

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LIV, FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 2001



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA



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

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
Nota necrológica	
«Rodrigo Uría (1906-2001). En memoria del hombre de carne y hueso», por Aníbal SÁNCHEZ ANDRÉS	1341
Estudios monográficos	
Luis María DíEZ-PICAZO: «Sobre la ciudadanía europea»	1355
Luis MOISSET DE ESPANÉS: «La obligación y sus elementos esencia- les en el Código civil paraguayo de 1986»	1371
María Dolores ARIAS DíAZ: «El derecho de retención de inmuebles del usufructuario: el artículo 502 del Código civil»	1449
Carmen SÁNCHEZ HERNÁNDEZ: «Breves reflexiones sobre las adqui- siciones <i>a non dominio</i> de inmuebles en el Ordenamiento alemán»	1555
Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias	
Por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ	1597

Bibliografía

LIBROS

- GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso: «La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual», por Ignacio Garrote Fernández-Díez 1617
- LAMARCA I MARQUÉS, Albert: «El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación», por Antoni Vaquer Aloy 1627

REVISTAS EXTRANJERAS

- Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Josep Maria BECH SERRAT, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, María Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Montserrat VERGÉS VALLLOVERA 1631

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS, año 2000

- A cargo de: Encarna ROCA TRÍAS, Ramón CASAS VALLÉS. Colaboran: Susana ÁLVAREZ GARCÍA, Ramón CASAS VALLÉS, Isidoro GARCÍA SÁNCHEZ, Ana LATORRE ARMERO, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Mònica VILASAU SOLANA 1683

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

- Carmen JEREZ DELGADO: «La entrega y las obligaciones del vendedor derivadas de la buena fe contractual: la segunda venta del inmueble por un mismo vendedor. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2000)» 1711
- Máximo Juan PÉREZ GARCÍA: «El *derecho de acogimiento a la casa* y su oponibilidad a los terceros adquirentes. (Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 28 de noviembre de 2000)» 1723
- Antonio José QUESADA SÁNCHEZ: «Sobre la causa y el error en el convenio transaccional: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2000» 1741

SENTENCIAS

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: María del Carmen CRESPO MORA, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, Carmen JEREZ DELGADO, Javier LARENA BALDERRAÍN, Andrea MACÍA MORILLO, Óscar MONJE BALMASEDA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, María del Carmen PLANA ARNALDOS, Antonio José QUESADA SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ 1753

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 IV
Octubre-diciembre, 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.

NOTA NECROLÓGICA

Rodrigo Uría (1906-2001). En memoria del hombre de carne y hueso

ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS

Catedrático de Derecho Mercantil en la U.A.M.

SUMARIO: I. *Su vida.*—II. *La obra.*—III. *Mis recuerdos (con un epílogo).*

I. SU VIDA

El día 17 de septiembre del año 2001 murió en Madrid don Rodrigo Uría González, hombre bueno y jurista competente e intuitivo, destinado por derecho propio a ocupar un lugar de honor en la orla de los mercantilistas españoles del siglo XX, si se nos permite usar ahora a título de préstamo la rotulación que el Profesor Langle diera a su repaso de los que protagonizaron el estudio de nuestra disciplina alrededor del primer Código de Comercio durante la centuria anterior (Granada, 1951). Había nacido don Rodrigo en Oviedo el 26 de noviembre de 1906 y, hasta muy poco antes de su fallecimiento, conservó envidiable vitalidad física, una lucidez mental extraordinaria, y siempre una fidelidad sin alardes a sus profundas raíces asturianas, ejercida de modo natural y con la cordialidad de trato que, por antonomasia y en grado tan eminente, distinguieron su estilo personal y la humanidad de su talante.

Inició los estudios de Derecho el año 1922 en su ciudad natal, licenciándose el año 1927 con Premio Extraordinario. Nombrado de inmediato Ayudante de clases prácticas, continuó luego su formación en la Universidad Central de Madrid, donde obtuvo con la más alta calificación el grado de Doctor, tras presentar su tesis sobre «La delegación legislativa». Pensionado los años 1929 y 1931 por la Junta de Ampliación de Estudios, accedió por concurso de méritos el año 1932 a la condición de Profesor Auxiliar, con el

encargo de ocuparse de las enseñanzas de Derecho Mercantil, que desempeñó en Oviedo, hasta que una nueva beca del organismo ya mencionado le permitió completar su período formativo en Alemania y en Italia durante el año 1934. El pensamiento causalista de Müller-Erbach, desde sus primeras estancias de investigación por tierras germánicas, y el neocorporativismo de Lorenzo Mossa, en su última estadía pisana, dejaron huella en el joven profesor, ya suficientemente preparado por entonces para ejercer un magisterio autónomo que, sin embargo, se encargó de aplazar nuestra Guerra Civil. Laureado a título colectivo con la Cruz de San Fernando, juntamente con todos los que participaron en la defensa de Oviedo, al término de las hostilidades se incorporó a la Cátedra madrileña del Profesor Garrigues (1939), y allí continuó hasta obtener por oposición la Cátedra de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca (1943). Pero pronto volvió a Madrid, donde fundó el año 1946 la *Revista de Derecho Mercantil*, incorporándose asimismo a las tareas prelegislativas del Instituto de Estudios Políticos que prepararon nuestra primera Ley de Sociedades Anónimas de 1951, en tantos aspectos ejemplar. Por el camino se había venido gestando nuestra primera Facultad de Ciencias Políticas y Económicas, con enseñanzas de Derecho Mercantil, que obligaron a don Rodrigo a realizar una nueva oposición, ganando la Cátedra correspondiente el año 1953. En ella prosiguió su andadura universitaria hasta su jubilación (1976), compartiendo la enseñanza con el ejercicio de la Abogacía, que había iniciado en su bufete doméstico, convertido ya a la fecha de su muerte –menos por sus ansias de hacerlo crecer que por la cuidadosa diligencia de su hijo, el estímulo de su primer discípulo y consocio y el esfuerzo de muchos colaboradores leales– en una de nuestras firmas multinacionales del Derecho mejor acreditadas. El magisterio universitario de don Rodrigo, esta vez fruto exclusivo de su capacidad de convocatoria, había creado poco a poco un grupo de estudiosos selecto y fecundo, cuya línea de trabajo fue encabezada con rigor científico creciente por sus discípulos inmediatos, Aurelio Menéndez (Universidad Autónoma de Madrid), Luis Suárez Llanos (Universidad de Santiago de Compostela), José María Muñoz-Planas (Universidad de Oviedo) y José María Gondra Romero (Universidad Complutense de Madrid), quienes, por su parte, han enriquecido la escuela con una pléyade de mercantilistas jóvenes (y algunos no tanto, entre los que yo mismo me encuentro tras algunas idas y vueltas e importantes mestizajes) que permitieron felizmente a don Rodrigo disfrutar, como los patriarcas de la Biblia y en el plano magistral, del respeto y la admiración de los hijos de sus hijos hasta la tercera generación.

Impagable privilegio que muy pocos seres afortunados logran alcanzar en vida.

Dicho lo anterior, algo queda todavía por añadir sobre la etapa más próxima a nosotros. Académico de número en la Real de Jurisprudencia y Legislación (1975) y Consejero del Banco de España entre 1980 y 1982, Premio *Príncipe de Asturias* de Ciencias Sociales (1990), con un Doctorado honoris causa por la Universidad de Oviedo (1981) y otro por la de Alcalá de Henares, ha sido también Medalla de Honor de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (2000), y poco antes merecedor del galardón que la Complutense de Madrid otorga a *Una vida dedicada al Derecho*, entre otros honores y distinciones que sería prolijo resumir (Grandes Cruces de Alfonso X el Sabio y de San Raimundo Peñafort, etc.). Unos y otros reconocimientos pusieron broche de oro a una carrera plena, que, acaso mejor que otra demostración cualquiera viene a probar, como enseguida veremos –o al menos a mí así me lo parece–, la coherencia transparente de su labor científica. Nada comparable, sin embargo, a la evolución de don Rodrigo como hombre y ciudadano, en una trayectoria compartida con egregios amigos personales de su mismo estilo y similar peripecia vital (Dionisio Ridruejo, Pedro Laín) que acertaron juntos y separadamente –quizá fuera mejor decir *joint and several*, según la conocida fórmula anglosajona que añade aspectos de compromiso personal difíciles de traducir a la hora de proclamar esas responsabilidades asumidas *in solidum*– a transformar y encauzar el sentido ético de su compromiso juvenil y aquella primera afiliación política hacia los valores de la libertad y el universalismo humanista, con los que comulgaban asimismo otros muchos compañeros de dentro y fuera de aquella estimulante Facultad de Ciencias Políticas (Ollero, Tovar, Aranguren, etc.), anunciando ya los aires democráticos superadores de pasadas contiendas y que propiciaron nuevos proyectos colectivos a la sombra de nuestra flamante Constitución de 1978.

