDP*, noviembre 2000, pp. 821 ss.

MARTÍN BERNAL, Juan Manuel: «Internet y la virtualización del Derecho en general y del Derecho civil en particular», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2001, pp. 443 ss.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis: «Enseñanza jurídica e interpretación: bases para una revisión de la metodología didáctica del Derecho», en *La Ley*, 2000-3, D-86.

PARDO, Celestino: «El Derecho Interregional y la foralidad», en *RCDI*, núm. 663, 2001, pp. 9 ss.

PEMÁN GAVÍN, Juan: «Refundición y técnica legislativa. Apunte crítico sobre el texto refundido de Cataluña en materia urbanística», en *RJC*, núm. 1, 2001, pp. 113 ss.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «Tras las huellas del legislador del Código Civil de los cubanos», en *RDP*, noviembre 2000, pp. 856 ss.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.: «Ciencia formal y ciencia práctica del derecho notarial», en *RJNot*, núm. 35, 2000, pp. 177 ss.

ZUNZUNEGUI, Fernando, y CASTRO, José Luis de: «Consecuencias jurídicas de la moneda única», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 51 ss.

DERECHO DE LA PERSONA

ALONSO GARCÍA, Ricardo: «La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», en *GJ*, núm. 209, 2000, pp. 3 ss.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María: «Notas a la nueva regulación de la protección de datos de carácter personal (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre)», en *La Ley*, 2000-3, D-95.

- ARROYO MONTERO, L. Rafael: «La nacionalidad en la acción de filiación. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 22 de marzo de 2000» en *RDP*, diciembre 2000, pp. 987 ss.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara I.: «Tutela judicial efectiva y naturaleza y prescripción de la acción indemnizatoria en caso de actuaciones penales previas (a propósito de la STC 198/2000, de 14 de julio)», en *DPC*, enero-diciembre 2000, pp. 7 ss.
- BARNETT, Stephen R.: «El derecho a la propia imagen: el *right of publicity* norteamericano y su correspondencia en el Derecho español», en *RDM*, núm. 237, 2000, pp. 1225 ss.
- CABRERA MERCADO, Rafael: «El proceso de incapacitación», en *EDJ*, núm. 22, 1999, pp. 207 ss.
- CARBALLO PIÑEIRO, Laura: «Orden jurídico comunitario, derechos fundamentales e interpretación del artículo 27-1 del Convenio de Bruselas», en *La Ley*, 2000-3, D-102.
- CREMADAS GARCÍA, P.; SAURA ALBERDI, B., y TUR AUSINA, R.: «La alteración en el orden de los apellidos. Aspectos constitucionales y civiles de una reforma legislativa», en *RGD*, octubre 2000, pp. 10839 ss.
- CUARTERO RUBIO, María Victoria: «Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva», en *DPC*, enero-diciembre 2000, pp. 21 ss.
- DELGADO BUENO, Santiago, y RUIZ DE LA CUESTA, José M.ª: «Aspectos médico-legales del internamiento y de la incapacidad», en *EDJ*, núm. 22, 1999, pp. 23 ss.
- DOMENECH PASCUAL, Gabriel: «Convalidaciones legislativas, derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la arbitrariedad (a propósito de la STC 73/2000, de 14 de marzo: asunto del Embalse de Itoiz)», en *La Ley*, 2000-4, D-128.
- ESCALONILLA MORALES, Blanca María: «Aspecto personal de las instituciones protectoras de las personas incapacitadas», en *EDJ*, núm. 22, 1999, pp. 277 ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.ª Ángeles: «El conflicto de intereses en la tutela y los medios de protección del menor: estudio del artículo 221 del CC», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2001, pp. 389 ss.
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen: «La protección de los datos relativos a la salud de los trabajadores (a propósito de la STC 202/1999, de 8 de noviembre)», en *DPC*, enero-diciembre 2000, pp. 129 ss.
- GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel I.: «La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico», en *RPJ*, núm. 57, 2000, pp. 13 ss.
- GERPE LANDÍN, Manuel (y otros): «El secret de les comunicacions telefòniques a la jurisprudència del Tribunal Constitucional», en *RJC*, núm. 4, 2000, pp. 1073 ss.

- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Rossana: «Límites a la construcción de un “orden público” en materia de derechos fundamentales (a propósito de la sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000, Krombach c. Bamberski)», en *RDCE*, núm. 8, 2000, pp. 593 ss.
- GONZÁLEZ POVEDA, Pedro: «Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela», en *EDJ*, núm. 22, 1999, pp. 119 ss.
- GONZÁLEZ RIVAS, Juan José: «El recurso de amparo y su inserción en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo», en *RGLJ*, núm. 3, 2000, pp. 303 ss.
- GRACIETA ROYO, Luis Pedro, e IBARRA GARCÍA, Nuria: «La confidencialidad de la historia clínica: una aportación desde la perspectiva del contrato de seguro», en *La Ley*, 2000-3, D-98.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Capacidad jurídica y capacidad de obrar», en *EDJ*, núm. 22, 1999, pp. 11 ss.
- GUTIÉRREZ CALLES, José Luis: «Matrimonio, testamento y derecho de sufragio activo del incapacitado», en *RPJ*, núm. 56, 1999, pp. 345 ss.
- IBARRA GARCÍA, Nuria, y GRACIETA ROYO, Luis Pedro: «La confidencialidad de la historia clínica: una aportación desde la perspectiva del contrato de seguro», en *La Ley*, 2000-3, D-98.
- LACABA SÁNCHEZ, Fernando: «Libertad de información y derecho a la seguridad: ¿bienes en necesario conflicto?», en *La Ley*, 2000-4, D-141.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: «Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor», en *Actualidad Civil*, núm. 45, 2000, pp. 1623 ss.
- LINACERO DE LA FUENTE, María: «Comentario a la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos», en *RGLJ*, núm. 3, 2000, pp. 321 ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La modificación legislativa de las medidas de internamiento no voluntario de personas por razones psíquicas en la Ley 1/2000, de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2000-4, D-120.
- MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo: «Para una afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea», en *RPJ*, núm. 57, 2000, pp. 31 ss.
- MARTÍNEZ DÍE, Rafael: «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», en *EDJ*, núm. 22, 1999, pp. 171 ss.
- MONFORT FERRERO, María Jesús, y SAIZ GARCÍA, Concepción: «Derechos de la personalidad y propiedad industrial: ausencia de intromisión ilegítima (comentario a la STS de 15 de febrero de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 699 ss.
- NABAL RECIO, Antonio: «Régimen procesal de los derechos fundamentales», en *RPJ*, núm. 57, 2000, pp. 187 ss.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia: «El régimen de extranjería según la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social», en *La Ley*, 2000-4, D-143.

- ORTIZ GONZÁLEZ, Ángel: «La protección de los incapaces. Actuaciones del defensor del pueblo», en *EDJ*, núm. 22, 1999, pp. 231 ss.
- PUJOL CAPILLA, Purificación: «La tutela judicial y el proceso cautelar en la nueva LEC», en *Actualidad Civil*, núm. 16, 2001, pp. 595 ss.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «Intromisión en el derecho al honor: límites de las libertades de información y expresión. Difusión de la sentencia estimatoria de la demanda. Revisabilidad en casación del *quantum indemnizatorio* (comentario a la STS de 30 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 579 ss.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique: «Los procesos sobre capacidad y la nueva LEC (glosa general)», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2001, pp. 339 ss.
- RASCÓN ORTEGA, Juan Luis: «El punto de partida: la inviolabilidad domiciliaria como derecho fundamental», en *RPJ*, núm. 58, 2000, pp. 429 ss.
- REBÉS I SOLÉ, Josep-Enric: «El dret devant els avenços de la biotecnologia mèdica», en *RJC*, núm. 4, 2000, pp. 1023 ss.
- REVUELTA, Isabel: «Una Carta de Derechos Fundamentales para la Unión Europea», en *RPJ*, núm. 58, 2000, pp. 125 ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (comentario a la STC 141/2000, de 29 de mayo)», en *DPC*, enero-diciembre 2000, pp. 245 ss.
- RUIZ DE LA CUESTA, José M.^a, y DELGADO BUENO, Santiago: «Aspectos médico-legales del internamiento y de la incapacitación», en *EDJ*, núm. 22, 1999, pp. 23 ss.
- SAIZ GARCÍA, Concepción, y MONFORT FERRERO, María Jesús: «Derechos de la personalidad y propiedad industrial: ausencia de intromisión ilegítima (comentario a la STS de 15 de febrero de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 699 ss.
- SAURA ALBERDI, B.; CREMADES GARCÍA, P., y TUR AUSINA, R.: «La alteración en el orden de los apellidos. Aspectos constitucionales y civiles de una reforma legislativa», en *RGD*, octubre 2000, pp. 10839 ss.
- TORRES FERNÁNDEZ, María Elena: «El principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre», en *La Ley*, 2000-4, D-130.
- TUR AUSINA, R.; CREMADES GARCÍA, P., y SAURA ALBERDI, B.: «La alteración en el orden de los apellidos. Aspectos constitucionales y civiles de una reforma legislativa», en *RGD*, octubre 2000, pp. 10839 ss.
- VALLEJO LOBETE, Ernesto: «La prohibición de publicidad destinada a los niños: ¿una opción viable?», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 79 ss.
- VIVANCOS SÁNCHEZ, Magdalena: «Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo», en *Actualidad Civil*, núm. 48, 2000, pp. 1753 ss.

PERSONA JURÍDICA

AGUYO, Juan A., «Los derechos de las personas jurídicas con ánimo de lucro», en *RGD*, octubre 2000, pp. 11339 ss.

ESPÍN ALBA, Isabel: «Cooperativas agrarias en la Ley de Cooperativas de Galicia», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2001, pp. 151 ss.

MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Asociaciones. Sociedad General de Autores y Editores; naturaleza jurídico-pública de la entidad según la Ley de 24 de junio de 1941. Sanción impuesta a asociados; indefensión causada en el procedimiento sancionador; nulidad del acuerdo sancionador. Separación de consejeros; necesidad de inclusión en el orden del día; no aplicación de la Ley de Sociedades Anónimas. Protección interdictal de los cargos sociales o de la condición de asociado. Indemnización de daños morales por la anulación de los acuerdos sancionadores y por la interposición de querella contra los administradores, luego absueltos (comentario a la STS de 16 de marzo de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 835 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALBALADEJO, Manuel: «Mora en las obligaciones recíprocas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 9 de marzo de 1999», en *RDP*, julio-agosto 2000, pp. 611 ss.

AGUILAR RUIZ, Leonor: «La aplicación jurisprudencial de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo», en *RDPat*, núm. 4, 2000, pp. 125 ss.

ANDRÉS CIURANA, Baldomero: «Las instituciones arbitrales nacionales (desarrollo, fundamento y consideración del arbitraje institucional)», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2001, pp. 81 ss.

— «La aceptación del arbitraje y la designación de los árbitros por las instituciones arbitrales», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2001, pp. 307 ss.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara I.: «Tutela judicial efectiva y naturaleza y prescripción de la acción indemnizatoria en caso de actuaciones penales previas (a propósito de la STC 198/2000, de 14 de julio)», en *DPC*, enero-diciembre 2000, pp. 7 ss.

BALLARÍN, Rafael: «Tercería de dominio. *Lease back*. Compraventa: Tradición *solo consensu* (comentario a la STS de 20 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 931 ss.

BENAVENTE MOREDA, Pilar: «Nulidad de capitulaciones matrimoniales por ilicitud de la causa. Intención defraudatoria reconocida en proceso anterior. Nulidad radical, inaplicabilidad del plazo de caducidad de cuatro años (comentario a la STS de 14 de marzo de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 805 ss.

- BENAVENTE VALDEPEÑAS, Emilia: «Los contratos de distribución comercial», en *DN*, noviembre 2000, pp. 51 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Ejecución hipotecaria: acciones del poseedor del bien hipotecado (tercero hipotecante) frente al deudor y frente a fiadores solidarios del deudor (comentario a la STS de 23 de marzo de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 879 ss.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes: «El control de contenido en condiciones generales y en cláusulas contractuales predispuestas», en *RJNot*, núm. 35, 2000, pp. 9 ss.
- BLANDINO GARRIDO, María Amalia: «La sanción frente a las cláusulas abusivas (estudio comparado de los ordenamientos español e italiano)», en *RDPat*, núm. 5, 2000, pp. 145 ss.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «Desde la accesoriad de la hipoteca a la accesoriad del crédito. Los problemas de una inversión», en *RJNot*, núm. 36, 2000, pp. 9 ss.
- BOLÁS ALFONSO, Juan: «Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial», en *RJNot*, núm. 36, 2000, pp. 31 ss.
- CADARSO PALAU, Juan: «La lista negra de cláusulas abusivas. Marginal a la Ley de Condiciones Generales», en *La Ley*, 2000-3, D-92.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: «La implantación del euro y su incidencia en las obligaciones pecuniarias», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2001, pp. 163 ss.
- CARBALLO FIDALGO, Marta: «El contrato a favor de tercero», en *Actualidad Civil*, núm. 47, 2000, pp. 1697 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Aval a primer requerimiento (comentario a la STS de 17 de febrero de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 987 ss.
- CASTRO BOBILLO, J. Carlos: «Del artículo 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2001, pp. 417 ss.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «Acuerdo de intenciones y opción de compra. Eficacia frente a terceros de la opción de compra. Acción reivindicatoria sobre derechos de explotación de la propiedad intelectual (comentario a la STS de 11 de abril de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1141 ss.
- CERVERA GARCÍA, Juan Luis: «La competencia judicial internacional en las acciones por daños y perjuicios a causa de conservación deficiente y deterioro de alojamientos turísticos a la luz del asunto Dansommer», en *RGD*, octubre 2000, pp. 10801 ss.
- CHAMORRRO POSADA, Manuel: «Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción», en *RDU*, núm. 182, 2000, pp. 149 ss.
- CLEMENTE MEORO, Mario E.: «Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica», en *RDPat*, núm. 4, 2000, pp. 59 ss.
- CONTIJOCH PRATDESABA: «El juicio de desahucio y demás procesos arrendatarios en la nueva LEC», en *RJC*, núm. 1, 2001, pp. 9 ss.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «Condiciones de la acción subrogatoria», en *RDP*, julio-agosto 2000, pp. 539 ss.

DÍAZ FRAILE, Juan María: «El comercio electrónico: Directiva y Proyecto de Ley español de 2000 (crónica de su contenido, origen, propósitos y proceso de elaboración)», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2001, pp. 31 ss.

— «Comentario a la Directiva y al Proyecto de Ley español de comercio electrónico de 2000. Contenido y proceso de elaboración», en *RCDI*, núm. 663, 2001, pp. 81 ss.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto: «Responsabilidad civil médica. Jurisdicción competente. Consentimiento informado (comentario a la STS de 7 de marzo de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 755 ss.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Hipoteca: indivisibilidad. División de finca hipotecada sin consentimiento del acreedor hipotecario. Derechos de tanto y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos. Arrendamiento inscrito posterior a la hipoteca: subsistencia tras la ejecución hipotecaria y posibilidad de ejercicio del retracto arrendaticio (comentario a la DGRN de 16 de octubre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 473 ss.

ENJO MALLOU, Cruz: «Responsabilidad civil del Abogado. Doctrina jurisprudencial sobre naturaleza, obligación de actividad y responsabilidad. Sentencia que estima la excepción de falta de competencia territorial por sumisión expresa (comentario a la STS de 8 de junio de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1307 ss.

ESCOLANO NAVARRO, José Javier: «Aspectos notariales y registrales de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *RJNot*, núm. 35, 2000, pp. 197 ss.

ESPIAU ESPIAU, Santiago: «Daño moral: concepto y requisitos. Prueba del daño. Daño Moral y responsabilidad por incumplimiento contractual (comentario a la STS de 31 de mayo de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1277 ss.

FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita: «Fianza general por deudas futuras. Presupuestos de validez de las garantías fideusorias globales: exigencia de determinación de la obligación principal, lo que habrá de armonizarse con el carácter expreso de la fianza, y no vulneración de la normativa sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (comentario a la STS de 23 de febrero de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 727 ss.

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique: «Aceptación incondicional del comprador respecto de la oferta. Perfección de un contrato de compraventa internacional de mercaderías. Incumplimiento contractual del aceptante. Solicitud de indemnización de daños y perjuicios. Minoración de tal indemnización a favor del vendedor por venta de reemplazo de la mercancía y falta de adopción de las medidas oportunas para reducir la pérdida (comentario a la STS de 28 de enero de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 673 ss.

FERRANDO MIGUEL, Ignacio, y CASTAÑER CODINA, Joaquim: «Atribución y distribución de responsabilidad civil por el uso no autorizado de tarjetas», en *RDBB*, núm. 81, 2001, pp. 87 ss.

- FONT SEGURA, Albert: «La competencia de los Tribunales españoles en materia de compraventa internacional de mercaderías. Comentario a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de junio de 1999», en *La Ley*, 2000-4, D-115.
- GABALDÓN GARCÍA, José Luis: «Hacia un nuevo Derecho uniforme para los contratos de transporte aéreo internacional (el Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999)», en *DN*, diciembre 2000, pp. 1 ss.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: El contrato de aparcamiento (notas de urgencia sobre una Proposición de Ley), en *Actualidad Civil*, núm. 41, 2000, pp. 1481 ss.
- GARCÍA SOLE, Fernando: «Venta a plazos y *leasing* tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2000-3, D-103.
- GARCÍA VIDAL, Ángel: «La responsabilidad por los contenidos ilícitos de páginas web ajena con las que se establece un *link*», en *DN*, abril 2001, pp. 16 ss.
- GARNICA MARTÍN, Juan F.: «La acción directa frente al asegurador en supuestos de responsabilidad de agentes públicos. Jurisdicción competente», en *Actualidad Civil*, núm. 42, 2000, pp. 1507 ss.
- GÓMEZ JENÉ, Miguel: «Convenio arbitral y orden público europeo (a propósito de la Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000 en el asunto Krombach c. Bamberski)», en *GJ*, núm. 209, 2000, pp. 86 ss.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «La reforma del régimen relativo a la seguridad de los productos: la propuesta de la Comisión», en *GJ*, núm. 209, 2000, pp. 18 ss.
- GRACIETA ROYO, Luis Pedro, e IBARRA GARCÍA, Nuria: «La confidencialidad de la historia clínica: una aportación desde la perspectiva del contrato de seguro», en *La Ley*, 2000-3, D-98.
- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: «Contrato de crédito documentario; diferencia con contrato de garantía autónoma; revocación por parte del depositario judicial de la quiebra del ordenante de la comisión encargada por éste al banco emisor; finalización de la quiebra por convenio (comentario a la STS de 10 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 499 ss.
- «La naturaleza de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios», en *DN*, octubre 2000, pp. 21 ss.
- HORNERO MÉNDEZ, César: «Cesión de vivienda a hijo casado: ¿comodato o precario? (estudio jurisprudencial de una polémica)», en *RDPat*, núm. 5, 2000, pp. 129 ss.
- IBARRA GARCÍA, Nuria, y GRACIETA ROYO, Luis Pedro: «La confidencialidad de la historia clínica: una aportación desde la perspectiva del contrato de seguro», en *La Ley*, 2000-3, D-98.
- LEMA DAPENA, M.^a Alba: «La publicidad engañosa por omisión en el sector financiero», en *RDBB*, núm. 80, 2000, pp. 245 ss.

LLORCA EVANGELIO, Raquel: «El perjuicio derivado de las inmisiones. Especial consideración de los daños a la persona», en *RJNot*, núm. 35, 2000, pp. 53 ss.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: «La situación del deudor civil en el actual derecho francés (la Ley de 31 de diciembre de 1989)», en *RDPat*, núm. 4, 2000, pp. 137 ss.

LÓPEZ MEDEL, Jesús: «Responsabilidad civil de los profesionales», en *RPJ*, núm. 58, 2000, pp. 423 ss.

LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑERO, Álvaro: «Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional», en *La Ley*, 2000-3, D-105.

LUCAS ESTEVE, Adolfo: «Les obligacions garantides amb dret de retenció a la Llei catalana de garanties possessòries sobre cosa moble», en *RJC*, núm. 1, 2001, pp. 67 ss.

MALDONADO MOLINA, Francisco Javier: «Los seguros de vida *unit linked*», en *DN*, octubre 2000, pp. 1 ss.

MARCO ARCALÁ, Luis Alberto: «Signos distintivos: marca. Reivindicación del derecho de titularidad sobre la marca, frente a la solicitud de registro de dicha marca por parte de un tercero no legitimado. Contrato de arrendamiento de empresa en virtud del cual el arrendatario puede hacer uso de la marca no registrada, pero cuyos derechos para solicitar su titularidad retiene el arrendador: uso efectivo de la marca y legitimación para la adquisición del derecho sobre la misma. Indemnización de daños y perjuicios: procede cuando el arrendatario no devuelve la cosa a su dueño: perjuicio real o potencial; también procede en los casos de lesión en su derecho al titular de una marca. Prueba de los daños y perjuicios: en determinados supuestos, se presume su existencia en los procesos civiles sobre patentes, marcas, o competencia desleal. Publicidad de la sentencia condenatoria: medida de naturaleza cautelar *pro futuro* y no resarcitoria, como lo es la indemnización de daños y perjuicios. Aplicación correcta de los artículos 1101 y 1556 del Código Civil, y 4 a 36 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas (comentario a la STS de 17 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 545 ss.

MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Acción reivindicatoria sobre los azulejos de una habitación del Palacio de Velada (Toledo); calificación de los azulejos como bienes muebles o inmuebles. Venta de los azulejos al Estado y posterior venta del Palacio a un particular; venta de cosa ajena. Normativa sobre patrimonio histórico-artístico; aplicación de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español; consideración de los azulejos como bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español. Imprescriptibilidad de determinados bienes del Patrimonio Histórico Español; su relación con los artículos 464 del Código Civil y 85 del Código de Comercio (comentario a la STS de 30 de marzo de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1077 ss.

— «Aspectos jurídico-privados del euro (II)» en *RDP*, noviembre 2000, pp. 821 ss.

- MARTÍN OSANTE, Luis Carlos: «Prenda de créditos: prenda de imposiciones bancarias a plazo fijo. Eficacia frente a terceros y preferencia de la prenda de créditos. Embargo de créditos. La compensación en el ámbito bancario. Ejecución de prenda por imposiciones bancarias (comentario a la STS de 13 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 523 ss.
- MAYNÉS, Manuel: «El derecho a la segunda instancia en el proceso arbitral y la imposibilidad de revisar el laudo en cuanto al fondo del asunto», en *Actualidad Civil*, núm. 8, 2001, pp. 303 ss.
- MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José: «La reciente Ley de Enjuiciamiento Civil y los pactos de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario», en *La Ley*, 2000-4, D-131
- MERCADAL, Francisco: «Contrato de agencia; resolución por incumplimiento; aplicación de la Ley sobre Contrato de Agencia; indemnización por clientela (comentario a la STS de 1 de abril de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 889 ss.
- MONFORT FERRERO, María Jesús: «Adquisición de la propiedad en el contrato de obra y restitución de las prestaciones», en *RDPat*, núm. 5, 2000, pp. 115 ss.
- MUNAR BERNAT, Pedro A.: «Contrato de obra. Acción directa *ex artículo 1.597 CC* contra dueño de la obra, contratista y subcontratista; inmunidad de la acción respecto de terceros ajenos a la cadena contractual; solidaridad e inversión de la carga de la prueba. Costas. Irreversibilidad casacional de la inapreciación de circunstancias excepcionales (comentario a la STS de 6 de junio de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1289 ss.
- NASARRE AZNAR, Sergio: «El crédito territorial en Cuba en la segunda mitad del siglo XIX», en *RCDI*, núm. 663, 2001, pp. 213 ss.
- O'CALLAGHAN, Xavier: «Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2001, pp. 1 ss.
- ORDUÑA, Francisco Javier: «Derecho de la contratación y condiciones generales (I) y (II)», en *RDPat*, números 4 y 5, 2000, pp. 21 ss. y 49 ss.
- PARDO LEAL, Marta: «La Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico: su aplicación en el ámbito del Mercado interior», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 36 ss.
- PINTOS AGER, Jesús: «Alcance de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el sistema de valoración para accidentes de circulación», en *RJC*, núm. 1, 2001, pp. 165 ss.
- PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo de: «Consignación del asegurador», en *RPJ*, núm. 57, 2000, pp. 429 ss.
- POU AMPUERO, Felipe: «Donaciones hechas por una SA», en *RJNot*, núm. 36, 2000, pp. 307 ss.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «Intromisión en el derecho al honor: límites de las libertades de información y expresión. Difusión de la sentencia estimato-

ria de la demanda. Revisabilidad en casación del *quantum indemnizatorio* (comentario a la STS de 30 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 579 ss.

RAMOS HERRANZ, Isabel: «Responsabilidad bancaria por el pago de cheques falsos», en *RDBB*, núm. 80, 2000, pp. 225 ss.

RIVERA SABATÉS, Vidal: «Derecho de acceso a la propiedad de una finca rústica (comentario a la STS de 7 de diciembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 599 ss.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «La firma electrónica», en *RDP*, diciembre 2000, pp. 913 ss.; y en *RJNot*, núm. 35, 2000, pp. 141 ss.

ROMERO MELCHOR, Sebastián: «La sentencia “Lancaster” ¿un *lifting* de la noción de consumidor normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas?», en *GJ*, núm. 209, 2000, pp. 59 ss.

RUBIO GARRIDO, Tomás: «Contrato de juego ONCE y contrato verbal entre jugadores para repartirse el “cuponazo”. ¿Comunidad de bienes o sociedad civil? ¿Aleatoriedad y atipicidad? Prueba e interpretación del contrato. Estipulación a favor de tercero. Congruencia de la sentencia (comentario a la STS de 20 de junio de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1325 ss.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián: «Responsabilidad civil notarial», en *RJNot*, núm. 36, 2000, pp. 261 ss.

SARRIÓN FERNÁNDEZ, Manuel: «Apunte de legislación y jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de la relación de Seguridad Social» en *RDP*, octubre, 2000, pp. 790 ss.

SERRANO ALBERCA, José Manuel: «La propiedad y la contratación del suelo: encrucijada de normas civiles y urbanísticas», en *RUE*, núm. 1, 2000, pp. 15 ss.

SERRANO GÓMEZ, Eduardo: «La protección medioambiental: especial consideración de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente (a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 19 abril de 2000)», en *Actualidad Civil*, núm. 8, 2001, pp. 273 ss.

TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier: «Seguro de accidentes individuales. Delimitación temporal en la producción del siniestro. Riesgo de invalidez excluido al no declararse en el período contractual (comentario a la STS de 8 de octubre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 455 ss.

- «Seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor, que incluye la cobertura a terceros de responsabilidad ilimitada, donde la cobertura de defensa criminal no implica la libre elección de abogado y procurador. Necesidad de haber contratado un seguro específico de defensa jurídica (comentario a la STS de 20 de abril de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1163 ss.
- «La doctrina constitucional sobre el baremo de indemnización de daños corporales», en *DPC*, enero-diciembre 2000, pp. 301 ss.

TOBAJAS GÁLVEZ, Octavio: «Aproximación a las acciones colectivas de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2001, pp. 201 ss.

TRIGO GARCÍA, Belén: «La subrogación en la posición del arrendatario de un arrendamiento rústico en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Actualidad Civil*, núm. 43, 2000, pp. 1563 ss.

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «Tercera de dominio: acreditación del dominio por la arrendadora financiera; alzamiento del embargo. El precio residual de la opción de compra no desnaturaliza el contrato de arrendamiento financiero, convirtiéndolo en una venta a plazos (comentario a la STS de 26 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 567 ss.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Error obstativo. Hecho acreditado que no se quiso vender-comprar la finca registral que se incluyó en el contrato de compraventa (comentario a la STS de 22 de diciembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 619 ss.

- «Incumplimiento contractual: venta por el Estado de la totalidad de las acciones de Industrias Tauro, S.A. (expropiadas a Rumasa), faltando licencia municipal de apertura (comentario a la STS de 30 de junio de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1343 ss.
- «El requisito de la excusabilidad del error en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 30 de septiembre de 1999 (R.A. núm. 7003)» en *RDP*, septiembre 2000, pp. 673 ss.

VICENTE DOMIGO, Elena: «La sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000 sobre el baremo de daños corporales», en *Actualidad Civil*, núm. 44, 2000, pp. 1611 ss.

- «Responsabilidad por producto defectuoso, responsabilidad objetiva, riesgos del desarrollo y valoración de los daños. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 5 de octubre de 1999», en *La Ley*, 2000-3, D-93.

VIGURI PEREA, Agustín: «La responsabilidad derivada del consumo de tabaco», en *Actualidad Civil*, núm. 46, 2000, pp. 1655 ss.

VILASAU SOLANA, Mònica: «La noció de promotor en la Lley 38/1999 d'ordenació de l'edificació», en *RJC*, núm. 1, 2001, pp. 83 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Usufructo con facultad de disponer *inter vivos* en caso de necesidad (comentario a la STS de 9 de marzo de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 791 ss.

- BAENA RUIZ, Eduardo: «Las partes en el proceso del art. 131 de la Ley Hipotecaria. Especial referencia al ejecutado y a su régimen jurídico. Intervención de terceros», en *EDJ*, núm. 23, 1999, pp. 19 ss.
- BALLARÍN, Rafael: «Tercería de dominio. *Lease back*. Compraventa: Tradición *solo consensu* (comentario a la STS de 20 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 931 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Ejecución hipotecaria: acciones del poseedor del bien hipotecado (tercero hipotecante) frente al deudor y frente a fiadores solidarios del deudor (comentario a la STS de 23 de marzo de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 879 ss.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «Desde la accesoria de la hipoteca a la accesoria del crédito. Los problemas de una inversión», en *RJNot*, núm. 36, 2000, pp. 9 ss.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando: «Propiedad industrial. Nulidad de patentes: efectos económicos previstos en el artículo 63 de la Ley de Patentes: no se producen automáticamente, sino que se ha de probar su realidad. (Comentario a la STS de 5 de abril de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1123 ss.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, María: «Vulneración de los derechos de autor en la creación jurídica: obras protegidas, citas y fotocopias», en *RCDI*, núm. 663, 2001, pp. 45 ss.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina C.: «Notas sobre el usufructo con facultad de disponer en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Actualidad Civil*, núm. 40, 2000, pp. 1453 ss.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «Acuerdo de intenciones y opción de compra. Eficacia frente a terceros de la opción de compra. Acción reivindicativa sobre derechos de explotación de la propiedad intelectual (comentario a la STS de 11 de abril de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1141 ss.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «El cómputo en la usucapición de servidumbres de luces y vistas: una crítica a nuestra jurisprudencia», en *RDPat*, núm. 5, 2000, pp. 163 ss.
- COSTAS RODAL, Lucía: La multipropiedad en España: valoración de la Ley 42/1998, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico», en *Actualidad Civil*, núm. 44, 2000, pp. 1585 ss.
- CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés: «El objeto del proceso sobre propiedad industrial: una aproximación a las recientes orientaciones jurisprudenciales», en *RJC*, núm. 4, 2000, pp. 1099 ss.
- CUMELLA GAMINDE, Antonio: «Alteraciones y diferencias en la configuración física de las fincas hipotecadas: consecuencias al ejecutar la hipoteca e inscribir la adjudicación. Art. 112 de la Ley Hipotecaria», en *EDJ*, núm. 23, 1999, pp. 155 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Hipoteca: indivisibilidad. División de finca hipotecada sin consentimiento del acreedor hipotecario. Derechos de tan-

teo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos. Arrendamiento inscrito posterior a la hipoteca: subsistencia tras la ejecución hipotecaria y posibilidad de ejercicio del retracto arrendaticio (comentario a la DGRN de 16 de octubre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 473 ss.

ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M.: «Obras de supresión de barreras arquitectónicas para las personas minusválidas. Gasto individualizable al tratarse de unas obras realizadas en interés exclusivo de un único propietario. Licitud del pacto por el que un propietario se compromete a asumir en exclusiva los gastos originados por las obras de supresión de barreras (comentario a la STS de 17 de diciembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 955 ss.

ENJO MALLOU, M.^a Cruz: «La impugnación de los acuerdos de la Junta de propietarios: el artículo 18 de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 julio, sobre Propiedad Horizontal», en *Actualidad Civil*, núm. 43, 2000, pp. 1529 ss.

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique: «Protección de nombre comercial extranjero utilizado pero no registrado en España. Prevalencia del Convenio de la Unión de París frente a la Ley de Marcas. Nulidad de la marca inscrita en el registro español (comentario a la STS de 29 de febrero de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 999 ss.

FUERTES, Mercedes: «La inscripción de antiguas construcciones, ¿medios para inscribir edificaciones ilegales?», en *RCDI*, núm. 663, 2001, pp. 241 ss.

GALGO PECO, Ángel: «El artículo 878 del Código de Comercio: acotaciones jurisprudenciales en relación con la hipoteca», en *RPJ*, núm. 57, 2000, pp. 555 ss.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «La ejecución hipotecaria en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *EDJ*, núm. 23, 1999, pp. 215 ss.

GONZÁLEZ MALABIA, Sergio: «Tercer poseedor. Infracción de la regla 3.^a, 3 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Nulidad del procedimiento (comentario a la STS de 20 de diciembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 607 ss.

GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: «El acta de los acuerdos de las juntas de propietarios», en *RDP*, octubre 2000, pp. 727 ss.

HOLTMANN YDOATE, Monika: «La propiedad intelectual sobre las plantas después de la Ley 3/2000, de Obtenciones Vegetales», en *Actualidad Civil*, núm. 39, 2000, pp. 1441 ss.

JURADO JURADO, Juan José: «El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una primera aproximación a sus particularidades», en *RCDI*, núm. 662, 2000, pp. 3143 ss.

LARRONDO LIZARRAGA, Joaquín María: «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria: exposición sistemática», en *EDJ*, núm. 23, 1999, pp. 273 ss.

LLORCA EVANGELIO, Raquel: «El perjuicio derivado de las inmisiones. Especial consideración de los daños a la persona», en *RJNot*, núm. 35, 2000, pp. 53 ss.

LUCAS ESTEVE, Adolfo: «Les obligacions garantides amb dret de retenció a la Llei catalana de garanties possessòries sobre cosa moble», en *RJC*, núm. 1, 2001, pp. 67 ss.

MANZANO SOLANO, Antonio: «Cancelación de asientos como consecuencia de la ejecución hipotecaria», en *EDJ*, núm. 23, 1999, pp. 311 ss.

MARCO ARCALÁ, Luis Alberto: «Signos distintivos: marca. Reivindicación del derecho de titularidad sobre la marca, frente a la solicitud de registro de dicha marca por parte de un tercero no legitimado. Contrato de arrendamiento de empresa en virtud del cual el arrendatario puede hacer uso de la marca no registrada, pero cuyos derechos para solicitar su titularidad retiene el arrendador: uso efectivo de la marca y legitimación para la adquisición del derecho sobre la misma. Indemnización de daños y perjuicios: procede cuando el arrendatario no devuelve la cosa a su dueño: perjuicio real o potencial; también procede en los casos de lesión en su derecho al titular de una marca. Prueba de los daños y perjuicios: en determinados supuestos, se presume su existencia en los procesos civiles sobre patentes, marcas, o competencia desleal. Publicidad de la sentencia condenatoria: medida de naturaleza cautelar *pro futuro* y no resarcitoria, como lo es la indemnización de daños y perjuicios. Aplicación correcta de los artículos 1101 y 1556 del Código Civil, y 4 a 36 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas (comentario a la STS de 17 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 545 ss.

MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Acción reivindicatoria sobre los azulejos de una habitación del Palacio de Velada (Toledo); calificación de los azulejos como bienes muebles o inmuebles. Venta de los azulejos al Estado y posterior venta del Palacio a un particular; venta de cosa ajena. Normativa sobre patrimonio histórico-artístico; aplicación de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español; consideración de los azulejos como bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español. Imprescriptibilidad de determinados bienes del Patrimonio Histórico Español; su relación con los artículos 464 del Código Civil y 85 del Código de Comercio (comentario a la STS de 30 de marzo de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1077 ss.

MARTÍN OSANTE, Luis Carlos: «Prenda de créditos: prenda de imposiciones bancarias a plazo fijo. Eficacia frente a terceros y preferencia de la prenda de créditos. Embargo de créditos. La compensación en el ámbito bancario. Ejecución de prenda por imposiciones bancarias (comentario a la STS de 13 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 523 ss.

MEDINA DE LEMUS, Manuel: «Engalabernos», en *RGLJ*, núm. 4, 2000, pp. 505 ss. Estudio de los denominados «engalabernos», figura que implica un fenómeno complejo, o situación de conjunto, referente a una especie de embarillado o incrustación de un inmueble en otro de distinta titularidad, así como de los diferentes supuestos que comprende.

- MEDRANO CABALLERO, Ignacio de: «El futuro sistema jurisdiccional comunitario en propiedad industrial», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 24 ss.
- MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José: «La reciente Ley de Enjuiciamiento Civil y los pactos de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario», en *La Ley*, 2000-4, D-131.
- MICHINEL ÁLVAREZ, Miguel Ángel: «Distribución por cable en habitaciones de hotel y derecho de autor. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 3 de febrero de 2000 (Asunto C-293/98: Egeda c. Hoasa)», en *La Ley*, 2000-4, D-124.
- MOLL DE ALBA, Chantal: «Incongruencia procesal. Construcción extralimitada de mala fe. Accesión invertida. Concepto de buena fe (comentario a la STS de 27 de enero de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 659 ss.
- MONFORT FERRERO, María Jesús, y SAIZ GARCÍA, Concepción: «Derechos de la personalidad y propiedad industrial: ausencia de intromisión ilegítima (comentario a la STS de 15 de febrero de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 699 ss.
- MOREU BALLONGA, José Luis: «Depósitos abandonados. Bien mostrencos. Derelicción. Bienes faltos de dueño. Ocupación de derechos. Acción reivindicatoria. Acción publiciana. Caducidad. Prescripción. Derogación de normas. Decreto-ley Caja General de Depósitos. Cajas de Ahorro. Montes de Piedad. Litisconsorcio pasivo necesario. Indefensión. Incongruencia de la sentencia (comentario a la STS de 21 de marzo de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1029 ss.
- NASARRE AZNAR, Sergio: «El crédito territorial en Cuba en la segunda mitad del siglo XIX», en *RCDI*, núm. 663, 2001, pp. 213 ss.
- PABLO CONTRERAS, Pedro de: «Situación actual y perspectivas del recurso gubernativo contra la calificación registral (reflexiones de urgencia tras la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2000)», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2001, pp. 117 ss.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: «Acción confesoria de servidumbre. Servidumbre de apoyo de letrero luminoso en terraza de edificio. Nulidad de acuerdo de comunidad de propietarios para su retirada. Incongruencia *infra petitum* esgrimida por el demandado: no procede (comentario a la STS de 31 de enero de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 691 ss.
- PÉREZ PASCUAL, Eduardo: «La Ley de Propiedad Horizontal. El nuevo papel del Presidente, el Vicepresidente, el Secretario y el Administrador», en *RJNot*, núm. 36, 2000, pp. 223 ss.
- PÉREZ UREÑA, Antonio A.: «La instalación novedosa del ascensor comunitario», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2001, pp. 397 ss.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «La propuesta de Directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información», en *RDPat*, núm. 4, 2000, pp. 87 ss.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «El deber de conservación de los elementos comunes de la propiedad horizontal», en *RDPat*, núm. 5, 2000, pp. 59 ss.

PUEBLA POVEDANO, Antonio: «La nulidad del procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria. El proceso declarativo posterior», en *EDJ*, núm. 23, 1999, pp. 431 ss.

RIVERA SABATÉS, Vidal: «Derecho de acceso a la propiedad de una finca rústica (comentario a la STS de 7 de diciembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 599 ss.

SAIZ GARCÍA, Concepción, y MONFORT FERRERO, María Jesús: «Derechos de la personalidad y propiedad industrial: ausencia de intrusión ilegítima (comentario a la STS de 15 de febrero de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 699 ss.

SALELLES, José R.: «La armonización comunitaria proyectada del régimen de excepciones del derecho de autor y otros derechos afines en la sociedad de la información», en *RGD*, diciembre 2000, pp. 15089 ss.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «La privación del uso de la vivienda como sanción en la Ley de Propiedad Horizontal (al hilo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1999, de 14 de abril)», en *RDPat*, núm. 4, 2000, pp. 111 ss.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: «La hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario», en *RCDI*, núm. 662, 2000, pp. 3097 ss.

SANZ VIOLA, Ana M.^a: «El régimen económico matrimonial y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 662, 2000, pp. 3389 ss.

SERRANO ALBERCA, José Manuel: «La propiedad y la contratación del suelo: encrucijada de normas civiles y urbanísticas», en *RUE*, núm. 1, 2000, pp. 15 ss.

VELA TORRES, Pedro José: «Ejecución hipotecaria y procesos concursales», en *EDJ*, núm. 23, 1999, pp. 511 ss.

YÁÑEZ VELASCO, Ricardo: «La ejecución hipotecaria como excepción a la fuerza de atracción concursal», en *RDPat*, núm. 5, 2000, pp. 93 ss.

YSAS SOLANES, María: «Tercer poseedor de finca hipotecada que no inscribe su adquisición ni prueba que el Banco prestamista tenía conocimiento de aquélla y de la subrogación en el crédito; no tiene dicho Banco ninguna carga procesal frente al tercer poseedor cuando ejecuta la hipoteca (comentario a la STS de 3 de mayo de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1225 ss.

ZURRILLA CARIÑANA, M.^a de los Ángeles: «Constancia registral de la preferencia del crédito a favor de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal al tiempo de practicarse la anotación preventiva de embargo trulado en ejecución de la sentencia que condenó a su pago (comentario a la RDGRN de 26 diciembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 645 ss.

DERECHO DE FAMILIA

ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza: «Liquidación de sociedad de gananciales. Naturaleza privativa o ganancial de la indemnización percibida por uno de los cónyuges al acogerse a un plan de prejubilación. Naturaleza privativa o ganancial del seguro temporal y mixto de capitalización y vida. Aplicación de la subrogación real (comentario a la STS de 22 de diciembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 635 ss.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Reclamación de paternidad no matrimonial. Aplicación de la ley nacional de la hija: ley francesa. Aportación y prueba de la ley extranjera. Legitimación activa. Plazo de interposición de la acción. *Favor filii*. Vulneración del orden público español. Aplicación de la ley española (comentario a la STS de 22 de marzo de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 863 ss.

ARROYO MONTERO, L. Rafael: «La nacionalidad en la acción de filiación. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 22 de marzo de 2000», en *RDP*, diciembre 2000, pp. 987 ss.

BELDA CASANOVA, César: «La adjudicación o participación homogéneas», en *RJNot*, núm. 36, 2000, pp. 287 ss.

BENAVENTE MOREEDA, Pilar: «Nulidad de capitulaciones matrimoniales por ilicitud de la causa. Intención defraudatoria reconocida en proceso anterior. Nulidad radical, inaplicabilidad del plazo de caducidad de cuatro años (comentario a la STS de 14 de marzo de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 805 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Recurso de amparo núm. 159/1995, contra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra: derecho a la igualdad en relación con la legitimación para reclamar la paternidad en caso de filiación extramatrimonial. (Comentario a la STS de 16 de octubre de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1359 ss.

CARBAJO GONZÁLEZ, Julio: «El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil», en *La Ley*, 2000-4, D-125.

COBACHO GÓMEZ, José Antonio: «Deuda alimenticia de los padres respecto de su hija. Requisitos para que exista dicha deuda. Prestaciones que cubre (comentario a la STS de 23 de febrero de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 715 ss.

CORRAL GIJÓN, M.^a del Carmen: «Las uniones de hecho y sus efectos patririmoniales (Parte 1.^a: Configuración del fenómeno)», en *RCDI*, núm. 662, 2000, pp. 3325 ss.

ESPINOSA CALABUIG, Rosario: «Nulidad de un matrimonio consular celebrado entre una española y un italiano en el Consulado General de Italia en Madrid, conforme a lo establecido por la normativa española (comentario a la RDGRN de 25 de octubre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 493 s.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.^a Begoña: «Visión general del acogimiento familiar», en *Actualidad Civil*, núm. 46, 2000, pp. 1685 ss.

GALICIA AIZPURUA, Gorka: «Legado de cosa ganancial: dejación al arbitrio de tercero de la subsistencia de la disposición testamentaria. Albacea contador-partidor: liquidación de la sociedad de gananciales; posible uso de auxiliares en el desempeño de su misión. Aceptación tácita de legado (comentario a la STS de 25 de febrero de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 745 ss.

— «Legado de cosa postganancial. Aplicación analógica del artículo 1380 CC (comentario a la STS de 24 de abril de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1197 ss.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Legitimación activa para reclamar la filiación no matrimonial, sin posesión de estado (crítica a una dirección jurisprudencial de la Sala Primera del TS)», en *RJNot*, núm. 36, 2000, pp. 313 ss.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: «Disolución de la sociedad de gananciales por separación de hecho. Ausencia de voluntad inequívoca de poner fin al régimen económico matrimonial (comentario a la STS de 26 de abril de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1213 ss.

GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: «Fijación de alimentos a favor de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales. Legitimación activa del progenitor. Contribución al levantamiento de cargas familiares. Unificación de doctrina a través de recurso de casación en interés de ley (comentario a la STS de 24 de abril de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1177 ss.

GUTIÉRREZ CALLES, José Luis: «Matrimonio, testamento y derecho de sufragio activo del incapacitado», en *RPJ*, núm. 56, 1999, pp. 345 ss.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: «Uniones estables de pareja en Cataluña (Ley 10/1998, de 15 de julio)», en *RJNot*, núm. 35, 2000, pp. 77 ss.

MAS BADÍA, M.^a Dolores: «Oficina de farmacia. Carácter ganancial o privativo: Propiedad privativa de ambos cónyuges en comunidad ordinaria. Validez de contrato civil y normas administrativas. Incidencia de estas últimas en la titularidad de los bienes (comentario a la STS de 9 de marzo de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 771 ss.

MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel: «Privación a los padres de la patria potestad. Constitución de la tutela a favor de los abuelos. Falta de atención en el cuidado del menor (comentario a la STS de 24 de abril de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1205 ss.

MOLINER NAVARRO, Rosa M.: «Reagrupación familiar y modelo de familia en la L.O. 8/2000, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España», en *Actualidad Civil*, núm. 14, 2001, pp. 487 ss.

MOSQUERA ORDÓÑEZ, Cristina: «Naturaleza privativa de la indemnización percibida por uno de los cónyuges al acogerse a un plan de prejubilación. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 22 de diciembre de 1999», en *RDP*, noviembre 2000, pp. 899 ss.

- PALAO MORENO, Guillermo: «La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto a su identidad cultural», en *Actualidad Civil*, núm. 15, 2001, pp. 529 ss.
- PANIZO Y ROMO DE ARCE, Alberto: «Los procesos de Derecho de Familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RGLJ*, núm. 3, 2000, pp. 361 ss.
- POU AMPUERO, Felipe: «Vivienda familiar y Derecho interregional», en *RJNot*, núm. 35, 2000, pp. 243 ss.
- PRAT WESTERLINDKH, Carlos: «La filiación y el Registro Civil», en *RPJ*, núm. 56, 1999, pp. 375 ss.
- RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín M.: «El derecho de los parientes y allegados a relacionarse con los menores de edad: artículo 160-2.^º y 3.^º del Código Civil», en *RDP*, septiembre 2000, pp. 635 ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Filiación extramatrimonial. Declaración de paternidad. Reconocimiento de la filiación durante la tramitación del pleito. Archivo de las actuaciones (comentario a la STS de 13 de mayo de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1233 ss.
- «Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (comentario a la STC 141/2000, de 29 de mayo)», en *DPC*, enero-diciembre 2000, pp. 245 ss.
- «Incidencia de la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 en el ejercicio procesal de las acciones de filiación», en *RJC*, núm. 4, 2000, pp. 961 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La falta de amor conyugal ¿es causa de separación en el Ordenamiento Jurídico Civil español?», en *RCDI*, núm. 662, 2000, pp. 3417 ss.
- SANZ VIOLA, Ana M.: «El régimen económico matrimonial y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 662, 2000, pp. 3389 ss.
- TERRADEZ MURILLO, Carmen: «Las pensiones alimenticias de los hijos mayores de edad: Legitimación para su reclamación», en *RGD*, diciembre 2000, pp. 14505 ss.
- VALL RIUS, Ana María, y VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos: «La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares», en *La Ley*, 2000-3, D-109.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Las uniones de hecho a la luz de la Constitución española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica (I)», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2001, pp. 59 ss.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, y VALL RIUS, Ana María: «La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares», en *La Ley*, 2000-3, D-109.
- VIVANCOS SÁNCHEZ, Magdalena: «Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo», en *Actualidad Civil*, núm. 48, 2000, pp. 1753 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

BELDA CASANOVA, César: «La adjudicación o participación homogéneas», en *RJNot*, núm. 36, 2000, pp. 287 ss.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.^a Ángeles: «La predetracción vital y el derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar a favor del cónyuge viudo», en *Actualidad Civil*, núm. 13, 2001, pp. 469 ss.

GALICIA AIZPURUA, Gorka: «Legado de cosa ganancial: dejación al arbitrio de tercero de la subsistencia de la disposición testamentaria. Albacea contador-partidor: liquidación de la sociedad de gananciales; posible uso de auxiliares en el desempeño de su misión. Aceptación tácita de legado (comentario a la STS de 25 de febrero de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 745 ss.

— «Legado de cosa postganancial. Aplicación analógica del artículo 1380 CC (comentario a la STS de 24 de abril de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1197 ss.

GALVÁN GALLEGOS, Ángela: «La adquisición de la herencia: perspectiva civil y fiscal», en *Actualidad Civil*, núm. 16, 2001, pp. 577 ss.

GUTIÉRREZ CALLES, José Luis: «Matrimonio, testamento y derecho de sufragio activo del incapacitado», en *RPJ*, núm. 56, 1999, pp. 345 ss.

HERRADA ROMERO, Rafael Ignacio: «Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código Civil» en *RDP*, noviembre 2000, pp. 838 ss.

MONTSERRAT VALERO, Antonio: «El error vicio en el testamento (legado de un cuadro del que, después de la muerte del testador, se descubre su gran valor)», en *RDP*, octubre 2000, pp. 764 ss.

REGLERO CAMPOS, L. Fernando: «Legado de bien perteneciente a la comunidad postganancial y adjudicación del bien a la herencia del testador. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a), de 11 de mayo de 2000», en *RDP*, noviembre 2000, pp. 886 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

ABELLA MAESTRANZA, M.^a José y **GARCÍA VIÑA**, Jordi: «Actos de competencia desleal producidos en el ámbito laboral. Cláusulas contractuales de protección», en *RJC*, núm. 4, 2000, pp. 985 ss.

ARRUÑADA, Benito: «Economía y derecho en la nueva política comunitaria de competencia», en *GJ*, núm. 211, 2001, pp. 27 ss.

- BERENGUER FUSTER, Luis: «Modernización de las normas comunitarias de la competencia y seguridad jurídica», en *GJ*, núm. 211, 2001, pp. 27 ss.
- BOGO, Jorge: «La desafabilidad de los mercados y la práctica antimonopólica», en *GJ*, núm. 211, 2001, pp. 48 ss.
- CALLOL GARCÍA, Pedro: «Los estándares industriales en la interconexión de redes virtuales y el Derecho de la Competencia (una reflexión sobre el reciente caso de AOL Instant Messenger)», en *DN*, enero 2001, pp. 1 ss.
- CASTRO, José Luis de, y ZUNZUNEGUI, Fernando: «Consecuencias jurídicas de la moneda única», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 51 ss.
- ESCUDERO PUENTE, Alberto: «Sanciones por incumplimiento del deber de notificar las operaciones de concentración en derecho español tras el Real Decreto-ley 2/2001, de 2 de febrero», en *GJ*, núm. 212, 2001, pp. 69 ss.
- ESPÓSITO, Carlos y FERNÁNDEZ EGEA, Rosa M.: «La protección del medio ambiente a través de la concesión de derechos exclusivos y el derecho de la competencia. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de mayo de 2000», en *GJ*, núm. 211, 2001, pp. 55 ss.
- FERNÁNDEZ EGEA, Rosa M. y ESPÓSITO, Carlos: «La protección del medio ambiente a través de la concesión de derechos exclusivos y el derecho de la competencia. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de mayo de 2000», en *GJ*, núm. 211, 2001, pp. 55 ss.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel: «Órganos encargados de la aplicación del derecho interno sobre competencia (comentario a la STS 908/1999, de 4 de noviembre de 1999)», en *GJ*, núm. 211, 2001, pp. 42 ss.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique: «Protección de nombre comercial extranjero utilizado pero no registrado en España. Prevalencia del Convenio de la Unión de París frente a la Ley de Marcas. Nulidad de la marca inscrita en el registro español (comentario a la STS de 29 de febrero de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 999 ss.
- GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco: «Grupos paritarios de cooperativas de crédito y prácticas restrictivas de la competencia (a propósito del Grupo Caja Rural)», en *DN*, febrero 2001, pp. 1 ss.
- LEMA DAPENA, M.^a Alba: «La publicidad engañosa por omisión en el sector financiero», en *RDBB*, núm. 80, 2000, pp. 245 ss.
- LORCA FERNÁNDEZ, Pedro: «Las Normas Internacionales de Contabilidad (NICs). Su recepción por países y empresas», en *DN*, enero 2001, pp. 15 ss.
- MARCO ARCALÁ, Luis Alberto: «Signos distintivos: marca. Reivindicación del derecho de titularidad sobre la marca, frente a la solicitud de registro de dicha marca por parte de un tercero no legitimado. Contrato de arrendamiento de empresa en virtud del cual el arrendatario puede hacer uso de la marca no registrada, pero cuyos derechos para solicitar su titularidad retiene el arrendador: uso efectivo de la marca y legitimación para la adquisición».

ción del derecho sobre la misma. Indemnización de daños y perjuicios: procede cuando el arrendatario no devuelve la cosa a su dueño: perjuicio real o potencial; también procede en los casos de lesión en su derecho al titular de una marca. Prueba de los daños y perjuicios: en determinados supuestos, se presume su existencia en los procesos civiles sobre patentes, marcas, o competencia desleal. Publicidad de la sentencia condenatoria: medida de naturaleza cautelar *pro futuro* y no resarcitoria, como lo es la indemnización de daños y perjuicios. Aplicación correcta de los artículos 1101 y 1556 del Código Civil, y 4 a 36 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas (comentario a la STS de 17 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 545 ss.

MARTÍNEZ LAGE, Santiago: «¿Próximo Big Bang en el Derecho Comunitario de la Competencia?», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 3 ss.

MEDRANO CABALLERO, Ignacio de: «El futuro sistema jurisdiccional comunitario en propiedad industrial», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 24 ss.

MEDRANO IRAZOLA, Sabiniano: «El problema de la jurisdicción civil y la defensa de la competencia: reconsideración del debate y contribución a la búsqueda de soluciones», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 11 ss.

MIRANDA SERRANO, Luis María: «Restricciones accesorias y prácticas colusorias», en *DN*, noviembre 2000, pp. 1 ss.

MUÑOZ SÁCHEZ-MOLINÍ, Enma: «Pactos de exclusiva ante el nuevo Derecho Europeo de la Competencia», en *DN*, marzo 2001, pp. 12 ss.

MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel: «Consideración en el ámbito mercantil de la reclamación extrajudicial como causa que impide la prescripción extintiva de las acciones personales», en *Actualidad Civil*, núm. 7, 2001, pp. 241 ss.

— «Estimación de la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción extintiva de acciones en el ámbito mercantil. La nueva doctrina de la Sala 1.^a del TS (Sentencia de 31 de diciembre de 1998)», en *RCDI*, núm. 662, 2000, pp. 3451 ss.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen: «El alcance extraterritorial del Derecho de la competencia y su utilización como medida comercial. Las perspectivas estadounidense, comunitaria y española», en *GJ*, núm. 212, 2001, pp. 34 ss.

PANIAGUA ZURERA, Manuel: «Empresa, empresario agrario individual y Derecho Mercantil», en *RDM*, núm. 238, 2000, pp. 1689 ss.

PASCUAL SEQUEROS, Adriana: «Doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de abuso de posición dominante», en *GJ*, núm. 209, 2000, pp. 93 ss.

PEDRAZ CALVO, Mercedes: «Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en recursos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 212, 2001, pp. 22 ss.

PÉREZ DAUDI, Vicente: «La presunción de utilización del procedimiento patentado para la obtención de productos nuevos», en *La Ley*, 2000-4, D-127.

RIVERO GONZÁLEZ, María Dolores: «Los problemas que presentan en el mercado las nuevas marcas cromáticas y olfativas», en *RDM*, núm. 238, 2000, pp. 1645 ss.

SANZ DE ACEDO HECQUET, Etienne: «La oposición al registro de la marca comunitaria [artículo 8 del Reglamento (CE) núm. 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la Marca Comunitaria]», en *DN*, marzo 2001, pp. 1 ss.

SERRA MALLOL, Antonio Jorge: «Algunas consideraciones sobre el factor mercantil y los representantes de las entidades crediticias y financieras. Sobre la facticidad en la contratación mercantil. Algunos aspectos de la contratación de operaciones mercantiles», en *RGD*, diciembre 2000, pp. 14483 ss.

TOBÍO RIVAS, Ana María: «La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria», en *RDM*, núm. 237, 2000, pp. 1155 ss.

VALLEJO LOBETE, Ernesto: «La prohibición de publicidad destinada a los niños: ¿una opción viable?», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 79 ss.

ZUNZUNEGUI, Fernando y CASTRO, José Luis de: «Consecuencias jurídicas de la moneda única», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 51 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

AGUYO, Juan A., «Los derechos de las personas jurídicas con ánimo de lucro», en *RGD*, octubre 2000, pp. 11339 ss.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: «La sociedad de responsabilidad limitada de abogados (a propósito de la Ley alemana de 31 de agosto de 1998)», en *RDS*, núm. 15, 2000, pp. 185 ss.

ALFREDO, Pierre: «El precio ofrecido en la oferta de exclusión: una aproximación comparatista franco-española», en *RDM*, núm. 237, 2000, pp. 1211 ss.

AUGOUSTATOS ZARCO, Nikolás y VIGUERA RUBIO, José María: «El derecho a examinar los documentos que sirven de soporte y de antecedente de las cuentas anuales en la sociedad de responsabilidad limitada (contribución al estudio del artículo 86.2 LSRL)», en *RDM*, núm. 238, 2000, pp. 1519 ss.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «La administración desleal en el nuevo Código Penal», en *CDJ*, núm. VII, 2000, pp. 193 ss.

BALLESTER COLOMER, Juan Enrique: «La escisión», en *RGD*, octubre 2000, pp. 11287 ss.

BUESO GUILLÉN, Pedro José: «El fondo de provisiones técnicas de la sociedad de garantía recíproca», en *RDS*, núm. 15, 2000, pp. 159 ss.

- CAMPINS VARGAS, Aurora: «Sociedad civil de actividades profesionales: a propósito de una proposición de ley», en *RDS*, núm. 15, 2000, pp. 173 ss.
- CUESTA RUTE, José María de la y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos: «Modificación de Estatutos, aumento y reducción del capital social en la Sociedad de Garantía Recíproca», en *RDBB*, núm. 80, 2000, pp. 93 ss.
- EMBID IRUJO, José Miguel: «El contrato de constitución del grupo en el derecho español», en *RDS*, núm. 15, 2000, pp. 57 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, y VICENT CHULIÁ, Francisco: «Internet y Derecho de sociedades. Una primera aproximación», en *RDM*, núm. 237, 2000, pp. 915 ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: «¿Cabe formular una OPA bajo condición? A propósito de una polémica reciente», en *La Ley*, 2000-4, D-133.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor M.: «La sociedad de responsabilidad limitada, cinco años después. ¿Principios configuradores?», en *RJNot*, núm. 36, 2000, pp. 195 ss.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, Francisco Javier: «El traslado del domicilio social y del extranjero», en *RPJ*, núm. 57, 2000, pp. 397 ss.
- GUASCH MARTORELL, Rafael: «El modelo estadounidense de tratamiento de los préstamos de los socios: La doctrina de la *equitable subordination*», en *RGD*, noviembre 2000, pp. 13349 ss.
- HUERTA VIESCA, M.^a Isabel, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel, y VILLIERS, Charlotte: «Una reflexión sobre el *stock options plan* de los administradores de las sociedades cotizadas», en *La Ley*, 2000-4, D-121.
- LÓPEZ SANTANA, Nieves: «Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales (comentario a la STS de 30 de marzo de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1097 ss.
- LÓPEZ BAJA DE QUIROGA, Jacobo: «La malversación como delito de administración desleal», en *CDJ*, núm. VII, 2000, pp. 111 ss.
- MARTÍN REYES, M.^a de los Ángeles: «La “irregularidad” de la sociedad unipersonal: una propuesta de interpretación», en *RDS*, núm. 15, 2000, pp. 103 ss.
- MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio: «La exigencia de inscripción en el Registro Mercantil de la declaración de unipersonalidad o de cese de unipersonalidad, o de cambio de socio único», en *RJNot*, núm. 35, 2000, pp. 235 ss.
- MORATA ESCALONA, María del Pilar: «La prohibición de competencia del administrador de sociedad de responsabilidad limitada», en *RDS*, núm. 15, 2000, pp. 119 ss.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: «Administración desleal e insolvencia punible: problemas de imputación personal», en *CDJ*, núm. VII, 2000, pp. 79 ss.
- MUÑOZ PAREDES, José María, y MUÑOZ PLANAS, José María: «La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje», en *RDM*, núm. 238, 2000, pp. 1411 ss.

- MUÑOZ PLANAS, José María y MUÑOZ PAREDES, José María: «La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje», en *RDM*, núm. 238, 2000, pp. 1411 ss.
- PAZ-ARES, Cándido: «Un apunte sobre la ley aplicable a la emisión de obligaciones», en *RDS*, núm. 15, 2000, pp. 219 ss.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos: «El tipo subjetivo en la administración desleal», en *CDJ*, núm. VII, 2000, pp. 47 ss.
- POU AMPUERO, Felipe: «Donaciones hechas por una SA», en *RJNot*, núm. 36, 2000, pp. 307 ss.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «Los órganos de la sociedad de garantía recíproca», en *RDS*, núm. 15, 2000, pp. 13 ss.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: «Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en caso de no adaptación estatutaria de su capital social al mínimo establecido en la disposición transitoria tercera de la LSA. Aplicación jurisprudencial», en *RDPat*, núm. 5, 2000, pp. 75 ss.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: «La administración desleal del artículo 295 del Código Penal», en *CDJ*, núm. VII, 2000, pp. 33 ss.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel, HUERTA VIESCA, M.^a Isabel y VILLIERS, Charlotte: «Una reflexión sobre el *stock options plan* de los administradores de las sociedades cotizadas», en *La Ley*, 2000-4, D-121.
- RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, Gonzalo: «El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal», en *CDJ*, núm. VII, 2000, pp. 11 ss.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERRA, Alberto: «Notario & Notario, C.B. (en torno a las sociedades profesionales entre notarios)», en *RJNot*, núm. 36, 2000, pp. 243 ss.
- SÁNCHEZ RUS, Heliodoro: «La fusión transfronteriza de sociedades anónimas desde la perspectiva del Derecho español», en *RDM*, núm. 237, 2000, pp. 1027 ss.
- SEGURA LASSALETTA, Raimon: «El estatuto del consejero en el marco del Informe Olivencia», en *RPJ*, núm. 57, 2000, pp. 449 ss.
- TRÍAS SAGNIER, Miguel: «La admisión a negociación de acciones sin voto manteniendo las ordinarias fuera del mercado bursátil», en *RDS*, núm. 15, 2000, pp. 223 ss.
- TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús: «Determinación y aplicación de resultados y la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas», en *DN*, abril 2001, pp. 1 ss.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «Organización jurídica de la sociedad familiar», en *RDPat*, núm. 5, 2000, pp. 21 ss.
- VICENT CHULIÁ, Francisco y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Internet y Derecho de sociedades. Una primera aproximación», en *RDM*, núm. 237, 2000, pp. 915 ss.

VIGUERA RUBIO, José María y AUGUSTATOS ZARCO, Nikolás: «El derecho a examinar los documentos que sirven de soporte y de antecedente de las cuentas anuales en la sociedad de responsabilidad limitada. (Contribución al estudio del artículo 86.2 LSRL)», en *RDM*, núm. 238, 2000, pp. 1519 ss.

VILLIERS, Charlotte, HUERTA VIESCA, M.ª Isabel, y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «Una reflexión sobre el *stock options plan* de los administradores de las sociedades cotizadas», en *La Ley*, 2000-4, D-121.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

ALVARADO HERRERA, Lucía: «El error del banco en la ejecución de una orden de transferencia: la emisión errónea de un duplicado de la orden», en *RDBB*, núm. 81, 2001, pp. 141 ss.

ANCOS FRANCO, Helena: «Algunas consideraciones sobre la definición del mercado relevante en el sector de las telecomunicaciones. Especial referencia a la interconexión», en *GJ*, núm. 212, 2001, pp. 57 ss.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: «Nuevas tendencias en materia de publicidad en los mercados de valores», en *RDS*, núm. 15, 2000, pp. 79 ss.

GARCIMARTÍN, Francisco y PAZ-ARES, Cándido: «Conflictos de leyes y garantías sobre valores anotados en intermediarios financieros», en *RDM*, núm. 238, 2000, pp. 1479 ss.

GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco: «Grupos paritarios de cooperativas de crédito y prácticas restrictivas de la competencia (a propósito del Grupo Caja Rural)», en *DN*, febrero 2001, pp. 1 ss.

LOIS BASTIDA, Fátima: «Omisión por el banco descontante de los actos conservativos del crédito», en *RDBB*, núm. 81, 2001, pp. 129 ss.

MÍNGUEZ PRIETO, Rafael: «El “Nuevo Mercado” de Valores español», en *RGD*, octubre 2000, pp. 11325 ss.

PAZ-ARES, Cándido y GARCIMARTÍN, Francisco: «Conflictos de leyes y garantías sobre valores anotados en intermediarios financieros», en *RDM*, núm. 238, 2000, pp. 1479 ss.

RAMOS HERRANZ, Isabel: «Responsabilidad bancaria por el pago de cheques falsos», en *RDBB*, núm. 80, 2000, pp. 225 ss.

SALA I ANDRÉS, Anna María: «La regulación de las “murallas chinas”: una técnica de prevención de conflictos de interés en el mercado de valores español», en *RDBB*, núm. 81, 2001, pp. 49 ss.

El trabajo, tras un sucido análisis de los nuevos conflictos de interés aparecidos en el mercado de valores entre los intermediarios y sus clientes-inversores, debidos especialmente a la existencia de información material no pública, estudia la regulación de las denominadas «murallas chinas». Esta figura constituye una técnica preventiva de ordenación de los conflictos de interés provocados por la existencia de información material no

pública, cuya aparición se considera consecuencia de la desregulación, y cuyo régimen incorpora todas las características, tanto formales como materiales, que definen la nueva regulación del mercado de valores.

VALENZUELA GARACH, Javier: «Las actividades de gestión en el servicio de caja», en *RDM*, núm. 238, 2000, pp. 1573 ss.

VAÑO VAÑÓ, María José: «En torno a la pretendida crisis de la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros», en *RGD*, octubre 2000, pp. 11375 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

ALCOVER GARAU, Guillermo: «Aproximación al régimen jurídico del contrato de gestión hotelera», en *RDM*, núm. 237, 2000, pp. 1003 ss.

ALVARADO HERRERA, Lucía: «El error del banco en la ejecución de una orden de transferencia: la emisión errónea de un duplicado de la orden», en *RDBB*, núm. 81, 2001, pp. 141 ss.

ÁLVAREZ MORENO, M.^a Teresa: «La mediación empresarial», en *RDP*, diciembre 2000, pp. 957 ss.

AZPITARTE MELERO, Marta: «Los contratos como herramienta para mitigar el riesgo en *project finance*», en *RDBB*, núm. 81, 2001, pp. 105 ss.

BENAVENTE VALDEPEÑAS, Emilia: «Los contratos de distribución comercial», en *DN*, noviembre 2000, pp. 51 ss.

CADARSO PALAU, Juan: «La lista negra de cláusulas abusivas. Marginal a la Ley de Condiciones Generales», en *La Ley*, 2000-3, D-92.

CARRILLO POZO, Luis F.: «La tutela del ordenante frente a reclamaciones abusivas de las garantías bancarias internacionales», en *RDBB*, núm. 80, 2000, pp. 49 ss.

DÍAZ FRAILE, Juan María: «El comercio electrónico: Directiva y Proyecto de Ley español de 2000 (crónica de su contenido, origen, propósitos y proceso de elaboración)», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2001, pp. 31 ss.

— «Comentario a la Directiva y al Proyecto de Ley español de comercio electrónico de 2000. Contenido y proceso de elaboración», en *RCDI*, núm. 663, 2001, pp. 81 ss.

EMBID IRUJO, José Miguel: «El contrato de constitución del grupo en el derecho español», en *RDS*, núm. 15, 2000, pp. 57 ss.

GABALDÓN GARCÍA, José Luis: «Hacia un nuevo Derecho uniforme para los contratos de transporte aéreo internacional (el Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999)», en *DN*, diciembre 2000, pp. 1 ss.

— «Intermediarios del transporte y porteadores contractuales», en *RDM*, núm. 238, 2000, pp. 1723 ss.

GARCIMARTÍN, Francisco y PAZ-ARES, Cándido: «Conflictos de leyes y garantías sobre valores anotados en intermediarios financieros», en *RDM*, núm. 238, 2000, pp. 1479 ss.

GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: «Contrato de crédito documentario; diferencia con contrato de garantía autónoma; revocación por parte del depositario judicial de la quiebra del ordenante de la comisión encargada por éste al banco emisor; finalización de la quiebra por convenio (comentario a la STS de 10 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 499 ss.

- «La naturaleza de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios», en *DN*, octubre 2000, pp. 21 ss.
- «Las cobranzas sometidas a las reglas uniformes de la CCI en el Derecho Español», en *RDBB*, núm. 81, 2001, pp. 7 ss.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael «La protección del crédito en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: el proceso monitorio», en *RDBB*, núm. 80, 2000, pp. 7 ss.

LAUREL CUADRADO, Luis F.: «Ordenación del comercio y compraventa mercantil», en *La Ley*, 2000-3, D-106.

LEMA DAPENA, M.ª Alba: «La publicidad engañosa por omisión en el sector financiero», en *RDBB*, núm. 80, 2000, pp. 245 ss.

LOIS BASTIDA, Fátima: «Omisión por el banco descontante de los actos conservativos del crédito», en *RDBB*, núm. 81, 2001, pp. 129 ss.

MALDONADO MOLINA, Francisco Javier: «Los seguros de vida *unit linked*», en *DN*, octubre 2000, pp. 1 ss.

MARCO ARCALÁ, Luis Alberto: «Signos distintivos: marca. Reivindicación del derecho de titularidad sobre la marca, frente a la solicitud de registro de dicha marca por parte de un tercero no legitimado. Contrato de arrendamiento de empresa en virtud del cual el arrendatario puede hacer uso de la marca no registrada, pero cuyos derechos para solicitar su titularidad retiene el arrendador: uso efectivo de la marca y legitimación para la adquisición del derecho sobre la misma. Indemnización de daños y perjuicios: procede cuando el arrendatario no devuelve la cosa a su dueño: perjuicio real o potencial; también procede en los casos de lesión en su derecho al titular de una marca. Prueba de los daños y perjuicios: en determinados supuestos, se presume su existencia en los procesos civiles sobre patentes, marcas, o competencia desleal. Publicidad de la sentencia condenatoria: medida de naturaleza cautelar *pro futuro* y no resarcitoria, como lo es la indemnización de daños y perjuicios. Aplicación correcta de los artículos 1101 y 1556 del Código Civil, y 4 a 36 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas (comentario a la STS de 17 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 545 ss.

MERCADAL, Francisco: «Contrato de agencia; resolución por incumplimiento; aplicación de la Ley sobre Contrato de Agencia; indemnización por clientela (comentario a la STS de 1 de abril de 2000)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 889 ss.

PARDO LEAL, Marta: «La Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico: su aplicación en el ámbito del Mercado interior», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 36 ss.

PAZ-ARES, Cándido y GARCIMARTÍN, Francisco: «Conflictos de leyes y garantías sobre valores anotados en intermediarios financieros», en *RDM*, núm. 238, 2000, pp. 1479 ss.

PEINADO GRACIA, Juan Ignacio: «Consumidores, contratos, seguridad y costes alternativos», en *RDM*, núm. 237, 2000, pp. 1109 ss.

PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo de: «Consignación del asegurador», en *RPJ*, núm. 57, 2000, pp. 429 ss.

RAMOS HERRANZ, Isabel: «Responsabilidad bancaria por el pago de cheques falsos», en *RDBB*, núm. 80, 2000, pp. 225 ss.

ROSELL I PIEDRAFITA, Claudi: «Cuestiones de calificación de los *swaps* de crédito», en *RDBB*, núm. 80, 2000, pp. 203 ss.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «La firma estampillada como causa de nulidad (que no de falsoedad) del cheque», en *RDBB*, núm. 81, 2001, pp. 163 ss.

SERRA MALLOL, Antonio Jorge: «Algunas consideraciones sobre el factor mercantil y los representantes de las entidades crediticias y financieras. Sobre la facticidad en la contratación mercantil. Algunos aspectos de la contratación de operaciones mercantiles», en *RGD*, diciembre 2000, pp. 14483 ss.

VALENZUELA GARACH, Javier: «Las actividades de gestión en el servicio de caja», en *RDM*, núm. 238, 2000, pp. 1573 ss.

VIVES RODRÍGUEZ HINOJOSA, Juan: «Contratos financieros sobre la electricidad», en *RDBB*, núm. 80, 2000, pp. 151 ss.

TÍTULOS VALOR, LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

GARCIMARTÍN, Francisco y PAZ-ARES, Cándido: «Conflictos de leyes y garantías sobre valores anotados en intermediarios financieros», en *RDM*, núm. 238, 2000, pp. 1479 ss.

GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: «Contrato de crédito documentario; diferencia con contrato de garantía autónoma; revocación por parte del depositario judicial de la quiebra del ordenante de la comisión encargada por éste al banco emisor; finalización de la quiebra por convenio (comentario a la STS de 10 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 499 ss.

— «La naturaleza de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios», en *DN*, octubre 2000, pp. 21 ss.

— «Las cobranzas sometidas a las reglas uniformes de la CCI en el Derecho Español», en *RDBB*, núm. 81, 2001, pp. 7 ss.

PAZ-ARES, Cándido y **GARCIMARTÍN**, Francisco: «Conflictos de leyes y garantías sobre valores anotados en intermediarios financieros», en *RDM*, núm. 238, 2000, pp. 1479 ss.

PERDICES HUETOS, Antonio B.: «Cheque nulo. Responsabilidad del banco librador por el pago de talones nulos. Firma estampillada (comentario a la STS de 17 de mayo de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1243 ss.

VALENZUELA GARACH, Javier: «Las actividades de gestión en el servicio de caja», en *RDM*, núm. 238, 2000, pp. 1573 ss.

DERECHO CONCURSAL

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: «Retroacción de la quiebra. Doctrina jurisprudencial. Nulidad absoluta de los actos realizados dentro del período de retroacción. La nulidad afecta incluso al tercero hipotecario (comentario a la STS de 22 de mayo de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1257 ss.