Todos ellos vivieron en primera persona, y con gran generosidad, unos valores imperecederos que tantos pretenden monopolizar hoy en forma más o menos excluyente, ansiosos por apropiarse de la capacidad de seducción y el poder movilizador y aglutinante que la nobleza del empeño incorpora a eso que usa llamarse ahora –con exceso de ampulosidad, para mi gusto– «patriotismo constitucional». Un concepto éste bastante llano, o excesivamente sutil, según se mire, a la hora de intentar designar un cierto sentido de lo público que don Rodrigo Uría –como le sucedía a *Monsieur Jourdain* con la prosa– ejerció siempre, aunque fuera sin saberlo, y nunca dejó perder, ni siquiera en la maraña de los intereses del des-

pacho. Convertido hoy aquel sentimiento en refugio de escépticos dispuestos a renovar una y otra vez los rescoldos de viejas promesas bautismales y pasadas ansias de servicio, ese sentido personal de lo público es sin duda patrimonio de estadistas nobles; pero sobre todo afán más propio del hombre común, sobre el que los especialistas, y en particular Carl Friedrich, hicieron descansar de modo optimista la creencia en el sistema democrático, mucho antes por cierto de que el pesimismo de nuestro tiempo llevara a Dolf Sternberg primero, y a Jürgen Habermas después, a acuñar la nueva etiqueta más pomposa. Y, por esa razón, el concepto no acaba cuadrando demasiado bien en el discurso utilitarista actual de algunos políticos profesionales, enzarzados de modo creciente en la tarea de transformar el uso compartido de ese patriotismo en una suerte de nombre comercial registrado, a fin de hacerlo oponible *erga omnes* para circunvalar así la verdadera obediencia al pluralismo que nuestra Constitución, tan laboriosamente conseguida, impone desde su frontispicio a la disposición final que le sirve de cierre. Un imperativo, en fin, que don Rodrigo acató mucho antes de la promulgación de nuestra Carta Magna y que va bastante más allá de la literalidad explícita e inequívoca de su texto para encarnar, por obra del sentimiento viviente de la mayoría de esas gentes ordinarias de las que él nunca quiso separarse, en la entraña misma de nuestra realidad social. Ojalá otros muchos, como la generación de don Rodrigo sean capaces de repristinar hoy aquella efervescencia para ayudarnos a poner remedio a la sensación de anomia rampante que está generando un cierto sector de la vida política española. Mucho me temo, sin embargo, que ni aquel ideal democrático, que don Rodrigo vivió efectivamente, ni este nuevo patriotismo declarado que algunos se arrojan hoy, sean capaces de superar esta crisis ya patente o su fallecimiento, y cuya superación pide a mi juicio todavía mayor escepticismo y un retorno a las virtudes personales para configurar lo que también empieza a llamarse hoy, por los politólogos más atentos, una nueva «ciudadanía socrática» (DANA VILLA, *Socratic Citizenship*, Princenton University Press, 2001).

Me excuso por si alguien con mejores títulos que los míos y mayor intimidad con don Rodrigo pudiera pensar que me he extralimitado en la interpretación de la trayectoria vital que marca su evolución como hombre común o, para decirlo en la insuperable fórmula unamuniana que yo siempre preferiré, como hombre de carne y hueso. Puedo asegurar, sin embargo, que ésa es la imagen que todavía conservo de él desde que, al comienzo de los años setenta del recién periclitado siglo XX, me abrió generosamente las puertas de su cátedra madrileña para facilitarme —merced a la inter-

cesión de Aurelio Menéndez, alfa y omega de todos mis maestros— el retorno a una carrera universitaria que yo no acertaba a ver progresar debidamente, no tanto, o quizá no sólo, por haber soltado prematuramente las amarras de mi universidad de origen, a fin de atender al *primun vivere*, cuanto por la creciente tentación a mejorarlo que ofrecía la próspera sociedad bilbaína en que ya empezaba a estar instalado. Luego volveré sobre los recuerdos que conservo de nuestra relación personal, porque mayor interés tiene en esta ocasión y sede acompañar algún apunte sobre el sentido de la obra de don Rodrigo.

II. LA OBRA

Plumas más doctas que la mía han enjuiciado ya —y estoy seguro que van a seguir haciéndolo— el significado que la contribución científica del Profesor Uría ha supuesto en el panorama doctrinal de su tiempo. Los *Estudios de Derecho Mercantil*, que como homenaje académico al final de su vida universitaria le dedicamos los Catedráticos de la asignatura (en activo, jubilados y excedentes), recogen una relación de sus obras inéditas y publicadas verdaderamente completa para el momento en que apareció (Civitas, Madrid, 1978). Lo es también, en mi sentir, para el tiempo presente y en relación al momento actual, ya que ni por su estilo, ni por el contenido, la temática, o la metodología empleada, he advertido en sus escritos y conferencias posteriores líneas de cambio o de ruptura que, acaso por no haber padecido don Rodrigo una verdadera senectud, quiebren la limpidez de sus aportaciones más señeras. Y, puesto que el espacio impide comentarlas todas, me ceñiré aquí a las más representativas, que no siempre coinciden con aquellas en que compartimos idénticas posturas, advirtiendo al lector interesado en la puesta al día de su currículum profesional y científico que el Boletín interno de su despacho ya se ha ocupado de completar esa tarea (*U&M Noticias*, 22 de noviembre de 2001).

Ahorrando referencias eruditas, citas exhaustivas de trabajos concretos y páginas singulares, entre otras razones porque algunas de esas contribuciones abordan temas recurrentes en su producción científica, varios son, a mi entender, los temas principales en los que la aportación de don Rodrigo modifica el *status quaestionis* antecedente, situando la institución correspondiente en un nuevo plano de estudio, determinante en su caso de un diferente paradigma (si esta expresión de Khun no se toma excesivamente a la letra) o capaz de propiciar al menos una discusión que, en más de un

asunto, aún no ha sido definitivamente cancelada. Pionero para su tiempo (si se exceptúa algún apunte previo de Bonelli), y buena demostración de esa anticipación intuitiva de don Rodrigo es el estudio titulado *Problemas y cuestiones sobre quiebra de sociedades*. Por lo demás, yendo ahora desde lo particular a lo general y a lo más amplio, me parece clarividente, en primer término, su reconstrucción de la *fe pública mercantil*, entendida como emanación congénita de la directa intervención de los mediadores de comercio en la celebración de aquellos negocios del tráfico que acreditan; igual que lo es asimismo su planteamiento de la figura de la *compensación*, en su visión articulada como un modo de pagar lo que se debe, que no como forma de recibir un pago adelantado, y eventualmente discriminatorio respecto de otros acreedores que no pueden servirse de ella. Asunto que tiene enorme trascendencia práctica en el funcionamiento de tantas instituciones de nuestra disciplina (desde la cuenta corriente mercantil al seguro, pasando por la quiebra), ha sido precisamente también en estos dos últimos sectores del ordenamiento donde las contribuciones generales de don Rodrigo —que yo estimo más que sus estudios específicos, si se exceptúa acaso el debatido tema de la *Ocupación de los derechos de la quebrada en sus filiales* (en colaboración con A. Menéndez)— han resultado más fecundas o han abierto, alternativamente, un mayor campo de reflexión.

El primer diagnóstico, es decir, los estudios de don Rodrigo dotados de una especial fuerza generatriz, resulta particularmente aplicable a su reconstrucción *del concepto jurídico del seguro*, para mi gusto su obra científicamente más rigurosa y de una sensibilidad histórica que sugiere alguna otra colaboración, como sucede, también, con *La reforma de la legislación marítima* (aunque ésta a mi parecer apunte diferente caligrafía). El segundo es más visible en los temas polémicos y viene a cuento, sobre todo, de su tratamiento del *presupuesto objetivo de la quiebra*, que él prefiere situar en la noción de cesación general en los pagos en lugar de hacerlo descansar sobre la categoría de la insolvencia. Sobre todos los asuntos apuntados —menos acaso respecto de la correduría mercantil (hoy en parte obsolescente o necesitado de nuevos planteamientos tras la integración de los fedatarios en el Cuerpo de Notarios)— ya he dejado dicho que mi particular posición dista mucho de alinearse de modo inequívoco en la misma dirección que la marcada por el pensamiento del maestro; quizá porque es difícil no percibir las diferencias que separan el seguro de vida de los llamados de daños, lo desproporcionado que puede resultar prescindir del desbalance a la hora de decretar las graves consecuencias que la quiebra lleva con-

sigo, no ya respecto del deudor, sino de acreedores y terceros, o por lo que supone permitir que el automatismo de la compensación sitúe en planos desiguales a unos y otros acreedores –aunque sea *ministerio legis*– sin previsión contemporánea de un privilegio correlativo o la transformación de la excepción de compensación en expediente de garantía. Sin entrar en otras consideraciones (y debo añadir aquí que las dudas respecto de su posición no suponen siempre ni necesariamente certificado de autenticidad por mi parte respecto de la orientación contraria) puedo asegurar que en ninguno de los temas mencionados he sido capaz de sustraerme desde la primera lectura al deslumbramiento que produce la concatenación lógica de su discurso, la sencillez del desarrollo de la argumentación y la transparente exposición de materias tan abstrusas. Una coherencia y limpidez de tratamiento ya destacada con anterioridad y que, aplicando lo que en el mundo filosófico se conoce con el nombre de la *navaja de Occam*, invita a dar por buenos sus planteamientos y doctrina, por aquello de que, entre dos explicaciones posibles, la más simple suele ser la verdadera.

Los mismos rasgos singularizan los *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* que, firmados conjuntamente con don Joaquín Garrigues, proporcionaron, recién promulgada nuestra Ley de 1951, la interpretación cuasiauténtica de su texto, obviamente por la razón bien conocida de la íntima participación que uno y otro tratadista desempeñaron –según he dejado insinuado también– en la gestación de una de las piezas más equilibradas de una década legislativa realmente gloriosa en ese aspecto de la producción del Derecho (Ley de Expropiación Forzosa, de Procedimiento Administrativo, de la Jurisdicción Contenciosa, etc.) Como me tocó revisar más de una vez la parte del Comentario tocante a las «Acciones», y la última hacerme cargo incluso de una nueva versión que ni de lejos se aproxima a la ponderación que distinguía la obra original, puedo hacer este juicio con perfecto conocimiento de causa, al tiempo que entono el correspondiente *mea culpa* por no haber sido capaz de alcanzar el mismo grado de excelencia de aquellos insignes maestros. Con todo, la aportación más genuina y que mejor expresa el estilo doctrinal de don Rodrigo, su sobriedad intuitiva y su natural contención, es, sin duda, un libro para estudiantes, a saber, su *Derecho Mercantil*, que en otro lugar he dejado caracterizado por escrito como modelo de lo que yo llamo «manuales apodícticos» (*vide* mi Prólogo a la obra de Fernández de Araoz, *Las normas de conducta en los Mercados de Valores*, Madrid, 2000). Aunque, bien miradas las cosas quizá no lo sea tanto, ya que orientado modestamente a la enseñanza de esa materia en las Facultades

de Ciencias Económicas, es lo cierto que bien explicado, como lo hizo siempre con sus alumnos Aurelio Menéndez, hace posible una formación de la que algunos vivimos todavía; y, cuando lo releemos entre líneas, aún somos capaces de descubrir en él apuntes certeros, inclusive sobre los difíciles temas de la «naturaleza jurídica» —que en la obra en cuestión casi siempre son mencionados de pasada o entre paréntesis— capaces de iluminar más de un asunto confuso. Ha alcanzado el año pasado la edición número veintiocho, recordando la parte dedicada al Derecho de la navegación, perdida indebidamente para mi gusto en la inmediatamente anterior, con daño manifiesto para sus señas de identidad. Por falta de medios económicos yo recibí ese libro prestado siendo estudiante en su edición príncipe (1958) y fue mucho más tarde cuando pude advertir la influencia que sobre el mismo habían ejercido la obra de Fanelli y otros tratadistas, que sería prolijo desempolvar. A lo que no se me ha parecido nunca ese *Derecho Mercantil* de Uría —ni antes ni ahora— es al *Curso* del Profesor Garrigues, que, en el mismo prólogo ya señalado, he puesto alternativamente como paradigma de otro tipo de manuales. Lo recuerdo aquí porque una suerte de emulación generalizada se empeña desde hace tiempo entre nosotros en poner todo lo que en este país se haga en materia de Derecho Mercantil a la sombra de don Joaquín. No estoy seguro que él lo quisiera así, y no creo equivocarme si aseguro que los manuales que en España se han escrito, con pocas excepciones, demuestran lo contrario; y, aunque tampoco tengo duda ninguna de que hay estrellas propiamente dichas, es decir, que brillan con luz propia, mientras otras se limitan a reflejar la luz del sol, estoy asimismo persuadido de que siendo don Joaquín especialísimo (tan singular que seguramente resulta vano empeño intentar emularle) hacemos flaco servicio a nuestra corporación convirtiendo a todos los miembros del gremio mercantilista en su reflejo, por un culto a la personalidad innecesario (no conozco a nadie de nuestro círculo, dentro o fuera del país, que ignore el significado de la persona y obra de Garrigues) cuando es más cierto que la disciplina que cultivamos se ha nutrido de estilos de pensamiento y metodologías de trabajo profundamente heterogéneas. En este punto, por lo demás, tengo oído de boca del propio don Rodrigo —en ocasión de comentar algún desacuerdo en nuestros respectivos planteamientos metodológicos y expresado con la extraordinaria libertad que caracterizaba su pálpito— que «cada uno piensa como quiere».

Dos últimas cosas me gustaría decir, que nos devuelven igualmente al tema del estilo personal de don Rodrigo. La primera es que nunca lo vi pagado de sí mismo, ni siquiera en este terreno de

la obra científica, que los académicos somos tan proclives a glorificar. Él veía la suya con algún distanciamiento, le he oído quejarse muchas veces de no haberse dedicado a hacer otras cosas distintas, y alguna a reconocer la ayuda que en la preparación de trabajos científicos y profesionales le habían prestado los discípulos antes mencionados. Así ha sido siempre y así debería seguir siendo esa colaboración personal, tanto en la Ciencia como en el Arte, siempre que las Escuelas de pensamiento referidas –como para las de pintura mostraron las de Leonardo, Velázquez o Rafael– compartan el goce estético de la obra bien hecha y, en nuestro caso, también la simpar aventura del conocimiento. Aventura intelectual que, como otras muchas (el viaje, el amor), nos coloca ante una de esas situaciones que acostumbran los sociólogos a denominar «abiertas», y por tanto proclives a la generosidad, a la cultura del regalo y el don recíproco, tan alejados siempre del descarnado intercambio que hoy impera también en un mundo universitario empeñado de modo creciente en sustituir el saber por el currículum y la obra del espíritu por el producto editorial, a ser posible entendido como fuente de rentas. Hace ya muchos siglos que Dante había puesto en guardia respecto de los jurisconsultos que «no estudian por el saber mismo, sino para alcanzar dinero» (*Il convivio*, Tr. III, cap. I). Que nadie se extrañe, pues, si a la vista de este planteamiento, los aprendices se resisten a la exacción de diezmos y primicias; medida incluso de legítima defensa, no tanto por la expropiación de una dudosa plusvalía (que entre nosotros sólo algún despistado puede experimentar como el robo del Premio Nobel), cuanto porque, una vez que nos situamos definitivamente en el territorio del arrendamiento de servicios, son pocos los que ignoran que es contrato esencialmente retribuido, *ex* artículo 1544 de nuestro Código Civil. A mí don Rodrigo no me pidió nunca esa colaboración científica, que le habría prestado de buena gana, como hice con otros de mis maestros. Me pidió, en cambio, ayuda para la preparación de algún dictamen profesional, que fue retribuida con largueza superior a mis merecimientos.

Concluiré recordando que don Rodrigo hizo muchas recensiones. Sin su trabajo germinal, esta parte, aparentemente modesta, de la *Revista de Derecho Mercantil* no habría tenido el rigor y la utilidad que de secciones semejantes esperan los lectores para seguir de modo suficiente el estado y los avances de cualquier Ciencia. Cuando yo empezaba mi preparación como mercantilista, las recensiones ya no eran lo mismo, y el cambio de cultura universitaria, que antes he aludido tantas veces, estaba transformando ya lo que deberían ser reseñas críticas en apologías propagandísticas. Pero, mal

que bien, los libros todavía se recensionaban, mientras que hoy mayormente se «presentan»; es decir, se introducen en sociedad como antes se hacía con las jovencitas de buena familia. Con ello nuestros científicos meritorios se educan en el fasto, en vez de hacerlo en la austeridad; y, al desocuparse de las recensiones, pierden lecturas impagables que acrecienten el acervo de su especialidad y aún más gravemente el repaso de las aportaciones generales que siempre hay que seguir, sean o no de nuestra disciplina. El ejemplo de insignes juristas, como el propio don Rodrigo y en grado más eminente si cabe de don Federico de Castro (que siguieron haciendo recensiones y notas críticas cuando ya eran maestros consagrados e incluso hasta la edad madura), también merecía alguna mención en esta sede.

III. MIS RECUERDOS (con un epílogo)

He dejado para el final un apartado estrictamente personal, que, dada la extensión que ha ido cobrando esta nota, reduciré al capítulo de agradecimientos.

Soy deudor de don Rodrigo por muchas cosas; pero, si se me permite hablar de los momentos estelares de ese sentimiento de gratitud, sin duda alguna el cénit lo situaría en el mes de noviembre de 1974, cuando, en ocasión de las reñidas oposiciones que estaban celebrándose para cubrir tres plazas de Derecho Mercantil del Cuerpo de Profesores Agregados, se me ocurrió despedirme poco menos que a la francesa en el cuarto ejercicio. Visto con la perspectiva del tiempo, es probable que aquella actitud de rebeldía tuviera por mi parte algo de salida de tono; porque más o menos todos sabíamos a la sazón si había llegado o no nuestro momento, y el de entonces indudablemente no era el mío. Pero no pude resistir la tentación de hacer alguna manifestación de resistencia frente a un juego en que los triunfos de la baraja estaban ya sustancialmente repartidos, pataleta de la que, para decirlo todo, tampoco me arrepiento. Aunque lo cierto es que produjo algún revuelo; y, en el barullo de aquella hora, el bueno de don Rodrigo no dudó en presentarse en la sede donde se desarrollaban las oposiciones, sacrificando el almuerzo, para arrojarme con su compañía y autoridad, a fin de que no se me siguiera presionando y se me permitiera tomar mis propias decisiones libremente. Jamás olvidaré aquel episodio.

Y en la memoria conservaré igualmente su breve intervención, tan concisa e impactante como solían ser todas las tuyas, para enmendarme derechamente la plana en ocasión de la lectura de mi

Tesis Doctoral el año 1972. En ese acto solemne, y por tanto asimismo ocasión difícil de olvidar, me dio una lección impagable, al advertirme públicamente de los riesgos –a los que hoy están sucumbiendo tantas cabezas brillantes– de trasplantar acríticamente al mundo del Derecho conceptos y herramientas, que aun siendo muy poderosas en su propio contexto, combinan mal con la simplicidad y fácil entendimiento del régimen aplicable que pide la ordenación jurídica de la realidad. Había tomado yo de un opúsculo económico alemán y de un libro suizo, no del todo ajeno a tendencias semejantes, un apartado plagado de fórmulas matemáticas para calcular la parte de «substancia» que, tras acordarse un aumento de capital pierden las acciones viejas en beneficio de las nuevas recién creadas, que van a disfrutar esa porción de capital ajeno sin haber corrido anteriormente los riesgos correspondientes. Con su auxilio pensaba yo, no sin cierto orgullo, podía quedar resuelta para siempre la espinosa cuestión de la llamada *extensión del usufructo*, permitiendo de forma «científica» e inequívoca determinar el número de acciones nuevas que tiene derecho a reclamar el usufructuario para mantener intacto su derecho de goce. El mío acabó en un pozo, según se dice en lenguaje coloquial, tan pronto como el Profesor Uría tomó la palabra; y casi es innecesario aclarar que, después de su intervención, las páginas correspondientes acabaron por convertirse en un par de notas a pie de página.

No quiero extenderme más en tales asuntos ni aprovechar la ocasión para ejercicios subjetivistas o desahogos personales. Ya he dicho que conocí a don Rodrigo por primera vez allá por el año 1970, cuando abandoné mi cómoda vida bilbaína para ocupar una humilde Adjuntía interina en su Cátedra madrileña. Al recordar ahora aquellos tiempos, creo de justicia manifestar que cualquiera de sus ayudantes de entonces, a quienes debo aquí un recuerdo cariñoso, tendría legitimación superior para firmar esta nota; aunque sospecho que no serán deudores de superior gratitud para con don Rodrigo que la que a mí me toca. Por más que yo llegara a su Cátedra con el impagable aval de don Aurelio Menéndez, no ignoro que me precedía alguna fama de crítico incómodo, que, sin embargo, no fue óbice para que tanto el maestro como sus ayudantes me acogieran sin reservas. Mi contacto con José María Gondra, que entonces coordinaba las labores de la Cátedra, generó de inmediato una amistad muy firme, nacida de inquietudes científicas compartidas, que, sobre ayudar más de una vez a disciplinar mi incorregible barroquismo, me otorgaron pronto el privilegio y la facilidad añadida de frecuentar a don Rodrigo de manera más informal. Recuerdo incluso haberle llevado alguna vez exámenes de algún «recomen-

dado», pidiéndole que lo calificara él mismo, ya que yo no era capaz de dar el visto bueno a tal cúmulo de disparates. Hasta en esas cosas pequeñas su talante fue siempre grande; y nunca insistió más de lo debido en esos u otros temas en que tuvimos diferencias de criterio, ni tampoco intentó nunca torcer el mío. Por todas esas cosas, siento su desaparición como un vacío.