GALGO PECO, Ángel: «El artículo 878 del Código de Comercio: acotaciones jurisprudenciales en relación con la hipoteca», en *RPJ*, núm. 57, 2000, pp. 555 ss.

GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: «Contrato de crédito documentario; diferencia con contrato de garantía autónoma; revocación por parte del depositario judicial de la quiebra del ordenante de la comisión encargada por éste al banco emisor; finalización de la quiebra por convenio (comentario a la STS de 10 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 53, 2000, pp. 499 ss.

SANCHO GARGALLO, Ignacio: «La admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos y sus efectos procesales», en *RGD*, noviembre 2000, pp. 13309 ss.

VELA TORRES, Pedro José: «Ejecución hipotecaria y procesos concursales», en *EDJ*, núm. 23, 1999, pp. 511 ss.

YÁÑEZ VELASCO, Ricardo: «La ejecución hipotecaria como excepción a la fuerza de atracción concursal», en *RDPat*, núm. 5, 2000, pp. 93 ss.

— «Notas sobre los principios del derecho concursal en atención a una futura reforma legal», en *RGD*, noviembre 2000, pp. 13369 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

ABAD LICERAS, José María: «El planeamiento de desarrollo en la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia», en *RDU*, núm. 184, 2001, pp. 41 ss.

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente en la Jurisprudencia española», en *RDU*, núm. 181, 2000, pp. 121 ss.
- ARIÑO SÁNCHEZ, Rafael: «Edificios fuera de ordenación en la Jurisprudencia (1985-1999)», en *RDU*, núm. 181, 2000, pp. 11 ss.
- ARZÚA, Agustín: «Las licencias de obras y de apertura: relación y prelación en el artículo 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Especial referencia al País Vasco», en *RDU*, núm. 182, 2000, pp. 17 ss.
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier: «La retirada del mar de terrenos de propiedad particular que habían sido invadidos», en *RDU*, núm. 184, 2001, pp. 93 ss.
- CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio: «El urbanismo en la carta municipal de Barcelona», en *RDU*, núm. 180, 2000, pp. 11 ss.
- CHAMORRRO POSADA, Manuel: «Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción», en *RDU*, núm. 182, 2000, pp. 149 ss.
- DOMINGO LÓPEZ, Enrique: «El aprovechamiento energético de las radiaciones solares: cuestiones jurídicas fundamentales (I)», en *RDU*, núm. 182, 2000, pp. 101 ss.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: «La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos: breve denuncia de los excesos al uso», en *RUE*, núm. 1, 2000, pp. 37 ss.
- FERNÁNDEZ AGÜERO, Emilio: «El artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954: el convenio expropiatorio», en *RDU*, núm. 182, 2000, pp. 61 ss.
- GALERA RODRIGO, Susana: «Responsabilidad derivada del planeamiento ambiental. A propósito de la STSJ de Cantabria de 1 de junio de 1999», en *RDU*, núm. 181, 2000, pp. 141 ss.
- GARCÍA ERVITI, Federico: «La ruina económica en la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid», en *RDU*, núm. 182, 2000, pp. 53 ss.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco: «La responsabilidad patrimonial de la Administración: especial consideración del ámbito urbanístico», en *RDU*, núm. 182, 2000, pp. 11 ss.
- GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: «Prosiguen las medidas privatizadoras. El Decreto-Ley 4/2000», en *RDU*, núm. 182, 2000, pp. 99 ss.
- GONZÁLEZ DE BUITRAGO DÍAZ, Víctor: «La consideración de superficies construibles bajo rasante en la valoración del suelo sin edificar», en *RDU*, núm. 182, 2000, pp. 71 ss.
- HERRERA FERNÁNDEZ, Elisa: «Reto y novedad de la Directiva 96/61 IPPC. Algunas consideraciones jurídicas», en *La Ley*, 2000-3, D-89.
- JIMÉNEZ JAÉN, Adolfo: «Nuevas perspectivas en la ordenación del suelo rústico (la reciente reforma de la legislación canaria)», en *RDU*, núm. 180, 2000, pp. 139 ss.

- MAGÁN PERALES, José M.: «Las infracciones y sanciones urbanísticas en la Ley Urbanística 2/1998 de Ordenación del Territorio y la Actividad Urbánistica en Castilla-La Mancha», en *RDU*, núm. 180, 2000, pp. 83 ss.
- MARCOS OYARZUN, Francisco Javier: «Estudio de las legislaciones autonómicas en materia de residuos sólidos urbanos, competencias municipales y su comparación con la Ley estatal 10/1998», en *RDU*, núm. 182, 2000, pp. 105 ss.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Delfín: «Apuntes sobre el estatuto jurídico del urbanizador en la legislación urbanística valenciana», en *RJNot*, núm. 35, 2000, pp. 103 ss.
- ORTEGA BERNARDO, Julia: «Jurisprudencia en materia de residuos: localización de instalaciones, producción y gestión», en *RDU*, núm. 181, 2000, pp. 49 ss.
- «Las licencias de actividad y funcionamiento en la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia», en *RDU*, núm. 184, 2001, pp. 11 ss.
- ORTEGA CIRUGEDA, Juan: «Evolución legislativa de las competencias del Alcalde, de la Comisión de Gobierno y del Ayuntamiento Pleno en la aprobación de instrumentos de ordenación y gestión urbanísticas», en *RDU*, núm. 182, 2000, pp. 13 ss.
- PEMÁN GAVÍN, Juan: «Refundición y técnica legislativa, apunte crítico sobre el texto refundido de Cataluña en materia urbanística», en *RDU*, núm. 180, 2000, pp. 35 ss.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, José Manuel: «La Directiva relativa a la prevención y control integrado de la contaminación (IPPC) 96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre: su contenido», en *RDU*, núm. 182, 2000, pp. 167 ss.
- PONCE SOLÉ, J.: «Prevención, precaución y actividad autorizatoria en el ámbito del medio ambiente. A propósito de los regímenes de autorización ambiental, licencia ambiental y comunicación previa a la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la Intervención Integral de la Administración Ambiental», en *RDU*, núm. 182, 2000, pp. 147 ss.
- RIVAS ANDRÉS, Rafael: «Zona marítimo-terrestre: propiedad privada que linda directamente con el mar. Estudio. El único y extraordinario caso en derecho español de propiedad privada que linda directamente con el mar sin intermedio de servidumbre ni de zona de servicio portuario», en *RDU*, núm. 182, 2000, pp. 81 ss.
- RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ MIMBRERO, Blanca: «Ordenación urbanística, legislación sectorial y medio ambiente», en *RDU*, núm. 181, 2000, pp. 83 ss.
- RUEDA PÉREZ, Manuel Ángel: «Acta de protocolización y exposición de programa para el desarrollo de actuaciones integradas y de proyectos de reparcelación», en *RJNot*, núm. 35, 2000, pp. 247 ss.
- SARMIENTO ACOSTA, Manuel J.: «El suelo urbanizable sectorizado en la Ley canaria de Ordenación del Territorio», en *RDU*, núm. 180, 2000, pp. 139 ss.

SEGOVIA ARROYO, José Antonio: «Instrumentos de planeamiento general: algunos aspectos problemáticos (Estudio de reciente jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia)», en *RDU*, núm. 184, 2001, pp. 103 ss.

SERRANO ALBERCA, José Manuel: «La propiedad y la contratación del suelo: encrucijada de normas civiles y urbanísticas», en *RUE*, núm. 1, 2000, pp. 15 ss.

YAGÜE GIL, Pedro José: «Los efectos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, en los recursos de casación pendientes: a propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero y de 21 de marzo de 2000», en *RUE*, núm. 1, 2000, pp. 49 ss.

YÁÑEZ VELASCO, Igor: «La declaración de ruina (Jurisprudencia reciente)», en *RDU*, núm. 184, 2001, pp. 77 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

ALONSO GARCÍA, Ricardo: «La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», en *GJ*, núm. 209, 2000, pp. 3 ss.

ANCOS FRANCO, Helena: «Algunas consideraciones sobre la definición del mercado relevante en el sector de las telecomunicaciones. Especial referencia a la interconexión», en *GJ*, núm. 212, 2001, pp. 57 ss.

ARRUÑADA, Benito: «Economía y derecho en la nueva política comunitaria de competencia», en *GJ*, núm. 211, 2001, pp. 27 ss.

BERENGUER FUSTER, Luis: «Modernización de las normas comunitarias de la competencia y seguridad jurídica», en *GJ*, núm. 211, 2001, pp. 27 ss.

BOGO, Jorge: «La desafiabilidad de los mercados y la práctica antimonopólica», en *GJ*, núm. 211, 2001, pp. 48 ss.

CARBALLO PIÑEIRO, Laura: «Orden jurídico comunitario, derechos fundamentales e interpretación del artículo 27-1 del Convenio de Bruselas», en *La Ley*, 2000-3, D-102.

CASTRO, José Luis de y ZUNZUNEGUI, Fernando: «Consecuencias jurídicas de la moneda única», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 51 ss.

CERVERA GARCÍA, Juan Luis: «Procedimientos abreviados, simplificados y acelerados, más facultades inquisitivas y adaptación a las nuevas competencias procedentes del tratado de la Unión Europea», en *RGD*, noviembre 2000, pp. 12717 ss.

CUENA CASAS, Matilde: «La primacía del derecho comunitario: luces y sombras» en *RGLJ*, núm. 4, 2000, pp. 459 ss.

ELVIRA BENAYAS, M.^a Jesús: «Las “anti-suit injunctions” y la cooperación judicial internacional entre los Estados miembros de la Comunidad

- Europea: Convenio de Bruselas 1968 y convenios sobre notificación», en *RPJ*, núm. 58, 2000, pp. 59 ss.
- ESCUDERO PUENTE, Alberto: «Sanciones por incumplimiento del deber de notificar las operaciones de concentración en derecho español tras el Real Decreto-ley 2/2001, de 2 de febrero», en *GJ*, núm. 212, 2001, pp. 69 ss.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: «La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del Derecho europeo», en *DPC*, enero-diciembre 2000, pp. 63 ss.
- ESPÓSITO, Carlos y FERNÁNDEZ EGEA, Rosa M.: «La protección del medio ambiente a través de la concesión de derechos exclusivos y el derecho de la competencia. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de mayo de 2000», en *GJ*, núm. 211, 2001, pp. 55 ss.
- FERNÁNDEZ EGEA, Rosa M. y ESPÓSITO, Carlos: «La protección del medio ambiente a través de la concesión de derechos exclusivos y el derecho de la competencia. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de mayo de 2000», en *GJ*, núm. 211, 2001, pp. 55 ss.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel: «Órganos encargados de la aplicación del derecho interno sobre competencia (comentario a la STS 908/1999, de 4 de noviembre de 1999)», en *GJ*, núm. 211, 2001, pp. 42 ss.
- FERNÁNDEZ VICIEN, Cani y MORENO-TAPIA RIVAS, Irene: «La nueva regulación comunitaria de las Restricciones Verticales», en *DN*, febrero 2001, pp. 18 ss.
- GÓMEZ JENÉ, Miguel: «Convenio arbitral y orden público europeo (a propósito de la Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000 en el asunto Krombach c. Bamberski)», en *GJ*, núm. 209, 2000, pp. 86 ss.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Rossana: «Límites a la construcción de un “orden público” en materia de derechos fundamentales (a propósito de la sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000, Krombach c. Bamberski)», en *RDCE*, núm. 8, 2000, pp. 593 ss.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «La reforma del régimen relativo a la seguridad de los productos: la propuesta de la Comisión», en *GJ*, núm. 209, 2000, pp. 18 ss.
- MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo: «Para una afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea», en *RPJ*, núm. 57, 2000, pp. 31 ss.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago: «¿Próximo Big Bang en el Derecho Comunitario de la Competencia?», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 3 ss.
- MEDRANO CABALLERO, Ignacio de: «El futuro sistema jurisdiccional comunitario en propiedad industrial», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 24 ss.
- MEDRANO IRAZOLA, Sabiniano: «El problema de la jurisdicción civil y la defensa de la competencia: reconsideración del debate y contribución a la búsqueda de soluciones», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 11 ss.

- MORENO-TAPIA RIVAS, Irene y FERNÁNDEZ VICIEN, Cani: «La nueva regulación comunitaria de las Restricciones Verticales», en *DN*, febrero 2001, pp. 28 ss.
- MUÑOZ SÁNCHEZ-MOLINÍ, Enma: «Pactos de exclusiva ante el nuevo Derecho Europeo de la Competencia», en *DN*, marzo 2001, pp. 12 ss.
- OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen: «El alcance extraterritorial del Derecho de la competencia y su utilización como medida comercial. Las perspectivas estadounidense, comunitaria y española», en *GJ*, núm. 212, 2001, pp. 34 ss.
- PARDO LEAL, Marta: «La Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico: su aplicación en el ámbito del Mercado interior», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 36 ss.
- PASCUAL SEQUEROS, Adriana: «Doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de abuso de posición dominante», en *GJ*, núm. 209, 2000, pp. 93 ss.
- PEDRAZ CALVO, Mercedes: «Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en recursos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 212, 2001, pp. 22 ss.
- PÉREZ CARRILLO, Elena: «La reforma del derecho de acceso del público a los documentos en la Unión Europea», en *RGD*, diciembre 2000, pp. 14557 ss.
- REVUELTA, Isabel: «Una Carta de Derechos Fundamentales para la Unión Europea», en *RPJ*, núm. 58, 2000, pp. 125 ss.
- ROMERO MELCHOR, Sebastián: «La sentencia “Lancaster” ¿un *lifting* de la noción de consumidor normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas?», en *GJ*, núm. 209, 2000, pp. 59 ss.
- RUIZ-JARABO, Dámaso: «El Tribunal de Justicia y el Tratado de Niza», en *GJ*, núm. 212, 2001, pp. 4 ss.
- SALELLES, José R.: «La armonización comunitaria proyectada del régimen de excepciones del derecho de autor y otros derechos afines en la sociedad de la información», en *RGD*, diciembre 2000, pp. 15089 ss.
- SANZ DE ACEDO HECQUET, Etienne: «La oposición al registro de la marca comunitaria [artículo 8 del Reglamento (CE) núm. 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la Marca Comunitaria]», en *DN*, marzo 2001, pp. 1 ss.
- VALLEJO LOBETE, Ernesto: «La prohibición de publicidad destinada a los niños: ¿una opción viable?», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 79 ss.
- ZUNZUNEGUI, Fernando y CASTRO, José Luis de: «Consecuencias jurídicas de la moneda única», en *GJ*, núm. 210, 2000, pp. 51 ss.

DERECHO PROCESAL

ARIZA COLMENAREJO, María Jesús: «Sistema de recursos en la LEC 1/2000» en *RGLJ*, núm. 4, 2000, pp. 439 ss.

BAENA RUIZ, Eduardo: «Las partes en el proceso del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Especial referencia al ejecutado y a su régimen jurídico. Intervención de terceros», en *EDJ*, núm. 23, 1999, pp. 19 ss.

BALBÍN LLERA, Miguel Ángel y SOTO GUITIÁN, José Manuel: «Los procedimientos de jura de cuentas: arts. 8 y 12 de la actual LEC y 34 y 35 de la nueva Ley de Enjuiciamiento», en *Actualidad Civil*, núm. 39, 2000, pp. 1417 ss.

BONET NAVARRO, Ángel: «El momento oportuno para la aportación de los documentos en el proceso civil. Documentos procesales y documentos de fondo; documentos fundamentales y complementarios (comentario a la STS de 7 de marzo de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 1013 ss.

CABRERA MERCADO, Rafael: «El proceso de incapacitación», en *EDJ*, núm. 22, 1999, pp. 207 ss.

CERVERA GARCÍA, Juan Luis: «La competencia judicial internacional en las acciones por daños y perjuicios a causa de conservación deficiente y deterioro de alojamientos turísticos a la luz del asunto Dansommer», en *RGD*, octubre 2000, pp. 10801 ss.

— «Procedimientos abreviados, simplificados y acelerados, más facultades inquisitivas y adaptación a las nuevas competencias procedentes del tratado de la Unión Europea», en *RGD*, noviembre 2000, pp. 12717 ss.

CHOZAS ALONSO, José Manuel: «La litispendencia: efectos y tratamiento procesal», en *CDJ*, núm. VI, 2000, pp. 71 ss.

CONTUOCH PRATDESABA: «El juicio de desahucio y demás procesos arrendatarios en la nueva LEC», en *RJC*, núm. 1, 2001, pp. 9 ss.

CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés: «El objeto del proceso sobre propiedad industrial: una aproximación a las recientes orientaciones jurisprudenciales», en *RJC*, núm. 4, 2000, pp. 1099 ss.

ELVIRA BENAYAS, M.^a Jesús: «Las “anti-suit injunctions” y la cooperación judicial internacional entre los Estados miembros de la Comunidad Europea: Convenio de Bruselas 1968 y convenios sobre notificación», en *RPJ*, núm. 58, 2000, pp. 59 ss.

GARCÍA SOLE, Fernando: «Venta a plazos y *leasing* tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2000-3, D-103.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: «Principios y características esenciales del nuevo proceso civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)», en *RGD*, diciembre 2000, pp. 14455 ss.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «La ejecución hipotecaria en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *EDJ*, núm. 23, 1999, pp. 215 ss.

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María: «Los procesos declarativos y el régimen de su adecuación», en *CDJ*, núm. VI, 2000, pp. 117 ss.

HERRERO PEREZAGUA, Juan F.: «Cosa juzgada: función negativa e identidades que han de concurrir. Reproducción como acción principal de una acción desestimada como eventual (comentario a la STS de 7 de febrero de 2000)», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pp. 973 ss.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael «La protección del crédito en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: el proceso monitorio», en *RDBB*, núm. 80, 2000, pp. 7 ss.

JURADO JURADO, Juan José: «El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una primera aproximación a sus particularidades», en *RCDI*, núm. 662, 2000, pp. 3143 ss.

LARRONDO LIZARRAGA, Joaquín María: «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria: exposición sistemática», en *EDJ*, núm. 23, 1999, pp. 273 ss.

LLANA VICENTE, Marino de la : «El proceso monitorio. Su regulación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2000-4, D-144.

LORCA NAVARRETE, Antonio María: «La regulación de las costas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2000-3, D-88.

— «La regulación de las diligencias finales del juicio ordinario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2000-3, D-110.

MAGRO SEVET, Vicente: «El principio de inmediación en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y la necesidad de crear más juzgados de primera instancia para su plena efectividad práctica», en *La Ley*, 2000-3, D-91.

— «La modificación legislativa de las medidas de internamiento no voluntario de personas por razones psíquicas en la Ley 1/2000, de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2000-4, D-120.

MALDONADO RAMOS, Jaime: «Técnica casacional de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2000-3, D-94.

MANRIQUE CABRERO, José Carlos: «El régimen de los actos de comunicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RGD*, noviembre 2000, pp. 12743 ss.

MARTÍN DEL PESO, Rafael: «El juicio verbal en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *CDJ*, núm. VI, 2000, pp. 319 ss.

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José: «La reciente Ley de Enjuiciamiento Civil y los pactos de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario», en *La Ley*, 2000-4, D-131.

- MORAL SORIANO, Leonor M: «Los precedentes del Tribunal Supremo: el acercamiento de la jurisprudencia a la teoría de los precedentes», en *RPJ*, núm. 57, 2000, pp. 119 ss.
- NABAL RECIO, Antonio: «Régimen procesal de los derechos fundamentales», en *RPJ*, núm. 57, 2000, pp. 187 ss.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio: «Regulación de la rebeldía en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Posibles motivos de inconstitucionalidad», en *La Ley*, 2000-4, D-118.
- ORAÁ GONZÁLEZ, Javier: «El recurso de apelación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (especial referencia a la generalización de la doble instancia)», en *La Ley*, 2000-4, D-151.
- ORTELLS RAMOS, Manuel: «Preclusión de alegaciones y peticiones en la Primera Instancia», en *CDJ*, núm. VI, 2000, pp. 13 ss.
- ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: «El nuevo régimen del proceso civil en la Ley 1/2000, de 7 de enero», en *Actualidad Civil*, núm. 48, 2000, pp. 1729 ss.
- PANIZO Y ROMO DE ARCE, Alberto: «Los procesos de Derecho de Familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil» en *RGLJ*, núm. 3, 2000, pp. 361 ss.
- PEREDA GÁMEZ, Francisco Javier: «La sentencia: pronunciamientos principales y régimen de la condena en costas», en *CDJ*, núm. VI, 2000, pp. 233 ss.
- PUEBLA POVEDANO, Antonio: «La nulidad del procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria. El proceso declarativo posterior», en *EDJ*, núm. 23, 1999, pp. 431 ss.
- PUJOL CAPILLA, Purificación: «La tutela judicial y el proceso cautelar en la nueva LEC», en *Actualidad Civil*, núm. 16, 2001, pp. 595 ss.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique: «Los procesos sobre capacidad y la nueva LEC (glosa general)», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2001, pp. 339 ss.
- RAYÓN BALLESTEROS, Concepción: «Medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: especial referencia a los instrumentos que permiten recoger y reproducir palabras, sonidos e imágenes o datos, cifras y operaciones matemáticas», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2001, pp. 233 ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Incidencia de la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 en el ejercicio procesal de las acciones de filiación», en *RJC*, núm. 4, 2000, pp. 961 ss.
- ROMERO REY, Carlos: «El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa en el proceso civil. Jurisprudencia constitucional (1997-2000)», en *RGD*, noviembre 2000, pp. 12811 ss.
- RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes: «Las diligencias preliminares», en *CDJ*, núm. VI, 2000, pp. 173 ss.
- SOTO GUITIÁN, José Manuel y BALBÍN LLERA, Miguel Ángel: «Los procedimientos de jura de cuentas: arts. 8 y 12 de la actual LEC y 34 y 35 de la nueva Ley de Enjuiciamiento», en *Actualidad Civil*, núm. 39, 2000, pp. 1417 ss.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: «La reconvención», en *CDJ*, núm. VI, 2000, pp. 195 ss.

TRIGO Y SIERRA, Eduardo: «La regulació de les mesures cautelars a la nova Llei d'Enjudiciament Civil», en *La Ley*, 2000-4, D-114.

UCEDA OJEDA, Juan: «El art. 131 de la Ley Hipotecaria. Actos de comunicación. Requerimientos y Notificaciones», en *EDJ*, núm. 23, 1999, pp. 469 ss.

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la U.A.M.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDPat.	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RPJ	Revista del Poder Judicial
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Actualidad Civil
La Ley

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **José María BECH SERRAT, Margarita CASTILLA BAREA, M.ª Carmen CRESPO MORA, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Andrea MACÍA MORILLO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Albert RUDA GONZÁLEZ, Montserrat VERGUÉS VALL-LLOVERA.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. Derecho al honor y libertad de información. Para que este derecho prime sobre el anterior es preciso que verse sobre hechos noticiales de trascendencia pública y que sean veraces, sin que la veracidad deba entenderse en un sentido absoluto, sino como el esfuerzo especialmente diligente por contrastar la información. El demandante, preso interno en la cárcel en cuestión, no puede considerarse como «persona pública» obligada por sus funciones a soportar mayores injerencias en su derecho al honor.–El primero de los motivos articulados denuncia indebida aplicación de la norma contenida en el párrafo 7.º del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en relación con el número 1.º del artículo 18 y el apartado *b*) del número 1 del artículo 20 CE y doctrina de la Sala y del TC aplicables. Sustancialmente se ataca la sentencia *a quo* en cuanto no aprecia la concurrencia, en la noticia publicada y en relación con el demandante, del requisito de veracidad.

Refiriéndose a las circunstancias a considerar en el juicio ponderativo entre el derecho al honor y el derecho a la libre comunicación de información, dice la S 132/1995, de 11 de septiembre, del TC, que «2.º) Tratándose, más específicamente de la libertad de información, su correcto ejercicio exige que verse sobre hechos de trascendencia pública, en el sentido de noticiales, y que la información facilitada sea veraz. Reuniendo tales condiciones, su ejercicio, en estos casos, prevalece sobre el derecho al honor de

los afectados por la información, en tanto en cuanto ésta se halla en la base de una sociedad democrática (SSTC 178/1993, 41/1994 y 320/1994, entre las más recientes); 3.^{a)} Entre los elementos a tener en cuenta en la valoración de la trascendencia pública de los hechos divulgados cobran especial relevancia la materia de la información, su interés público y su contribución a la formación de una opinión pública libre, así como la persona objeto de la información, puesto que las personas públicas, que ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública deben soportar un cierto mayor riesgo de inferencia de sus derechos de la personalidad que las personas privadas, y el medio de información, en particular su difusión por un medio de comunicación social (SSTC 107/1988, 105/1990, 17/1990, 172/1990 y 15/1993, entre otras); 4.^{a)} La veracidad de la información no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino de una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (SSTC 219/1992 y 41/1994, entre otras muchas)». Determinar qué debe entenderse por veracidad es de especial importancia para establecer si la conducta del informador responde al ejercicio de un derecho constitucional o si sus actuaciones sitúan fuera del campo de actuación del mismo (SSTC 139/1995 y 6/1996), diciendo esta última que a este respecto, el Tribunal ha precisado que, en este contexto, la veracidad de la información no es sinónima de la verdad objetiva e incontestable de los hechos, sino reflejo de la necesaria diligencia de búsqueda de lo cierto o, si se prefiere, de la especial diligencia a fin de constatar debidamente la información. Por esta razón, en la STC 320/1994 (FJ 3.^º) se declaró que la veracidad de lo que se informa «no va dirigida tanto a la exigencia de una rigurosa exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda contestación, bien meras invenciones o insinuaciones, sin comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente, aunque su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado», doctrina que se reitera en la STC 144/1998, de 30 de junio, resaltando que cuando «se trate de una información asumida por el medio y su autor como propia, ..., el deber de diligencia para constatar la veracidad de los hechos comunicados no justifica atenuación o flexibilización alguna, sino que debe ser requerido en todo su rigor».

En el caso, no cabe duda que los hechos atribuidos al demandante en el reportaje en cuestión, su participación en la comercialización de droga dentro de la prisión, por el carácter delictivo de esos hechos, objetivamente colma el tipo descrito en el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, sin que pueda desconocerse, por otra parte, el interés público de la materia sobre la que versa el artículo periodístico; no puede aceptarse, como pretenden los recurrentes, que el actor tenga la consideración de persona pública al verse implicada en los hechos que se relatan en la información publicada.

No acredita suficientemente la actividad investigadora de la verdad por parte del periodista el hecho de que hubiera un informe interno de la institución penitenciaria acerca del tráfico de drogas en la cárcel, en el que no se menciona específicamente al demandante, que estaba allí internado.—Se afirma por los recurrentes que el informe en que se basó el reportaje, aunque posteriormente fue desmentido por la Dirección General

de Instituciones Penitenciarias, fue investigado y contrastado por el investigador; el referido informe, unido a los autos a los folios 207 a 211, trata del «movimiento interior de droga y sustancias estupefacientes en el interior del establecimiento» y está emitido por la Jefatura de Servicio del Establecimiento Penitenciario de Preventivos Madrid Uno; en dicho informe no se menciona en ninguno de sus apartados al demandante, Mahmoud A. A., ya que el único nombre árabe que aparece es el de Mohama (falta al parecer alguna letra en la fotocopia que sirve de testimonio de ese documento) y, no habiéndose acreditado que tal nombre haya sido usado por el demandante; no se ha aportado a los autos prueba alguna que acredite la actividad investigadora del periodista a través de la cual constató la intervención del demandante en el tráfico de drogas en el interior del establecimiento penitenciario sin que sea bastante para acreditar esa pretendida veracidad el que Mahmoud A. A. estuviera allí internado, bien en prisión preventiva o cumpliendo la pena de prisión que le había sido impuesta como autor de un delito contra la salud pública. En consecuencia, la Sala sentenciadora de instancia no ha infringido los preceptos que se citan en el motivo que ha de ser desestimado.

La retirada, tras la publicación de la noticia lesiva de su honor, de una oferta de trabajo hecha al demandante mientras estaba interno no puede tenerse en cuenta para fijar la indemnización por daño moral, si no consta su absoluta relación con la intromisión ilegítima.—El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 obliga a atender a las circunstancias del caso para determinar la indemnización reparadora del daño moral causado por la intromisión ilegítima; en el caso, esa pretendida pérdida de un puesto de trabajo por el demandante por consecuencia de la información periodística a él referida no resulta objetivamente acreditada, sino que es fruto de una apreciación arbitraria por los Juzgadores de la instancia de las manifestaciones de un testigo; no es lógico que este testigo, conociendo, como afirma, al actor desde el año 1985, conociendo que su ingreso en prisión obedecía a su conducta por un delito contra la salud pública, le ofrezca un trabajo mientras permanece interno y retire su oferta al conocer la imputación que se le hace en el reportaje periodístico en cuestión; es por ello por lo que no puede tenerse en cuenta para fijar la indemnización tal circunstancia y debe, por tanto, acogerse este motivo del recurso y, en funciones de instancia, fijar el monto de la indemnización en quinientas mil pesetas. (**STS de 4 de marzo de 2000; ha lugar.**)

HECHOS.—El periodista autor de un reportaje sobre la difusión de drogas en la cárcel y el Director del semanario donde se publicó son demandados por un interno al que se aludía en la noticia como «encargado de comercializar la droga». La sentencia del Juzgado de Primera Instancia entendió existente la intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante y condenó a los demandados a publicar la sentencia con los mismos caracteres y en la misma página de la revista en que se publicó la noticia lesiva y a pagar dos millones de pesetas en concepto de indemnización por daño moral. La sentencia de apelación confirmó la del Juzgado, por lo que los demandados recurrieron en casación ante el TS, que declara haber lugar parcialmente al recurso y modifica la cuantía de la indemnización. (*M. C. B.*)

2. Derechos al honor y a la libertad de información. Para que este derecho prime sobre el anterior es preciso que verse sobre hechos noticiales de trascendencia pública y que sean veraces, sin que la veracidad deba entenderse en un sentido absoluto, sino como el esfuerzo especialmente diligente por contrastar la información.—Es reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial la de que, en la frecuente colisión entre el derecho al honor y el de libertad de información, todos ellos de proclamación constitucional (que impide fijar apriorísticamente los límites o fronteras entre uno y otro, lo que ha de verificarse en cada caso concreto sometido a enjuiciamiento, según las circunstancias concurrentes en el mismo) para que pueda declararse la prevalencia de la libertad de expresión o de información sobre el derecho de protección al honor han de concurrir dos ineludibles requisitos: que la información transmitida verse sobre hechos de interés general, con trascendencia política, social o económica, y que la expresada información sea veraz, entendiéndose concurrente este segundo requisito, aunque el hecho transmitido resulte inexacto, cuando aparezca observado o cumplido el deber de comprobar o contrastar su veracidad, con datos objetivos, mediante las oportunas averiguaciones, propias de un profesional diligente. Por lo que respecta al concreto objeto de este proceso (afirmación expresa de que cuando ocurrió, en el Hospital de «La Paz» el accidente mortal de los quirófanos infectados con hongos, el gerente de dicho Hospital era don José Luis T. M.) no concurre el segundo de los expresados requisitos, no sólo porque, como declaran probado las coincidentes sentencias de la instancia, la referida afirmación expresa es totalmente inveraz, sino porque (como también lo declaran probado) no se ha acreditado que el periodista codemandado (autor del artículo periodístico) desplegara la más mínima diligencia orientada a contrastar o comprobar, con datos objetivos, la veracidad de dicha afirmación (ser el actor Sr. T. M. el gerente del Hospital «La Paz» en la fecha de ocurrencia de dicho accidente mortal), cuyos hechos probados han de ser mantenidos incólumes en esta vía casacional, al no haber sido desvirtuados por medio impugnatorio adecuado para ello.

Es cierta la doctrina jurisprudencial según la cual no cabe extraer de un texto periodístico alguna frase o párrafo para considerarlos, por sí solos, atentatorios al honor de una persona, pero su aplicación al caso no es procedente.—Los recurrentes vienen a sostener que, con base en la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que citan, no cabe extraer de un texto periodístico alguna frase o algún párrafo para considerarlos, por sí solos, atentatorios al honor de alguna persona.

El expresado motivo ha de ser desestimado, ya que, siendo cierta la doctrina jurisprudencial (correctamente entendida) que invocan los recurrentes, la misma carece de aplicación a este supuesto litigioso, en el que no se ha hecho extrapolación de frase ni de párrafo alguno, sino que se ha tenido en cuenta la imputación que, dentro de un artículo periodístico referente a otro tema (recompensa con una cantidad de dinero a los médicos del Hospital que obtuvieran órganos para trasplantes), se hace al actor Sr. T. M. de ser el gerente del Hospital «La Paz» cuando ocurrieron las muertes de varios menores por infección de los quirófanos por hongos, cuya imputación, que tiene plena autonomía dentro del referido artículo periodístico, es totalmente atentatoria al honor del Sr. T., por inveraz, ya que el mismo no era el gerente de dicho Hospital cuando ocurrieron los referidos hechos, sin que el autor del artículo periodístico (hemos de volver a decir) desplegara la más mínima diligencia

para comprobar quién era el gerente en la fecha de ocurrencia de tales hechos. (STS de 13 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El periodista autor de un artículo, el Director del periódico donde su publicó y la editora del mismo, son demandados por intrusión ilegítima en el honor de un señor al que, en dicho artículo, se le imputaban responsabilidades en la muerte de unos niños por infección en los quirófanos de un conocido hospital, por desempeñar negligentemente su puesto de gerente del mismo, cuando en el momento en que ocurrieron los hechos, el aludido no desempeñaba tal función. El Juzgado de Primera Instancia, en sentencia íntegramente confirmada por la Audiencia Provincial, estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a la publicación y fallo de la sentencia en un lugar destacado del periódico y con tratamiento tipográfico preferente, así como a pagar un millón de pesetas en concepto de indemnización. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados contra la sentencia de apelación. (*M. C. B.*)

3. Derecho al honor y la libertad de información. No es «reportaje neutral» aquel que no se presenta al público como mero transmisor de una noticia dada por otro periódico nacional, sino haciendo suya la información vertida.—La parte ahora recurrente trata de justificar su actuación aduciendo que la misma se haya (*sic!*) enclavada dentro de lo que doctrinalmente se conoce con el nombre de «reportaje neutral» o «información neutral». Teoría que tiene su base en la jurisprudencia del TS norteamericano que ha creado la figura del *neutral reportage doctrine*, que parte de la base de un reportaje que recoge unas declaraciones u opiniones, sin que por el informador se exprese o haya valoración alguna, lo que ya, por sí, indica una situación del derecho a la información que no puede ser limitado *per se* con base a una supuesta infracción al honor. Y así se proclama, además, en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de diciembre de 1976 y 8 de julio de 1986, casos *Handyside* y *Lingens*, respectivamente.

Pero en todo caso y en principio, para el presente supuesto, hay que decir con base al marco fáctico, que el mismo nunca podrá servir de sustento a la aplicación de la doctrina del reportaje neutral desde el instante mismo que el reportaje del periódico *Alerta* no fue dado a sus lectores una actuación como mero transmisor de una noticia dada por otro diario nacional, ya que no lo reconoce en momento alguno, y además el artículo publicado por el diario *El Mundo* se hizo en el número del mismo día en que apareció en *Alerta*, lo que hacía surgir, por añadidura, la imposibilidad de remisión a aquel artículo de *El Mundo*.

El derecho al honor sólo cede ante la libertad de información cuando, en cada caso concreto es veraz y se refiere a asuntos públicos de interés general por las materias sobre las que trata o por las personas que en ellas intervienen.—Sobre este tema esta Sala tiene construida una sólida y pacífica doctrina jurisprudencial basada no sólo en las sentencias del TC sino en la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10-1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La cual puede resumirse cuasi telegráficamente de la siguiente manera; el derecho al honor sólo cede ante la libertad de información cuando, en cada caso concreto es veraz y se refiere a asuntos públicos de interés

general por las materias sobre las que trata o por las personas que en ellas intervienen.

No cabe lugar a duda que las personas que intervienen están dentro del áurea de lo público –esposas de miembros de la cúpula judicial cántabra– y que el asunto sobre el que versa es de interés general –tráfico de «dinero negro»–.

Por lo tanto corresponde determinar si en el presente caso surge el requisito constitucional de la necesidad de la información.

Ante todo hay que decir que dicho requisito de veracidad no se halla ordenado a procurar la concordancia exacta entre la información difundida y la verdad material u objetiva de los hechos narrados, sino que, más bien, se dirige a exigir del informador un específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida. Pero además, es preciso, hacer constar que fuera del área del «reportaje neutral» –es este el caso–, cuando se trata de una información asumida por el medio y su autor como propia –también es este el caso–, el deber de diligencia para constatar la veracidad de los hechos comunicados no justifica atenuación o flexibilización alguna, sino que debe ser requerido en todo su rigor. Y en este sentido se habla en la sentencia del TC, de 30 de junio de 1998, cuando en ella se afirma «que tratándose de un reportaje elaborado y asumido como propio por “I”, el requisito constitucional de veracidad de la información contenida en el mismo no admite un tratamiento atenuado mediante su equiparación con un supuesto de “reportaje neutral” en sentido estricto, en los que el medio se limita exclusivamente a reproducir la información facilitada por otros».

Pues bien, y ya en el campo de centralización del tema, hay que decir que el actor del reportaje en cuestión no hizo la más mínima gestión ni el más mínimo esfuerzo en constatar unos hechos que había transcrita literalmente, sin citar, se vuelve a repetir, la fuente informativa, sobre todo cuando le constaba que una de las afectadas había desmentido tajantemente la noticia.