* * *

Entre los siglos VII al XV, las gentes de la Meseta, a la que me enorgullezco en pertenecer, habíamos articulado ya, quizá incluso en exceso, lo que ha llamado Ariel Guidarte *Los discursos sobre la muerte en la Castilla medieval* (Junta de Castilla y León, Consejería de Educación y Cultura, Valladolid, 1998); por cierto, con una orientación capaz de reflejar acaso mejor que otros distintos testimonios nuestras peculiares señas de identidad, tampoco tan difíciles de reconstruir con ayuda de las fuentes jurídicas – las canónicas y las civiles, a partir del Fuero Juzgo–, por más que no todas las noticias sobre las que descansaría dicha reconstrucción provengan de testamentos, mandas y legados; pues a menudo la causación violenta del óbito puede llevar a primar la óptica penal sobre aquellos otros filones principales anteriormente referidos. De todos modos, supongo yo que de aquella espiritualidad y comportamientos colectivos (dicho sea con la fórmula que suelen emplear los cultivadores de la Historia de las mentalidades), al menos en ese período de la Reconquista venida de Cangas de Onís, algo sería imputable también a los asturianos; a pesar de que tantos quieran especializar hoy los sentimientos humanos por territorios, y aunque, en este punto, seguramente sean ya más propios de las gentes del Duero los que configuraron nuestra idiosincrasia al entrar en el Antiguo Régimen (Máximo GARCÍA FERNÁNDEZ, *Los castellanos y la muerte. Religiosidad y comportamiento colectivo en el Antiguo Régimen*, en la misma colección anterior, 1986). Sea de ello lo que fuere, desde mis más remotos recuerdos de la infancia tengo siempre presente el lema de *morire habemus*, en el que se concentra la parca conversación permitida a los monjes cartujos, según muy pronto me hizo saber mi padre, demasiado prematuramente fallecido, y amante de la poesía, como don Rodrigo, aunque no frecuentara, como él, la amistad de los poetas (Vivanco, Rosales, etc.). Yo no he heredado esa pulsión poética en tan alto grado. Pero, portador de similares factores de riesgo familiar, incrementados por la vida urbana y el sedentarismo, comprendo que mis hijos se quejen de recibir de su

progenitor siempre la misma contestación cuando, al reprocharme mi adicción al tabaco y al estudio, suelo decirles que efectivamente todos morimos; la cuestión es cómo y cuándo. Por fortuna, lo segundo no nos es dable saberlo. Lo primero sigue abierto también a variadas reflexiones sobre un «capítulo final» que don Rodrigo supo asimismo afrontar con dignidad poco objetable, a la vista de la receta que sobre el particular acostumbran a promover los especialistas médicos que se han ocupado del asunto (NULAN, *How We Die. Reflections on Life's Final Chapter*, Alfred A. Knopf, Inc., versión española de Alianza Editorial, 1995). No es posible efectivamente contar con ulteriores auxilios, porque la verdad desnuda es que siempre morimos solos, según yo mismo repito también con bastante frecuencia; aunque estoy igualmente convencido que los hombres verdaderamente nobles perdurarán de uno u otro modo en la memoria colectiva. Lo que ciertamente es recompensa bastante y permite dejar ahora en manos de ensayistas más capaces y reputados –Norbert Elias *fecit*– el comentario y glosa de tan terrible desasimimiento (*Ueber die Einsamkeit der Sterbenden*, también traducido a nuestro idioma, F.C.E., México-Buenos Aires, 1987).

Con esto termino. Creo que una sola palabra es suficiente para expresar a modo de epílogo lo que fue don Rodrigo Uría González a lo largo de una vida dilatada y fecunda. Autenticidad es el término que mejor resume su figura. Y quienes siempre hemos preferido el ser al parecer, tendremos igualmente en esa autenticidad del Profesor Uría ejemplo perdurable de comportamiento.

Aníbal SÁNCHEZ ANDRÉS

Catedrático de Derecho Mercantil en la U.A.M.

Sobre la ciudadanía europea*

LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La inserción de la ciudadanía europea en los ordenamientos comunitario e internacional.*—III. *Disquisición sobre el concepto de ciudadanía en general:* 1. Criterios de atribución de la ciudadanía. 2. Ciudadanía y nacionalidad. 3. ¿Relación jurídica o *status*? 4. ¿Es la ciudadanía un concepto jurídico necesario?—IV. *Simbolismo y ambigüedad de la idea de ciudadanía europea.*—V. *Nota bibliográfica.*

I. INTRODUCCIÓN

La idea de ciudadanía europea ha sido recogida por la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en la cumbre de Niza de diciembre de 2000. Precisamente bajo la rúbrica de «Ciudadanía», la Carta enumera en su Capítulo V (arts. 39 a 46) una serie de derechos específicos de los ciudadanos europeos. No se trata, sin embargo, de una noción nueva en el proceso de integración europea porque, como es bien sabido, había sido ya introducida en 1992 por el Tratado de Maastricht. Entonces, en gran medida por iniciativa española, la afirmación de una ciudadanía de la Unión Europea al lado de las tradicionales ciudadanía de sus Estados miembros tuvo la intención de ser un importante paso hacia la unión política. De lo anterior se sigue que en la actualidad hay dos regulaciones de la ciudadanía europea: la ya mencionada del Capítulo V de la Carta y la originaria de Maastricht, que hoy, tras las modificaciones sistemáticas operadas en 1997 por el

* Este escrito ha servido de base para una conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla el 8 de junio de 2001, por invitación de los profesores Juan Antonio Carrillo Salcedo y José Manuel Peláez Marón.

Tratado de Amsterdam, se encuentra en la Segunda Parte –titulada «Ciudadanía de la Unión»– del Tratado de la Comunidad Europea (arts. 17 a 22).

Ambas regulaciones son muy parecidas. Si se toma en consideración la Carta, la ciudadanía europea comprende los siguientes derechos: el derecho de todo ciudadano a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales en el Estado miembro en que resida, aunque no sea el de su nacionalidad; el derecho a una buena administración, que no es a su vez sino un haz de derechos (audiencia en el procedimiento administrativo, motivación de las resoluciones administrativas, reparación de los daños causados por la Comunidad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, etc.); derecho de acceso a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión; derecho de presentar quejas al Defensor del Pueblo de la Unión; derecho de petición al Parlamento Europeo; libertad de circulación y residencia en el territorio de cualquier Estado miembro; derecho a la protección diplomática y consular por parte de los agentes de cualquier Estado miembro ante terceros países en los que el Estado del que el ciudadano europeo es nacional carezca de representación.

Pues bien, sin perjuicio de algunos matices que en una perspectiva general como ésta no tienen demasiada importancia, la regulación de la Carta que se acaba de exponer coincide con la del Tratado de la Comunidad Europea en todo, salvo en tres extremos. En primer lugar, el mencionado derecho a una buena administración (art. 41 de la Carta) no se halla en el Tratado; pero ésta es una diferencia más aparente que real, ya que la mayor parte de los derechos comprendidos en este haz existían ya de manera dispersa en el ordenamiento comunitario. Es verdad, no obstante, que mientras algunos de ellos estaban ya expresamente consagrados por los Tratados constitutivos –así, por ejemplo, el derecho a indemnización por responsabilidad extracontractual (art. 288 del Tratado de la Comunidad Europea)–, otros han sido de origen meramente jurisprudencial. Así, su proclamación formal en un texto con vocación constitucional supondrá, siempre que la Carta llegue a ser formalmente puesta en vigor, una elevación de su rango normativo. En segundo lugar, algo similar ocurre con el referido derecho de acceso a los documentos de las instituciones políticas (art. 42 de la Carta): éste sencillamente no existía hasta que fue introducido por el Tratado de Amsterdam en 1997; pero, en la actualidad, está contemplado por el artículo 255 del Tratado de la Comunidad Europea, en términos sustancialmente idénticos a los de la Carta. En tercer lugar, mientras que el artículo 17 del Tratado de la Comunidad

Europea define quiénes son ciudadanos europeos, la Carta guarda silencio a este respecto.

La consecuencia de esta sustancial coincidencia entre la Carta y el Tratado es que, por más que aquélla sea hoy por hoy un texto carente de fuerza normativa, los derechos inherentes a la ciudadanía europea tienen ya plena existencia jurídica. A diferencia del resto de los derechos reconocidos por la Carta, no tienen un puro valor simbólico. Obsérvese que, al estar recogida en el Tratado de la Comunidad Europea, la ciudadanía europea no sólo tiene fuerza normativa sino que, además, es derecho comunitario a todos los efectos (eficacia directa, supremacía, jurisdicción del Tribunal de Justicia, etc.). No es, dicho de otra manera, un instituto que, como ocurre con gran parte de la política exterior o de la cooperación en materia penal, esté encuadrado en los pilares no comunitarios —es decir, meramente intergubernamentales— de la Unión Europea.

Una vez expuestos sumariamente el contenido y el valor jurídico de la ciudadanía europea, cabe ya interrogarse acerca de su significado en el proceso de integración europea. Esta cuestión puede y debe ser examinada en dos planos: por una parte, está el punto de vista externo, relativo a cómo se articula la ciudadanía europea con otras ciudadanía; por otra parte, está el punto de vista interno, que lleva a preguntarse qué añade la ciudadanía europea a la propia Unión Europea como entidad política distinta de sus Estados miembros.