A lo que hay que añadir que ninguna de las imputaciones que se reprochan a las partes recurridas, han sido demostradas o adveradas por la prueba practicada en autos, quedando demostrado, al contrario, que todos los movimientos de fondos que se les imputaban eran inexistentes. (STS de 11 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Una señora demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor a la Dirección de un periódico en que se había publicado una noticia según la cual ella había participado en operaciones de tráfico de dinero negro. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a la parte demandada a publicar su sentencia en los mismos lugares del periódico y con los mismos caracteres tipográficos utilizados en la publicación originaria y a pagar cuatro millones de pesetas en concepto de indemnización. La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial, cuya resolución fue recurrida en casación, a la que declara no haber lugar el TS. (*M. C. B.*)

4. Derecho al honor. El honor es la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona, de forma que tal concepto presenta un aspecto objetivo y otro subjetivo que deben conciliarse y ponderarse en cada caso.—El concepto del honor, pro-

cedente de la dogmática y partiendo del texto legal (art. 7.7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, texto formalmente cambiado hoy, no en el tiempo de los hechos de autos) deriva del propio concepto de la dignidad del ser humano: es la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona, cuyo concepto comprende un aspecto interno, subjetivo o dimensión individual, por uno mismo, y un aspecto externo, objetivo o dimensión y valoración social, por los demás.

Siendo tan relativo el concepto del honor, debe compaginarse la inevitable subjetivación con las circunstancias objetivas, al objeto de evitar que una exagerada sensibilidad de una persona transforme en su interés conceptos jurídicos como el honor (lo cual ha mantenido esta Sala desde las SS de 24 de octubre de 1988 y especialmente las de 16 de marzo y 17 de mayo de 1990).

La calificación de ser atentatorio al honor una determinada noticia o expresión, debe hacerse en relación con el contexto y las circunstancias de cada caso (desde las SS de 7 de septiembre de 1990 y 12 de diciembre de 1991).

No debe exigirse una veracidad absoluta en una noticia cierta de interés y relevancia general: no constituyen intromisión en el derecho al honor las inexactitudes que no alteran la veracidad esencial del hecho.—La noticia que tiene interés y relevancia general y que es veraz no produce intromisión en el derecho al honor; el interés y la relevancia alcanza en este caso a la explicación de un hecho político o de una tramitación parlamentaria de ley o de unos avatares en el Parlamento; la veracidad no es preciso que sea absoluta: en hechos que una persona estima que atentan a su honor, que son ciertos, caben inexactitudes parciales que no afectan al fondo, es decir, que no debe exigirse una veracidad absoluta y total; sí que la esencia del hecho sea veraz, aunque contenga inexactitudes (lo que destaca por la jurisprudencia desde la S de 4 de enero de 1990).

Es imprescindible la valoración del contexto, de las circunstancias del caso y de los usos sociales, para apreciar una posible violación del derecho al honor.—Tiene importancia el contexto y las circunstancias de cada caso para apreciar el posible atentado al derecho al honor, lo que siempre ha destacado la doctrina, ha reiterado la jurisprudencia (desde la S de 7 de septiembre de 1990) y se deduce del artículo 2.1 de la Ley Orgánica citada al decir que la protección del honor se delimita por los usos sociales y en el presente caso, la explicación de unas circunstancias políticas en la tramitación y promulgación de una ley especialmente importante, no permite apreciar que se ataque al honor. (**STS de 24 de febrero de 2000;** no ha lugar.)

HECHOS.—Un parlamentario balear demanda al Parlamento balear y al periodista que había escrito cierto capítulo de un libro editado por dicho Parlamento, en el que, narrando los avatares políticos de la elaboración y promulgación de la Ley autonómica de Espacios Naturales, se afirmaba que el demandante había propiciado una situación tensa al acusar a otros parlamentarios de haber alterado los límites de las zonas creadas en dicho proyecto de ley por el demandante. Ambas sentencias de instancia desestimaron la demanda, en tanto que el TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de apelación. (*M. C. B.*)

5. Derecho al honor. La existencia de responsabilidad civil derivada de una violación del derecho al honor con base en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 no es una responsabilidad objetiva, sino que requiere junto a la antijuridicidad de la conducta, la culpabilidad del agente.—Si bien no falta quien desde la doctrina científica cree ver en la presunción de existencia de perjuicio, contenida en el artículo 9.3, un argumento para la objetivación de la responsabilidad civil regulada en la Ley Orgánica 1/1982, sin embargo, la muy elaborada doctrina del TC acerca de la posible colisión entre derecho al honor y derecho a comunicar libremente información veraz, en cuanto ha tratado reiteradamente del deber de diligencia del informador en relación con el alcance del requisito de la veracidad de la información, no parece permitir que la responsabilidad civil regulada por la Ley Orgánica 1/1982 pueda quedar dentro del radio de acción de la responsabilidad objetiva o por riesgo, cuyo reconocimiento en otros supuestos muy concretos por la jurisprudencia de esta Sala suele venir acompañado de constantes llamadas a la extrema cautela que ha de observarse en su apreciación.

Quiere decir esto último que, además del requisito de la antijuridicidad, será preciso que en la conducta del demandado como responsable civil de una intromisión ilegítima tipificada en la Ley Orgánica 1/1982 se aprecie culpabilidad en cualquiera de sus dos formas posibles, sea dolo como voluntad de dañar, sea culpa como imprudencia o negligencia, es decir, como inobservancia de la diligencia exigible al agente en función, de un lado, de la actividad en cuyo ejercicio se haya producido la denunciada intromisión y, de otro, de las circunstancias en que tal actividad se haya llevado a cabo.

Aunque la autorización administrativa de registro de una marca sin consentimiento del titular del nombre empleado no elimina de por sí la intromisión ilegítima en el derecho al honor, sí lo hace la falta de culpabilidad en quien agotó toda la diligencia exigible para asegurarse de no lesionar derechos de la personalidad ajenos.—Si bien la conducta de la cooperativa demandada no podía entenderse amparada por el consentimiento del titular del derecho fundamental, siquiera sea porque según el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 dicho consentimiento ha de ser expreso, ni tampoco por la concesión del registro de la marca, ya que la autorización administrativa no excluye de por sí la intromisión ilegítima, lo cierto y verdad es que dicha cooperativa observó la más exquisita diligencia antes de comercializar sus vinos con la marca «Marqués de Tosos» y, desde luego, nunca pudo tener el propósito de aprovecharse para fines comerciales ni publicitarios del nombre ni del título nobiliario de persona determinada alguna que pudiera ser titular del derecho o derechos fundamentales protegidos por la Ley Orgánica 1/1982. No existió, pues, en su conducta ni dolo ni culpa, porque antes de comercializar sus vinos con la citada marca agotó todos los medios exigibles para cerciorarse de que con ello no se inmisiúna en los derechos de la personalidad de otro. En definitiva, faltó por completo en la conducta que se le reprocha el elemento de la culpabilidad y, faltando este elemento, no puede considerarse dicha conducta como constitutiva de la intromisión ilegítima tipificada en el apartado 6 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982.

El silencio puede equivaler a asentimiento cuando quien calla estaba obligado a manifestar su oposición según las exigencias de la buena fe o de los usos del tráfico. Atenta contra la buena fe quien, conociendo su existencia, no se opone al uso de una marca durante más de diez años.—A estos efectos es sumamente revelador el planteamiento que hace la recurrente

acerca del significado que cabe atribuir a su silencio cuando la demandada tramitaba la inscripción de la marca. Entiende la recurrente que en ningún caso ese silencio podría tomarse como aquiescencia («el que calla otorga») sino como puro y simple silencio («el que calla no dice nada»). Pero precisamente la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, al tratar del significado del silencio como declaración de voluntad, coinciden en que el silencio puede equivaler al asentimiento cuando quien calla viniera obligado a manifestar su voluntad contraria según las exigencias de la buena fe entre las partes o los usos generales del tráfico (SS de 24 de noviembre de 1943, 24 de enero de 1957, 14 de junio de 1963 y 2 de febrero de 1990, entre otras). Y que esto es lo que sucedía en el caso examinado lo que demuestra el propio planteamiento de la recurrente: si fuera verdad que ésta se consideraba a sí misma «reencarnación» del primer Marqués de Tosos, o cuando menos poseedora del título desde 1925 sin solución de continuidad, la buena fe, su propia «nobleza» si se quiere, la obligaba a oponerse a la concesión del registro de la marca «Marqués de Tosos» en lugar de esperar diez años para promover contra la Cooperativa el proceso de que este recurso dimana tras haber interesado la carta de rehabilitación del título en diciembre de 1987, es decir, más de cuatro años después de la publicación de la petición de registro de la marca en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial. En suma, mientras la demandada se ajustó en un todo a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC), no puede decirse lo mismo de la actora, entendida la buena fe como conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atenimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena (SS de 21 de septiembre de 1987 y 8 de julio de 1981), reforzándose así la ausencia de culpabilidad en aquélla e incluso un resultado negativo en el juicio de desvalor del resultado de la conducta que se le imputa. (**STS de 29 de febrero de 2000; no ha lugar.**)

HECHOS.—En 1983 una cooperativa vinícola, tras haber hecho las gestiones oportunas en el Ministerio de Justicia y en el Ayuntamiento correspondiente para asegurarse de que nadie ostentaba desde 1925 cierto título nobiliario, inscribe en el Registro de la Propiedad Industrial una marca formada por la denominación de ese citado título. Diez años después de la solicitud de inscripción, la demandante en ambas instancias y recurrente en casación, solicita y obtiene la rehabilitación del título nobiliario en cuestión y demanda a la cooperativa por utilizar sin su consentimiento su nombre en la comercialización de sus vinos. La demanda es desestimada en ambas instancias y tampoco prospera el recurso de casación interpuesto por la actora ante el TS. (*M. C. B.*)

6. Procedimiento de incapacitación. Inobservancia de trámites esenciales.—Según doctrina consolidada del TS (SSTS de 20 de febrero y 12 de junio de 1989, 24 de mayo de 1991 y 30 de diciembre de 1995, entre otras), los trámites de audiencia a los parientes próximos del presunto incapaz y de examen de éste por el Juez (art. 208 CC) son esenciales. Dado que se trata de cuestiones de orden público y de trascendencia constitucional, su inobservancia puede ser apreciada de oficio.

Recurso de casación. Interposición.—No puede ser interpuesto recurso de casación por la parte cuyas pretensiones han sido totalmente estimadas en

la instancia. La posición procesal de ese sujeto tiene que ser, forzosamente, la de recurrido y no la de recurrente. (**STS de 4 de marzo de 2000; ha lugar.**)

HECHOS.—Ante el comportamiento psicótico de don G.S.F., que constantemente presenta denuncias carentes de fundamento contra diversas autoridades de la localidad en la que habita, el Ministerio Fiscal interpone demanda en la que se solicita la incapacitación de don G.S.F. para entablar acciones civiles o penales. Siendo estimada la demanda en primera instancia, don G.S.F. interpone recurso de apelación, que es desestimado. Frente a esta sentencia, interponen recurso de casación tanto don G.S.F., como el Ministerio Fiscal, este último solicitando la declaración de nulidad del proceso por concurrencia de derechos fundamentales, al haber sido omitido en el proceso el trámite de audiencia a los parientes próximos del presunto incapaz. El TS declara haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—El procedimiento de incapacitación, regulado anteriormente en los artículos 206 a 210 CC, se recoge en la actualidad en los artículos 756 a 763 LEC. (*A. M. M.*)

7. Vecindad civil: adquisición por residencia habitual.—Conforme a lo establecido en el artículo 14.5 CC la vecindad civil (de Derecho común o de Derecho especial o foral) se adquiere: *a)* por la residencia continuada durante dos años en un concreto territorio, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad; *b)* por la residencia habitual y continuada en ese concreto territorio durante diez años, sin haber realizado el interesado declaración de voluntad en contra antes del transcurso de dicho plazo (el art. 225 RRC señala que en este último supuesto «el cambio de vecindad civil se produce *ipso iure*»). (**STS de 28 de enero de 2000; ha lugar.**)

HECHOS.—Don F.J.S. y doña C.P.R. contrajeron matrimonio en la provincia de Barcelona en 1964 (sin otorgar capitulaciones matrimoniales). Ambos contrayentes nacieron en la provincia de Córdoba, pero eran residentes en Cataluña desde hacía más de diez años.

En 1992 doña C.P.R. presenta una demanda con el fin de obtener la separación judicial de su matrimonio.

Por su parte, don F.J.S. interpone (también en el año 1992) una demanda contra su esposa, suplicando se declare, entre otras cosas, que el régimen económico que rige el matrimonio es el de la sociedad de gananciales y que determinados bienes que señala en la demanda son bienes gananciales. La demandada, doña C.P.R., se opone a la demanda, alegando que el régimen económico del matrimonio, al tener ambos cónyuges vecindad civil catalana, es el de separación de bienes.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Málaga estima la demanda. El TS declara haber lugar al recurso de casación, casa la sentencia de la Audiencia Provincial y confirma la de primera instancia. (*M. J. P. G.*)

8. Doctrina del levantamiento del velo. Finalidad.—A través de esta doctrina se busca evitar un abuso de la figura de la persona jurídica. El infrac-

tor, que según la calificación del TS comete fraude de ley (SSTS de 16 de marzo y 24 de abril de 1992 y de 24 de febrero de 1995), trata de valerse de la independencia de la personalidad jurídica respecto de la física, y crea ficticiamente, en daño de los derechos o intereses ajenos, una persona jurídica como modo de eludir responsabilidades. Esta actuación fraudulenta se pone de manifiesto a través de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.

Doctrina del levantamiento del velo. Aplicación subsidiaria.—Si bien declara el TS que la doctrina del levantamiento del velo tiene un carácter subsidiario, no es contrario a esta interpretación jurisprudencial que tal doctrina sirva de apoyo y fundamento al ejercicio de una acción —que resulta estimada gracias a esta aplicación—, habiendo sido ejercitadas junto a ella otras que no alcanzan reconocimiento por el órgano judicial.

Persona jurídica. Autocontratación.—Existe autocontratación cuando el socio mayoritario de una persona jurídica, actuando como representante de la misma, contrata con otra persona jurídica diferente, de la que es socio único. En este caso, se produce una total confusión entre los intereses del socio único y la sociedad que lleva a calificar a esta última de mera ficción jurídica. (**STS de 28 de marzo de 2000;** no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.A.C., socia mayoritaria de *Comercial Oil, Sociedad Anónima* (entidad cuyo objeto social es la explotación de estaciones de servicios) arrienda la explotación de una estación de servicio a *Oil 2000, Sociedad Limitada*, entidad que comparte objeto social con la anterior y de la cual doña M.A.C. es titular del 99% de las acciones, socia constituyente y administradora única. En el contrato de arrendamiento interviene ella misma como representante de la arrendadora y como representante de la arrendataria.

Don J.M.S.C., socio de *Comercial Oil, Sociedad Anónima*, insta la nulidad del contrato celebrado, solicitando, entre otros pedimentos, el reintegro y devolución de los bienes y derechos cedidos con motivo del arrendamiento a *Oil 2000, Sociedad Limitada*. La demanda es estimada en primera instancia y el fallo es confirmado en apelación. Ante esta sentencia, doña M.A.C., *Comercial Oil, Sociedad Anónima, y Oil, Sociedad Limitada*, demandados en primera instancia, interponen recurso de casación que es desestimado por el TS. (*A. M. M.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

9. Simulación absoluta o total.—La simulación absoluta se produce cuando se crea la apariencia de un contrato pero en realidad no se deseaba que ese contrato tuviese vida jurídica, de manera que el contrato aparente no encubre ningún otro negocio jurídico. Esta situación se produce, por ejemplo, cuando se celebra una compraventa sin que las partes pretendiesen el cambio de cosa por precio.

Efectos de la simulación total.—La simulación produce que el contrato tenga una causa falsa y el contrato con simulación total sea nulo de pleno derecho, ya que le falta uno de los requisitos que exige el artículo 1261 CC para su validez. La apreciación o no de la existencia de simulación corres-

ponde a los juzgadores de instancia. (**STS de 5 de febrero de 2000**; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Antonia otorgó escritura pública de compraventa a favor de su hijo Bonifacio en 1990 por la que le vendía y transmitía determinadas fincas. El precio de compraventa era de un millón de pesetas pero no consta que el comprador entregase esa cantidad. Doña Antonia falleció en 1993, dejando dos hijos, don Gregorio y don Bonifacio. Don Gregorio interpuso demanda contra don Bonifacio y su esposa, solicitando que se le declarase, junto con su hermano, heredero abintestato y que se declarase la nulidad de la escritura pública de la compraventa. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial de Soria estimó parcialmente el recurso y declaró la nulidad de la escritura pública de compraventa. Los demandados interpusieron recurso de casación ante el TS, alegando que se había infringido el artículo 1261 CC porque se había declarado nulo un contrato que cumplía todos los requisitos que ese artículo exige. El TS desestima el recurso porque considera que la apreciación de existencia de simulación corresponde a los juzgadores de instancia y que la existencia de ese vicio implica la nulidad del contrato.

NOTA.—La sentencia considera que el contrato de compraventa es nulo por tener una causa falsa. Sin embargo, parece que el contrato tenía una causa (*el animus donandi* de doña Antonia) y, por tanto, que la compraventa encubría una donación. Como es sabido, el TS exige, para la validez de la donación disimulada, que cumpla el requisito de forma del artículo 633 CC. Respecto al cumplimiento de este requisito, el TS ha considerado en algunas sentencias que es válida la donación bajo la forma de escritura pública de compraventa (SSTS de 30 de diciembre de 1998 y 2 de noviembre de 1999), aunque la doctrina mayoritaria niega su validez (por ejemplo, STS de 24 de febrero de 1992). El supuesto que resuelve esta sentencia está relacionado con el otro requisito que el TS exige para la validez de la donación encubierta: que tenga una causa lícita. Como establece la STS de 5 de mayo de 1995, las donaciones disimuladas que pretendan defraudar los derechos legitimarios de los herederos tienen una causa ilícita y son nulas. Y si el contrato disimulado es nulo no se produce un supuesto de simulación relativa. (*M. V. V.*)

10. Requisitos del error sustancial.—El artículo 1265 CC prevé aquel supuesto en que ha habido un acuerdo de voluntades que deviene ineficaz porque ha habido error en alguna de las partes. Este artículo establece la nulidad del consentimiento viciado de error. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 1266 CC, no es suficiente cualquier error para invalidar el consentimiento, sino que éste debe recaer sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre las condiciones de la misma que hubiesen dado motivo a celebrar el contrato. Quien alega el error debe probar su esencialidad y recognoscibilidad, de manera que debe demostrar que no conocía un hecho concreto, lo que suponía un falso conocimiento de la realidad. También debe probar que ese desconocimiento no le era imputable y que no era excusable

(no era evitable mediante el uso de una diligencia media). (**STS de 10 de febrero de 2000; no ha lugar.**)

HECHOS.—Doña Josefa, doña Alejandrina y doña Aurora, junto con otros herederos, prestaron su consentimiento en el acto conciliatorio celebrado para designar los contadores partidores que realizarían la partición de las herencias de sus padres. Doña Josefa, doña Alejandrina y doña Aurora interpusieron demanda solicitando se declarase la nulidad de la partición de los bienes. El Juzgado de Primera Instancia de Vigo desestimó la demanda. Las actoras recurrieron en apelación ante la Audiencia Provincial de Pontevedra, que desestimó el recurso. Interpusieron recurso de casación, alegando como motivo un error en el consentimiento prestado en el acto conciliatorio, ya que argumentaban que habían padecido un error en el conocimiento de las facultades concedidas a los contadores. El TS declara no ha lugar el recurso ya que considera que las recurrentes conocían con precisión el objeto del acto conciliatorio (nombrar los contadores partidores para la partición del caudal hereditario de sus progenitores) y, en consecuencia, no se cumplían los requisitos del error sustancial. (M. V. V.)

11. Cláusula de sumisión expresa. Carácter abusivo.—La jurisprudencia última y mayoritaria de esta Sala declara que si bien los artículos 56 y 57 LEC autorizan la sumisión expresa, con renuncia consecuente al fuero propio, para que la misma resulte vinculante ha de tenerse en cuenta la legislación interna [LGDCU de 19 de julio de 1984 y la Comunitaria (Directiva 93/13)], que autorizan a declarar abusiva la cláusula de referencia, ya que origina desequilibrio contractual (SS de 27 de abril de 1998, 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio y 14 de septiembre de 1996), pues su aportación al contrato es unilateral y la relación reviste carácter de adhesión, sin que los usuarios hubieran tenido intervención directa en su redacción y establecimiento, ni en la mayoría de los casos se les ha permitido su modificación (S de 8 de noviembre de 1996). La cláusula de sumisión ha de declararse ineficaz, conforme al artículo 10 de la Ley 26/1984 (antes de su modificación por Ley de 13 de abril de 1998), ya que perjudica de manera desproporcionada al consumidor, como declara la S de 19 de abril de 1999, pues obliga e impone al usuario del préstamo a litigar en Madrid, lejos de su domicilio habitual, con las consiguientes molestias y desembolsos económicos añadidos. En materia de pólizas de préstamo esta Sala se pronuncia en la misma dirección, declarando la S de 17 de mayo de 1999, que la competencia ha de determinarse atendiendo a las reglas del artículo 62 LEC, disponiendo la primera que debe reputarse Juez competente el lugar en que la obligación debe ser cumplida. Cuando se ejercitan acciones personales, como ocurre en este caso, resultando suficientemente clara que la devolución del préstamo se efectuaría en Sevilla, que corresponde a la ciudad donde se firmó la póliza y allí fueron requeridos de pago los demandados por el Banco acreedor, por lo que ha de aplicarse el artículo 1171 CC, que fija el lugar donde deben cumplirse las obligaciones. Lo que se deja expuesto tiene correlación con el artículo 1439 LEC, que corrigió la posible indefensión que suponía para algunos ejecutados que los juicios ejecutivos contra ellos se tramitasen fuera de su domicilio o, en su caso, en el lugar de cumplimiento de la obligación. Se trata, en resumen de póliza impresa, que es abusiva e inoperante consecuentemente, por no responder a una

efectiva actividad negocial libre y bilateral, viniendo a ser manifestaciones bien expresas del poder de la parte predominante en la relación negocial creada, sobre todo cuando se trata de asumir posición de prestatario y, con ello decidir de entidad bancaria, representando ruptura frontal del necesario equilibrio contractual que debe concurrir. (**STS de 14 de febrero de 2000.**)

HECHOS.—Don José y doña María habían celebrado un contrato de préstamo con el *Banco Español de Crédito* en Sevilla. En la póliza del contrato aparecía una cláusula de sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Madrid. Ante el incumplimiento de los prestatarios, el Banco interpuso demanda contra ellos ante un Juzgado de Primera Instancia de esta última ciudad. Los demandados plantearon una cuestión de competencia territorial por inhibitoria ante un Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, que requirió de inhibición al de Madrid. Éste denegó la inhibición. El Juzgado de Sevilla desistió de la inhibición en una resolución que los demandados recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial de Sevilla estimó el recurso y declaró que el Juzgado competente era el de Sevilla. El Banco recurrió la sentencia en casación pero el TS desestimó el recurso por las razones expuestas.

NOTA.—Muchas sentencias se han ocupado ya de la problemática de las cláusulas de sumisión expresa semejantes a la de este caso (véase en este Anuario los vol. 1997-IV, pp. 2026-2028; 1998-II, p. 953; 1998-III, pp. 1548-1550; 1999-I, pp. 474-478; 1999-III, pp. 1293-1296; 1999-IV, pp. 1747-1751; 2000-I, pp. 313-314; 2000-II, pp. 749-750, y 2000-III, p. 1247). Ahora, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2000, asuntos C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial, S.A., v. Rocío Murciano Quintero, y Salvat Editores, S. A. v. José M.^a Sánchez Alcón Prades y otros* (*La Ley*, 2000, 9507) declara que el Juez nacional está facultado para declararse incompetente de oficio si la cláusula de sumisión expresa que le atribuye competencia puede considerarse abusiva. Posiblemente a favor de imponer esta obligación al Juez español véanse ahora los artículos 54.2 y 59 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la DA 1.^a, cláusula 27.^a, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, y además los artículos 1469 *quinqüies* del Código civil italiano y 9 de la Ley alemana de condiciones generales (AGBG) con la opinión dominante en este país (Andreas Schwarze, *JZ* 2001, pp. 246-249 y los que cita en nota 3). Sin hacer esta propuesta, puede verse sobre el caso Océano Ludovic Bernardeau, «*Clauses abusives: l'illicite des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire* (à la suite de l'arrêt CJCE, 27 juin 2000, Océano, aff. C-240/98)», *Revue Européenne de Droit de la Consommation* 2000, pp. 261-281. (A. R. G.)

12. Rescisión por fraude de acreedores.—Mal puede afirmarse la infracción por la sentencia recurrida de los artículos 1111, 1291, 1294 y 1297 CC cuando según jurisprudencia de esta Sala resulta, primero, que es posible estimar la acción revocatoria aunque el nacimiento del crédito sea posterior al acto rescindible si la intención defraudatoria viene determinada por la próxima y segura existencia de dicho crédito (SSTS de 11 de noviembre de 1993 y 28 de

junio de 1994); segundo, que para la rescindibilidad de la transmisión basta con que siguiera existiendo el crédito aunque éste no fuera todavía exigible (STS de 5 de mayo de 1997); tercero, que es posible la rescisión aunque la compraventa fuera anterior en algunos meses al inicio del procedimiento ejecutivo (STS de 16 de junio de 1999) y, en fin, que no es preciso para el éxito de la acción revocatoria que la insolvencia en que se sitúe el deudor con la transmisión impugnada sea absoluta (SSTS de 7 de febrero de 1991, 31 de octubre de 1994 y 31 de diciembre de 1998). (**STS de 15 de febrero de 2000**; no ha lugar.)

HECHOS.—Los cónyuges don José Manuel G.S. y doña María Rosa G.B. celebraron un contrato de apertura de crédito con la entidad *Banco Central Hispanoamericano, S. A.* (después *Banco Santander Central Hispano, S. A.*). Con fecha 10 de marzo de 1992, ese matrimonio vendió un piso a la hermana de doña María Rosa G.B., doña María Josefa G.B., y ocho días después constituyó una sociedad de responsabilidad limitada con sus hijos aportando el resto de sus bienes. Habiendo devenido exigibles las obligaciones de don José Manuel G.S. y doña María Rosa G.B. el día 3 de abril de 1992, por haber transcurrido el plazo pactado de disponibilidad del dinero —aunque la sentencia sólo se refiere al «vencimiento de la póliza de crédito», y no señala si los cónyuges han hecho disposiciones—, la entidad bancaria no pudo tratar embargo sobre los bienes de don Manuel G.S. y doña María Rosa G.B. en el juicio ejecutivo promovido con base en la llamada «póliza de crédito». Por ello, la entidad *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, interpuso acción de revocación de la compraventa por haber sido celebrada en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó los recursos de apelación interpuestos por don José Manuel G.S. y doña María Josefa G.B. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

13. Contrato de distribución en exclusiva: resolución unilateral conforme a Derecho.—Afirma el TS que el incumplimiento contractual de una de las partes contratantes (vulneración del pacto de exclusiva o el impago de las mercancías) constituye justa causa para resolver unilateralmente el contrato. En estos casos la resolución unilateral del contrato de distribución en exclusiva no puede considerarse abusiva o contraria a la buena fe (SSTS de 18 de marzo y 28 de mayo de 1966 y 22 de marzo de 1988).

Contrato de distribución en exclusiva sin fijar el plazo de duración: resolución unilateral por el concedente sin obligación de indemnizar.—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 14 de febrero de 1973, 11 de febrero de 1984, 22 de marzo de 1988, 27 de mayo de 1993, 10 de diciembre de 1996 y 17 de noviembre de 1998) afirma que cuando el concedente ejerce unilateralmente la facultad resolutoria amparado por justas causas no está obligado a indemnizar los daños y perjuicios. (**STS de 10 de marzo de 2000**; ha lugar en parte.)

HECHOS.—*Hidrokalor Sur, S. A.*, en virtud de los contratos celebrados en 1987 y 1990, era distribuidor en exclusiva de los productos de *Vulcano-Sadeca, S. A.*

En julio de 1991, la entidad *Vulcano-Sadeca, S. A.* notifica al distribuidor exclusivo de sus productos (*Hidrokalor Sur, S. A.*) que

resuelve de forma unilateral las relaciones contractuales que existen entre ambas sociedades. La decisión de resolver los contratos se ampara en el incumplimiento contractual por parte de *Hidrokalor Sur, S. A.*

Hidrokalor Sur, S. A., interpuso demanda contra la entidad *Vulcano-Sadeca, S. A.*, solicitando se condenase a la demandada a pagar una indemnización por resolución unilateral injustificada de los contratos que vinculaban a las partes litigantes.

La parte demandada se opuso y formuló una demanda reconvencional, en la que suplicaba, entre otras cosas, se declarasen resueltos los contratos de representación y de distribución en exclusiva celebrados entre demandante y demandado, así como que se condene a *Hidrokalor Sur, S. A.*, a abonar la cantidad de dinero que resulte de la liquidación de los contratos.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente tanto la demanda inicial como la demanda reconvencional. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación del demandante y estima en parte el interpuesto por el demandado. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por *Hidrokalor Sur, S. A.*, y declara haber lugar al recurso de casación formulado por *Vulcano-Sadeca, S. A.* (M. J. P. G.)

14. Vicios ocultos: límites a las consecuencias previstas en los artículos 1483 y 1484 CC.—Los objetos de venta en su naturaleza y propiedades no se encuentran mermados por vicio afectante a la cosa vendida, hasta suscitar la responsabilidad del vendedor como dispone el artículo 1484 CC, lo conociera o no quien vende, viene entendiéndose aquel defecto o imperfección que la hace inapropiada para el uso que por naturaleza le es propio o que disminuye este uso con clara referencia a su utilidad expresamente —sin vaguedades ni generalidades— establecida en el contrato como causa precisa de su celebración, amplitud conceptual que va más allá del concepto vulgar de vicio y que en ninguno de los supuestos concurre aquí.

El artículo 1483 CC viene a regular las consecuencias de la ocultación que al momento del contrato haga el vendedor sobre las cargas y gravámenes que no se revelan desde el mismo objeto del contrato pero que, existiendo en la realidad, condicionan sus posibilidades, las normales que cabría presumir por su naturaleza, ubicación y entorno y que, por ese interiorismo e inusualidad en orden a esas circunstancias, no avisan, sin más de su existencia.

Sin embargo, esos dos preceptos no son absolutos en las consecuencias que de principio establecen pues las subordinan a la posibilidad de conocimiento de sus respectivas circunstancias por parte del comprador en razón de su oficio (art. 1484 CC) o de la posibilidad de alcanzarlo (art. 1483 CC) por facilidad de consultar el medio establecido de registración de tales circunstancias, afectaciones o limitaciones, tanto que constituyan el contenido normal del dominio que se transmite, en atención al lugar de situación, como que le hayan sido impuestas por voluntad de las partes.

No son vicios, ni constituyen cargas o gravámenes ocultos las limitaciones impuestas al dominio por razones de urbanismo, fácilmente comprobables por quien profesionalmente se dedica a la construcción.—La obligación, más que conveniencia, de fácil comprobación de las posibilidades concurrentes en los bienes que compraba la entidad recurrente, pues así lo

imponía su condición de empresa constructora, y la desatención que de ello hizo, sin duda por estimar buena la operación cualquiera que llegase a ser el resultado último de ella hacen improsperable la reclamación que formula invocando razones de inutilidad y ahora sostiene en este recurso, tanto más que, como tiene declarado esta Sala en SS de 27 de enero de 1906 y de 28 de febrero de 1990 que se recogen en la de 15 de diciembre de 1992, las limitaciones legales del dominio derivadas del régimen urbanístico quedan excluidas del concepto de cargas o servidumbres no aparentes que contemplan, a efectos de las consecuencias que regulan, los artículos 1483 CC y 62 de la Ley del Suelo. (**STS de 3 de marzo de 2000**; no ha lugar.)

HECHOS.—*TECONSA*, compradora de dos locales, interpone demanda contra los vendedores. Reclama rectificaciones registrales relativas a ambos locales, indemnización por vicios ocultos respecto a uno de los inmuebles y reducción del precio respecto al otro. El Juzgado accede a lo pedido sólo en lo relativo a las rectificaciones del Registro de la Propiedad. Interponen recurso de apelación demandante y demandados. Se acoge el segundo y, revocándose la sentencia de instancia, se desestima la demanda en todos sus pedimentos. No ha lugar al recurso de casación promovido por *TECONSA*. (R. G. S.)

15. Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*. Doctrina general.—El contrato de *leasing*, como dice la S de 28 de noviembre de 1997, institución del derecho comercial importada del área jurídica de los Estados Unidos de América, y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial, es un contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceputado como un contrato con base en los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1255 CC (S de 26 de junio de 1989). Además, desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta lo que proclama la DA 7.^a en su apartado 1.^º de la Ley de 29 de julio de 1988, que dice que tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario. Por otra parte en el apartado 8.^º de dicha DA se dice que las sociedades de arrendamiento financiero tendrán como objeto social exclusivo la realización de operaciones de arrendamiento financiero prevista en la presente disposición.

Partes contratantes.—En el contrato de arrendamiento con opción de compra o *leasing* concurren tres partes, la empresa de *leasing* que financia la operación conjunta y celebra con el proveedor el contrato de compraventa y con el usuario el de arrendamiento con opción de compra, el proveedor que ha celebrado el anterior contrato de compraventa y entrega la cosa al usuario y éste, el usuario, que celebra el contrato con la empresa de *leasing*, y recibe la cosa del proveedor, normalmente elegida por él mismo.

Entrega de cosa distinta de la pactada (*aliud pro alio*). Resolución del contrato.—Tal como mantiene la sentencia recurrida en casación, la entrega del vehículo objeto del contrato de arrendamiento con opción de compra

sin la documentación es equivalente a falta de entrega del mismo, lo cual es algo aceptado unánimemente por nuestra doctrina y reiterado por la jurisprudencia: *aliud pro alio*, entrega de cosa distinta, un aparato con apariencia pero que no puede usarse como camión hormigonera. Lo cual implica el incumplimiento de la principal obligación del arrendador, la sociedad de *leasing*, que es la entrega de la cosa objeto del contrato lo que lleva consigo la resolución del mismo con la devolución del precio recibido y la del camión hormigonera por la sociedad contratante, arrendataria con opción de compra.

La cláusula segunda de las condiciones generales del contrato de *leasing* dice literalmente así: *Las partes manifiestan que «Uninter Leasing, Sociedad Anónima» (UNILEASING) ha adquirido dichos bienes según las especificaciones de el/los usuario/s con el exclusivo objeto de adscribirlos a esta operación [...]. «Uninter Leasing, S. A.» (UNILEASING), en su condición de comprador de los bienes, subroga a el/los usuario/s en cuantos derechos y acciones le correspondan frente al proveedor y, por su parte el/los usuario/s libera/n a «Uninter Leasing, S. A.» (UNILEASING) de toda responsabilidad por las condiciones, funcionamiento e idoneidad de los bienes*. Esa cláusula puede ser de aplicación en caso de vigencia de la relación jurídica derivada del contrato pero no en el supuesto presente en que la relación jurídica (relación de hecho regulada por el derecho que la hace devenir relación jurídica) no ha llegado a iniciarse. (STS de 25 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—*Uninter Leasing, S. A.*, celebró un contrato de arrendamiento financiero o *leasing* con la entidad *Hergilsan, S. L.*, en cuya virtud la primera cedía a la segunda el uso de un camión hormigonera a cambio del abono periódico de unas cuotas, por un período de tiempo que la sentencia no especifica, al final del cual la arrendataria podía ejercitar una opción de compra sobre el mismo por su valor residual. Para ello *Uninter Leasing, S. A.*, compró el camión a Javier Carlos S.B., quien, no obstante, lo entregó a la usuaria *Hergilsan, S. L.*, sin «la documentación para la transmisión legal del mismo permiso de circulación». Por ese motivo esta última empresa interpuso demanda contra la arrendadora *Uninter Leasing, S. A.*, y el vendedor, reclamando la resolución del contrato —con devolución de las cuotas satisfechas hasta ese momento por la misma— y una indemnización de los daños y perjuicios sufridos. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al vendedor del camión a abonar 5.520.000 pesetas a la demandante. Interpuesto recurso de apelación por la empresa usuaria, la Audiencia Provincial declaró resuelto el contrato, condenó a *Uninter Leasing, S. A.*, a abonar la cantidad de 11.285.000 pesetas a la recurrente, y obligó a ésta a devolver el camión. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—En primer lugar, la usuaria *Hergilsan, S. L.* solicita la resolución del contrato de arrendamiento financiero pese a estar legitimada para ejercitar la acción resolutoria de la compraventa del camión que ha sido celebrada entre la arrendadora *Uninter Leasing, S. A.*, y el proveedor Javier Carlos S.B., en virtud de la cláusula de subrogación de la usuaria «en cuantos derechos y acciones le correspondan frente al proveedor». En el supuesto de haber hecho efectivo el contenido de esa cláusula contractual, probablemente *Hergilsan, S. L.*, hubiera obtenido la resolución tanto de la compra-

venta como del arrendamiento financiero, habida cuenta de la conexión causal existente entre ambos contratos. Así resulta de la doctrina sentada recientemente por las SSTS de 26 de febrero de 1996 y 24 de mayo de 1999. Para su comentario, Antonio Cabanillas Sánchez, «La resolución del *leasing* o arrendamiento financiero por presentar vicios los bienes entregados al usuario (comentario a la STS de 26 de febrero de 1996)», *ADC*, 1998, I, pp. 323-340; y Manuel Jesús Marín López, «Comentario a la sentencia de 24 de mayo de 1999», *CCJC*, 51, 1999, núm. 1391, pp. 1141-1153. Aun así, el planteamiento del asunto realizado por la usuaria *Hergilsan, S. L.*, parece ser el más adecuado para sus intereses al evitar la aplicación de ese criterio jurisprudencial. En segundo lugar, la sentencia señala que «la cláusula de subrogación (*rectius*, cesión de acciones) y de exención de responsabilidad de la entidad de *leasing* puede ser de aplicación en caso de vigencia de la relación obligatoria derivada del contrato pero no en el supuesto presente en que la relación obligatoria [...] no ha llegado a iniciarse». Aunque no parece que el TS debiera haber entrado a valorar la cláusula de exoneración de responsabilidad, toda vez que la sentencia recurrida únicamente declara la resolución del contrato, en esa ocasión quizás hubiera resultado más acertado declarar su validez. Nótese cómo las SS citadas del TS de 26 de febrero de 1996 y 24 de mayo de 1999 coinciden en admitir la validez de la cláusula de exoneración de responsabilidad de la entidad de *leasing* cuando vaya acompañada de la subrogación a favor del usuario de todas las acciones y derechos que corresponden a aquélla frente al vendedor, y siempre que la entidad de *leasing* no haya actuado con dolo o culpa grave. Además, la resolución del contrato no debería afectar aquellas cláusulas contractuales pactadas para el caso de incumplimiento. Sobre la subsistencia de determinados efectos del contrato en supuestos de resolución, véase Mario Clemente Meoro, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 506-512. (J. M. B. S.)

16. Concepto de contrato de *leasing* o arrendamiento financiero.—El contrato de *leasing* es aquel contrato atípico al que acuden empresarios y profesionales para equipar su actividad económica, dirigiéndose a una entidad financiera para que adquiera aquellos bienes necesarios para el desarrollo de esa actividad y les ceda su uso a cambio del pago de unas cuotas, calculadas tomando en consideración la amortización del coste del bien cedido. Además, estos arrendatarios tienen una opción de compra sobre aquellos bienes, que normalmente tiene como valor el resto del precio pendiente de amortizar.

Diferencias entre el arrendamiento de cosas y el *leasing*.—Mientras el arrendamiento de cosas sólo supone una relación entre arrendador y arrendatario, el *leasing* implica que el futuro arrendador celebre un contrato de compraventa para adquirir determinados bienes a instancia del futuro arrendatario. Además, la renta del *leasing* se calcula en base al deterioro derivado del uso de aquellos bienes y se concede una opción de compra al arrendatario, que sólo será efectiva a voluntad del arrendatario.

Cláusula que establece la facultad resolutoria por incumplimiento del arrendatario o el vencimiento de las cuotas por impago de dos de

ellas.—La causa del contrato es el fin que lleva a la celebración del contrato, que en el contrato de *leasing* es el suministro en arrendamiento, con opción de compra, de la maquinaria elegida por el arrendatario. La causa de un contrato es ilícita cuando descansa en una finalidad negocial contraria a la ley o a la moral, sin que se pueda confundir con las cuestiones relativas a la onerosidad del contrato. Por tanto, no constituye la causa del contrato de *leasing* aquella cláusula contractual que contenga la facultad del arrendador de exigir el cumplimiento de las cuotas de arrendamiento o la resolución del contrato, con devolución de las prestaciones realizadas, en caso de incumplimiento contractual del arrendatario. (STS de 7 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Susana celebró un contrato de *leasing* con la empresa *Uninter Leasing, S. A.*, en virtud del cual la empresa adquiría las máquinas elegidas por doña Susana para su negocio de confección y la arrendataria debía pagar unas cuotas mensuales. Este contrato contenía una cláusula en virtud de la cual, en caso de incumplimiento de doña Susana, la empresa arrendadora podía resolver el contrato o exigir el cumplimiento anticipado de la obligación de pago de todas las cuotas restantes. La arrendataria no hizo frente a determinadas cuotas e interpuso demanda en que solicitaba la nulidad del contrato, que el Juzgado de Primera Instancia desestimó. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Madrid lo desestimó. La actora interpuso recurso de casación, en el que alegaba la nulidad del contrato por ilicitud de causa. El TS desestima el recurso porque considera que el contrato celebrado entre la recurrente y la empresa *Uninter Leasing, S.A.*, era un contrato de *leasing* y que la cláusula que otorga determinadas facultades al arrendador en el caso de incumplimiento de la arrendataria no constituye la causa del contrato. (M. V. V.)

17. Ley de Arrendamientos Urbanos. Ámbito de aplicación.—De haber sido el arrendamiento de autos un arrendamiento de industria, o un arrendamiento de naturaleza compleja, habría que considerarlo excluido de la LAU, como ocurre con todos aquellos arrendamientos mixtos, complejos o irregulares.

Contrato de arrendamiento de local de negocio. Distinción con el arrendamiento de industria.—La doctrina de esta Sala relativa a la distinción entre los arriendos de local de negocio y los de industria es absolutamente diáfana, destacando que mientras en los primeros se cede el elemento inmobiliario, es decir, un espacio construido y apto para que en él se explote el negocio, en los segundos el objeto contractual está determinado por una doble composición integradora, por un lado el local, como soporte material y, por otro, el negocio o empresa instalada y que se desarrolla en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación, conformando un todo patrimonial (SS de 13 y 21 de diciembre de 1990, 20 de septiembre de 1991, 19 y 25 de mayo de 1992, 17 de abril y 10 de mayo de 1993, 22 de noviembre de 1994, 4 de octubre de 1995 y 8 de junio de 1998, entre otras). En el arrendamiento del caso no hay alquiler del negocio, sino venta del mismo; sólo se arrienda el local. Es obvio, pues, que cabe hablar gráficamente de arrendamiento de local de negocio *desnudo* (SS de 20 de diciembre de 1986 y 17 de noviembre de 1988), pues todo lo que configura el negocio en su más amplio sentido se comprendió en la venta.

Contrato de arrendamiento de local de negocio. Distinción con el arrendamiento complejo.—El arrendamiento complejo supone el establecimiento a cargo de la parte arrendataria de prestaciones que no son propias y específicas de la relación arrendaticia (SS de 29 de mayo de 1950, 26 de marzo de 1979, 29 de diciembre de 1986 y 31 de marzo de 1993) o complementarias de ella (S de 18 de abril de 1989). El hecho de que la venta del negocio y el arrendamiento del local se hayan hecho en un mismo documento no atribuye al contrato la naturaleza de complejo; puede hablarse de dos negocios jurídicos coligados pero ello no determina necesariamente complejidad (S de 13 de julio de 1993). No es de aplicación la doctrina de la sentencia de 25 noviembre de 1972 (citada en la S de la Audiencia) porque en el caso que se enjuicia cada operación o contrato tiene su propio precio, en cambio en el contemplado en la sentencia mencionada se realizó la venta del negocio, la venta de aparatos y determinados muebles y enseres, y el arrendamiento del inmueble y otros muebles y enseres, todo ello, por un *precio único*, por lo que —dice la resolución— no es posible sostener la existencia de tres contratos distintos plasmados en un solo documento, a saber, los de compraventa y el arrendamiento, al faltar en cada uno de ellos la determinación de un elemento tan esencial como es el precio, sino que por el contrario se trataría de un contrato único de naturaleza compleja.

Condición resolutoria.—La cláusula décima del contrato dice: «si por parte de los señores G. G., S. y A. se incumpliera cualquiera de las obligaciones que para ellos derivan de este documento, quedarán resueltos tanto el contrato de cesión como el de arrendamiento y deberán desalojar el local arrendado y entregar a don Francisco S. o a sus causahabientes los enseres, mobiliario, utensilios y demás cosas reseñadas en la cláusula primera, sin derecho a devolución de las cantidades que por la cesión hubieran ya pagado.» La cláusula es muy frecuente en supuestos como el de autos de venta del negocio y arrendamiento del local cuando una parte (o la totalidad) del precio de aquella venta se fracciona en plazos, y obedece a la lógica de evitar que una hipotética resolución de la venta por impago del precio produzca la devolución de un *negocio*, que al no afectar al arrendamiento, determinaría la carencia del soporte material (local). Pero dicha cláusula no tiene alcance en el sentido de que, durante toda la vida del arrendamiento, el impago de la renta puede acarrear la resolución de la venta. (**STS de 21 de febrero de 2000**; ha lugar.)

HECHOS.—Varias personas habían celebrado un contrato mediante el cual una parte cedía a la otra un negocio de bar, incluidos los enseres, mobiliario, objetos y utensilios de la bodega del mismo (salvo las bebidas), a cambio de una suma de dinero, y al mismo tiempo le arrendaba el local en el que estaba instalado el negocio anterior. Al expirar el plazo del arrendamiento del local, los arrendadores pretendieron que se declarase que la otra parte ocupaba el local en concepto de precario, o, subsidiariamente, que el contrato celebrado lo era de arrendamiento de industria tanto del local como del negocio. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y calificó al contrato como de arrendamiento de industria, que declaraba terminado por *falta de aquiescencia a su tácita reconducción*. Los demandados recurrieron en casación por entender que el contrato lo era de local de nego-

cio. El TS tiene en cuenta el contenido del clausulado contractual, y en concreto que una de las cláusulas remitía a la legislación de arrendamientos urbanos como régimen supletorio a lo previsto por las partes. Además, otra de las cláusulas obligaba a los arrendatarios *a no traspasar el local sin previa autorización del arrendador o sus causahabientes, en tanto no hayan satisfecho la totalidad del precio de la cesión del negocio.* Por estas razones y las expuestas anteriormente, el Tribunal casa la sentencia de la Audiencia, da la razón a los recurrentes en casación y declara que se trata de un arrendamiento de local de negocio. El Tribunal no se pronuncia sobre los efectos de esta calificación porque, según señala, el objeto del pleito sólo versó sobre si existía o no el arrendamiento urbano, no sobre sus efectos. (A. R. G.)

18. Arrendamientos rústicos. Condición de cultivador personal.

Según el artículo 16.2 LAR, se considera profesional de la agricultura al cultivador personal. Tienen esta condición aquellas personas que llevan una explotación agraria por sí o con ayuda de familiares. La pérdida de esta condición es una causa de resolución del arrendamiento a instancia del arrendador. La LAR establece que no se pierde la condición de cultivador personal cuando por enfermedad sobrevenida u otra justa causa no se pueda continuar el cultivo personal. Por tanto, el hecho de que la arrendataria de una finca rural no realice los trabajos físicos más pesados por razón de su edad o de las dolencias físicas que padezca no impide que sea considerada cultivadora personal, siempre que continúe al frente de la explotación y se responsabilice de ella. El elemento relevante para que una persona sea considerada cultivador personal no es que realice todas las tareas dentro de la explotación agraria, sino que esa persona continúe gestionándola. (STS de 27 de diciembre de 1999; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Doña María Concepción era arrendataria del caserío Beiti. Interpuso demanda para que se declarase su derecho a acceder a la propiedad de ese caserío. Los demandados se opusieron a la demanda y plantearon reconvenCIÓN, solicitando que se declarase la resolución del arrendamiento por la pérdida de la condición de profesional de la agricultura de la arrendataria. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la reconvenCIÓN. Esta sentencia fue recurrida por ambas partes ante la Audiencia Provincial de Bilbao, que estimó el recurso planteado por doña María Concepción, declarando su derecho a acceder a la propiedad del caserío, y desestimó la pretensión reconvencional de los demandados. Éstos interpusieron recurso de casación ante el TS, alegando la infracción de los artículos 14, 15, 16, 70 y 74 LAR y 736 y 896 de la LEC. El TS sólo estima el motivo referente a la impugnación de las costas del recurso de apelación. El TS desestima el recurso en los demás motivos porque entiende que la arrendataria no había perdido la condición de cultivadora personal. (M. V. V.)

19. Responsabilidad decenal. Mala calidad de los materiales.—En cuanto a los defectos observados en la escalera común del edificio, la sentencia *a quo* declara que son debidos a la mala calidad del material empleado, acreditándose así un vicio de construcción imputable al promotor y propietario.

rio antes de su enajenación. Dice la S de 31 de enero de 1985 que esta Sala tiene declarado que el arruinamiento del edificio o de parte de él, causado por la mala calidad de los materiales empleados en la construcción, lleva consigo en principio una responsabilidad múltiple –que alcanza solidariamente al profesional contratista ejecutor de la obra– en tanto no se produzca la concreción individualizadora acerca de cuál de los intervenientes –técnicos y constructores– ha de asumir por su exclusiva negligencia el reproche de culpabilidad; doctrina que, aplicable al caso, lleva al rechazo de esta causa de impugnación del fallo recaído al no estar acreditado en autos que la elección de ese material de mala calidad sea imputable a otro de los intervenientes en el proceso de la edificación distinto del contratista.

Responsabilidad del promotor.—El recurrente además de contratista fue el promotor de la edificación y en tal concepto venía obligado a la reparación de los defectos reseñados de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial expresiva de que no obsta a la responsabilidad del promotor que también pudiera ser imputada a los técnicos intervenientes en la obra pues la responsabilidad de que se trata nace del incumplimiento contractual al no reunir las viviendas las condiciones de aptitud para su finalidad y la solidaridad en estos casos ha sido reiteradamente declarada por la jurisprudencia, sin perjuicio de que el promotor pueda repetir, en su caso, contra los demás eventualmente responsables (S de 20 de junio de 1995). (**STS de 12 de febrero de 2000;** no ha lugar.)

HECHOS.—Una comunidad de propietarios de un edificio interpuso demanda contra diversas personas que habían intervenido en el proceso de construcción del mismo. El edificio sufría diversos defectos que consistían en la rotura de las piezas que cubrían la escalera común y un deficiente alicatado en el suelo de las viviendas, que producía que las baldosas del mismo se desprendiesen y rompiesen. El Juzgado de Primera Instancia entendió que los vicios se debían a la mala calidad de los materiales utilizados en la obra, por lo que estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a reparar estos vicios o, alternativamente, pagar a la comunidad la suma de dinero necesaria para repararlos. Dos de los demandados recurrieron esta sentencia en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso, pero sólo en cuanto a la condena en costas. Uno de los demandados, que ya había recurrido en apelación, lo hizo después en casación. El TS desestimó el recurso. (A. R. G.)

20. Responsabilidad decenal. Solidaridad.—La condena solidaria que se proclama para las responsabilidades derivadas del artículo 1591 CC, no tiene origen convencional sino que es creación jurisprudencial, de suerte que dicha solidaridad por obviar en principio la regla inicial y deseable de la individualización de la responsabilidad, sólo se justifica en los casos en que sea imposible separar las respectivas responsabilidades de los intervenientes en la obra (respondiendo a la concepción de que el proceso constructivo no es una misión aislada de uno o varios individuos sino la conjunción de medios materiales y humanos tendentes a conseguir su resultado final) y no entra en juego, por tanto, cuando ha podido procederse a una concreta atribución o personalización de las conductas dañosas y se conoce la incidencia de cada una de ellas

en el resultado global (SS de 15 de junio y 21 de diciembre de 1990 o 15 de abril de 1991).

Responsabilidad del promotor.—Destaca la equiparación del promotor del inmueble con el constructor en orden a las obligaciones que contraen frente a los adquirentes de los pisos o locales construidos. Como han dicho ya varias sentencias del TS (30 de julio de 1991 o 30 de septiembre de 1991) comprende la figura del promotor el que es propietario del terreno y de la edificación que se lleve a cabo, enajenante o vendedor de los pisos o locales y beneficiario económico de todo el complejo negocio jurídico constructivo, aunque se valga de terceras personas para la realización material del proyecto. Dicha asimilación obedece a un loable criterio equitativo que considera factores tales como su directa intervención en la contratación de los profesionales actuantes (*culpa in eligendo*), aprobación de los presupuestos y fundamentalmente el beneficio económico que se obtiene y que ha de tener como contrapartida la reparación o indemnización del posible daño, sin olvidar que el promotor vendedor está obligado a entregar la cosa vendida en condiciones útiles para su aprovechamiento, según su naturaleza y destino, evitando toda incomodidad impropia, y que el incumplimiento de tal obligación genera un *aliud pro alio* (S de 10 de marzo de 1993) sancionable con la reparación. (STS de 21 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan y doña M.^a Rosario, propietarios de una vivienda, interpusieron demanda contra diversas personas que habían intervenido en el proceso de edificación de la misma por existir en ella diversos defectos (no descritos en la sentencia) que podían producir su ruina. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sabadell estimó la demanda y condenó a los demandados a realizar las obras necesarias para que la vivienda de los demandantes quedase en perfectas condiciones de ser habitada (la sentencia no permite conocer en qué condición fueron demandados y condenados, si como promotores, constructores o arquitectos, etc.). Los demandados recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso y absolió a uno de los recurrentes (tampoco se conocen las razones de esta decisión). Otro de ellos recurrió en casación por entender que la sentencia de la Audiencia adolecía del vicio de incongruencia (art. 359 de la LEC de 1881 y art. 218.1 de la actual) e infringido el artículo 1591 CC, pero el TS declaró no haber lugar al recurso. (A. R. G.)

21. Responsabilidad decenal. Responsabilidad del arquitecto.—La responsabilidad del recurrente se presenta perfectamente determinada en cuanto a las deficiencias de obra que la sentencia exclusivamente le atribuye, por incurrir en acreditada falta de diligencia profesional, ya que, al corresponderle la dirección del proceso constructivo, debió de procurar en todo momento que las medidas dispuestas fueran las que aconsejaba la mejor técnica para estos supuestos y que, en todo caso, su ejecución se ajustaba y sometía a sus previsiones. El artículo 1591 CC resultó correctamente aplicado conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, en cuanto tiene declarado que no impide la responsabilidad del arquitecto el hecho de que el proyecto cumpliese con la normativa vigente, ya que lo demostrado es que la construcción resultó defectuosa (S de 12 de enero de 1992) por razón de las humedades que la afectaron, respondiendo dicho técnico por las irregulari-

dades apreciadas en el proyecto y diseño de la edificación, al no haberse ajustado a las exigencias de la *lex artis* (SS de 16 de julio de 1992 y 15 de mayo de 1995). La responsabilidad que se le exige se centra en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención (SS de 14 de noviembre de 1984 y 27 de junio de 1994), lo que se traduce en la creación de una confianza en quien es encargado de confeccionar el proyecto y que indirectamente trasciende a los futuros compradores, a los que se defrauda si lo encomendado se ejecuta mal, causando daños materiales que incluso pueden resultar personales, como suele suceder por desgracia en los casos de derrumbe de los edificios, frecuentes en estos tiempos. La responsabilidad también deviene de la obligación de solucionar los problemas surgidos, previstos e imprevistos, salvo los supuestos de fuerza mayor, ya que a estos técnicos superiores les asiste la facultad de ordenar cuanto sea preciso para la completa y mejor acabada ejecución de la obra y el desarrollo conveniente del concepto arquitectónico (SS de 22 de septiembre de 1994 y 19 de noviembre de 1996).

Responsabilidad decenal. Solidaridad.—En los procesos referentes a la aplicación del artículo 1591 CC es función de los juzgadores de las instancias determinar las diversas responsabilidades plurales que pueden concurrir y, a ser posible, individualizarlas. La condena solidaria se presenta como último remedio cuando no se ha podido determinar las responsabilidades exclusivas de cada uno de los intervenientes en el hacer constructivo, y, por ello, cuotas responsables en atención a las causas concurrentes generadoras de los vicios ruinógenos (SS de 20 de abril de 1992 y 9 de diciembre de 1993).

Responsabilidad decenal. Características.—Se trata de una responsabilidad personal, propia y privativa, en armonía con la culpa de cada uno de los autores del hecho de la edificación, relacionada con el factor desencadenante de las deficiencias surgidas, que cabe imputar a determinados e identificados agentes, perteneciendo dicho factor a la esfera de su singularizado cometido profesional (SS de 29 de noviembre de 1993 y 3 de abril de 1995). (STS de 9 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Una comunidad de propietarios interpuso demanda contra las empresas promotora y constructora, el arquitecto y el arquitecto técnico de un edificio que sufría diversos vicios. El arquitecto de la obra no había realizado los estudios geológicos y del suelo que requería el proyecto de obra, por lo cual el edificio sufría una falta de impermeabilización que había supuesto, primero, que se produjese inundaciones en la propia obra, y segundo, que se inundasen los sótanos del edificio ya terminado debido a las subidas del nivel freático de las aguas del río Ebro. El Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza núm. 9 estimó la demanda y dictó sentencia el día 15 de noviembre de 1994 en la que condenó al arquitecto. Este recurrió en apelación pero la Audiencia Provincial de la misma ciudad dictó sentencia de 20 de abril de 1995 que confirmaba la sentencia de instancia. El demandado recurrió en casación por entender que se había infringido el artículo 1591 CC. El TS rechaza que los vicios fuesen de construcción y no de dirección, como pretendía el recurrente, y confirma la condena. (A. R. G.)

22. Responsabilidad decenal. Responsabilidad del arquitecto.—El artículo 1591 CC delimita la responsabilidad del contratista en cuanto a los

vicios de la construcción, y del arquitecto en lo que ataÑe a los vicios del suelo y de la dirección; ámbitos respectivos de responsabilidad que, aparte las hipótesis de acción plural y de indiscernibilidad por imposibilidad de individualización, han venido siendo objeto de configuración singular por parte de una profusa jurisprudencia. Circunscribiendo el tema a la responsabilidad del arquitecto, y a la perspectiva concreta de los deberes que le corresponden como técnico superior a cuya función viene atribuida la dirección de la obra, esta Sala ha declarado que la responsabilidad de los arquitectos se centra en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra (S de 27 de junio de 1994); en la fase de ejecución de la obra le corresponde la dirección de las operaciones y trabajos, garantizando la realización, ajustada al proyecto según la *lex artis* (S de 28 de enero de 1994); al no tratarse de simples imperfecciones, sino de vicios que afectan a los elementos esenciales de la construcción, de los mismos no se puede exonerar al arquitecto en su condición de responsable creador del edificio (S de 13 de octubre de 1994); al arquitecto le afecta responsabilidad en cuanto le corresponde la ideación de la obra, su planificación y superior inspección, que hace exigente una diligencia desplegada con todo el rigor técnico, por la especialidad de sus conocimientos (S de 15 de mayo de 1995); corresponde al arquitecto, encargado de la obra por imperativo legal, la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado... no bastando con hacer constar las irregularidades que aprecie, sino que debe comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final aprobatoria (S de 19 de noviembre de 1996); responde de los vicios de la dirección, es decir, cuando no se vigila que lo construido sea traducción fáctica de lo proyectado...; y los defectos del caso son objetivos, obedecen a una falta de control sobre la obra, y su origen se debe a una negligencia en la labor profesional (S de 18 de octubre de 1996); en su función de director de la obra le incumbe inspeccionar y controlar si la ejecución de la misma se ajusta o no al proyecto por él confeccionado y, caso contrario, dar las órdenes correctoras de la labor constructiva (S de 24 de febrero de 1997); responde por culpa *in vigilando* de las deficiencias fácilmente perceptibles (S de 29 de diciembre de 1998); le incumbe la general y total dirección de la obra y la supervisión de cuanta actividad se desarrolle en la misma (S de 19 de octubre de 1998).

Los defectos constructivos cuya responsabilidad se atribuye en el caso a los arquitectos afectan a la funcionalidad del inmueble, y por lo tanto a la idoneidad de la obra, concepto éste –aptitud o utilidad– que, junto con el de solidez, integra la exigencia de una buena habitabilidad, y excluye la ruina, en cuyo sentido jurídico se comprende, no sólo la física o potencial, sino también la funcional. De haber obrado los arquitectos con la diligencia exigible a una correcta dirección de obra, conforme a los términos expuestos, no sólo se habrían apercibido de los defectos imputados, haciendo eficaz su función de inspeccionar, sino que además habrían exigido la correspondiente subsanación, en exquisito cumplimiento de su función de control, no autorizando el resultado final, ni dado lugar a su *visado*, en tanto no se hubieran rectificado las irregularidades o imperfecciones, con lo que se habría garantizado a los interesados (dueños o posteriores adquirentes) la adecuada ejecución de la obra, evitando con tal actuación que resulten sorprendidos o defraudados en sus derechos contractuales. como declaran reiteradas resoluciones de esta

Sala (SS de 27 de junio de 1994 y 19 de noviembre de 1996). (**STS de 3 de abril de 2000;** ha lugar en parte.)

HECHOS.—Una comunidad de propietarios interpuso demanda contra diversas personas que habían intervenido en la obra del edificio propiedad de aquélla. En la demanda, la comunidad solicitaba que se condenase a dichas personas a pagar una suma de dinero en concepto de indemnización por los vicios que afectaban al edificio. Aunque el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Bilbao desestimó la demanda, la Audiencia Provincial de Vizcaya estimó el recurso de apelación interpuesto por la comunidad y condenó a los demandados a reparar los vicios. Los demandados recurrieron en casación, por entender que la sentencia de la Audiencia había incurrido en el vicio de incongruencia. Al parecer, los demandados temían que al haber sido condenados a reparar los vicios, iban a responder de un modo más grave que si se les hubiese condenado simplemente a pagar una indemnización. El TS intenta aclarar la cuestión: según la sentencia, la condena a los demandados a una conducta de hacer, en lugar de a una de dar, favorece a los demandantes porque les permite optar *por la sanción específica, o por la sanción genérica de la prestación del id quod interest –cumplimiento por equivalencia–.* Y por otro lado, la sentencia recurrida no limita el abono indemnizatorio, que no puede rebasar el importe de los defectos en relación con lo pedido en la demanda. En conclusión, el TS casa parcialmente la sentencia y condena a los recurrentes, en caso de que los demandantes soliciten el cumplimiento por equivalente, a pagar la cantidad máxima que resulte de descontar del total pedido en la demanda las partidas que no son resarcibles según la sentencia recurrida. (A. R. G.)

23. Validez de la fianza de obligación futura.—Según el artículo 1824 CC no puede existir fianza de una obligación inexistente, debido al carácter accesorio de la fianza. El artículo 1825 CC permite la fianza de las obligaciones futuras, entendiendo por obligación futura aquella que no ha nacido pero es determinable sin necesidad de nuevo acuerdo. Por tanto, no es una obligación inexistente en el sentido del artículo 1824 CC aquella obligación que no existe ahora pero existirá en el futuro. En consecuencia, aquel contrato de fianza que comprenda las obligaciones futuras del deudor con el acreedor será válido. Sin embargo, para que esta fianza sea eficaz, estas obligaciones deberán nacer y ser líquidas.

Validez de las garantías fideusorias globales.—Aquella fianza que tenga por objeto garantizar las obligaciones presentes y futuras del deudor con el acreedor es una garantía fideusoria global. Estas garantías son válidas, de acuerdo con los artículos 1255 y 1822 CC, siempre que cumplan determinados requisitos. En primer lugar, no pueden vulnerar la normativa sobre condiciones generales de la contratación o cláusulas abusivas (Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación). En segundo lugar, las obligaciones garantizadas deben estar determinadas o ser determinables. Este requisito significa que pueden ser objeto de garantía tanto las obligaciones que existen pero son ilíquidas como aquellas obligaciones que puedan existir en el futuro, pero de las cuales ya conocemos las partes deudora y

acreedora y el importe máximo garantizado. Y en tercer lugar, la fianza debe ser expresa (art. 1827 CC). (**STS de 23 de febrero de 2000**; ha lugar.)

HECHOS.—En mayo de 1981, don Ramón y don José celebraron un contrato de fianza con el *Banco Hispano Americano, S. A.*, por el que se obligaban a garantizar solidariamente las cantidades que la empresa *José Roque, S. A.*, adeudase o llegase a adeudar al Banco, fijando un importe máximo. La empresa incumplió el pago de un préstamo concertado en febrero de 1983. El *Banco Hispano Americano* interpuso demanda contra don Ramón y su esposa y los herederos del fallecido don José (su viuda, doña María Dolores, y sus hijos), en que solicitaba la condena de los demandados a pagar solidariamente una determinada suma. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, condenando a los demandados, salvo a la esposa de don Ramón y a la viuda de don José, a pagar solidariamente la suma adeudada. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial de Las Palmas lo desestimó. Planteado recurso de casación, el TS sólo deja sin efecto el embargo decretado sobre el patrimonio de la esposa de don Ramón y desestima los demás motivos de casación, ya que considera que el contrato de fianza celebrado entre don Ramón y don José y el *Banco Hispano Americano, S. A.*, es una obligación fideicomisaria global válida porque cumple los requisitos exigidos. (*M. V. V.*)

24. Aval a primer requerimiento. Naturaleza jurídica y características.—El TS califica este contrato de garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 CC. Su principal característica, según la reiterada doctrina del TS (SSTS de 11 de julio de 1983 y 14 de noviembre de 1989, entre otras), es la falta de accesoriedad del aval respecto de la obligación garantizada.

Aval a primer requerimiento. Obligación del garante.—Este contrato de garantía personal establece para el garante una obligación compleja, distinta y autónoma de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento garantiza. La obligación del garante nace cuando el beneficiario del aval le reclama el pago, puesto que se entiende en tal caso que el obligado no ha cumplido, quedando a cargo del garante la prueba del cumplimiento del obligado, como medio de oposición a la reclamación del beneficiario. Al margen de esta excepción, el garante no puede oponer más excepciones que las que derivan de la garantía misma. (**STS de 17 febrero de 2000**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Transaval SGR* suscribe contrato avalando durante un año a *C.R., S. A.*, frente a *Unión Tank Eckstein GmbH and Co. KG*. En el contrato se estipula expresamente que la avalista pagará contra simple requerimiento del beneficiario. Dentro del plazo estipulado en el contrato, *Unión Tank Eckstein GmbH and Co. KG* requiere el pago a *Transaval SGR*.

Ante el impago del avalista, *Unión Tank Eckstein GmbH and Co. KG* interpone demanda, que es desestimada en primera instancia. La entidad demandante recurre en apelación la sentencia y la Audiencia estima el recurso, revocando la sentencia de primera instancia. *Transaval SGR* interpone recurso de casación, que es desestimado por el TS.

NOTA.—Para un estudio más detallado del tratamiento jurisprudencial del aval a primer requerimiento, es interesante consultar el comentario de esta misma sentencia realizado por Ángel Carrasco Perera en *CCJC*, 2000, núm. 54, pp. 987-998. (A. M. M.)

25. Aval a primer requerimiento. Naturaleza jurídica.—Como indica el TS (STS de 27 de octubre de 1992), el aval a primer requerimiento es una garantía personal atípica y diferente al contrato de fianza y del seguro de caución, cuya creación deriva de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC).

Aval a primer requerimiento. Independencia respecto del contrato de base.—Declara el TS que esta garantía se caracteriza principalmente por su falta de accesорiedad, de lo que deriva que el garante sólo puede oponer al beneficiario las excepciones que derivan de la propia garantía. El contrato sobre el que se fundamenta la concesión del aval no afecta al tercero en cuyo beneficio se concede la garantía. Por tanto, respecto de éste, el título para el ejercicio de la acción es el propio aval.

Aval a primer requerimiento. Obligación del garante.—Una vez que el beneficiario de la garantía reclama el pago, el garante queda obligado a pagar, ya que la reclamación supone que el obligado garantizado no ha cumplido. Por tanto, se invierte la carga de la prueba para el garante, de manera que sólo puede evitar el pago si prueba que el obligado garantizado cumplió. Con ello, la obligación del garante se perfila como independiente de la del garantizado y del propio contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir como consecuencia del pago de la garantía.

Aval a primer requerimiento. Constitución de persona jurídica. Cambio de deudor.—En el supuesto de que los obligados garantizados con un aval se constituyan en persona jurídica, no se producirá un cambio de deudor que provoque la novación extintiva, ni la cesión del contrato. No se trata, pues, de una sustitución de la persona jurídica en el lugar en que antes estaban las personas físicas, sino de una sociedad instrumental. Otra interpretación llevaría a un fraude de ley en perjuicio de terceros, lo que iría en contra de la doctrina del levantamiento del velo.

Calificación del contrato. Recurso de casación.—Como ha declarado en numerosas ocasiones el TS, la calificación del contrato, que forma parte de la interpretación de los hechos, es función del tribunal de instancia. Por tanto, sólo es revisable en casación si resulta ilógica, absurda o contraria a derecho. (STS de 30 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, concedió garantía personal a favor de tres personas físicas que, posteriormente, constituyeron la sociedad *Anticuarios para España, S. L.* Dicha sociedad contrajo una deuda frente a la *Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla 92, S. A.*, la cual se dirigió para el cobro a la *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, como garante del deudor.

Ante la falta de pago de la entidad garante, la *Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla 92, S. A.*, interpuso demanda contra ésta, en reclamación del pago de deuda. Habiendo sido estimada la demanda en primera instancia, la *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, planteó recurso de apelación, que fue desestimado, confirmando la Audiencia la

sentencia anterior. Interpuesto recurso de casación por la entidad demandada, el TS declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—Para un estudio más detallado del tratamiento jurisprudencial del aval a primer requerimiento, es interesante consultar el comentario de la STS de 17 de febrero de 2000, realizado por Ángel Carrasco Perera en *CCJC*, 2000, núm. 54, pp. 987-998. (A. M. M.)

26. Prejudicialidad penal: responsabilidad civil derivada de delito o falta: lesiones en accidente de circulación. Doctrina general.—La doctrina de esta Sala sobre el grado de vinculación que una sentencia penal condenatoria produce en la perspectiva de las consecuencias civiles en un proceso ulterior, siempre que concurran las tres identidades de la cosa juzgada, pueden sintetizarse en los extremos siguientes: *a)* Las sentencias condenatorias (y excepcionalmente las que sin condena penal contengan pronunciamiento civil con base en el art. 20 CP 1973 y art. 119 CP 1995) que resuelvan la problemática civil (lo que exceptúa los casos de reserva de acciones del art. 112 LECr), tienen carácter vinculante para el orden jurisdiccional civil, no sólo en cuanto a los hechos que declaran probados, sino también respecto de las decisiones en materia de responsabilidades civiles, de tal manera que este efecto de cosa juzgada, o similar a la misma, determina que quede consumada o agotada la pretensión del perjudicado, sin que pueda ser ejercitada de nuevo ante la jurisdicción civil la acción de la naturaleza fundada en la misma causa o razón de pedir (SSTS de 9 de febrero de 1988, 28 de mayo y 4 de noviembre de 1991, 12 de julio de 1993 y 24 de octubre de 1998). *b)* La doctrina del efecto vinculante es aplicable incluso para los casos en que se pretenda plantear en el proceso civil la existencia de hipotéticos errores, imprecisiones, descuidos, o defectos en la fijación de las consecuencias civiles en el proceso penal (así no cabe acudir al proceso civil para remediar lo que se tuvo oportunidad de aportar en el proceso penal en que se enjuiciaron los hechos del pleito; no cabe completar pronunciamientos no dictados; así SSTS de 25 de marzo de 1976, 2 de noviembre de 1987, 9 de febrero de 1988, 28 de mayo de 1991, 21 de mayo y 12 de julio de 1993, 24 de octubre y 9 de diciembre de 1998).

Secuelas anteriores al accidente.—En el presente caso las secuelas pretendidas por el actor ya fueron valoradas en el proceso penal, cuya sentencia acogió el dictamen del Médico Forense en el sentido de estimarlas anteriores al accidente de circulación, siendo irrelevante el momento en que supo de las consecuencias que comportarían en orden a su capacidad laboral. (STS de 31 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—Por causa de un accidente de circulación ocurrido en 1986 recayó sentencia condenatoria en juicio de faltas, en el que, además, se acuerda indemnizar al perjudicado por el tiempo en que estuvo de baja, pero sin acoger secuela alguna por estimar que ya existía antes del accidente (con referencia a una artrosis que ocasiona algias); en 1989 el Juzgado de lo Social declara al actor en situación de invalidez permanente total como consecuencia del accidente de tráfico, que le produjo una degeneración articular a nivel cervical, con insuficiencia vertebral-bacilar y compresión radicular C-4-C-5 y C-5-C-6, que le impide toda clase de esfuerzo, además de sufrir un síndrome vertiginoso, mareos constantes y cefaleas. Con base en esta sentencia el actor interpone demanda civil en que reclama un complemento de pensión e indemnización por secuela,

reclamación rechazada en ambas instancias, siendo rechazado también el recurso de casación con base en la doctrina extractada, que es, propiamente, la *ratio decidendi*. En cambio es *obiter dicta* la doctrina que se recoge en el FD 1.º, que admite excepcionalmente solicitar en vía civil reclamaciones complementarias. En realidad la jurisdicción civil ha sido unánime en este caso al estimar anterior al accidente de circulación la existencia de la causa de la incapacidad laboral, y, por tanto, no ser imputable ésta al accidente, si bien resulta confusa la sentencia laboral al referirse a la *invalides permanente total como consecuencia del accidente*, así como produce cierta perplejidad la diferente descripción de las secuelas en ambas jurisdicciones. (G. G. C.)

27. Accidente de trabajo: pérdida de la visión en un ojo: acción de responsabilidad basada en incumplimiento por la empresa del contrato de trabajo. Competencia exclusiva de la jurisdicción laboral: inaplicabilidad de la doctrina basada en la compatibilidad de ambas indemnizaciones.—Pese a la denominación que el actor le da en su demanda (de responsabilidad por culpa extracontractual), lo cierto es que la única y verdadera acción que ejerce el actor es la de responsabilidad contractual por inobservancia de las normas establecidas en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo, consistentes en no facilitar al trabajador gafas o pantallas protectoras; y siendo ello así, tanto la Sala 1.ª, como la Sala Especial de Conflictos de Competencia de este TS tienen proclamada la doctrina de que cuando la acción ejercitada es la de responsabilidad contractual, el conocimiento de la demanda es de la exclusiva competencia de la jurisdicción laboral o de lo social (SSTS de 19 de julio de 1989, 2 de octubre de 1994, 26 de diciembre de 1997, 24 de octubre de 1998 y Autos de la Sala Especial de Conflictos de 23 de diciembre de 1993 y 4 de abril de 1994). La jurisprudencia de esta Sala invocada en el recurso no guarda relación con la presente cuestión litigiosa, pues trata de la compatibilidad del ejercicio de una acción basada en el artículo 1902 CC con las consecuencias de un accidente laboral, pero nunca se refieren al ejercicio de una acción derivada única y exclusivamente de un contrato de trabajo que unía al actor con la empresa demandada. (**STS de 11 de febrero de 2000**; no ha lugar.)