II. LA INSERCIÓN DE LA CIUDADANÍA EUROPEA EN LOS ORDENAMIENTOS COMUNITARIO E INTERNACIONAL

En cuanto a la inserción de la ciudadanía europea en un mundo donde existe una pluralidad de ciudadanía, conviene comenzar subrayando que, en su apartado primero, el artículo 17 del Tratado de la Comunidad Europea define la ciudadanía europea por remisión a la nacionalidad de los Estados miembros: «Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional». De este dato se desprenden, al menos, dos importantes consecuencias.

La primera es que los Estados miembros de la Unión Europea deben reconocer incondicionalmente la nacionalidad otorgada por otro Estado miembro. Ello no sólo está implícito en la afirmación de que será ciudadano europeo «toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro», sin ulteriores cualificaciones o

exigencias, sino que fue dicho expresamente por las partes contratantes en la Declaración núm. 2 anexa al Tratado de Maastricht, que tiene un innegable valor interpretativo: «La Conferencia declara que cuando en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se haga referencia a los nacionales de los Estados miembros, la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros podrán declarar, a efectos informativos, quiénes deben considerarse sus nacionales a efectos comunitarios mediante una declaración presentada a la Presidencia, la cual podrá modificarse en caso necesario». Téngase presente, dicho sea incidentalmente, que esta Declaración núm. 2 que se acaba de transcribir posee, según sus propios términos, un alcance más general que el de interpretar la norma relativa a la atribución de la ciudadanía europea, ya que tiene por objeto cualquier otro precepto del Tratado de la Comunidad Europea en que «se haga referencia a los nacionales de los Estados miembros»; es decir, tiene como finalidad ayudar a definir la esfera de los principales beneficiarios del ordenamiento comunitario.

Idéntica posición, además, se viene manteniendo de manera constante en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a partir de la importante sentencia *Micheletti* de 7 de julio de 1992. Se trataba de un dentista de origen argentino que, según el Derecho italiano, ostentaba la nacionalidad italiana y que deseaba establecerse en España; pero las autoridades españolas le impidieron el establecimiento por considerar que dicha nacionalidad italiana no era efectiva: el Tribunal de Justicia declaró que España no tenía derecho a examinar la efectividad de una nacionalidad inequívocamente atribuida por las leyes italianas. Es interesante destacar cómo esta sentencia fue dictada cuando el Tratado de Maastricht —y, por consiguiente, la creación de una ciudadanía europea automáticamente ligada a la nacionalidad de cualquier Estado miembro, así como la arriba examinada Declaración núm. 2— había sido ya firmado pero se encontraba aún pendiente de ratificación. De alguna manera, con la sentencia *Micheletti*, la jurisprudencia comunitaria se adelantó a la propia entrada en vigor de las correspondientes normas escritas.

Este deber de reconocimiento incondicionado de la respectiva nacionalidad entre Estados miembros de la Unión Europea se aparta de la regla que, en esta materia, rige en el Derecho internacional general. En su conocida sentencia *Nottebohm* de 6 de abril de 1955, que opuso a Guatemala y Liechtenstein, el Tribunal Internacional de Justicia sostuvo que el primero de los países citados no estaba internacionalmente obligado a reconocer una nacionalidad que, aun habiendo

sido adquirida según las leyes del segundo, carecía de un grado suficiente de efectividad. Según el Derecho internacional general, en otras palabras, los Estados pueden negarse a reconocer aquellas atribuciones de nacionalidad que sean puramente ficticias o de conveniencia. Ni que decir tiene que ésta sigue siendo la regla en las relaciones de los Estados miembros de la Unión Europea con terceros.

La segunda consecuencia de que la ciudadanía europea sea definida por remisión a la nacionalidad de los Estados miembros es precisamente que corresponde a éstos, no a la Unión Europea en cuanto tal, determinar quién es ciudadano de esta última. Como es obvio, ello es relevante por tratarse de una decisión sobre la distribución del poder entre centro y periferia dentro de una estructura compuesta. Menos evidente pero igualmente decisivo, en cambio, es otro dato: cuando se afirma que son los Estados miembros quienes definen la ciudadanía europea, no se quiere decir que sean todos ellos mancomunadamente, sino todos y cada uno de ellos actuando de manera independiente; y ello porque es cada Estado miembro, al regular su propia nacionalidad, quien indirectamente está también determinando quién es ciudadano europeo. La ciudadanía europea sigue a la ciudadanía estatal y, como recuerda expresamente el artículo 14 del Tratado, tiene carácter complementario –no sustitutivo– de esta última.

En este aspecto, la Unión Europea se diferencia nítidamente de las modernas federaciones, donde la definición de la ciudadanía –tanto federal como estatal– suele ser competencia federal. Así, por poner un ejemplo paradigmático, la Constitución de los Estados Unidos atribuye al Congreso el poder de «fijar las normas generales para la naturalización» (art. 1.8) y, además, su famosa enmienda 14.^a, pieza clave de la reconstrucción tras la Guerra Civil, comienza diciendo que «todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en que residan». Aquí no sólo la ciudadanía estatal sigue a la federal sino que, para evitar exclusiones arbitrarias, los Estados han sido constitucionalmente privados de la facultad de definir su propia ciudadanía estatal. En Alemania, la determinación de quiénes son ciudadanos es, asimismo, competencia federal (arts. 16, 73.2 y 116 de la Ley Fundamental de Bonn).

Como conclusión de cuanto precede, cabe decir que la inserción de la ciudadanía europea en un mundo donde hay una pluralidad de ciudadanía no responde a una lógica típicamente federal: a los Estados miembros no se les impone desde la Unión Europea la determinación de quién es ciudadano de esta última, ni menos aún se les condiciona en la definición de su propia nacionalidad. Ahora

bien, esa inserción de la ciudadanía europea tampoco se inspira en la pura lógica internacional, según la cual los Estados pueden invocar frente a terceros el principio de efectividad de la nacionalidad. La ciudadanía europea se halla, así, en un punto intermedio entre la lógica federal y la lógica internacional, ya que los Estados miembros, aun no habiéndose desprendido de su poder de definir la propia ciudadanía, han decidido darse recíprocamente un incondicionado reconocimiento mutuo. De alguna forma, sin haber llegado a una solución claramente federal, han renunciado a usar entre ellos los clásicos medios de defensa internacionales.

III. DISQUISICIÓN SOBRE EL CONCEPTO DE CIUDADANÍA EN GENERAL

El significado de la ciudadanía europea desde el punto de vista interno a la propia Unión Europea resulta mucho menos claro. Para comprenderlo, es aconsejable hacer previamente una disquisición acerca del concepto de ciudadanía en general, examinando los aspectos más relevantes de esta escurridiza noción; y ello porque, seguramente por exigencias de la práctica, al abordar la ciudadanía —o, si se prefiere, la nacionalidad— los tratadistas suelen ocuparse casi exclusivamente de cómo se adquiere y, en su caso, cómo se pierde. Este fenómeno no deja de ser sorprendente, pues implica dar por supuesto para qué sirve la ciudadanía... y, como se verá más adelante, la utilidad efectiva de ésta ha variado bastante a lo largo del tiempo. Sin extenderse, pues, en cosas bien conocidas, baste recordar los siguientes extremos.

1. Criterios de atribución de la ciudadanía

Comenzando por lo más conocido, como subraya De Castro, existen tres criterios básicos de atribución de la ciudadanía en la experiencia histórico-comparada: la ascendencia común o linaje, la dependencia territorial y la libre elección de residencia. El primero de dichos criterios, cuyo origen está probablemente ligado al culto religioso a los antepasados, fue el empleado en la Antigüedad. Durante la Edad Media, las distintas formas de vinculación a la tierra —por obra del feudalismo primero, y de las monarquías territoriales después— desplazó progresivamente el linaje por la dependencia territorial o, dicho en términos más conocidos, el *ius sanguinis* por el *ius soli*. La elección de residencia sólo fue criterio de atribución de la ciudadanía en algunas ciudades libres. El cambio de paradigma, como con tantas otras cosas, lo trajo la Revolución Francesa: su

lógica liberal, igualitaria y universalista habría debido conducir, sin duda, al triunfo de la libre elección de residencia como criterio de atribución de la nacionalidad —téngase en cuenta, además, que el linaje es propio de sociedades cerradas y la dependencia territorial se asociaba al Antiguo Régimen—; pero, tal vez como consecuencia de la necesidad bélica de fortalecer el espíritu patriótico, fue el *ius sanguinis* el criterio que acabó imponiéndose en Europa, quedando los otros dos relegados a un papel meramente complementario. Las cosas marcharon en sentido inverso en América, donde evidentes necesidades de colonización tendieron a favorecer durante mucho tiempo la adquisición de la ciudadanía por parte de extraños.

La abundante literatura politológica existente sobre esta materia, por lo demás, no se ha limitado a poner de relieve cómo la adopción de un criterio u otro de atribución de la ciudadanía responde a determinadas necesidades sociales y económicas, sino también cómo, en circunstancias relativamente similares, la opción puede obedecer a condicionamientos ideológicos más profundos. En este orden de consideraciones, resulta clásica la comparación entre Alemania y Francia: mientras aquella difícilmente atribuye la ciudadanía a los inmigrantes ni siquiera tras varias generaciones —son púdicamente calificados de «trabajadores invitados»—, ésta ha tendido tradicionalmente a naturalizar a quienes se han establecido en el país aceptando sus valores políticos fundamentales. Ello implica, además, que sus respectivas autopercepciones como nación son distintas: mientras que en Alemania es etno-cultural, en Francia es republicana.