NOTA.—Doctrina consolidada y clara en su formulación, aunque no tanto en su aplicación, y que, en cada caso concreto, obligará al letrado de la parte a redactar cuidadosamente el fundamento jurídico de la reclamación. Por otro lado no parece fácil aislar una conducta negligente de la empresa en la producción del accidente, del hecho de incumplir la normativa sobre Seguridad e Higiene en las relaciones laborales, pues ambas aparecen íntimamente relacionadas. (G. G. C.)

28. Culpa extracontractual: muerte por asta de toro en espectáculo taurino organizado por Ayuntamiento: competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa: doctrina general: hechos ocurridos después de la Ley de 1992 y su Reglamento.—Las sentencias de la Sala 1.ª dictadas desde la entrada en vigor de la Ley de 1992 sobre Régimen jurídico de las Administraciones Públicas, y su Reglamento de 1993 en materia de responsabilidad patrimonial, respecto a la vía procedente para reclamar por culpa

extracontractual a las diferentes Administraciones Pùblicas, coinciden que es la contencioso-administrativa segùn los artículos 139 a 144 de la Ley de 1992; y para que no quedase duda de ello en el Preámbulo del Real Decreto que aprueba el Reglamento de 1993, se dice expresamente que es a dicha jurisdicción, con exclusión de otras, a la que corresponde dirimir las cuestiones que se susciten, bien nazcan esas obligaciones de relaciones de derecho público, ya lo sean en virtud de derecho privado; y consecuente con esta manifestación de intenciones del preámbulo, en la DT del Reglamento se sanciona esta tesis; criterio que es el mismo que el mantenido por esta Sala en S de 16 de diciembre de 1998, en la que claramente se pone de manifiesto este cambio de posición jurisprudencial, debido exclusivamente a las nuevas normas contenidas en la Ley y Reglamento citados, que han sido dictadas para acomodarlas a las disposiciones europeas en este particular, especialmente el artículo 215 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que ordena concentrar las reclamaciones contra la Administración en la jurisdicción contenciosa. No puede invocarse la jurisprudencia de la Sala 1.^a que atribuye a la jurisdicción civil la competencia para entender sobre reclamaciones de culpa extracontractual frente a entidades públicas, porque esas sentencias se refieren a las acciones promovidas con anterioridad a la vigencia de la Ley de 1992 y su Reglamento de 1993. (**STS de 16 de marzo de 2000**; no ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia continúa una línea jurisprudencial que ya resulta muy clara, y sin excepciones, respecto a la jurisdicción competente para entender de la acción indemnizatoria contra un Ayuntamiento organizador de un espectáculo taurino, en cuyo transcurso un espectador resultó muerto por un toro que penetró en la parte dedicada a localidades de pago. Los hechos ocurren el 10 de septiembre de 1993, y la demanda parece que se interpuso en 1994, siendo inadmitida por defecto de jurisdicción en ambas instancias; es de observar que junto al Ayuntamiento demandado aparecen otras personas y entidades privadas. Ponente es el Magistrado don José de Asís Garrote. (G. G. C.)

29. Culpa extracontractual: daños en la ocupación de fincas expropiadas para pantano: tala de olivos y destrucción de caseta de riego en parte no expropiada: responsabilidad conjunta de ente público y de particulares: competencia residual de la jurisdicción civil.—Es jurisprudencia mayoritaria de la Sala 1.^a TS que cuando los daños que dan pie a la acción resarcitoria se imputan a un ente público y a sujetos particulares (en este caso, las empresas constructoras del pantano), dando lugar a un litisconsorcio pasivo, la competencia es de la jurisdicción civil, en evitación del «peregrinaje procesal», siendo una de las consecuencias más claras del derecho constitucional fundamental a obtener un proceso público sin dilaciones indebidas, y una tutela judicial efectiva.

Prueba de los daños: directa y no por presunciones.—La Sala *a quo* no ha hecho uso de la prueba de presunciones sino que apreciando y valorando las pruebas obrantes en autos que acreditan la realización de unos trabajos que no constan amparados por las órdenes del director de obra, a través de un juicio lógico jurídico, y no lógico-deductivo propio de las presunciones, declara probados los hechos acreditados; no es necesario acudir a la inversión de la carga de la prueba para establecer la responsabilidad por culpa de las empresas codemandadas, pues su actuación negligente resulta manifiesta al

proceder a la tala de olivos en una parte de la finca no expropiada, y también al no entregar en el plazo previsto la instalación de los elementos para riego, lo que imposibilitó esa tarea en tiempo oportuno, con los consiguientes perjuicios que han sido acreditados. (**STS de 26 de febrero de 2000**; no ha lugar.)

NOTA.—Aunque no consta con precisión la fecha de producción de los perjuicios parece que son anteriores a la Ley de 1992, por lo cual cabe calificar de transitorio al derecho aplicable. La demanda se estimó en ambas instancias, con reducción del *quantum* reclamado (de casi 21 millones, a poco más de 15). En todo caso, la doctrina jurisprudencial que invoca la sentencia sólo se califica, con acierto, de *mayoritaria* por existir sentencias en contra, es decir, a favor de la jurisdicción contenciosa. (G. G. C.)

30. Culpa extracontractual: lesiones por explosión de fuegos artificiales durante procesión en fiestas patronales: responsabilidad solidaria del pirotécnico o «cohetero».—Sin perjuicio de la responsabilidad que al Ayuntamiento pueda corresponder en su propio ámbito de actuación, el recurrente por su condición de técnico en la materia, personal y directamente encargado del artefacto que hizo explosión (llamado *colmena* lanzadora de cohetes), era el obligado de advertir el peligro derivado del humedecimiento de la parte superior de la *colmena* debido a la lluvia caída a lo largo del día, con el consiguiente riesgo de explosión por no haber ardido parte de sus cohetes; se trató de un suceso previsible y que, como tal, pudo haber sido evitado si el recurrente hubiera puesto una mínima diligencia de su parte, advirtiendo del peligro derivado de la lluvia, e, incluso, negándose en último extremo al disparo de los cohetes, precisamente por su condición de técnico en la materia y encargado directo de la *colmena*, de modo que no concurrió caso fortuito.

Responsabilidad de la cofradía organizadora de la procesión: cofrade que actúa por cuenta de la cofradía en la contratación del técnico.—La cofradía era organizadora de los actos, no sólo religiosos, sino también de los fuegos artificiales que acompañaban la salida de la imagen, distribuyendo y obligando a conectar los juegos pirotécnicos de los distintos coheteros que se contrataban al efecto, por lo cual venía obligada, tanto a que los técnicos contratados tuvieran la debida cualificación, como a procurar que sus instrucciones de conexión entre los distintos juegos pirotécnicos no constituyeran un factor de aumento del riesgo, e incluso a suspender por completo los fuegos artificiales dado el conocido peligro que entraña el humedecimiento de los artefactos producido por la lluvia; por otro lado, difícilmente cabe imaginar que el cofrade que concertó los servicios del pirotécnico pudiera hacerlo por cuenta propia, cuando la organizadora de los actos era, en realidad, la cofradía.

Responsabilidad del Ayuntamiento.—El Ayuntamiento tampoco podía considerársele en absoluto ajeno a unos actos que se repetían todos los años para celebrar el patrón de la localidad; se trataba de actos conmemorativos de ámbito reconocidamente local, con afluencia masiva de los vecinos para presenciarlos, y que incluían el lanzamiento de fuegos artificiales de cierta importancia, en cuanto que éstos no se limitaban a lanzar cohetes al aire, y al compás de la procesión, sino que consistían en diversos ingenios colocados en la vía pública, y conectados unos con otros; de aquí que existiera un ineludible deber por parte del Ayuntamiento de velar por la seguridad del numeroso público asistente a los actos, tanto delimitando las zonas para evitar una

excesiva proximidad de los vecinos a los artefactos pirotécnicos, como, en el caso examinado, cerciorándose de que la lluvia caída a lo largo del día no aumentaba el riesgo que de por sí llevan los fuegos artificiales, todo ello a tenor del artículo 29 letra *a*) de la Ley de Bases del Régimen Local. El supuesto aquí examinado es análogo al resuelto por la STS de 3 de enero de 1999, aunque con la diferencia de ser aquí el Ayuntamiento el organizador del festejo. (STS de 11 de abril de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—El hecho ocurre el 3 de abril de 1987 con ocasión de una procesión organizada por la Cofradía de la Patrona, durante la cual se hace funcionar un sistema coordinado de fuegos artificiales, aunque debido a su mal estado por la humedad de la lluvia caída durante la jornada, se origina una explosión con el resultado de lesiones graves causadas a un espectador que sufre la amputación de una pierna. Se interponen varias demandas contra distintos responsables, y se acumulan originando una estimación parcial de aquéllas; la presente sentencia rechaza los recursos de casación interpuestos por los condenados solidariamente. Por razón de la fecha de los hechos, y de la presentación de la primera de las demandas, anteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1992, no se alega, ni plantea la posible incompetencia de jurisdicción por resultar demandado el Ayuntamiento. Está justificada la condena solidaria a los diversos responsables intervenientes en el hecho. Los trece años de duración de los procesos civiles para exigir la responsabilidad resultan, aunque frecuentes, poco justificables. (G. G. C.)

31. **Culpa extracontractual: muerte por atropello de tren en paso a nivel peligroso: negligencia de RENFE: doctrina general sobre la responsabilidad por riesgo.**—Para que pueda exigírsele responsabilidad al creador de un riesgo, según SSTS de 31 de enero de 1992, 17 de noviembre de 1998 y 29 de mayo de 1999, hace falta que la actividad de que se trata implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios debiendo tenerse muy en cuenta la conducta concurrente del perjudicado, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante del resultado, habrá de estarse al *principio de la causalidad adecuada*. En el presente caso resulta clara la creación e innecesaria perpetuación de grave riesgo por parte de RENFE, siendo inconsecuente que lo mantenga en el mismo estado originario, y lo anuncie como peligroso autoexonerándose de toda responsabilidad; en efecto, si bien inicialmente era inevitable la creación de un paso a nivel, luego ha resultado quedar el mismo enclavado en el núcleo urbano de población, lo que ha llevado a abrir un paso a nivel inferior en las inmediaciones del primero, para vehículos y personas, pero habiendo solicitado y obtenido la RENFE la permanencia del primero con la colocación de un torno de acceso, que nada impide, y la de un letrero patentizándose la noción de peligro.

Concurrencia de culpa: negligencia de la víctima.—No menos clara resulta la tan usual como innecesaria utilización del paso a nivel por la peatona fallecida, que era perfecta conocedora del lugar y de sus riesgos, como también de la seguridad que ofrecía la utilización del paso inferior, pese a lo cual cruza la vía férrea por lo más inadecuado, en el tiempo más adverso —la noche de invierno no habría de mejorar la precaria visibilidad que durante el día ofrecía aquella vía—, y con una edad exigente de más cuidados, coadyuvando al fatal resultado producido para ella, con una intensidad que ha sido

tenida en cuenta en la determinación del *quantum* indemnizatorio. (STS de 25 de febrero de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—El accidente ocurre en el año 1988, en un paso a nivel situado en Villagarcía de Arosa, muy peligroso por la existencia de una curva a cien metros de aquél que impide la visibilidad. En la otra dirección RENFE abrió un paso subterráneo, pero solicitó del Ayuntamiento la conservación del existente en el lugar del accidente. El ciudadano corriente se interroga: ¿para cuándo un Plan nacional de eliminación de pasos a nivel peligrosos, tanto en las líneas nacionales, como regionales? Se solicitaban ocho millones de indemnización, y en primera instancia se otorgaron seis, que el TS conserva al revocar la sentencia absolutoria de la Audiencia. Doce años de retraso en resolver el pleito hace todavía más evidente la insuficiencia de la cuantía concedida. (G. G. C.)

32. Culpa extracontractual: responsabilidad de los Ferrocarriles de la Generalidad de Cataluña: adopción de sistema automático de cierre de puertas, precedido de señales acústicas: culpa exclusiva de la víctima.—La parte actora no logra precisar en qué pudo consistir la conducta negligente de la jefa de tren y maquinista demandados, no bastando con aducir una actuación no lo suficientemente diligente por los manipuladores del sistema de control; la empresa ferroviaria no es responsable por el mero hecho de haber adoptado un sistema de cierre automático de puertas, precedido de señales acústicas, y sea cualquiera la causa del daño; antes bien, dicho sistema no merece la consideración de un riesgo por sí mismo, sino, por el contrario, de mecanismo destinado a evitarlo en lo posible, ya que el riesgo no reside tanto en el cierre de las puertas como en el propio inicio de la marcha del tren que, para la seguridad de los viajeros, exige que las puertas de coches o vagones estén cerradas; de la valoración de prueba se deduce que era la actora recurrente, viajera habitual de esa línea, quien tenía que haberse abstenido de tomar apuradamente el tren cuando sabía que las puertas estaban próximas a cerrarse, y aquél iba a iniciar su marcha de un modo no diferente al de todos los días. (STS de 6 de abril de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Doctrina plausible (Pte. Sr. Marín Castán) al destacar las obligaciones accesorias de seguridad que también debe adoptar el usuario de los Ferrocarriles suburbanos, cuando la empresa ha instalado en los trenes un sistema automático de cierre precedido de señales acústicas. Se trata de un sistema más perfecto que el consistente en la vigilancia de un empleado que daba la señal cuando el último viajero había subido al tren, no excluyente, en la práctica, de fallos humanos. El cierre automático asegura la coincidencia cronológica de haberse producido el mismo en todos los coches, en instantes inmediatamente anteriores al arranque, con tiempo suficiente para que los últimos viajeros accedan normalmente a aquéllos. El FD 2.^º describe minuciosamente las fases sucesivas de anuncio, cierre y arranque del tren, tal y como se practica en dichos ferrocarriles, sin que la actora haya logrado demostrar ninguna conducta culposa de los empleados. Es razonable la desestimación de la demanda de indemnización, que igualmente había sido rechazada en ambas instancias. Sin embargo, resulta justo deducir que el

accidente se produjo por culpa exclusiva de la víctima? ¿Habrá que considerar vigente una inversión de la carga de la prueba, pero *en contra de la víctima*? En todo caso, será más difícil probar la culpa de los empleados del suburbano, una vez instalado el nuevo sistema de cierre de puertas. La sentencia niega rotundamente que pueda aplicarse la responsabilidad por riesgo, ya que, además de los márgenes de seguridad que ofrece el nuevo sistema, la viajera conocía por utilizar a diario estos ferrocarriles, el modo de funcionamiento del cierre automático. Véase la anotación a la STS de 2 de marzo de 2000. (G. G. C.)

33. Culpa extracontractual: accidente en escaleras mecánicas de estación de RENFE: doctrina general sobre el principio culpabilístico u objetivo de la responsabilidad de los artículos 1902 y 1903 CC.—Como epítome de una doctrina jurisprudencial, pacífica y ya consolidada, hay que reseñar la STS de 16 de diciembre de 1988, cuando dice que «la doctrina de esta Sala no ha objetivizado 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 equivalencia del de inversión de la carga de la prueba, nunca elimina en dicha interpretación los aspectos, no radical sino relativamente subjetivista con que fue redactado dicho artículo»; es de tener muy en cuenta, además, la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, indudable resulta la exoneración de responsabilidad por aplicación de los principios de la justicia distributiva, comunitativa y social, así como de la seguridad jurídica.

Relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño o perjuicio resultante: prueba.—La doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo entenderse aquella que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los acontecimientos normalmente aceptados; en cada caso concreto debe valorarse si el antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficientes las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos que, por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos; se precisa una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo, pues «el cómo y el por qué se produjo el accidente» constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso.

Accidente debido a caída o traspies de persona de avanzada edad en escalera mecánica: ausencia de nexo causal: imaplicación de la teoría del riesgo.—De la prueba se desprende que el funcionamiento de las escaleras mecánicas no tuvo incidencia alguna en la causación del accidente que afligió a la lesionada, que no fue otra cosa que una infortunada caída o traspies de una persona de avanzada edad, sin que se haya demostrado la existencia de deficiencias técnicas en las juntas de peldaños de la escalera, la producción

en ésta de movimientos bruscos y descompasados, que motivaran la caída de la víctima, así como tampoco hay la menor constancia acerca de la ocurrencia de accidentes en la estación, similares al que aquí nos ocupa; por todo ello hay que concluir que falta absolutamente el nexo causal entre el daño causado a la recurrente y la acción de la parte recurrida.

Inaplicación de la teoría del riesgo.—Según STS de 20 de marzo de 1993, la teoría del riesgo hay que aplicarla con sentido limitativo, y no a todas las actividades de la vida sino sólo a las que impliquen un riesgo considerable, anormal en relación a los estándares medios; desde luego, la puesta en uso y funcionamiento de unas escaleras mecánicas en una estación de ferrocarril, difícilmente podrá estimarse como el establecimiento de un riesgo superior a lo normal. (**STS de 2 de marzo de 2000;** no ha lugar.)

NOTA.—Las SS de 2 de marzo y 6 de abril de 2000 coinciden en declarar que no hay responsabilidad civil por riesgo por los accidentes que puedan derivarse de la instalación de una escalera mecánica en una estación de ferrocarril, y tampoco en el establecimiento de un sistema de cierre automático de puertas de los coches, avisando previamente por señales acústicas. La doctrina así formulada merece alguna puntualización. En la S de 2 de marzo se dice literalmente que el accidente se debió a *una infortunada caída o traspies de una persona de avanzada edad*; pero no se concreta ésta, ni si la mujer deambulaba sola, o acompañada, si se ayudaba de bastón o iba cargada de bultos, si era usuaria habitual de la estación o no. Yo creo que después de la irrupción de la llamada Tercera Edad en la vida social (representa más de la quinta parte de la población) tal sector de población debe ser tenido en cuenta en orden a su posible utilización de aquellos mecanismos cuyo manejo o uso pueden ofrecerles dificultades. La empresa debiera anunciar en lugar muy visible: «No recomendable el uso de escaleras automáticas a mayores de ... años», «No suba al tren después de oír la señal acústica», «Espere la llegada del tren siguiente para subir sin agobios», etc. En la segunda sentencia hay algunos datos sobre la usuaria accidentada, que además conocía el modo de funcionar el cierre automático de puertas en los Ferrocarriles de Cataluña; pero no ofrece explicación plausible del accidente, con lo cual parece que volvemos a los primeros tiempos de la rigurosa interpretación de los requisitos del artículo 1902. (*G. G. C.*)

34. Responsabilidad civil extracontractual. Cómputo del plazo. Inicio. Alta médica.—Como indica el TS (STS de 25 de febrero de 1987), el inicio del cómputo del plazo de la acción de reclamación de responsabilidad extracontractual se sitúa en el momento en que se tiene conocimiento exacto de la extensión del resultado dañoso. En los casos de daños corporales, si bien dicho momento suele coincidir con el del alta médica, reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 19 de septiembre de 1986, 8 de junio de 1987, 8 de octubre de 1988, 15 de julio de 1991, 26 de mayo y 28 de octubre de 1994, 31 de marzo y 22 de abril de 1995 y 22 de noviembre de 1999) precisa que cuando subsistan secuelas físicas o psíquicas cuya naturaleza requiera una continuación del tratamiento para la cura definitiva o un expediente dirigido a determinar las consecuencias del daño, el *dies a quo* del cómputo del plazo se

situará en el momento en que se pueda determinar el alcance del daño, con independencia del momento de alta médica.

Responsabilidad civil. Naturaleza de la relación con la Seguridad Social.—Sobre la base del artículo 12 LGSS, que ordena la afiliación obligatoria de los trabajadores a la Seguridad Social, establece el TS que la relación que une a los afiliados a la Seguridad Social con los centros sanitarios integrados en la misma no tiene naturaleza contractual, sino jurídico-pública o por imposición legal y que, como tal, debe encuadrarse, a efectos de responsabilidad, en los artículos 1902 y ss. CC.

Relación de la jurisdicción civil con la jurisdicción social.—Es doctrina constante del TS (SSTS de 18 de octubre de 1986, 5 de diciembre de 1995 y 6 de febrero de 1996) la que establece que la competencia del orden civil no depende ni se subordina al orden social. De hecho, no existe vinculación entre ambas jurisdicciones, de manera que las sentencias pronunciadas en el orden social no producen efectos en el orden civil, sino únicamente en su propio ámbito legal-procesal. (STS de 12 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras someterse a tres intervenciones sucesivas a cargo de un mismo médico, don F.M.M. recibe el alta médica en el año 1991. Habiendo quedado incapacitado para su trabajo, insta proceso ante la jurisdicción social que termina en 1992 con sentencia en la que se reconoce su situación de incapacidad permanente total y se le concede una pensión mensual. Dos años después, interpone ante la jurisdicción civil demanda de responsabilidad extracontractual por negligencia contra el Servicio Andaluz de Salud y el médico que le practicó las tres intervenciones.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, acogiendo la excepción de prescripción de la acción alegada por los demandados. Don F.M.M. recurre la sentencia en apelación, siendo desestimado el recurso por la Audiencia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación que interpone el demandante en primera instancia.

NOTA.—Pese a que en esta sentencia el TS califica de extracontractual la relación que se establece entre los afiliados a la Seguridad Social y los centros sanitarios dependientes de la misma, no se trata de una doctrina unívoca. De hecho, otras sentencias (como las SSTS de 29 de octubre de 1992, 18 de febrero y 31 de diciembre de 1997 y 6 de mayo de 1998) no dudan en calificar dicha relación como contractual. Para un estudio más amplio de este tema, *vid.* Esther Gómez Calle («El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario», *ADC*, 1998, tomo LI, fascículo IV, pp. 1710-1714). (A. M. M.)

35. Culpa extracontractual: responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores. Graves lesiones oculares por impacto de tiragomas.—El suceso ocurrió en 1985 cuando el hijo menor del padre recurrente, con ocasión de encontrarse jugando en la calle, recibió un impacto de un balín en su ojo izquierdo, que fue lanzado por el también menor, hijo de los demandados, al dispararle con un tiragomas que él mismo había fabricado, valiéndose de la boquilla de una botella a la que sujetó un globo; las graves lesiones oculares causadas determinaron que se produjera intensa disminución de la visión del agredido. Los hechos probados confor-

man culpa del artículo 1902 CC, y según la jurisprudencia de esta Sala resultan responsables los padres que ostentan la patria potestad, al ser el causante menor de edad y vivir en su compañía, tratándose de una responsabilidad por semi riesgo, con proyección de quasi objetiva, que procede aunque los padres no estén presentes en el momento de cometerse el hecho; se trata de una culpa propia de los progenitores por omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control de sus hijos menores de edad.

Quantum indemnizatorio.—Si bien no resultó suficientemente demostrado, en el caso de autos, el período de su incapacitación, no puede dejarse de lado que, dada la gravedad de las lesiones y el necesario tiempo que exigió su curación, se presenta como hecho notorio que el menor lesionado evidentemente tuvo que estar imposibilitado para sus ocupaciones habituales, que no eran otras que su asistencia al colegio, con el consiguiente retraso en sus estudios, integración y formación escolar, tratándose de una situación que bien cabe fijar y valorar en ejecución de sentencia, precisando los días que efectivamente han de computarse como de baja de sus tareas habituales; en dicha baja escolar cabe incluir el sufrimiento moral que indudablemente afectó al menor. (STS de 11 de marzo de 2000; ha lugar en parte.)

NOTA.—Quizá quepa interrogarse sobre el sentido de la frase literal que se toma del FD 2.^º: *responsabilidad por semi riesgo, con proyección de quasi objetiva*. La responsabilidad por riesgo aparece bastante perfilada en la jurisprudencia, pero la de semi riesgo me parece una innovación poco afortunada. ¿O quiere significarse que *ser padres* es profesión u oficio de (semi-) riesgo? En cuanto a la responsabilidad de los progenitores calificada de *cuasi objetiva*, son frecuentes las declaraciones jurisprudenciales que ponen de relieve la casi imposibilidad de aplicar la causa exoneratoria del párrafo final del artículo 1903 CC. Por cierto que resulta llamativa la omisión de la cita de este precepto, en que incide la S extractada (*¡Iura novit curia!*). En cambio, me parece acertada la argumentación utilizada para calcular el *quantum indemnizatorio*, pues el menor lesionado sufrió un retraso objetivo en su educación, que, ciertamente, tuvo que causarle sufrimiento moral, pero también perjuicio en su formación que probablemente se ha manifestado en parámetros tangibles (pérdida de curso, retraso en alcanzar los niveles normales de los chicos de su edad, etc.). (G. G. C.)

36. Responsabilidad civil de los padres por hechos cometidos por menores: sanción impuesta por los anteriores Tribunales Tutelares de Menores: prevalencia de la responsabilidad penal sobre la civil para determinar la existencia del hecho dañoso: pérdida de ojo por disparos realizados por menores.—Según reiterada jurisprudencia la responsabilidad de los padres de los menores denunciados se funda en el artículo 1903 CC. Sobre la base del valor vinculante de los *hechos probados* que el Tribunal Tutelar de Menores declaró, dada la prevalencia de la jurisdicción penal sobre la civil (art. 114 LECr), sin distinguir cual sea la jurisdicción ordinaria o especial que conozca del hecho delictivo dentro de sus privativas atribuciones, y sin comprender ninguna excepción, siendo los Acuerdos de los anteriores Tribunales Tutelares de Menores, proclamadores de hechos probados vinculantes en el ámbito civil.

Solidaridad.—La sentencia recurrida incurrió en el olvido del carácter solidario entre los sujetos responsables del ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única, cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos, ni establecer las distintas responsabilidades, según reiterada jurisprudencia. (**STS de 11 de abril de 2000;** ha lugar.)

HECHOS.—Los padres de un menor lesionado por disparos de rifle de aire comprimido accionados por otros dos menores, reclaman a los progenitores de éstos una indemnización superior a los trece millones de pesetas por la pérdida del ojo; la sentencia íntegramente estimatoria del Juzgado de Primera Instancia es revocada por la Audiencia Provincial. La Sala 1.^a (Ponente Sr. Martínez-Pereira Rodríguez) revoca, a su vez, la sentencia de apelación y confirma la del Juzgado. El fallo y argumentación son de aprobar, aunque hayan desaparecido los Tribunales Tutelares de Menores, sustituidos por los Jueces de Menores. (*G. G. C.*)

37. Culpa extracontractual: lesiones causadas a escolar durante el recreo: negligencia de los profesores: responsabilidad del Ministerio de Educación y Ciencia.—Las lesiones con graves secuelas, sufridas por un escolar de siete años en un colegio público, en la hora del recreo, al recibir un balonazo, ignorando la clase de balón y quién lo lanzó, son imputables a una negligencia de los profesores encargados de la vigilancia, quienes, aunque no fueron demandados, su conducta merece reproche al estar probado que ni siquiera se enteraron del suceso, siendo un juego compartido por niños de corta edad y adolescentes; además, la atención facilitada al lesionado por la profesora que impartía lecciones en el aula fue superficial e incorrecta, habida cuenta de que se limitó a aliviarlo con un poco de agua y a llevarlo a las dependencias de Secretaría, donde no hay constancia de que se le prestara ningún tipo de socorro sanitario, a la espera de que lo recogiera su madre al terminar las clases de la mañana, todo lo cual deviene en responsabilidad civil de la Administración.

Quantum indemnizatorio: incapacidad absoluta de por vida.—Al quedar desechada una futura evolución favorable, es evidente que la gravedad de las lesiones y secuelas del menor entraña la situación de una incapacidad absoluta de por vida, para regir su persona y bienes, así como su total dependencia de otra persona para vigilar y controlar todas sus necesidades, de modo que procede estimar la cuantía reclamada en la demanda que asciende a treinta y cuatro millones de pesetas, con los intereses del artículo 921 de la LEC desde la fecha de esta sentencia. (**STS de 10 de abril de 2000;** ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar (Pte. Sr. García Varela). El Juzgado de Primera Instancia en 1994 redujo la petición a veintiocho millones de pesetas, a cuyo pago condenó solidariamente al Ministerio y al director del colegio; la Audiencia Provincial los absolvío, desestimando íntegramente la demanda, sin que conozcamos las razones. La Sala 1.^a, en matizada sentencia, absuelve acertadamente al director del colegio, con cita de la STS de 22 diciembre 1999, en caso similar, con el argumento de que no «cabe descargar en el director del colegio una especie de responsabilidad genérica por todo lo que ocurra en el mismo, con el riesgo de convertir la *culpa in vigilando* en un expediente que conduzca a la res-

ponsabilidad objetiva pura, que la regulación positiva no admite y la jurisprudencia rechaza». De notar es que los profesores que han incurrido en negligencia no han sido demandados, no obstante lo cual de la prueba practicada resulta su realidad. Hay que aplaudir que la Sala no redujera la cuantía indemnizatoria reclamada, en atención a las gravísimas secuelas del traumatismo cráneo-encefálico, y en ello habrá influido el dato nada desdeñable de que el lesionado va a recibir una indemnización —ciertamente importante—, pero al cumplir veintiún años por unas lesiones sufridas a los siete, habiendo vivido a su costa, o a costa de su familia, durante este prolongado período. (G. G. C.)

38. Culpa extracontractual: daños causados a las personas por perros mastines de guarda: pérdida de la condición de perros domésticos.—Los ataques de las personas por parte de perros sujetos al dominio del hombre e integrados en su patrimonio se presentan frecuentes en la actualidad, adquiriendo un alarmante protagonismo y sin dejar de lado que han ocurrido en todos los tiempos, resultan injustificables cuando los avances científicos permiten la utilización de medios técnicos adecuados para el control de estos animales, máxime por manipulaciones genéticas, alimentarias o de otro tipo, se propicia su fieraza, y de este modo se les hace pasar de la condición de domésticos a la de animales dañinos, con la necesaria intensidad en su vigilancia y control, y su sola tenencia ya significa la instauración de un riesgo por razón del peligro que representan para las personas, sobre todo si se trata de niños o ancianos. Estas situaciones deben alertar a los órganos de la Administración competentes para dictar las medidas preventivas necesarias, que deben tener presencia eficaz en la sociedad, resultando adelantadas las legislaciones de algunas Comunidades Autónomas.

El artículo 1905 CC.—Con precedentes romanos en la *actio de pauperie*, nuestro derecho histórico se preocupó de la cuestión en forma bien precisada; así el Fuero Real (4.4.20) obligaba al dueño de los animales mansos —que incluía a los perros domésticos—, a indemnizar los daños causados; las Leyes de Partida (7.15.21 a 23) imponían a los propietarios de animales feroces el deber de tenerlos bien guardados y la indemnización incluía el lucro cesante. El artículo 1905 CC no distingue la clase de animales, y como tiene establecida la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 3 de abril de 1957, 26 de enero de 1972, 15 de marzo de 1982, 31 de diciembre de 1992 y 10 de julio de 1995), constituye uno de los pocos supuestos claros de responsabilidad objetiva admitidos en nuestro ordenamiento jurídico, al proceder el daño del comportamiento agresivo del animal, exigiendo el precepto sólo causación material.

Basta la utilización del animal en provecho propio: no requiere concurrencia de culpa.—El destino de los mastines era la custodia de la finca propiedad de los recurrentes, que dedicaban a explotación agropecuaria, siendo esta raza de perros normalmente utilizada por sus aptitudes para el cuidado del ganado, sin perjuicio de que puedan cumplir funciones de vigilancia, lo que acredita por sí que dichos titulares dominicales eran los que se beneficiaban de los animales, bastando la utilización en provecho propio para que surja la obligación de resarcir (SSTS de 14 de mayo de 1963, 14 de marzo de 1968, 28 de abril de 1983 y 28 de enero de 1986); se trata de propietarios-poseedores, estando los animales bajo su guarda, tanto en su dimensión de guarda-jurídica como de guarda-material. El artículo 1905 CC no precisa de

la concurrencia de culpa o negligencia de las personas siendo suficiente la demostrada condición de dueños, y la imputabilidad que les corresponde resulta acomodada al precepto, obligándoles a responder de los daños que los animales causen, aunque se hubieran escapado del recinto donde se encontraban, como es el caso de autos.

Exoneración por fuerza mayor: no procede.—El artículo 1905 CC establece una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad, en razón a que el hecho de tener y disfrutar de los perros en interés público, entraña riesgos que el propietario debe asumir en sus consecuencias negativas, con lo que viene a ser decisivo que los daños hayan sido causados por animales identificados (STS de 27 de febrero de 1996); la presunción no ha sido destruida eficazmente por prueba adecuada y suficiente; aquel precepto sólo contempla la exoneración por daños imprevisibles o inevitables. (**STS de 12 de abril de 2000;** no ha lugar.)

NOTA.—Los hechos básicos consisten en que los perros mastines propiedad de los demandados atacaron brutalmente a unos menores cuando jugaban en paraje próximo a la finca donde aquéllos se hallaban albergados, causando a uno de ellos importantes lesiones en la cabeza y gravísimas secuelas estéticas que han condicionado negativamente su vida futura, y a otro lesiones de menor consideración. En la demanda se solicitaron, respectivamente, una indemnización de 50 millones de pesetas y 210.000 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia las redujo a casi 34 millones y medio de pesetas y a 150.000 pesetas, condenas que se conservaron por la Audiencia Provincial, no dándose tampoco lugar al recurso de casación.

En la sentencia de la Sala 1.^a (Pte. Villagómez Rodil) cabe destacar: 1.^º Una llamada a los poderes públicos competentes para que legislen en esta novedosa materia con medidas preventivas, lo que resulta aconsejable a la vista de la indudable *alarma social* que los hechos están suscitando. Por tanto, no parece que se trate de modificar el criterio de atribución de responsabilidad del artículo 1905 CC, sino de controlar administrativamente y de forma directa, la existencia de estas razas de canes agresivas —por naturaleza, o manipulación humana— para el hombre, imponiendo, por ejemplo, revisiones veterinarias periódicas, su inscripción y claros modos de identificación etc.; 2.^º) En cuanto a la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, la utilización conjunta que hace la sentencia de los calificativos, tales como manifestación de responsabilidad objetiva y de responsabilidad por riesgo, no carece de evidente contradicción pues se habla de *presumptio iuris et de iure* de responsabilidad, y a renglón seguido se admite la prueba en contrario; 3.^º) Una interpretación amplia de la fuerza mayor como causa exoneratoria, al aludir a *daños imprevistos o inevitables*, lo que no resulta pacífico en la doctrina (cfr. De Ángel Yagüez, comentario al artículo 1905, en *Comentarios Ministerio Justicia*, II, p. 2037 ss.); 4.^º) Con acierto subraya la sentencia que el artículo 1905 CC no distingue la clase de animal causante del daño —con evidente alusión al art. 465 CC—, si bien en otro lugar se dice que por causa de manipulaciones del hombre los animales amansados pasan a la categoría de animales *dañinos*; no creo que se trate de una nueva clasifica-

ción de los animales en el derecho, pues es evidente que cualquiera de ellos puede originar los daños que el artículo 1905 CC ordena resarcir, mereciendo la calificación de dañino. Por lo demás, la sentencia es de aprobar en cuanto al fondo. (G. G. C.)

39. Culpa extracontractual. Responsabilidad médica: trasplante de médula: ausencia de consentimiento informado: derecho transitorio: atribución a la jurisdicción civil.—El conflictivo tema del orden jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones sobre responsabilidad en las que se demanda, generalmente, junto con los médicos intervenientes, en los actos médicos originadores, a la Administración sanitaria o entidad de la Seguridad Social, se había manifestado en problemas, como el debatido y agudizado, sobre todo a partir de la promulgación de la Ley de 1992, dando lugar a criterios jurisprudenciales no concordes, según el orden jurisdiccional al que se acudía en petición de tutela judicial. Tratándose de un caso de derecho transitorio que la aplicación de las nuevas normas suscitan y cuyas fechas de entrada en vigor acreditan no sólo su necesidad, sino también el inicio temporal de su eficacia, junto con el respeto a lo que son determinaciones jurisdiccionales de esta Sala de casación, como órgano soberano en su respectivo orden, sin vinculación con los criterios jurisprudenciales de otras Salas, exige precisar que el asunto que se somete a su enjuiciamiento corresponde decidirlo al órgano jurisdiccional civil: en efecto, la demanda fue presentada el 26 de febrero de 1993, ya entrada en vigor la Ley de 1992, pero todavía pendiente de desarrollo normativo.

Negligencia del Servicio Andaluz de la Salud: trasplante de médula: ausencia de reglas internas sobre prestación del consentimiento informado: insuficiencia del consentimiento tácito.—Se entiende que el Servicio Andaluz de la Salud no actuó diligentemente en el caso de autos, al no establecer normas internas precisas para que se informase a los donantes de las características, riesgos y consecuencias de la extracción de médula, extremos sobre los que no consta que se desarrollase prevención alguna; por tanto, no es de recibo la imputación que hace dicho Servicio, atribuyendo la responsabilidad de dicha omisión a los propios médicos, no siendo suficiente el consentimiento tácito; ciertamente, la actora autorizó la extracción, al considerarlo la única forma para que su hermana superase la grave enfermedad que le aquejaba, pero su voluntad se encontraba gravemente viciada dado que no había sido informada, y, por tanto, no concurrió consentimiento válido expreso ni presunto. (STS de 7 de marzo de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—El FD 3.^º reitera la conocida doctrina sobre la *vis atractiva* y la necesidad de evitar el peregrinaje de jurisdicciones, con cita expresa de las recientes SSTS de 12 y 26 de mayo de 1997. También se dice en el FD 2.^º que en la actualidad no cabe duda que corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las pretensiones dirigidas contra la Administración sanitaria y sus entidades, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad que determine el nacimiento de la responsabilidad, según las disposiciones en vigor constituidas por el artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 julio; DA 12.^a de la Ley 4/1999, incorporada a la Ley 30/1992; y la LOPJ, nueva redacción del artículo 9-4, dada por la Ley Orgánica 6/1998. Se trata, en el caso, de una declaración *obiter*, aunque no resulta innecesario que se reitere dicha doctrina,

en este cierto ambiente de confusión sobre esta cuestión que la propia sentencia califica de conflictivo tema del orden jurisdiccional competente. (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: responsabilidad solidaria de los médicos y de la Mutua de Accidentes: error de diagnóstico: doctrina del resultado desproporcionado.—Es indudable la presencia de un error de diagnóstico en la dolencia sufrida por una trabajadora de la limpieza, que sufrió un traumatismo en su muñeca izquierda por causa de una caída fortuita; si bien en un principio el tratamiento prescrito para el esguince a base de antiinflamatorios e inmovilización de la articulación mediante férula de yeso, no era inadecuado para la dolencia real que aquejaba a la actora, procede reprochar al doctor F.B.P. la persistencia del tratamiento con antiinflamatorios, pues es científicamente conocido y divulgado que, después de una fase aguda de inflamación, se produce una fibrosis en los tejidos, careciendo de utilidad curatoria dichos medicamentos; también corresponde imputar a los médicos demandados no haber practicado con prontitud las verificaciones oportunas para comprobar la verdadera afección de la actora, por lo que, averiguada a través de la artoscopia, se precisaba verificar una operación quirúrgica, que se difirió tres semanas, cuando la recuperación de la muñeca lesionada era más difícil por el transcurso de varios meses desde la realización de la caída, todo lo cual denota la inobservancia de la *lex artis ad hoc* en los dos médicos traídos al proceso; además, conforme a la doctrina de la STS de 2 de diciembre de 1996, no se excluye la 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 de su conveniente utilización. (STS de 11 de abril de 2000; ha lugar.) (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

41. Inmuebles por incorporación. Son bienes muebles los azulejos que revisten una habitación tras su separación de las paredes que revestían.—El recurrente entiende que el conjunto de azulejos objeto de este litigio tienen la consideración de bienes muebles, ya que han sido separados de las paredes a que estaban adheridos, y, por tanto, ha adquirido su propiedad por prescripción al concurrir en el recurrente los requisitos necesarios para ello.

Colocado el conjunto de azulejos como revestimiento de una de las habitaciones del Palacio de Velada, donde han permanecido a lo largo de un período de tiempo indeterminado, posiblemente desde que se realizaron esas piezas por su autor, se produjo una incorporación definitiva al inmueble; ahora bien, no puede afirmarse que la azulejería en cuestión constituya un elemento constructivo del edificio que sólo pueda separarse de éste mediante su demolición. Se trata de un elemento de ornamentación que, dada la forma en que estaba adherido o fijado a las paredes de la habitación que recubría, podía ser desmontado sin deterioro del mismo o de las paredes. Si bien, mientras permanecieron unidos los azulejos a las paredes constituían un bien inmueble,

ese carácter lo perdieron cuando las propietarias del edificio vendieron el conjunto de azulejos al Estado y decidieron su separación de las paredes que revestían.

No deja de ser contradictoria en sí misma la sentencia recurrida en cuanto califica el revestimiento de azulejos como bien inmueble por incorporación y sin embargo admite la validez de su venta separadamente del inmueble al que se incorporaron; es reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que los inmuebles por incorporación, al ser parte integrante de aquél al que se unieron, no pueden ser objeto de negocio jurídico de clase alguna de forma separada, salvo, como dice algún autor, que se trate de un acto referido a cosas futuras, que sería, en todo caso, lo que sucedió en el supuesto contemplado; el Estado adquiría una cosa mueble futura, por la separación de los azulejos de la habitación, lo que podía realizarse, como así ha sucedido, sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto. Por todo ello, debe calificarse el conjunto de azulejos de que se trata como un bien inmueble y en tal concepto lo adquirió el Estado con la finalidad de instalarlo en el museo dedicado al autor de esa obra de cerámica.

Imprescriptibilidad de los bienes muebles pertenecientes al Patrimonio Histórico Español.—La calificación del bien litigioso como mueble no comporta la estimación del recurso y la casación de la sentencia recurrida. Consta en autos que el conjunto de azulejos adquirido en su día por el Ministerio de Educación y Ciencia, incorporados en el tiempo en que se realizó la adquisición por compraventa a las paredes de una habitación del Palacio de Velada, datan del siglo XVII y son obra del alfarero Ruiz de Luna, a cuya memoria se construiría un museo en Talavera de la Reina, museo al que se destinaba ese conjunto de azulejos. Se trata, por tanto, de un bien integrado en el Patrimonio Histórico Español, de acuerdo con el artículo 1.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, adquirido por el Estado y que está sujeto en su régimen jurídico a los preceptos de dicha Ley 16/1985, aunque no conste que hayan sido inventariados o declarados de interés cultural. Calificado ese conjunto de azulejos como bien mueble perteneciente al Patrimonio Histórico Español, es aplicable el artículo 28.3 de la citada Ley según la cual «los bienes a que se refiere este artículo serán imprescriptibles. En ningún caso se aplicará a estos bienes lo dispuesto en el artículo 1955 del Código civil». Precepto que hace decaer la pretensión del demandado recurrente en casación de haber adquirido el bien litigioso por prescripción y conduce a la desestimación del recurso. (**STS de 30 de marzo de 2000**; no ha lugar.)

HECHOS.—La abogacía del Estado ejercita acción reivindicatoria sobre un conjunto de azulejos de cerámica del alfarero Ruiz de Luna, situado en una habitación del Palacio de Velada, de Talavera de la Reina. El conjunto había sido adquirido por el Ministerio de Educación a las propietarias del palacio, quedando éstas constituidas en depositarias hasta que los azulejos fuesen retirados de las paredes que cubrían y fuesen trasladados al Museo Ruiz de Luna, entonces en construcción. Se opone a la demanda el actual propietario del palacio, quien lo había adquirido de las anteriores titulares, depositarias de los azulejos. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia revoca la sentencia de instancia dando lugar a la acción reivindicatoria. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el propietario del palacio. (*R. G. S.*)

42. Justo título para la usucapión.—La sentencia recurrida establece con toda claridad que el justo título lo constituye, no sólo el testamento de J. 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 CC, abierta la sucesión, aceptada la herencia y transcurrido el tiempo determinado por el artículo 1957 CC para la prescripción de inmuebles entre presentes, con posesión ejercitada de forma pública, pacífica e ininterrumpida a título de dueño. 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 falten los testamentos o autos de declaración de herederos y correspondientes cuadernos particionales. No es, por tanto, posible la infracción del artículo 1952 CC, 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 CC, dado que el testamento reúne los requisitos de verdadero y válido. (STS de 22 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante cuestiona la adquisición de determinados bienes por la demandada. Según las sentencias de Juzgado y Audiencia, la adquisición tuvo lugar por testamento y en virtud de la posesión civilísima reconocida por el artículo 440 CC, que fundamenta una usucapión consumada. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (R. G. S.)

43. Acción reivindicatoria: requisitos.—La Sala de instancia no estimó meramente el mejor derecho de los actores frente a la Administración Pública, sino que apreció y estimó la reivindicación de diversos inmuebles frente a una detención pública, primero estatal y después autonómica. La Audiencia ha estimado en los demandantes la concurrencia de los tres requisitos para el éxito de la acción reivindicatoria: tutela o acreditamiento cumplido del dominio de las fincas, su identificación y la detención o posesión por la demandada —SS, por todas, de 10 de octubre de 1980, 30 de noviembre de 1988, 15 de febrero de 1990, 24 de enero de 1992 y 30 de octubre de 1997.

Sentido y alcance del artículo 207 LH: cautela frente a la inmatriculación verificada al amparo de los artículos 205 y 206 LH.—Ya la S de esta Sala de 21 de enero de 1992, con referencia al primer precepto, artículo 207, destacó que lo que quiere decir es que el adquirente del inmueble, al amparo del artículo 205, no queda protegido hasta transcurridos dos años, añadiendo que es de lógica incuestionable que no puede pretenderse mejor condición para los títulos intabulados con el procedimiento especial del artículo 205, que los que lo fueron por los procedimientos ordinarios, pues el artículo 207 es un resorte cautelar que emplea la ley para la desconfianza que entraña aquel procedimiento excepcional, prueba de ello es que el lapso carencial establecido en el precepto sólo atañe a los regulados en los artículos 205 y 206.

Principio de exactitud registral (art. 38 LH): supuestos en los que no procede su aplicación.—El principio de exactitud registral sólo establece una

presunción *iuris tantum* de exactitud del asiento registral susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario. Pero cuando se da perfecta identificación del terreno, al que la acción reivindicatoria se contrae, en coincidencia incuestionable con lo que predica el título de propiedad, el artículo citado no entra en aplicación. En cualquier caso, los actores, hoy recurridos, postularon, a la vez que su reivindicación, la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente y ampliación con ello de tal mandato legal, no alcanzando este Tribunal a entender en qué ha podido vulnerar el precepto, porque el motivo se abstiene de explicitarlo en su desordenada exposición. Como han recogido las SS de esta Sala de 31 de octubre de 1989, 18 de julio de 1990, 12 de marzo y 11 de junio de 1991 y 15 de noviembre de 1992, cuando hubiera incluso que partirse entre la contradicción entre la realidad registral y extraregistral y, pese a que la primera tiene a su favor tal principio de exactitud, ello no puede conducir siempre a su tiempo jurídico, porque si la realidad extraregistral se acredita en debida forma, ésta es la que ha de prevalecer sobre aquélla al reposar sobre algo real y positivo que la norma debe proteger. (STS de 15 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores reivindican frente a la Agencia de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía y al Estado la propiedad de un monte público. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Jaén revoca parcialmente la sentencia de instancia declarando la propiedad de los actores. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía. (R. G. S.)

44. Naturaleza y función procesal de la acción de tercería de dominio.—Debe destacarse que, como resume la S de 28 de octubre de 1998, la naturaleza y la función procesal de la tercería de dominio que, pese a los distintos matices doctrinales y a la evolución jurisprudencial, está actualmente reiterada en numerosas sentencias, como las de 19 de mayo y 16 de julio de 1997 y 11 de marzo de 1998, que expresa que la acción de tercería de dominio, regulada en los artículos 1532 y ss. LEC, resuelve la cuestión de que, ante el embargo de un bien, el tercero que alega ser propietario —y que no lo es el demandado embargado— la interpone para que declare que él es el titular verdadero del derecho de propiedad y se alce el embargo trabado sobre su cosa. Se había mantenido que la tercería de dominio era una acción reivindicatoria en la que se sustituía la recuperación de la posesión por el alzamiento del embargo. Pero realmente, la verdadera naturaleza de la tercería de dominio es de acción «declarativa de propiedad» cuyo objeto es la declaración de propiedad (a favor del demandante-tercerista) y el levantamiento del embargo (trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado). En este sentido, SS de 26 de septiembre de 1985 y 2 de noviembre de 1993. La jurisprudencia insiste en una idea: «La acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo»: SS de 19 de mayo de 1989, en idénticos términos, 5 de junio de 1989, 16 de febrero, 8 de octubre y 18 de diciembre de 1990 y 24 de julio de 1992. La de 5 de diciembre de 1994 dice claramente que la acción de tercería de dominio «hay que clarificarla como meramente declarativa» del dominio. En las sentencias anteriores, entre otras muchas, se apunta la función procesal

de la tercería de dominio, que es la invalidación e ineficacia del embargo producido, o, en otras palabras, el alzamiento de la traba, la revocación de la decisión judicial del embargo; con lo cual, la tercería de dominio es una acción cuya función es cambiar los efectos de una resolución judicial, que en este caso es dejar sin efecto el embargo, con el alzamiento de la traba que había sido acordada. Lo que conduce a otra conclusión: el auténtico –necesario y suficiente– *petitum* de la demanda de tercería de dominio es que se alce la traba sobre los bienes embargados. (**STS de 31 de enero de 2000**; no ha lugar.)

HECHOS.—Presta *SAFEX, S. A.*, garantía como responsable civil subsidiaria en causa penal. Recaída sentencia firme condenatoria, se declara la responsabilidad civil de los imputados condenándoseles a indemnizar a *Kashan Industries Corporation* en ciento veintitrés millones de pesetas. La Audiencia, en ejecución de la sentencia penal, decreta la inmovilización de unos pagarés librados por *SAFEX* por un total de treinta y dos millones de pesetas a fin de garantizar las responsabilidades civiles decretadas. *SAFEX* interpone demanda de tercería de dominio dictando el Juzgado de Primera Instancia auto de sobreseimiento del proceso –aclarado por otro posterior– por falta de los presupuestos necesarios para la admisión de la demanda y por no existir embargo sino depósito voluntario. Los dos autos son confirmados en apelación por un tercero que es objeto del recurso de casación. No ha lugar. (*R. G. S.*)

45. Accesión: fuerza expansiva del principio *superficie solo cedit*.

Carga de la prueba.—La sentencia recurrida incurre en un evidente desacuerdo en la aplicación del derecho, pues, si reconoce que la finca registral núm. ... pertenece a la actora, no le puede negar la propiedad de la edificación que hay en la misma, en tanto no se declare que por otra persona se probó ser dueño de lo construido. La prueba del dominio sobre la nave no le incumbe a la parte actora, le basta con demostrar el de la finca en que se ubica. El que no haya acreditado las afirmaciones de haber construido antes de constituirse la entidad *Zaragoza Hermanos, S. A.*, y de que se hizo a sus expensas, no permite establecer una especie de asunción implícita de la carga de la prueba que desplace en su contra la regla que resulta del artículo 359 CC. [...]. Por todo ello se vulnera el artículo 359 CC y jurisprudencia que lo aplica (SS, entre otras, de 10 de diciembre de 1957, 12 de noviembre de 1960, 7 de enero de 1984, 22 de diciembre de 1986, 16 de marzo de 1993 y 12 de mayo de 1998), con arreglo a los que el principio *superficie solo cedit*, que consagra el artículo citado, es una manifestación de la fuerza expansiva de la propiedad del suelo, el cual opera a modo de una presunción *iuris tantum*, de manera que la atribución de lo edificado al propietario del terreno sobre el que se ha construido tiene lugar a salvo de prueba en contrario, por lo que el *onus probandi*, en virtud de dicha regla especial probatoria, corresponde al que pretenda la titularidad de lo construido.

Suspensión del procedimiento del artículo 131 LH por ejercicio de tercería de dominio: título del tercerista.—También es incorrecta la argumentación de la sentencia recurrida de que la presunción del artículo 359 CC no es en modo alguno suficiente para intentar la tercería porque el artículo 132, segundo, de la Ley Hipotecaria exige que se acompañe «inexcusablemente» título inscrito a favor del tercerista. Con tal forma de razonar no se

tiene en cuenta que el título respecto de lo construido deriva (fuerza expansiva de la propiedad del suelo) del título de dominio sobre la finca, y el título inscrito sobre ésta se reconoce en la propia sentencia; sin que nada obste el que no conste en el Registro de la Propiedad la existencia de la edificación, habida cuenta de los principios que rigen la accesión en los artículos 358 y 359 CC, como tampoco habría sido precisa tal constancia registral en el caso de haberse hipotecado la finca, pues al tratarse de una construcción a la hipoteca formaría parte *ab initio* del objeto de ésta, y por las mismas razones anteriores (art. 110.1 LH, *a contrario sensu*, y RDGRN de 6 de febrero de 1986). (**STS de 1 de enero de 2000**; ha lugar.)

HECHOS.—Don Flores es propietaria de una finca. Su hijo, D. A. Z., es el propietario de la finca registral contigua. Sobre ambas está edificada una nave industrial en proporción —aproximada y respectivamente— de dos tercios y un tercio. Consta en escritura pública de agrupación y obra nueva que en una tercera finca, de la que es propietaria la sociedad mercantil *Zaragoza Hermanos, S. A.*, existe una nave industrial coincidente en su descripción con la ya mencionada. Sobre esta última finca se constituye hipoteca unilateral a favor del *Banco Santander Central Hispanoamericano*, que éste acepta. Instada la ejecución de la hipoteca por el procedimiento del artículo 131 LH, interpone don Flores tercería de dominio solicitando se declare su propiedad sobre la nave. El Juzgado estima la tercería. Apela el Banco y resuelve la Audiencia reconociendo a la tercerista la propiedad de la finca pero no la de la nave. Los herederos de don Flores interponen recurso de casación y el TS lo estima. (R. G. S.)

46. Gastos comunitarios adeudados por titular de local con entrada independiente.—El motivo no procede. Pues sin perjuicio de que la sentencia integra el hecho probado de que concurre efectivo aprovechamiento y disfrute de servicios comunes (electricidad, agua, alumbrado, seguros, conservación de fachadas, administración y otros), a favor de los que recurren; lo que resulta decisivo es la imperatividad genérica del artículo 9.5 LPH, que obliga a los copropietarios a contribuir, según la cuota de participación que les corresponde, a los gastos generales para el adecuado funcionamiento del inmueble, sus servicios y demás que el precepto señala, generando su impago crédito preferencial a favor de la comunidad.

El concepto de gastos resulta amplio y comprende tanto los ordinarios que se presentan como fijos, como periódicos no fijos, y los que su cuantía varía en función al consumo y uso (agua, electricidad, calefacción), así como también los extraordinarios ocasionados por algún acontecimiento que determine su procedencia (reparaciones y similares). Para el abono de los referidos gastos queda afectado el piso o local correspondiente, tratándose de una titularidad *ob rem*, que obliga al propietario a su pago, al ostentar la denominada titularidad deudora subjetivamente real. No obstante, el artículo 9.5 permite que determinados gastos puedan tener consideración de individualizables, y actúa como excepción a la regla general, ya que permite al propietario de un piso o local determinado no abonar concretos gastos. Para que se produzca esta especie de privilegio contributivo, es preciso que en el título constitutivo aparezca la exclusión o, en su caso, en los estatutos comunitarios y también cabe que se decida en junta de propietarios mediante acuerdo tomado por

unanimidad, en razón a la concordancia del artículo 5 con el artículo 16 LPH. La jurisprudencia de esta Sala así lo ha entendido, al tener en cuenta que prevalece el principio de autonomía contractual (SS de 16 de febrero de 1971, 7 de octubre de 1978, 12 de diciembre de 1979, 21 de julio de 1988, 2 de marzo de 1989, 6 de julio de 1991, 30 de diciembre de 1993 y 16 de noviembre de 1996, entre otras).

En el caso de autos no concurre autorización titular, estatutaria o comunitaria alguna, por lo que rige la obligatoriedad del pago del referido artículo 9.5 (SS de 16 de junio de 1995 y 15 de junio de 1996), ya que el mero hecho del no uso o utilización de determinados elementos comunes o que el local tenga acceso independizado, no exime del deber de abonar los gastos conformes a la cuota participativa, de la que aquí no se discrepa. El rehusé de pago de los recurrentes carece por tanto de toda justificación. (**STS de 14 de marzo de 2000; no ha lugar.**)

HECHOS.—A lo largo de once años se suceden cuatro pleitos que enfrentan a una comunidad de propietarios con los titulares de un local con entrada independiente. La comunidad reclama los gastos comunes debidos y los titulares oponen siempre como argumento para no pagarlos que —por tener entrada independiente— no hacen uso de los servicios comunes. Tras la acumulación de los procesos, el Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda de la comunidad. La Audiencia desestima la apelación de los demandados, quienes interponen recurso de casación. El TS declara no haber lugar. (*R. G. S.*)

47. Propiedad horizontal: necesidad de acuerdo mayoritario (art. 16, norma 2.^a, LPH de 1960) para que litigue el presidente en representación de la comunidad. La falta de mayoría no puede ser suplida con arreglo a la norma 4.^a del artículo 16 LPH de 1960.—El motivo se estima por las consideraciones que a continuación se exponen, derivadas de los artículos 16 y 13.5.^º LPH de 1960.

En efecto, el acuerdo de 23 de abril de 1991, tomado en primera convocatoria, facultó al presidente para instar la nulidad de la compraventa documentada en la escritura pública de 27 de abril de 1982. Es una autorización para litigar simplemente su objeto, por lo que debió someterse a la norma 2.^a del artículo 16 precitado, y, en último término, recurrir a la resolución judicial a que alude el párrafo último de aquella norma. No se hizo esto, ni siquiera en todos los años transcurridos se ha subsanado el defecto en la personalidad del presidente.

Así las cosas, se impone como conclusión la de la inexistencia de acuerdo alguno. La aplicación de la norma 4.^a del artículo 16 que realiza la Audiencia para defender su legitimación es errónea porque no se está ante un acuerdo contrario a la ley, sino ante declaraciones de voluntad de los propietarios que no alcanzan siquiera la categoría jurídica de acuerdo, al no reunir los requisitos de la norma 2.^a del artículo 16. Tampoco cabe decir, como el recurrente mantiene, que el acuerdo es nulo radicalmente, porque esta calificación no se puede aplicar al no existir base para hacerlo.

No significa ello desconocer que el presidente asume la representación (de tipo orgánico, ha dicho esta Sala en numerosas sentencias) de la comunidad, sino señalar que no suple en todo caso la voluntad de la misma con la suya, a modo de dictadura; necesariamente ha de actuar ejecutando los acuer-

dos tomados por la Junta en su esfera de competencias. Si por imperativo del artículo 13.5.^º LPH a la Junta corresponde «conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio de la comunidad», no es dudoso que esa competencia legal no puede desaparecer por una concepción dictatorial de la figura del presidente. En este caso, además, no puede darse un asunto de interés general más evidente como es la recuperación de locales que se estima por la comunidad que le pertenecen. Otra cosa distinta es que en casos de necesidad urgente pueda velar unilateralmente por intereses de la comunidad, lo cual no debe prohibirse en razón de su misma urgencia y necesidad, si bien dando cuenta inmediata a la Junta para que adopte decisiones pertinentes. Una aplicación de la norma adecuada a la realidad social presente (art. 3 CC) rechaza cualquier concepción doctrinal que elimine las competencias de la Junta a favor del autoritarismo de la figura de su presidente. También es distinta la cuestión de la protección de terceros que han confiado en declaraciones o manifestaciones del presidente como si procediesen de la Junta. Además, aquí el recurrente (demandado en su día) no es tercero, sino de los propietarios que forman la comunidad.

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala ha legitimado a cualquier comunero para actuar en cuestiones afectantes a elementos comunes cuando no lo haga la Junta. Pero aquí nos encontramos con que el presidente de la comunidad no ha instado la demanda más que en esta sola cualidad, y los poderes a procuradores los ha otorgado con esa única legitimación. (**STS de 6 de marzo de 2000; ha lugar.**)

HECHOS.—El vicepresidente de una comunidad de propietarios, actuando en nombre y representación de ésta, vende —tras ser desafectada del uso común— dos locales al presidente de la misma. Años después, la comunidad de propietarios demanda al comprador solicitando se declare nula la compraventa y la restitución de los locales o de su valor al tiempo de su enajenación a tercero de buena fe. El Juzgado desestima la demanda por falta de personalidad de la actora. La Audiencia revoca la sentencia de instancia accediendo a lo pedido. El comprador, antiguo presidente de la comunidad, interpone recurso de casación que el TS estima. (*R. G. S.*)

48. Usufructo con facultad de disposición.—Resulta evidente que la cláusula testamentaria litigiosa recoge un supuesto normal de usufructo de disposición, figura jurídica borrosa (RDGRN de 6 de diciembre de 1929), discutida y discutible (un sector doctrinal sigue negando su posibilidad dogmática y legal, e incluso que sea necesaria), que se caracteriza por facultar al usufructuario para enajenar entre vivos los bienes objeto del usufructo en caso de necesidad, de tal modo que si no se ejercita total o parcialmente el derecho de disposición, una vez extinguido el usufructo se entregan a las personas que habían ostentado la nuda propiedad, y consolidado el dominio pleno por virtud de dicha extinción, los bienes de que no se dispuso. La Jurisprudencia (SS, entre otras, de 22 de marzo de 1890, 19 de noviembre de 1898, 10 de julio de 1903, 14 de abril de 1905, 1 de octubre de 1919, 5 de marzo de 1926, 1 de febrero de 1927, 9 de junio de 1948, 28 de mayo de 1954, 24 de febrero de 1959, 19 de enero y 17 de mayo de 1962, 9 de diciembre de 1970, 14 de octubre y 23 de noviembre de 1971, 9 de octubre de 1986, 4 de mayo de 1987, 2 de julio de 1991) y la doctrina de la Dirección

General de los Registros (RR, entre otras, de 23 de julio de 1905, 29 de noviembre de 1911, 12 de enero de 1917, 22 de febrero de 1933, 9 de marzo de 1942, 8 de febrero de 1950) vienen reconociendo la posibilidad jurídica del usufructo de disposición, o con facultad de disposición, que suele suscitar numerosas cuestiones (diferencias con el fideicomiso de residuo; condición de heredero o de legatario; simulación, etc.), si bien en el presente juicio el problema se limita a la apreciación de la «necesidad».

Carga de la prueba de la «necesidad» legitimadora de los actos dispositivos.—La redacción de la cláusula es similar a la de otros casos (que sólo a la usufructuaria corresponde apreciar, en S de 17 de mayo de 1962; sin que tenga que justificarla ante nadie, basta sólo que el usufructuario lo manifieste en S de 9 de diciembre de 1970; sin que tenga que justificar ante nadie dicha necesidad, en S de 23 de noviembre de 1971; bastando alegarla, sin prueba, ni justificación alguna, en S de 9 de octubre de 1986) y sensiblemente igual a las contempladas en la Resolución de 22 de febrero de 1933 y S de 4 de mayo de 1987 (en que se deja la apreciación «a la conciencia»), y S de 2 de julio de 1991 («a su solo juicio»). Esta remisión a la conciencia, al margen en cualquier caso de la hermenéutica testamentaria del supuesto concreto, podría acaso interpretarse sobre la base de distinguir entre la creación de la situación de necesidad (con amplia libertad) y su real existencia dentro de dicha situación (que ha de probarse). De cualquier manera que sea, lo que no cabe entender es que se pueda operar como si no hubiera la exigencia de la necesidad. Ésta es una restricción o limitación ineluctable (SS de 9 de octubre de 1986, 4 de mayo de 1987, 2 de julio de 1981). La jurisprudencia se ha inclinado por entender que la denuncia del acto dispositivo por falta de necesidad puede operar, aparte de las hipótesis de simulación, por la vía del ejercicio abusivo del derecho (art. 7 CC) o del dolo o mala fe, de tal manera que, si falta la causa jurídica lícita (de la necesidad), se produce una burla antijurídica de los legítimos intereses de los nudos propietarios. Y en esta línea se atribuye la carga de la prueba, como hecho constitutivo de la acción, y porque además de otro modo «supondría imponerle una restricción con la que el causante no ha querido gravarle» (S de 9 de octubre de 1986), a los nudos propietarios, doctrina general que no obsta a matizaciones en relación con las hipótesis singulares.

Principio de subrogación real.—Aunque no son aplicables las reglas que rigen para la comunidad postganancial, porque se superponen las del usufructo de disposición, rige para éste el principio de la subrogación real (aplicación de la cualidad jurídica que tenía el bien de que se dispuso al que se adquiere en su sustitución), del mismo modo que para su pariente jurídico, aunque con evidentes diferencias, del fideicomiso de residuo. Tal aplicabilidad resulta de la tradición jurídica románica (D. Libro XXXI, título único, leyes 70, par. tercero, 71 y 72), de la opinión de la doctrina, y lo aconseja la razón (*quod ratio suader*). Con arreglo a dicho principio —*pretio succedit in locum rei*— el dinero recibido por la venta no pasa a pertenecer privativamente al usufructuario, sino que sustituye el objeto, ocupando el puesto del bien enajenado. (STS de 3 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—J. M. fue instituido heredero en usufructo vitalicio por su esposa sobre la totalidad de su herencia con facultades de disponer «en caso de necesidad apreciada según su conciencia». Según la causante, al fallecimiento de su marido, los bienes de que éste no hubiera dispuesto habrían de pasar «de por mitad y en pleno

dominio» a sus sobrinas (de la testadora). Fallecida ésta, dispuso el viudo de tres fincas de naturaleza ganancial. Las sobrinas de la difunta interponen demanda en la que, entre otras, formulan la petición de que el producto de las ventas quede afecto al destino fijado por la causante dividiéndose en dos mitades, una de las cuales tendría la consideración de patrimonio propio del demandado e integrando la otra el patrimonio sujeto a la voluntad testamentaria. El Juzgado y la Audiencia acceden a lo pedido, resolviéndose en ambos casos sobre la base de no existir una situación de necesidad para la venta. Interponen recurso de casación los sucesores procesales del demandado, fallecido durante la primera instancia. El TS declara no haber lugar. (*R. G. S.*)

49. Doble transmisión de inmueble: artículo 34 LH.—Se produce una doble transmisión de la misma finca y es la segunda de las que se hace la que logra acceso al Registro de la Propiedad con la consecuencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 38 LH, de quedar legitimado ese titular según el asiento de inscripción para transmitir sin la menor traba que quepa sospechar mientras el asiento esté vigente, de forma tal que quien, de ese titular registral no contradicho o cuestionado en el Registro, adquiera a título oneroso y de buena fe el derecho inscrito e inscriba su adquisición será mantenido en ésta con independencia de la suerte que pueda correr el derecho de su transmitente por causas que no consten en el Registro cual dispone el artículo 34 LH. Esta garantía a ultranza para el derecho adquirido por el tercero, que culmina en las disposiciones del artículo 37 de la propia Ley, quiebra únicamente cuando aquellos presupuestos que se le exigen no se ajustan a la legalidad establecida.

Alcance de la buena fe del tercero hipotecario.—La jurisprudencia —entre otras muchas pueden citarse las SS de 23 de enero y de 19 de julio de 1989— señala como esencia de la buena fe la creencia de que la situación registral que guía al tercero en la adquisición es exacta en la titularidad que proclama, de forma que la presunción *iuris tantum* que en este ámbito proclama el citado artículo 34 LH ha de ser debidamente desvirtuada según resulta de las SS de 12 de noviembre de 1960, 11 de febrero de 1993, 30 de noviembre de 1991 y 23 de enero de 1989, impugnación que, como dice esta última sentencia, ha de hacerse con probanzas auténticas y fehacientes, lo que no se logra aquí. (**STS de 14 de febrero de 2000;** no ha lugar.)

HECHOS.—El presupuesto fáctico del recurso de casación —que el TS desestimarán— arranca de una doble transmisión de finca. La primera compraventa se documenta privadamente. Ante el impago de parte del precio, el vendedor decide unilateralmente dar por resuelto el contrato, sin que ello se concrete en la recuperación de la finca. Mediante escritura pública tiene lugar la segunda transmisión. Inscribe el adquirente y transmite a su vez, inscribiendo los últimos compradores su adquisición en el Registro de la Propiedad. Los adquirentes en la primera compraventa ceden mediante documento privado su adquisición a un tercero y éste, también en documento privado, vende la finca objeto del conflicto al actor, luego recurrente en la casación. El Juzgado desestima la demanda y acoge la reconvención de los últimos adquirentes inscritos en la segunda

transmisión, a los que reconoce como legítimos propietarios. No ha lugar ni a la apelación ni al recurso de casación. (R. G. S.)

50. La fe pública registral no puede sanar un contrato nulo por encontrarse dentro del período de retroacción de la quiebra. Nulidad *ipso iure* de estos actos.—La cita del artículo 34 LH, pretendiendo el recurrente ser un tercero hipotecario, olvida que la fe pública registral no puede sanar o convalidar un contrato nulo por encontrarse dentro del período de retroacción de la quiebra. Así se ha recogido en las SS de este Tribunal de 15 de noviembre de 1991 y 2 de diciembre de 1999.

El artículo 878.2 CCO resulta terminante en cuanto declara nulos *ipso iure* los actos de administración y disposición realizados por el quebrado sobre bienes de su patrimonio dentro de la fecha o retroacción de la quiebra y dicha nulidad es absoluta —SS de 28 de octubre de 1980, 20 de junio de 1996, 26 de marzo de 1997 y 2 de diciembre de 1999—. Dicha nulidad deriva de la inhabilitación del quebrado a partir de la declaración de quiebra que realiza el párrafo primero del artículo 878 citado, no cabiendo por ello ningún tipo de convalidación o confirmación de los actos citados.

[...] Este Tribunal para evitar innecesarias repeticiones se tiene que remitir a lo recogido en el ordinal tercero de estos fundamentos jurídicos y añadir con la S de esta Sala de 15 de noviembre de 1991, que la nulidad de los actos realizados con posterioridad a la fecha de retroacción de la quiebra no queda impedida por la existencia de terceros de buena fe. Asimismo, la S de 16 de marzo de 1995 señala que la nulidad afecta a todas las ventas posteriores.

No se da la subrogación del artículo 1111 CC en la retroacción de la quiebra.—El precepto aducido como infringido resulta ajeno a esta cuestión ya que viene referido a la acción subrogatoria y ésta no es de aplicación a la Sindicatura de la quiebra, cuyo cometido nace de la atribución de la ley a su cometido cuasípúblico y no de subrogación alguna. (STS de 16 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sindicatura de la quiebra de *Papelera del Pilar y Levantina, S. A.*, promueve demanda contra la entidad, *Salinera Chacartegui, S. A., Cartonajes Begastri, Caja de Ahorros de Murcia* y tres personas físicas sobre nulidad y rescisión de compraventa y otras operaciones verificadas sobre un inmueble. El motivo de la demanda es que tales operaciones se encuentran incursas en el período de retroacción de la quiebra de *Papelera del Pilar y Levantina, S. A.*, y a la vez, al haber sido realizadas en fraude de acreedores, son susceptibles de rescisión. Se estima íntegramente la demanda. Apelan la *Caja de Ahorros* y las tres personas físicas reseñadas sin que la Audiencia acceda a lo pedido. El comprador de los bienes adquiridos a través de los contratos que las sentencias de instancia declaran resueltos interpone recurso de casación. No ha lugar. (R. G. S.)

51. Requerimiento de pago a tercer poseedor de finca hipotecada: su omisión comporta la nulidad del procedimiento del artículo 131 LH.—No se estima cumplido el requisito de la intimación para el pago del artículo 131.4.^a LH en relación con los hoy demandantes, omisión que supone una infracción de las normas esenciales del procedimiento al haberles privado de toda posibilidad defensiva en el procedimiento hipotecario a esos terceros

poseedores de la finca, que reclaman la nulidad de aquel procedimiento, nulidad que ha de ser decretada por haberse causado la indefensión que proscriben los artículos 24.1 CE y 283.3.º LOPJ y así ha sido admitido por el TC en S 148/1988, de 14 de julio, nulidad que abarca a la totalidad del procedimiento hipotecario, pues se trató afectado por la ignorancia del Juez de que había terceros poseedores, que fue provocada por la entidad ejecutante.

Requerimiento de pago: no sustituible por carta anunciando próximo encuentro ante el Juzgado que conoce del procedimiento.—Al acto procesal o notarial del requerimiento de pago no lo sustituye válidamente una simple carta anunciando a los terceros poseedores que en caso de impago el próximo contacto sería en el Juzgado de Primera Instancia ante el que se siga el procedimiento judicial.

Concepto de tercer poseedor.—En puridad, «tercer poseedor» (según la terminología tradicional) o «tercer adquirente» (con denominación científica más apropiada) de la finca hipotecada es la persona que ha adquirido la propiedad del inmueble que hipotecó su transmitente. Es, por tanto, ajeno a la constitución de la hipoteca, y, asimismo, ajeno a la deuda, garantizada con la hipoteca, aunque el bien garantizado responde de ésta. El tercer poseedor tiene que sufrir o soportar el procedimiento y, finalmente, la realización de la finca. No se le impone ningún *facere*, se halla en posición de *in patiendo*, por lo que el requerimiento de pago que se hace equivale más bien a una notificación. Empero de su posición se derivan determinados derechos, especialmente, el de satisfacer el débito, liberando la finca, adquirida *cum onere*. Desde luego, de acuerdo con la dicción literal del precepto que comentamos y finalidad de la norma que protege frente a la indefensión que originaría la ejecución sorpresiva, llevada a espaldas del propietario actual del inmueble, tanto da que el tercer poseedor haya inscrito su derecho en el Registro como que no haya inscrito su título adquisitivo. Es más, son estos últimos supuestos, los que reclaman mayor tutela normativa y judicial. (STS de 20 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Los esposos don Ángel y doña Francisca compran a *Construcciones Sierra, S. A.*, una vivienda en fase de construcción. Se pacta la entrega aplazada del precio y los compradores se comprometen a asumir ante *Caja Madrid* el pago —en cuantía de dos millones cien mil pesetas— del préstamo con garantía hipotecaria concedido a *Construcciones Sierra, S. A.* Ante el impago de los plazos del préstamo hipotecario, insta *Caja Madrid* el procedimiento ejecutivo del artículo 131 LH, en el que se requiere judicialmente de pago a la empresa constructora. Los adquirentes de la vivienda sólo tuvieron noticia de la existencia del procedimiento cuando se les comunicó al desalojo. Se tiene por probado que *Caja Madrid* conocía la existencia de los compradores. Éstos impugnan el procedimiento por no haber sido requeridos. El Juzgado desestima su demanda y la Audiencia estima su apelación. Recurren en casación la entidad financiera y los cesionarios del remate, ocupantes de la vivienda. El TS declara no haber lugar al recurso. (*R. G. S.*)

52. Justificación del retracto de colindantes.—La jurisprudencia de esta Sala establece que la justificación del retracto de colindantes viene a ser de interés público a fin de evitar la excesiva división de la propiedad y no la

de satisfacer aspiraciones de mejoramiento económico, más o menos legítimas, de los particulares (SS de 25 de noviembre de 1895, 11 de febrero de 1911, 5 de junio de 1945, 17 de diciembre de 1958 y 31 de mayo de 1959), prevaleciendo el interés de la agricultura y esta finalidad es la que debe presidir la interpretación del artículo 1523 CC, por lo que esta clase de retracto actúa como carga de derecho público que limita la propiedad, motivada por el interés general (S de 22 de enero de 1991).

Convergencia en los fines del Código civil y la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario: divergencia en las actuaciones.—La normativa del Código civil no es contradicha por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, (así como con la institución de Concentración Parcelaria), cuyo artículo primero proclama que el suelo rústico deberá utilizarse en la forma que mejor corresponda a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la comunidad nacional, por lo que ambas normativas resultan convergentes a fin de procurar la explotación más racional y útil de la propiedad agraria, mediante su reconstrucción agrupativa, operando a través de actuaciones que sí son distintas.