En fin, hay que recordar que, cualquiera que sea el criterio adoptado de atribución de la ciudadanía, siempre ha habido formas derivadas de adquisición de aquélla; es decir, junto a ciudadanos de origen por su nacimiento, hay personas que adquieren la ciudadanía en algún momento ulterior de su vida, en virtud de algún hecho al que el ordenamiento anuda este efecto (residencia, matrimonio, concesión graciosa, etc.). Pues bien, la discusión sobre el grado de equiparación entre formas originarias y formas derivadas de adquisición de la ciudadanía viene de antiguo y no deja de tener consecuencias prácticas. Piénsese, por ejemplo, que el artículo 11 de la Constitución española sólo prohíbe la privación de la nacionalidad respecto de los españoles de origen. En el fondo, como pusieron de relieve Bártolo y Baldo al disentir sobre el significado del inciso «habeatur pro cive vero et originario» (*Digesto* 41, 3, 15), el problema es si toda ciudadanía es una mera creación del derecho o si, más bien, junto a una ciudadanía creada hay otra natural.

2. Ciudadanía y nacionalidad

Una notable dificultad con que se tropieza al analizar el concepto de ciudadanía es de índole lingüística: surge a menudo la duda de si existen diferencias de significación jurídica entre las palabras «ciudadanía» y «nacionalidad», que frecuentemente se usan como intercambiables. Este problema se plantea también en otras lenguas, como el francés o el inglés, que usan términos con idéntica etimología. Incluso en alemán, donde existe la palabra *Bürgertum*, que equivale a «ciudadanía»; existe también *Staatsangehörigkeit* –literalmente, «pertenencia al Estado»– como equivalente tanto de «nacionalidad» como de «ciudadanía». Pues bien, en principio, ciudadanía y nacionalidad son una misma cosa. No deja de ser sintomático que Kelsen, siempre tan riguroso, equipare expresamente ambos términos: el epígrafe correspondiente de su *Teoría General del Derecho y del Estado* se titula «Ciudadanía (nacionalidad)». Ambas expresiones, sin duda, hacen referencia al vínculo de la persona hacia un Estado determinado –que suele comportar derechos y deberes– o, aún con mayor precisión, a la situación de sujeción permanente de una persona a un Estado. En el lenguaje jurídico preliberal, para designar este fenómeno se solía emplear la expresión romanista *status civitatis*. La palabra «nacionalidad» con esta significación, en cambio, aparece sólo a raíz de la Revolución Francesa.

Probablemente, ello no se debe sólo a la importancia crucial que la idea de nación tuvo en todo el pensamiento jurídico-político de los revolucionarios, sino también al hecho de que la legislación revolucionaria –a la que seguirían más tarde todas las legislaciones liberales– aceptó ciertas desigualdades entre los ciudadanos y terminó por diferenciar a éstos en activos y pasivos a efectos de la plenitud de derechos políticos. En un primer momento, sólo los ciudadanos mayores de edad, varones y con cierto nivel de renta o instrucción tenían acceso al sufragio, mientras que los demás eran ciudadanos pasivos: ciertamente, gozaban de los derechos civiles; pero no podían participar en la gestión de los asuntos públicos. Un ejemplo claro de esta distinción puede hallarse en la Constitución de Cádiz: el Capítulo II del Título I es «De los Españoles», mientras que el Capítulo IV del Título II es «De los Ciudadanos españoles»; y, en una perspectiva sistemática, no deja de ser significativo que el Título I trata de la nación española y el Título II se ocupa de la forma de gobierno.

Dicho lo anterior, este uso lingüístico que se originó con la Revolución Francesa, aun estando bastante generalizado, no ha llegado a desplazar completamente las expresiones más antiguas. Hay

países europeos en los que, incluso en el ámbito del Derecho privado, se sigue usando la palabra «ciudadanía» en vez de «nacionalidad». Tal es, por ejemplo, el caso de Italia.

3. ¿Relación jurídica o *status*?

Otra cuestión tradicionalmente problemática es la naturaleza jurídica de la ciudadanía. Se discute si la ciudadanía –o, si se prefiere, la nacionalidad– es una relación jurídica o un *status*. El debate tiene cierta trascendencia práctica: si se concibe como una relación jurídica, la ciudadanía es un conjunto predeterminado de derechos y deberes; si se concibe, en cambio, como un *status*, la ciudadanía es una situación o manera de ser con independencia de los derechos y deberes que, en cada tiempo y lugar, lleve aparejados. Pues bien, para dilucidar esta cuestión es conveniente diferenciar dos posibles sentidos de la idea de ciudadanía.

En un primer sentido, la ciudadanía es el conjunto de derechos y deberes relacionados con la gestión de la cosa pública: sufragio activo y pasivo, acceso a los cargos y empleos públicos, servicio militar, etc. En otras palabras, hay determinados derechos y deberes que, habida cuenta de su contenido, nuestra cultura jurídica asocia a la idea de ciudadanía por considerarlos propios –o, incluso, exclusivos– de los ciudadanos. Referida sólo a ese conjunto de derechos y deberes, la ciudadanía es, sin duda, un tipo de relación jurídica; pero es igualmente incuestionable que esos derechos y deberes sólo existen dentro de la tradición liberal-democrática o, si se incluye el mundo antiguo y medieval, la tradición de los gobiernos libres. En cuanto relación jurídica, la ciudadanía está ausente en los regímenes despóticos y dictatoriales.

En un segundo sentido, en cambio, la ciudadanía es la sujeción permanente de una persona a un Estado, cualesquiera que sean los derechos y deberes que ello comporte en cada momento; es decir, siempre que se despoje de sus connotaciones románticas –y, tal vez, potencialmente autoritarias–, se trata de la pertenencia al Estado de que hablan los alemanes. Aquí la ciudadanía es vista como un continente, no como un contenido. Por ello, se dice que es un *status*, esto es, la situación del individuo frente al ordenamiento jurídico. Es verdad que para designar este segundo significado –no así para el primero– se usa también la palabra «nacionalidad»; pero no es menos claro que el término «ciudadanía» también se emplea a veces, en castellano y en otras lenguas, no sólo para designar un conjunto de derechos y deberes típicos, sino también como sinónimo de «nacionalidad». Así, por ejemplo, nadie negaría la condición

de ciudadanos a los menores de edad, que, por definición, carecen del pleno goce de sus derechos políticos. Obsérvese bien que el mencionado *status* es básicamente independiente de la voluntad del sujeto por responder a intereses generales. Precisamente por ser un *status*, la ciudadanía –al igual que en otros tiempos la libertad, la condición de padre, el sexo masculino, el estado de clérigo, etc.– sirve para determinar la posibilidad misma de acceder a la titularidad de ciertos derechos y deberes y, por tanto, modula la capacidad de las personas. Es este sentido el que suele darse al concepto de ciudadanía –o, si se prefiere, de nacionalidad– en el Derecho privado. Ni que decir tiene que, a diferencia de lo que ocurre con la ciudadanía como relación jurídica, la ciudadanía como *status* no es un concepto privativo de ningún régimen político.

4. ¿Es la ciudadanía un concepto jurídico necesario?

Tal vez este último sea el más arduo interrogante que suscita la ciudadanía. La ciudadanía –o, si se prefiere, la nacionalidad– es seguramente un concepto jurídico útil; pero dista de ser evidente que sin él no pueda funcionar un ordenamiento complejo. Kelsen sostenía que si bien todo Estado necesita determinar quiénes están sujetos a su ordenamiento jurídico, no ha de hacerlo forzosamente mediante el concepto de ciudadanía. Sin adoptar posturas tajantes, parece, en todo caso, que una actitud escéptica hacia el carácter necesario del concepto de ciudadanía tiene a su favor sólidos argumentos; y ello porque se trata de un concepto que, al menos en la actualidad, tiene menos importancia práctica de la que parece a primera vista.

Si se habla de la ciudadanía como *status*, la verdad es que resulta irrelevante a la hora de determinar el ámbito de aplicación personal de la mayor parte de las normas. Es bien sabido que «las leyes penales, las de policía y las de seguridad obligan a todos los que se hallen en territorio español» (art. 8 del Código civil); las leyes tributarias se aplican bien por razón de residencia, bien de manera territorial (art. 21 de la Ley General Tributaria); las leyes procesales son, en principio, las únicas por las que se rigen los tribunales españoles (art. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); etc. Y, a este respecto, el Derecho español parece seguir la tónica general en el mundo contemporáneo. Así las cosas, la ciudadanía es relevante principalmente para determinar el ámbito personal de aplicación de algunas normas civiles, a saber: aquellas que siguen la llamada «ley personal», como son destacadamente las relativas a la mayoría de edad, las relaciones familiares y las sucesiones. Ahora bien, incluso aquí hay que hacer una matización: es cierto que el Derecho espa-

ñol, siguiendo la pauta general entre los ordenamientos europeos, dispone que la ley personal viene dada por la nacionalidad (art. 9 del Código civil); pero no deja de haber ordenamientos en que la ley personal viene dada por la residencia habitual. En suma, incluso en el terreno de las relaciones civiles, la ciudadanía desempeña un papel bastante limitado en el mundo contemporáneo.

A ello hay que añadir que entre las grandes conquistas jurídicas del liberalismo está la desvinculación entre plena capacidad jurídica y ciudadanía. Ya el artículo 7 del *Code Napoléon* era terminante al disponer que «el ejercicio de los derechos civiles es independiente de la cualidad de ciudadano». En sentido análogo se pronuncia el artículo 27 del Código civil español. No otra cosa, en el fondo, es lo que proclama con alcance general el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica». Todo ello significa que, salvo por lo que hace a los derechos políticos —es decir, a la ciudadanía en sentido restringido—, la condición de ciudadano halla poco espacio para ser legítimamente adoptada como criterio para definir quién puede ser titular de los distintos tipos de derechos. El antiguo *status civitatis*, en rigor, ha dejado de existir.