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario no puede suplantar al Código civil al ejercitarse el retracto de colindantes sobre finca de extensión superior a una hectárea: régimen de las unidades mínimas de cultivo.—En forma alguna la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario puede suplantar al Código civil cuando se ejerce acción retractual como la que es objeto del pleito, y tanto es así que el artículo 48 de dicha Ley establece el procedimiento de los incidentes para resolver las cuestiones judiciales que se planteen sobre el régimen de unidades mínimas de cultivo.

Resulta hecho probado firme que la finca que se pretende retrair tiene una cabida superior a una hectárea, que es uno de los requisitos que el artículo 1523 CC exige, juntamente con la condición de ser rústica, tratarse de fincas contiguas y haberse producido la venta (SS de 21 de febrero de 1930, 26 de diciembre de 1950, 21 de abril de 1956 y 30 de junio de 1965). Ante el dato fáctico de la extensión superficial que queda determinada, no procede la pretensión del recurrente de sustituir la hectárea civil, por la normativa de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (art. 43), sobre unidad mínima de cultivo, fijada para la zona en hectárea y media, ya que el artículo 44 de dicha Ley especial se refiere a supuesto distinto del Código, al contemplar sólo la división y segregación y el 45 consagra un derecho legal de acceso a la propiedad de producirse tal situación, y para nada se menciona el derecho de retracto, ya que el único artículo de la Ley que lo refiere es el 227, para declarar que da lugar, mientras dure el procedimiento de concentración, a la extinción del retracto de colindantes respecto a las fincas incluidas, para evitar los enclavados o la dispersión parcelaria. (STS de 12 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Por dos veces promueve el actor juicio de retracto de colindantes, siendo el objeto de éste una finca de cabida superior a una hectárea. Se acumulan los pleitos y resuelve el Juzgado desestimando la demanda. La Audiencia confirma la sentencia de instancia. Recurre en casación el actor pretendiendo, en definitiva, que para resolver la cuestión suscitada se aplique la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y no el Código civil. No ha lugar al recurso de casación. (*R. G. S.*)

DERECHO DE FAMILIA

53. La vivienda familiar comprada con anterioridad a la celebración del matrimonio y pagada con dinero de los que luego fueron cónyuges y con dinero ganancial pertenece en pro indiviso a los cónyuges y a la sociedad de gananciales.—El recurrente interpreta sesgadamente el artículo 1354, y no tiene en cuenta que al conectar el artículo 1357, *in fine*, CC con aquel precepto, aparece clara la intención del legislador sobre la exclusión del carácter privativo de la compraventa a plazos, anterior al matrimonio, de la vivienda familiar, la cual corresponderá pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de sus aportaciones respectivas. (STS de 3 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora demandó a su marido, del que se había separado judicialmente, solicitando que se declarase que la vivienda adquirida antes de contraer matrimonio, por ser la vivienda familiar, pertenecía en pro indiviso a los cónyuges, en proporción a sus respectivas aportaciones. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial y el TS dieron la razón a la demandante. (*L. F. R. S.*)

54. La acción de división sobre la cosa común no afecta al derecho de uso sobre la vivienda que tiene el ex cónyuge, atribuido por la sentencia de divorcio.—Aun cuando es cierto que la S de 22 de septiembre de 1988 recoge el criterio aludido en la instancia, esta doctrina ha sido rectificada por la de las SS de 22 de diciembre de 1992, 20 de marzo de 1993, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, con arreglo a las que, si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualkiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne (aunque limitado a vivienda y trastero, sin comprender la plaza de garaje), y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, lo que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó. (STS de 27 de diciembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El ex marido demandó a la ex mujer en acción de división de la vivienda, el trastero y la plaza de garaje comunes, que los contendientes se habían adjudicado por mitades indivisas tras la liquidación de la sociedad de gananciales. La demandada solicitó subsidiariamente, para el caso de que no fuera rechazada la demanda, que la acción de división de la cosa común respetara o dejara indemne el derecho de usufructo o de uso que ella tenía, atribuido por la sentencia de divorcio. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial admitieron la demanda y no dieron lugar a la reconvenCIÓN implícita de la demandada, pero el TS acogió el recurso de casación y declaró que, aunque el demandante podía ejercitar la acción de división, la vivienda y el trastero seguirían estando afectos al uso de la demandada. (*L. F. R. S.*)

55. La libertad de elección del modelo de vida propio que tiene una persona mayor de edad es incompatible con la obligación legal de alimentos a cargo de sus padres.—Las dos partes tienen toda la razón y todo el derecho a actuar como han actuado; y, sobre todo, la hija ha ejercitado, al salir del hogar paterno —no consta que fuera expulsada conminatoriamente del mismo— uno de los mayores, por no decir el mayor, de los bienes o valores que tiene el ser humano, como es el del ejercicio de la libertad personal. Ahora bien, dicha parte recurrente en casación no puede ni debe olvidar que muchas veces la libertad como valor social particular exige el pago de un precio, como es el de la pérdida de ciertas comodidades, y de sufrir contratiempos dolorosos, que van desde el área de los afectos hasta el entorno laboral. Y lo que no se puede pretender es realizar un modelo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta, que atacan y contradicen a los de un entorno familiar y social, y seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno, que se rechaza.

Falta de prueba del desasistimiento y de las circunstancias adversas que lo originan como base de una reclamación de alimentos por parte de una persona mayor de edad.—Dicha parte no ha probado que su nueva vida esté desasistida del sustento diario, alojamiento, vestido, asistencia médica y, en determinados supuestos, de la instrucción cultural y profesional; y sobre todo no ha probado una incapacidad permanente, total y parcial, para realizar trabajos retribuidos, sean de tipo intelectual o manual. Y para que surja con todos sus efectos dicha deuda alimenticia han de darse determinadas circunstancias como son reveses de fortuna, siniestros imprevisibles, enfermedades graves, imposibilidad de trabajar..., datos o circunstancias, se vuelve a repetir, que no se dan en el presente caso, o por lo menos no se han constatado. (STS de 23 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Una mujer mayor de edad reclamó a sus padres el pago de una pensión alimenticia, pretensión que fue desestimada en las dos instancias y por el TS, que hizo especial hincapié en la contrapartida que tiene la libertad de elegir el modelo de vida propio, que es la pérdida de las comodidades que ofrecía el modelo de vida que se rechaza. (*L. F. R. S.*)

56. Interpretación espiritualista del principio de prueba exigido en las acciones de filiación.—Es uniforme y consolidada doctrina de esta Sala (SS de 3 de diciembre de 1991, 8 y 20 de octubre de 1993, 28 de mayo de 1994, 3 de septiembre de 1996, 3 de octubre de 1998, entre otras) la de que, respecto de la exigencia del párrafo segundo del artículo 127 CC (acompañar con la demanda «un principio de prueba»), ha de hacerse una interpretación «espiritualizada», en el sentido de que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y, de este modo, pueda llevarse a cabo un control de la razonabilidad de dicha demanda, pues el requisito procesal de dicho precepto constituye un complemento tendiente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.2 CE.

Valor probatorio de la negativa del demandado a realizar las pruebas biológicas en un procedimiento de reclamación de la filiación no matrimonial.—Dicha negativa, según reiterada y notoria doctrina de esta Sala, no tiene el carácter de *ficta confessio*, si bien constituye un muy valioso indicio probatorio cuando, como ocurre en el presente caso, concurre con otras prue-

bas directas, que evidencian la existencia de relaciones sexuales persistentes entre el demandado y la actora en la fecha del embarazo de ésta. (STS de 18 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La madre de un menor de edad interpuso acción de reclamación de la filiación matrimonial contra un varón, con el que había mantenido relaciones sexuales en la época de la concepción. El demandado se opuso, alegando que la actora no había aportado un principio de prueba, como exige el artículo 127 CC, y posteriormente se negó a realizar las pruebas biológicas decretadas por el juez. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial admitieron la demanda y el TS rechazó el recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

57. Reclamación de paternidad y ley aplicable.—El orden público y la protección del menor justifican la aplicación de la ley española, aun cuando conforme al artículo 9.4 CC sea de aplicación la ley extranjera, si —como resultado de la práctica de la prueba— resulta que el menor es hijo de español y, por consiguiente, puede ser considerado como español de origen. (STS de 22 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Una mujer de nacionalidad francesa, en nombre y representación de su hija menor de edad, demanda ante los tribunales españoles que se declare la paternidad no matrimonial de un español, don L.B.N. En primera instancia se estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Ávila confirmó la anterior en recurso de apelación.

El recurrente alega en casación la aplicación indebida e interpretación errónea de la ley, puesto que, conforme al Código civil español, la ley aplicable realmente es la francesa y no la española (conforme a la ley francesa el plazo para reclamar la paternidad ha prescrito, pues han transcurrido ya más de dos años desde el nacimiento del menor). El TS declaró no haber lugar a la casación de la sentencia. (*C. J. D.*)

58. Concepto de abandono a los efectos de la adopción plena.—El abandono de un hijo por sus padres (cuyo concepto, en cuanto *quaestio iuris*, es revisable en casación), se caracteriza por la total y absoluta dejación que éstos hacen de sus deberes elementales de cuidado, alimentación, educación y protección del hijo, dejándolo desamparado, con rompimiento de toda clase de lazos con el mismo, sin haberse cuidado de quién se encargará del cumplimiento de tan elementales deberes.

Era adopción menos plena la de persona que no había sido abandonada.—La menor M.^a Jesús U. E. no era una niña abandonada por sus padres en el sentido del abandono anteriormente expuesto y, por tanto, al no serlo, no podía ser objeto de adopción plena, conforme al imperativo legal del antes citado párrafo 2.^º del artículo 178 CC (en su redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958), por lo que ha de concluirse que la adopción que los esposos don Francisco Antonio B. U. y doña Ángela I. A. hicieron a su sobrina M.^a Jesús U. E., cuando ésta tenía ya veinticuatro años (pasando a tener los apellidos de los adoptantes), mediante escritura pública de fecha 1 de octubre de 1964, ha de considerarse necesariamente como menos plena, sin que en

dicha escritura pública de adopción (como luego volveremos a decir) los adoptantes reconocieran derecho hereditario alguno en favor de la adoptada. (**STS de 27 de marzo de 2000; ha lugar.**)

HECHOS.—La demandante instó demanda de juicio de menor cuantía contra diversas personas solicitando que se la declarase heredera de sus padres adoptantes. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron la demanda, pero el TS dio lugar al recurso de casación y rechazó la demanda, pues la demandada había sido adoptada en 1964 con adopción menos plena y sin concesión de derechos hereditarios. (*L. F. R. S.*)

DERECHO DE SUCESIONES

59. Acción de nulidad de un contrato de compraventa de bienes hereditarios celebrado por parte de los coherederos con anterioridad a la partición. Ningún coheredero puede vender bien alguno que no se le haya adjudicado en la partición y, si lo hace, el contrato no es una válida venta de cosa ajena, sino un contrato nulo por falta de poder de disposición.—Para una adecuada respuesta casacional a dichos motivos debe precisarse ante todo cuál es la jurisprudencia verdaderamente aplicable a la cuestión litigiosa, prescindiendo por tanto de declaraciones genéricas, relativas a supuestos de hecho diferentes o a cuestiones que, como la venta de cosa ajena, poco o nada tienen que ver con la nulidad solicitada por quien, sin haber sido parte en una venta, la impugna con base en un derecho propio sobre los bienes vendidos.

Exponente clara de esa jurisprudencia aplicable, por las cuatro sentencias que a su vez cita, es la S de esta Sala de 6 de octubre de 1997, cuyo fundamento jurídico cuarto declara lo siguiente: «Conocida es la jurisprudencia según la cual, producido el hecho sucesorio, todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición, y si en la partición se adjudica algún bien pro indiviso, pasan a ser titulares en copropiedad.

Conocida y reiterada es también la jurisprudencia según la cual ningún comunero o coheredero puede vender bien alguno mientras no se le adjudique en la partición, y caso de hacerlo la venta es nula por falta de poder de disposición. Así lo proclaman las SS de 14 de octubre de 1991, 23 de septiembre de 1993, 31 de enero de 1994 y 25 de septiembre de 1995, entre otras.

Cualquiera de los perjudicados puede instar la ineficacia del contrato en beneficio de los comuneros y así lo ha hecho doña Josefa G. C.

Los razonamientos de la sentencia de la Audiencia, definiendo la compraventa, su carácter de negocio obligacional, que sólo transmite el dominio si va seguido de tradición y el recuerdo de la jurisprudencia, según la cual caben ventas de cosa ajena que es generadora de obligaciones como la de saneamiento, daños y perjuicios, etc. para deducir de ella que en la venta de autos no pueden ignorarse los efectos puramente obligacionales, y que, producida la entrega, el título no es nulo de pleno derecho sino anulable y apto para la usucapión, son todos argumentos inaplicables al caso de autos. Para la Audiencia no puede pedir la recurrente la nulidad de un contrato obligacional

que produce efectos, sean de cumplimiento tras la adquisición del bien, de cumplimiento parcial si se adjudicó sólo en parte el bien a la vendedora, y como hay efectos no cabe hablar de nulidad. Cierra la Audiencia su razonamiento diciendo que la hoy recurrente podía reivindicar el bien pero no pedir la nulidad de una venta de cosa ajena válida y productora de efectos y que la reivindicación no se ha ejercitado.

Los argumentos no son de aplicación al caso en que, terceros al contrato, pero titulares del poder de disposición del bien vendido, están legitimados para pedir la nulidad de la venta que efectúa quien no tiene la disponibilidad de lo vendido y provee, por la tradición de la cosa, de un título apto al menos para usucapir. Para evitar tales efectos no hay otro camino que la impugnación de la venta y la llamada al proceso de cuantos se pueden ver afectados por la sentencia. Esto es, la madre vendedora, el primer comprador y el segundo. Y la jurisprudencia de esta Sala en casos como el presente declara la nulidad de los contratos, la cual comporta la restitución de las cosas (no propia reivindicación, sino efecto simple de la nulidad).»

Es necesario el consentimiento de todos los coherederos para la enajenación de bienes concretos o cuotas recayentes sobre bienes concretos de la herencia, no así para enajenar la cuota hereditaria de uno de ellos.—La S de 30 de diciembre de 1996, de valor igualmente representativo por contar como precedentes con otras seis sentencias más, declara en su fundamento jurídico sexto que «cualkiera de los herederos puede enajenar su cuota hereditaria, pero no bienes concretos ni cuotas recayentes sobre bienes concretos de la herencia, sin el consentimiento de todos los demás (SS de 4 de abril de 1905, 26 de enero de 1906, 30 de enero de 1909, 18 de noviembre de 1918, 11 de febrero de 1952, 11 de abril de 1953, entre otras).»

No puede entenderse hecha la partición por el testador cuando adscribe determinados bienes a cada heredero, pero sin dividir y adjudicar todo el patrimonio hereditario.—Finalmente, en cuanto a la partición hecha por el propio testador, la S de esta Sala de 9 de marzo de 1961 razonaba que «como quiera que la causante adscribe determinados bienes de la herencia a cada uno de sus dos herederos, individualizando algunos de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran el patrimonio y mucho menos a practicar una verdadera liquidación, división y adjudicación de la totalidad de los bienes; es evidente que, sin perjuicio de respetar la voluntad de la testadora en cuanto a la adscripción de los bienes que regente, no puede estimarse realizada la partición de la herencia por la causante»; y en idéntico sentido se pronunció la S de 15 de febrero de 1988.

Si cualquier tercero perjudicado menoscabado en sus derechos por un contrato puede instar su nulidad con base en el artículo 1302 CC, con mayor razón está legitimado un coheredero para promover tal declaración, tanto en interés propio como en beneficio de la comunidad hereditaria.—Descartada la hipótesis de partición hecha por la propia testadora, y por tanto la aplicabilidad del párrafo primero del artículo 1056 CC, cae por su base no sólo el motivo cuarto, único que cita este precepto como infringido, sino también todos los demás, ya que difícilmente puede negarse a un coheredero la legitimación para promover, tanto en interés o por derecho propio como en beneficio de la comunidad, la acción de nulidad de actos de disposición sobre bienes concretos de la herencia o cuotas recayentes sobre los mismos. Y si a todo esto se une la reiteradísima jurisprudencia de esta Sala sobre el artículo 1302 CC, reconociendo legitimación para la

acción de nulidad no sólo a los obligados por el contrato sino también a los terceros a quienes perjudique o puedan ver sus derechos burlados o menoscabados por la relación contractual (SS de 5 de noviembre de 1990 y 15 de marzo de 1994 y todas las que citan), la inaplicabilidad al caso de la jurisprudencia sobre validez de la venta de cosa ajena entre vendedor y comprador y, en fin, la carencia de poder de disposición de los vendedores en las compraventas litigiosas, la desestimación de todos y cada uno de los motivos del recurso se impone con absoluta evidencia, pues la ley de las mayorías no podía primar en este caso, como parece pretender la compradora-recurrente, sobre el orden jurídico de la herencia y los legítimos derechos e intereses de la coheredera actora sobre los bienes que integran aquélla. (STS de 17 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Todos los integrantes de una comunidad hereditaria, excepto una de ellas, proceden a vender a una entidad mercantil la totalidad de las fincas sobre las que recaían sus derechos hereditarios, sin que hubiera habido hasta el momento partición y sin contar con el consentimiento de la coheredera que no vendió. Esta insta la nulidad de los contratos de compraventa celebrados basándose en la falta de poder de disposición de los vendedores y alegando actuar por sí y en beneficio de la comunidad hereditaria. Los demandados esgrimieron la existencia de partición hecha por la propia testadora y, en su defecto, la validez de los contratos como ventas de cosa ajena. Ambas sentencias de instancia estimaron la demanda; contra la sentencia de apelación interpuso recurso de casación la entidad compradora de ambos inmuebles, recurso que es desestimado por el Alto Tribunal. (*M. C. B.*)

60. Validez de la liquidación de gananciales efectuada por el contador partidor nombrado por el difunto y su viudo o viuda.—Es reiterada la jurisprudencia —SS de 29 de febrero de 1906, 31 de enero de 1912, 22 de agosto de 1914, 10 de enero de 1934 y 17 de abril de 1943, entre otras— que dispone que la liquidación de la sociedad de gananciales ha de realizarse por el contador partidor en unión del viudo o viuda.

Validez de la actuación efectuada por un contador partidor solidario.—Dada la calidad de su nombramiento en solidaridad, en tal sentido actuó válidamente —«es válida la partición practicada por uno solo de los albaceas cuando son solidarios»— como establecieron las SS de 25 de marzo de 1914, 6 de mayo de 1803 (*sic*) y 24 de diciembre de 1909.

Posibilidad de que el partidor contador sea auxiliado por otras personas, en caso de que el testador no le haya concedido la facultad de delegar.—Esa actuación, que es perfectamente válida conforme al artículo 897 CC, exige un cometido personalísimo —salvo facultad concedida expresamente para delegar, como dice el art. 909— pero esa exigencia no es absolutamente excluyente dejando en obligada soledad al contador-partidor, pues siendo operación compleja la de la partición, que puede rebasar los conocimientos y posibilidades del contador hasta requerir el auxilio material o jurídico de otros, al recabar esa ayuda no necesita de la autorización del testador para delegar ni contraviene la naturaleza personalísima del cargo —que nunca quiso decir que personalmente haya de realizar el contador todos y cada uno de los actos que van a conducir a su meta final de realizar la partición encomendada— como han dispuesto las SS de 5 de octubre de 1900 y 2 de junio de 1962

y la doctrina más autorizada, siempre que asuma la responsabilidad de lo realizado por sus auxiliares y que definitiva e independientemente manifieste, expresa y solemnemente, su voluntad de tener por hecha la partición que, de su propio hacer auxiliado, resulte.

Aceptación tácita de la herencia: no lo es la venta de bienes por parte de la viuda, que sólo había sido llamada como usufructuaria.—La deducción que en tal sentido se haga ha de partir de actos reveladores, sin duda alguna, de que el agente quería aceptar la herencia o que su ejecución entrañe una facultad del heredero y no que se realicen por otra calidad o por otras razones (SS de 23 de noviembre de 1943, 3 de julio de 1951, 27 de abril de 1955, 12 de noviembre y 4 de diciembre de 1956, 6 de diciembre de 1957, 13 de noviembre de 1958 y 15 de junio de 1963), y a tales condicionamientos no cabe llevar aquellas dos ventas que hizo quien únicamente era legataria usufructuaria, lo que no le facultaba para realizarlas.

Tampoco supone aceptación tácita de la herencia los actos de administración de bienes de la comunidad postganancial efectuados por la viuda.—No resulta extraño que tan largo período de tiempo haya exigido o, al menos propiciado, actos como los reseñados, teniendo presente, además, que los realiza quien antes de la liquidación de la sociedad de gananciales venía siendo capaz para coadministrar sus bienes y su actuación no aparece interrumpida en tiempo alguno por quienes podían hacerlo. (**STS de 25 de febrero de 2000; no ha lugar.**)

HECHOS.—Los demandantes solicitaban la nulidad de ciertas cláusulas testamentarias y de las operaciones particionales que en aquéllas se basaron. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda por falta de litisconsorcio pasivo necesario, y la Audiencia Provincial y el TS la desestimaron entrando en el fondo del asunto. (*L. F. R. S.*)

DERECHO MERCANTIL

61. Contrato de descuento: la demanda dirigida por el descontante frente al descontatario no requiere llamar también a quien es deudor en virtud de los pagarés descontados.—Del contrato de descuento no nace ninguna obligación para el deudor de los efectos descontados si el descontatario actuó exclusivamente en nombre propio (es un contrato autónomo e independiente del contrato que subyace). En el contrato de descuento sólo son parte el descontante y el descontatario, por lo que es éste el que —habiendo cobrado de aquél el valor de los efectos, con el descuento— queda obligado frente a él a la devolución de esas cantidades, salvo buen fin. Por esta razón, la relación jurídica procesal está bien construida y no puede apreciarse falta de litisconsorcio pasivo necesario si la demanda del descontante, ante la falta de cobro de los efectos descontados, se dirige sólo frente al descontatario.

Comisionista de la entidad deudora y descontante: Coincidencia en una misma persona.—No afecta al contrato de descuento el hecho de que el descontante sea, al mismo tiempo, comisionista de la entidad deudora, si actuó en aquel contrato exclusivamente en nombre propio y no como representante de esta entidad. (STS de 10 de marzo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Se celebran tres contratos de descuento por los correspondientes pagarés (cuyo valor total asciende a veintitrés millones de pesetas) entre una entidad bancaria (descontante) y el descontatario, que recibe las cantidades con el descuento. Ante el impago de los pagarés por el obligado en virtud de ellos, la entidad descontante demanda al descontatario. En primera instancia se estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial la revocó y estimó el recurso de apelación, al apreciar falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues —según motiva— la demanda debió dirigirse también frente al obligado al pago de los efectos descontados. El TS declara haber lugar al recurso. (*C. J. D.*)

62. Acción de nulidad del artículo 77.2.^º de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas. Requisitos.—La acción de nulidad regulada en este precepto exige para su prosperabilidad que concurran los siguientes requisitos: la prioridad de uso, esto es, un uso del nombre comercial por el que se acciona que sea anterior a la solicitud de registro del signo distintivo registrado (marca, nombre comercial, rótulo de establecimiento) cuya nulidad se pretende; que la acción de nulidad se ejerza antes de que transcurran cinco años desde la fecha de la publicación de la concesión correspondiente, y que entre los signos en litigio exista un riesgo de confusión no bastando, a diferencia de lo que ocurre entre las marcas, un riesgo de asociación. El uso no ha de ser como denominación social (nombre-firma) sino como nombre comercial, como reconocedor de la empresa en el tráfico económico evitando la confusión en la clientela, por lo que su función es la de identificar toda o una parte de la actividad económica o comercial. Se requiere además una utilización efectiva, y no esporádica, ocasional o aislada. No es necesaria la notoriedad que exige para las marcas el artículo 3.2.

Cómputo del plazo para contestar en un juicio de menor cuantía cuando son varios los demandados.—El plazo para contestar previsto en el

artículo 684 LEC es de índole común y no particular, por lo que corre a la vez para todos los demandados y no sucesivamente para cada uno. El cómputo no puede empezar para ninguno, cualquiera que fuere la fecha de su emplazamiento y comparecencia, hasta el día siguiente a aquel en que el último de los demandados hubiese sido emplazado. (**STS de 14 de febrero de 2000; no ha lugar.**)

HECHOS.—La entidad *Eurosalqui, S. A.*, formuló demanda contra las mercantiles *Novoquímica Industrial, S. A.*, e *Industrias Químicas Kupsa, S. A.*, y contra el Administrador de las mismas en la que insta la declaración de la legítima propiedad y titularidad de varias marcas ante la Oficina Española de Patentes y Marcas así como la anotación de su titularidad en dicha oficina. Subsidiariamente, en el caso de que esta pretensión no sea estimada, solicita se declare la nulidad de las citadas marcas. Las sociedades demandadas formularon reconvención.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda, estimando la excepción de falta de legitimación activa invocada por la actora y desestimando la demanda reconvencional. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial confirma parcialmente la sentencia dictada en primera instancia (al desestimar la demanda principal en todos sus pedimentos) y la revoca parcialmente (al estimar totalmente la demanda reconvenional). Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Ha de tenerse en cuenta la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que entró en vigor el 8 de enero de 2001. Tras la promulgación de esta Ley, los procesos declarativos ordinarios ya no son cuatro (como en la LEC de 1881) sino dos: el llamado ordinario y el verbal. La utilización de uno u otro dependerá de la cuantía que alcance la pretensión. (*M. C. C. M.*)

63. Colisión entre marcas. Prevalencia del principio de especialidad.—Según el principio de especialidad las marcas internacionales cubrirán solamente los artículos para los que fueron registrados; la protección de la marca registrada se extiende sólo a los productos y servicios para los que se ha inscrito, no a todos los comprendidos en la misma clase del Nomenclátor. El principio de especialidad permite la existencia simultánea de dos o más marcas, idénticas o semejantes y pertenecientes a distintos titulares, siempre que se utilicen en relación con productos o servicios diferentes, pero no ampararse en una marca concedida para determinados productos a fin de comercializar otros respecto a los que exista concedida a tercero otra marca idéntica o semejante. (**STS de 17 de marzo de 2000; ha lugar.**)

HECHOS.—Son hechos acreditados que las demandantes son titulares de la marca internacional «Camel» (marca renombrada en el sector del tabaco y los cigarrillos) para distinguir jabones industriales o domésticos, sustancias para coladas, para blanquear, limpiar y quitar manchas, ceras, encáusticos y betunes; que a través de una filial de éstas, se otorgó el contrato de licencia con una sociedad española para que comercializara la marca «Camel Fragance»

con diseño de un camello en perfumes y masajes para después del afeitado; hay que destacar igualmente, la existencia de la marca nacional española «Kamel» concedida en 1978 para distinguir productos de perfumería, tocador y belleza. Las mercantiles titulares de la marca «Camel» promueven demanda contra los titulares de «Kamel» sobre declaración de derechos de propiedad y otros extremos. Las actoras alegan que los demandados carecen del derecho a utilizar tal denominación para señalar y distinguir artículos de perfumería. Los demandados contestan a la demanda y formulan reconvención.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y totalmente la demanda reconvencional. Frente a dicha sentencia, ambas partes interponen recurso de apelación. La Audiencia Provincial desestima el recurso de los demandantes y estima parcialmente el interpuesto por los demandados. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes. (*M. C. C. M.*)

64. Aplicación del Convenio de la Unión de París de 1883 para la Protección de la Propiedad Industrial (Acta de Estocolmo de 14 de julio de 1967).—Por aplicación del artículo 8 en relación con el artículo 2 del citado texto legal, los nacionales de cada uno de los países de la Unión gozarán en todos los demás países de ésta, en lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, de las ventajas que las Leyes respectivas conceden a sus nacionales y por consiguiente tendrán el mismo amparo que éstos y la misma acción legal contra cualquier ataque que afecte a sus derechos siempre que cumplan los requisitos y formalidades impuestos a los nacionales.

Protección legal en España del nombre comercial extranjero. Requisitos.—La doctrina jurisprudencial mantiene que el nombre comercial extranjero no necesita inscripción en España para gozar de protección. Tampoco requiere el uso en nuestro país, sino que basta la demostración de su utilización antecedente en el país de origen, signatario del Convenio de París. No cabe la exigencia del registro de ese nombre comercial en España, debido a que el artículo 8 del Convenio de la Unión de París no lo requiere. (STS de 29 de febrero de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Calzaturificio Casadei S.p.A.* promueve demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reivindicación y nulidad de marca e indemnización de daños y perjuicios contra la *Sociedad Cooperativa Industrial Rey* que contesta a la demanda y formula reconvención. La cuestión litigiosa es si la mercantil demandante, que desde su constitución en 1979 se dedica a la fabricación y comercialización de calzado con la marca «CASADEI» en Italia, goza de protección en España desde aquella fecha aunque no esté registrada y no se haya usado en nuestro país.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima parcialmente la demanda reconvencional. La sentencia de primera instancia fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia Provincial. El TS declara haber lugar al recurso de casación y en consecuencia, anula la sentencia recurrida. (*M. C. C. M.*)

65. Convocatoria de la Junta de la sociedad anónima.—La finalidad del anuncio de la convocatoria de Junta es poner en conocimiento de los accionistas las materias o temas sobre los que va a tratar la reunión; el contenido del orden del día ha de ser claro y completo, sin que se contradiga esta exigencia por el hecho de que se haga en forma sucinta, breve o sintética, pudiendo ser referencia bastante las indicaciones o expresiones genéricas como han declarado, entre otras muchas, las SSTS de 29 de abril de 1985 y 14 de junio de 1994.

Impugnación de acuerdos sociales por lesión de los intereses de la sociedad. Requisitos.—La impugnación de acuerdos sociales puede tener lugar por contrariarse la ley, oponerse a los Estatutos, o lesionar, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. En los dos primeros supuestos el artículo 115 LSA tiene carácter medial, es una norma genérica para cuya infracción es preciso concretar el precepto de la ley o norma estatutaria que se considera vulnerada. Para que un acuerdo sea impugnable por la tercera causa ha de ser lesivo para el interés social (como suma de intereses particulares de los socios, SSTS de 5 de julio de 1986 y 19 de febrero de 1991), que exista un beneficio para uno o varios accionistas o un tercero y un nexo causal entre la lesión y el beneficio.

Derecho a la tutela judicial efectiva.—Conforme a una reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial (SSTS de 19 de febrero, 12 de mayo y 28 de noviembre de 1998) el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface cuando se resuelven genéricamente las pretensiones de las partes aunque el juzgador no se haya pronunciado concretamente sobre las alegaciones expuestas. (**STS de 4 de marzo de 2000;** no ha lugar.)

HECHOS.—En juicio de menor cuantía sobre impugnación de acuerdos sociales seguido contra una entidad mercantil, se solicita la declaración de nulidad del acuerdo de la Junta General Extraordinaria de Accionistas por el que se decide ampliar el capital social de la misma, así como de todos los acuerdos sociales que posteriormente se hayan tomado por la sociedad y que traigan causa del acuerdo objeto de impugnación o sean posteriores a éste. En la demanda se denuncia la existencia de un vicio sustancial en la convocatoria de la Junta con base en que el orden del día no satisface las exigencias impuestas por el artículo 144. 1. b) LSA.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial desestima igualmente el recurso de apelación y confirma la sentencia dictada en primera instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. C. M.*)

66. Derecho de información del accionista de una sociedad anónima. Carácteres.—El derecho de información es uno de los derechos más importantes con los que puede contar el accionista. Este derecho es definido por la LSA como aquel que trata de facilitar al socio un conocimiento directo sobre la situación y gestión de la sociedad anónima. El derecho de información, sustancialmente ligado a la condición de socio, es de naturaleza pública y por tener carácter imperativo no puede ser modificado o excluido por pactos particulares. Además, es de cumplimiento inexcusable para el órgano ejecutivo de la sociedad anónima; en caso de incumplimiento podrá ejercitarse acciones dirigidas a impugnar los acuerdos aprobados por el órgano deliberante, en cuya gestión se haya impedido u obstaculizado el referido derecho

que tiene todo socio o accionista a ser informado y como consecuencia de ello, declarar la nulidad de los referidos actos o acuerdos.

Procedimiento para ejercitar el derecho de información.—El artículo 112 LSA establece que el socio puede solicitar los informes por escrito antes de la celebración de la Junta de Accionistas, o verbalmente durante la celebración de dicha Junta. Aunque el citado precepto no regula ni cuándo ni cómo los administradores o los obligados a informar deben proporcionar la información, ello se deberá hacer en el momento que tal información pueda ser utilizada por el accionista para la emisión del voto, ya que otra ocasión haría ilusorio tal derecho. (*STS de 22 de marzo de 2000; ha lugar.*)

HECHOS.—En juicio de menor cuantía sobre impugnación de acuerdos sociales contra *Filmstudio, S. A.*, se solicita que se declare, por ser contrario a la Ley, la nulidad del acuerdo adoptado en Junta General Ordinaria de establecer una oficina de representación de la entidad demandada en Madrid. El demandante, socio de la mercantil, alega el incumplimiento de su derecho a ser informado.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la representación de la parte actora, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso y declara la nulidad del acuerdo impugnado. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (*M. C. C. M.*)

DERECHO PROCESAL

67. Competencia de la jurisdicción civil en contratos privados de las Administraciones públicas. Teoría de los actos separables.—La capacidad contractual de la Administración cuando se manifiesta en el campo del Derecho privado tiene las connotaciones propias de su actividad como ente público, lo que es natural, y lleva al contrato a un régimen híbrido que, anticipando la teoría de los actos separables, distingüía, para el tiempo en que aquí hemos de movernos, el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado modificada por Ley de 17 de marzo de 1973 señalando que los contratos de contenido patrimonial que no tengan carácter administrativo por su ajeneidad al desenvolvimiento de un servicio público se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por las normas administrativas especiales o por las de la propia Ley que señala el precepto, pero en cuanto a sus efectos y extinción se regirá por las normas del Derecho privado que les sean aplicables en cada caso, situación corroborada en el artículo 8 del Reglamento aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1975 y desarrollada con total claridad, en tiempo que no permite su aplicación aquí aunque los términos no difieran entre sí, por el artículo 9.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Los actos integrantes del proceso contractual encaminado al Derecho privado han de ser separados para, en caso de contienda procesal, pasar a ser decididos por la Jurisdicción contencioso-administrativa los previos y por la Jurisdicción ordinaria el definitivo que da lugar al contrato privado y el contenido y efectos de éste. (STS de 9 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 10 de abril de 1970, varias personas adquirieron un inmueble del Patronato de Casas para Funcionarios de la Administración de Justicia en régimen de comunidad por cuotas. Mediante acuerdo del Comité Directivo de la Oficina Liquidadora Central del Patronato de Casas de Funcionarios Civiles del Estado, de 18 de mayo de 1989, y Resolución del Ministerio para las Administraciones Públicas, de 17 de noviembre de 1989, «la portería o vivienda del portero» de ese inmueble fue adjudicada en subasta pública. Uno de los copropietarios interpuso demanda reclamando la nulidad de esos actos y que el Juzgado declarara la portería como elemento perteneciente a la comunidad de propietarios. El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil opuesta por el Abogado del Estado. La Audiencia Provincial declaró la competencia de esa jurisdicción pero desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandante al admitir una excepción de litisconsorcio pasivo necesario. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

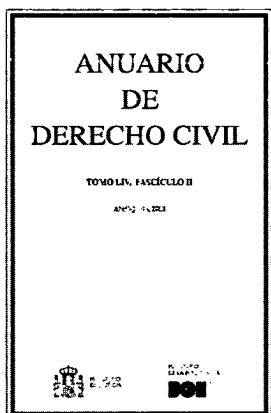
SUMARIOS DEL TOMO LIV, 2001

SUMARIO DEL FASCÍCULO III, JULIO-SEPTIEMBRE

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Luis DÍEZ-PICAZO: «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual» ..	1009
Aníbal SÁNCHEZ ANDRÉS: « <i>Ius publicum-Ius privatum. Gobierno corporativo y mercado de valores. (Una lección.)</i> »	1029
Fernando PANTALEÓN PRIETO y Ana SOLER PRESAS: «La protección jurídica de las páginas WEB»	1051
Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ: «El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación (Crónica de lo incomprensible)»	1105
Juan Manuel BLANCH NOGUÉS: «El concebido en el Derecho civil alemán, español e iberoamericano: un problema conceptual y valorativo a la luz de la tradición jurídica»	1145
Julio MANRIQUE DE LARA MORALES: «La ejecución forzosa de la obligación de hacer infungible»	1165
Bibliografía	
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	1225
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Josep Maria BECH SERRAT, Margarita CASTILLA BAREA, M. ^a Carmen CRESPO MORA, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Andrea MACÍA MORILLO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Albert RUDA GONZÁLEZ, Montserrat VERGUÉS VALL-LLOVERA	1267

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por el Boletín Oficial del Estado y el Ministerio de Justicia



Anuario fundado por D. Federico de Castro y Bravo, se dirige tanto a estudiosos como a prácticos del Derecho. Contiene estudios monográficos sobre temas clásicos y de actualidad.

Ofrece información sobre legislación y jurisprudencia comunitarias, bibliográfica y jurisprudencial.

ISSN:0210-301X

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción anual: 60,10 € 10.000 ptas.

Precio del fascículo suelto: 18,03 € 3.000 ptas.

TOMO LIV, FASCÍCULO II (Abril-junio, 2001)

Sumario:

- Estudios monográficos

Juan Bms. VALLET DE GOYTISOLO: «*¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?*»

Mariano YZQUIERDO TOLSADA: «*Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente*»

Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN: «*El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales*»

- Bibliografía

- Revistas Españolas

- Resoluciones de la dirección General de los Registros y del Notariado

- Jurisprudencia del Tribunal Supremo