Si se habla de ciudadanía como un conjunto de derechos y deberes políticos, es incuestionable que comprende al menos aquellos que han venido estando tradicionalmente reservados a los ciudadanos (sufragio, empleos públicos, servicio militar, etc.); pero ello no responde a ninguna necesidad inexorable. Sin remontarse a experiencias anteriores a las revoluciones liberales, baste señalar que, en los Estados Unidos, durante el siglo XIX no pocos Estados concedían el derecho de sufragio en las elecciones estatales y locales a todos los residentes aunque fueran extranjeros, a veces condicionándolo al servicio en la milicia. Revive aquí la antigua lógica republicana —porque se es soldado se tiene derecho a votar—, opuesta a la lógica puramente liberal, según la cual el ciudadano tiene derechos innatos y sólo aquellas cargas que excepcionalmente le imponga la ley. Sólo entrado el siglo XX se puso fin a este estado de cosas y, al parecer, a causa de las exigencias de seguridad derivadas de la participación norteamericana en la Primera Guerra Mundial. Este ejemplo muestra cómo la titularidad de derechos políticos puede no estar reservada a los ciudadanos. De aquí que no sea descabellado pensar, más en general, que el mismo proceso de democratización que ha ido suprimiendo paulatinamente la vieja distinción entre ciudadanos activos y pasivos —en las modernas sociedades democráticas, la única categoría de ciudadanos excluida de los derechos

políticos son los menores de edad— puede y debe conducir a abolir la diferenciación entre ciudadanos y extranjeros residentes a efectos del goce de derechos políticos.

IV. SIMBOLISMO Y AMBIGÜEDAD DE LA IDEA DE CIUDADANÍA EUROPEA

Llegados a este punto, es ya posible ensayar una respuesta al interrogante sobre el significado de la ciudadanía europea desde el punto de vista interno: ¿qué añade la ciudadanía europea a la Unión Europea en cuanto entidad política distinta de sus Estados miembros? En un plano puramente técnico-jurídico, parece claro que la ciudadanía europea es sólo ciudadanía en el primero de los sentidos arriba mencionados; es decir, hoy por hoy no aspira a ser un *status*, sino que se limita a ser un conjunto de derechos políticos. Así se desprende inequívocamente de la advertencia explícita de que la ciudadanía europea «será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional» (art. 17 del Tratado de la Comunidad Europea). En todo caso, no parece que ello, habida cuenta de las relativamente escasas consecuencias prácticas anudadas actualmente al *status* de ciudadano o nacional, suponga una grave limitación para la idea de ciudadanía europea. Así, dado que la ciudadanía europea ha sido concebida como un conjunto de derechos y deberes políticos, como tal ha de valorarse su significado.

Pues bien, al crear una ciudadanía europea, el Tratado y la Carta ciertamente consagran los dos principales derechos tradicionalmente reservados a los ciudadanos, a saber: el derecho de sufragio (activo y pasivo) y la libertad de circulación y residencia. Ello significa que todo ciudadano europeo puede, sin necesidad de consentimiento alguno por parte del Estado miembro de que se trate, circular por su territorio, residir en él y ser elector y elegible en la circunscripción de su residencia en las elecciones europeas. En la medida en que la Unión Europea aspira a ser una genuina entidad política, ha previsto ya los principales derechos inherentes a la condición de ciudadano. Poco más hace falta para identificar la imagen generalmente aceptada de ciudadano: acaso los deberes cívicos; pero ocurre que el más relevante de ellos, que es sin duda el servicio militar obligatorio, se encuentra en declive un poco en todas partes. Al reconocer los derechos de sufragio y de libre residencia y circulación, es innegable que se han sentado las bases de una auténtica ciudadanía europea.

Hasta aquí el aspecto puramente técnico-jurídico de la cuestión. Ahora bien, la pregunta sobre el significado de la ciudadanía europea admite otra formulación: ¿añade algo a la proclamación de los derechos mencionados (sufragio y libertad de residencia y circulación) su colocación bajo la etiqueta expresa de «ciudadanía»? A este respecto, suele decirse que la introducción de la idea de ciudadanía europea en los Tratados constitutivos de la Unión Europea tiene un valor predominantemente simbólico. Se trataría con ello de engendrar el embrión de un futuro *demos* europeo: para que llegue a haber una unión política es preciso que exista un pueblo; y la afirmación solemne de la ciudadanía europea puede ser un paso importante para la configuración de ese pueblo supranacional.

Con todo, la consecución de este objetivo habría de superar aún algunos obstáculos, entre los que conviene señalar los tres siguientes. Ante todo, no hay que pasar por alto que la ciudadanía europea, tal como se halla en el Tratado y la Carta, sólo añade derechos genuinamente nuevos a aquellos ciudadanos que se desplazan fuera de las fronteras de su país de origen: quienes permanecen en su propio Estado miembro no necesitan libertad de residencia y circulación; y en cuanto al derecho de sufragio al Parlamento Europeo, lo tenían ya (Acta de 20 de septiembre de 1976). Se corre el riesgo de que la ciudadanía europea sea vista como un atributo de los europeos «cosmopolitas», en cuanto contrapuestos a los europeos «provincianos». En segundo lugar, hay algunos derechos que el Tratado y la Carta engloban como inherentes a la ciudadanía europea, por más que ya estuvieran reconocidos por aquél como pertenecientes a cualquier persona, incluidas las personas jurídicas y los extranjeros residentes en un Estado miembro. Tal es el caso de los derechos de petición al Parlamento Europeo y de presentar quejas al Defensor del Pueblo europeo (arts. 194 y 195 del Tratado de la Comunidad Europea). Aquí existe el peligro de pecar de grandilocuencia, pues no todos los derechos referidos son, en sentido propio, inherentes a los ciudadanos. Por último, la mayor dificultad: la existencia de un pueblo dotado de un mínimo de identidad y cohesión en torno a ciertos valores fundacionales no depende sólo del reconocimiento formal de derechos políticos —y, en su caso, de la imposición de deberes cívicos—, sino que exige también una práctica de participación en instituciones políticas que sean percibidas como determinantes de la vida de los ciudadanos. No basta, en otras palabras, con declarar formalmente los derechos, sino que su efectividad exige de espacio suficiente para que sean ejercidos; y, así, sin un fortalecimiento y, sobre todo, una verdadera democratización de las instituciones de la Unión Europea difícilmente podrá

consolidarse un pueblo transnacional. Si se admite el símil, la ciudadanía europea es como un automóvil de último modelo que, hoy por hoy, no puede ser conducido en carreteras adecuadas a sus potencialidades. La ciudadanía europea es, en consecuencia, una condición necesaria pero no suficiente para la aparición de un *demos* europeo.

Dicho cuanto precede, es preciso señalar que la idea de ciudadanía europea, a primera vista noble y generosa, no deja de adolecer de cierta ambigüedad. Durante los años noventa, en efecto, se ha asistido a una notable eclosión de la literatura sobre la ciudadanía. Es más que probable que la previsión de una ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht de 1992 operara como detonante; pero la causa profunda tal vez sea la carencia de consignas y objetivos que, tras los asombrosos acontecimientos de 1989, padece el pensamiento político de izquierdas. Alguien ha sugerido que el reciente éxito de la palabra «ciudadanía» se debe a que ya no se puede decir «socialismo». Todo ello, además, ha provocado una multiplicación de usos del término «ciudadanía» en contextos no jurídicos, sino predominantemente sociológicos. Muy sintomático de esta tendencia es el éxito póstumo del opúsculo, ciertamente liviano, *Ciudadanía y clase social*, escrito en 1950 por el sociólogo inglés T. H. Marshall. Si algo tienen en común todos estos usos no jurídicos de la palabra, parece ser la pretensión de que el disfrute efectivo de ciertos derechos, principalmente de contenido prestacional, debe atribuirse de manera automática a todos los miembros de la comunidad por el mero hecho de ser tales. Lo que interesa destacar aquí, en todo caso, es que por esta vía se asiste a una trivialización de la palabra «ciudadanía», que corre el riesgo de ver progresivamente devaluado su significado por inflación de su uso.

Pues bien, entre las consecuencias perversas de dicha trivialización no es la menor ver en la idea de ciudadanía únicamente connotaciones positivas (civismo, participación, patriotismo, igualdad, bienestar, etc.). No hay que olvidar que la idea de ciudadanía tiene, asimismo, connotaciones negativas: para que haya ciudadanos es inexcusable que haya también extranjeros. En contra de las apariencias, el concepto de ciudadanía es excluyente, tanto o más que incluyente. Es aquí precisamente donde radica el carácter ambiguo de la idea de ciudadanía europea. Como ha observado agudamente Ferrajoli, no deja de ser curiosa la extraordinaria recuperación del concepto de ciudadanía —que hasta hace poco languidecía, relegado a un lugar secundario en los manuales de derecho— en el momento histórico en que Europa ha dejado de ser una constelación de potencias coloniales para pasar a ser destino anhelado de la migración de

masas. En este contexto, la ciudadanía europea no deja de constituir, de manera más o menos consciente, una barrera frente a los inmigrantes. Nadie niega, por supuesto, que toda entidad política tiene la facultad legítima de controlar sus fronteras y, desde luego, cabe argüir con Sartori que sólo entre ciudadanos puede arraigar la democracia constitucional; es decir, no hay seguridad y libertad fuera del Estado— por más que éste se integre en organizaciones supranacionales— y aquél no puede ser de ámbito universal. Sin la distinción entre ciudadanos y extranjeros, en resumen, no habría espacio para la seguridad y la libertad. Tal vez el sueño kantiano de una república universal sea irrealizable..., pero ello no implica que todas las actitudes frente al extranjero merezcan idéntica valoración. Y es aquí, de nuevo, donde la recuperación del concepto de ciudadanía en la Europa actual puede ser tachado de ambiguo: el propio Ferrajoli ha recordado que cuando los europeos comenzaron su gran expansión colonial se interrogaron sobre los títulos que poseían para hacerlo. Fue, como es notorio, Francisco de Vitoria quien elaboró la más acabada justificación de la presencia europea en América; y lo hizo, significativamente, sobre la afirmación básica de que existe una *comunitas orbis*. De la existencia de esta comunidad universal se desprenderían ciertos derechos naturales, entre los que destacan el *ius commercii* y, sobre todo, el *ius communicationis*, que incluye las facultades de migrar y de transitar. Muy probablemente, en suma, hoy la gran contraposición jurídico-política ya no se produce entre ciudadanos y súbditos, sino entre ciudadanía y cosmopolitismo.

V. NOTA BIBLIOGRÁFICA

Sobre la ciudadanía europea, los últimos años han asistido a una auténtica explosión bibliográfica, dentro de la cual vale la pena destacar M. Cartabia, «Cittadinanza europea», en *Enciclopedia giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1995; C. Closa, «Citizenship of the Union and Nationality of the Member States», en *Common Market Law Review*, núm. 32 (1995); M. J. Garot, *La citoyenneté de l'Union Européenne*, L'Harmattan, Paris/Montreal, 1999; P. Juárez Pérez, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Marcial Pons, Madrid, 1998; M. La Torre (ed.), *European Citizenship (An Institutional Challenge)*, Kluwer, The Hague/London/Boston, 1998; V. Lippolis, *La cittadinanza europea*, Il Mulino, Bologna, 1994; S. O'Leary, *The Evolving Concept of European Citizenship*, Kluwer, The Hague/London/Boston, 1996; C. Withol

de Wenden, *La citoyenneté européenne*, Presses de Sciences Po, Paris, 1997.

Sobre el concepto de ciudadanía en general, cabe remitirse, entre otros, a G. Biscottini, «Cittadinanza», en *Enciclopedia del diritto*, vol. 7, Giuffrè, Milano, 1960; F. de Castro, *Derecho civil de España* (reimp. ed. 1952), Civitas, Madrid, 1984; H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado* (trad. esp.), UNAM, México, 1979; F. Rigaux, *Derecho Internacional Privado* (trad. esp.), Civitas, Madrid, 1985; R. Smend, «Ciudadano y burgués en el derecho político alemán», recogido en su volumen *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985. Véase, asimismo, J. M. Espinar Vicente, «Nacionalidad», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. 3, Civitas, Madrid, 1995.

En la literatura politológica y sociológica, aparte del citado trabajo de T. H. Marshall, *Ciudadanía y clase social* (trad. esp.), Alianza, Madrid, 1998, son especialmente dignos de mención R. Brubaker, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)/London, 1992 e Y. N. Soysal, *Limits of Citizenship (Migrants and Postnational Membership in Europe)*, Chicago University Press, Chicago/London, 1994. Puede consultarse, además, D. Zolo (ed.), *La cittadinanza (Appartenenza, identità, diritti)*, Laterza, Roma/Bari, 1994.

Por lo demás, la alusión a la divergencia entre Bártolo y Baldo está tomada de J. Canning, *The Political Thought of Baldus de Ubladis*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987; y la información sobre el goce de derechos políticos en Norteamérica durante el siglo XIX procede de M. J. Garot, «Electeur, soldat, citoyen (Les droits politiques des étrangers aux États Unis, de la période coloniale aux lendemains de la Première Guerre Mondiale)», en *Pouvoirs*, núm. 83 (1997).

En cuanto a la ambigüedad axiológica del concepto de ciudadanía, en fin, véanse los volúmenes de L. Ferrajoli, *Derechos y garantías (La ley del más débil)* (trad. esp.), Trotta, Madrid, 1999, quien hace, además, una exposición del pensamiento de Francisco de Vitoria, y G. Sartori, *La sociedad multiétnica (Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros)* (trad. esp.), Taurus, Madrid, 2001.

La obligación y sus elementos esenciales en el Código civil paraguayo de 1986

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

SUMARIO: A) *Las relaciones jurídicas*: 1) Conceptos de relación y de relación jurídica. 2) Las relaciones jurídicas patrimoniales. La obligación como especie de relación jurídica patrimonial. 3) Derecho personal o de crédito y derecho real. Sus conexiones y diferencias. 4) Derechos creditorios: su origen lógico y cronológico. 5) Su función económica y social. 6) Relaciones jurídicas intermedias. Las obligaciones *propter rem*. Ejemplos. Naturaleza jurídica.—B) *Concepto de obligación*: 1) Su evolución histórica. 2) Definiciones de la obligación. Su clasificación y análisis de acuerdo a las teorías subjetivas, objetivas y a las fundadas en la existencia de una doble relación (débito y garantía). 3) Caracteres esenciales de la obligación: *a)* bipolaridad; *b)* alteridad; *c)* coercibilidad; *d)* temporalidad; *e)* autonomía.—C) *Método*: 1) El ordenamiento de la materia y el plan de enseñanza. 2) Método del Código de Vélez. Ubicación de las obligaciones en el ordenamiento civil. 3) El método del nuevo Código de Paraguay. 4) Antecedentes históricos y códigos modernos. 5) Unificación del Derecho de obligaciones. 6) El estudio del Derecho comparado.—D) *Elementos esenciales y accidentales de la obligación. Concepto*.—E) *Primer elemento esencial: Los sujetos*. 1) Determinación. 2) La obligación y los terceros. 3) Los sucesores. Concepto. Situación.—F) *Segundo elemento esencial: El objeto*. 1) Concepto. 2) Requisitos que debe satisfacer la prestación: *a)* Posibilidad; *b)* Licitud; *c)* Determinabilidad; *d)* Utilidad; *e)* Patrimonialidad. 3) Diversas especies de prestación.—G) *Tercer elemento esencial: El vínculo jurídico*. 1) Concepto. 2) Unidad y pluralidad de vínculos. Disociación de éstos. 3) Las obligaciones recíprocas. Caracteres y efectos. 4) El elemento personal y el coactivo (débito y responsabilidad).—H) *Cuarto elemento esencial: La causa*. 1) Remisión.

A) LAS RELACIONES JURÍDICAS

1) Conceptos de relación y de relación jurídica

La palabra relación, tal como la define el Diccionario de la Real Academia Española, en su segunda acepción, es la «conexión, o correspondencia de una cosa con otra».

El concepto de relación es, pues, sumamente amplio y abarca posibles conexiones entre *objetos* –únicamente– que se dan en el campo del mundo físico; comprende también las relaciones *intersubjetivas*, que se producen cuando entran en contacto los distintos individuos que forman un conglomerado social, y que son objeto del estudio de las distintas *ciencias sociales*.

El ordenamiento jurídico se ocupa solamente de algunas de estas relaciones intersubjetivas y suministra las normas destinadas a regularlas.

Podemos resumir lo expuesto diciendo que la «*relación*», en general, puede ser una conexión entre dos cosas, o entre una cosa y un sujeto, o entre dos sujetos; las conexiones entre sujetos reguladas por el derecho son llamadas «*relaciones jurídicas*».

Concepto de relación jurídica

«Es una especie de *relación social* (es decir, relación entre personas), en virtud de la cual determinadas *situaciones de hecho* aptas para la satisfacción de algunos fines o intereses son consideradas por el grupo social dignas de protección, razón por la cual se reconocen a los sujetos de la relación facultades o prerrogativas y se les imponen los correlativos deberes».

Las relaciones jurídicas suelen engendrar derechos subjetivos; el titular del derecho subjetivo (o sujeto activo) es la persona que goza de las facultades o prerrogativas que le permitirán satisfacer sus fines o intereses.

La relación jurídica engendra también deberes; el principal de ellos –propio de toda relación jurídica– es de carácter general e indeterminado, ya que pesa sobre el resto del grupo social, y es el de permitir que el titular del derecho subjetivo satisfaga sus intereses, sin perturbarlo. Este deber de respeto es una de las notas más características de la relación jurídica.

La situación de hecho tutelable puede ser otra relación social (es decir, de persona a persona), como en el derecho subjetivo que nace de los vínculos obligatorios, llamados también por esa causa derechos personales; o puede ser una relación de índole natural entre el titular del derecho subjetivo y una cosa (*res*), caso en el cual nos enfrentamos con la categoría de los denominados derechos *reales*.

Estos ejemplos no agotan las situaciones de hecho merecedoras de protección, y por ello vemos que los *ius* filósofos distinguen otras categorías de derechos subjetivos, como los derechos intelectuales y los derechos personalísimos en el campo del derecho privado.

Finalmente, deseamos hacer notar que, a nuestro entender, el concepto de relación jurídica es temporal y relativo, pues en determinadas épocas el grupo social considera dignos de tutela algunos intereses que en otras épocas no fueron merecedores de ella; y, a la inversa, intereses que merecieron protección en otras épocas, hoy no gozan del mismo trato e, incluso, en algunos casos son reprobados por el ordenamiento jurídico actual (como sucede con la esclavitud). Esta relatividad se vincula con los cambios que se producen en la estructura social, en sus necesidades y en sus usos y costumbres.

2) Las relaciones jurídicas patrimoniales

Trazando una gran división entre las distintas relaciones jurídicas, podemos distinguir en primer lugar entre las que tienen carácter patrimonial y las no patrimoniales. A su vez, dentro de las relaciones jurídicas de carácter patrimonial, puede efectuarse una división tripartita: *a)* derechos personales; *b)* derechos reales, y *c)* derechos intelectuales.

Los derechos personales, u obligaciones, son una subespecie de las relaciones jurídicas de tipo patrimonial.

Siguiendo a nuestro maestro, el profesor cordobés Pedro León, diremos que la *relación jurídica* es un concepto jurídico. En nuestro quehacer diario apreciamos la importancia que tiene el uso de los conceptos, ya que no es posible pensar, hablar, ni comunicarse con nuestros semejantes sino valiéndose de conceptos. La ciencia jurídica también utiliza conceptos, extrayéndolos a veces de la experiencia de la vida real o elaborándolos como herramientas de técnica jurídica.

Por ejemplo, cuando una norma del Derecho civil impone a un propietario el deber de resarcir los daños y perjuicios causados por la ruina de un edificio nos encontramos frente al concepto de **edificio ruinoso** que ha sido extraído de la experiencia de las cosas.

Pero en la misma norma encontramos otros conceptos que no son el fruto de la observación de hechos del mundo exterior ni están deducidos de la experiencia, sino que se puede decir que son anteriores a ella, razón por la cual los filósofos del derecho los llaman conceptos *a priori*. Entre estos conceptos, indispensables para poder pensar y comprender los fenómenos jurídicos, están el de *situación de hecho* y el de *consecuencia jurídica*. ¿Por qué? Porque todas las normas jurídicas, sea cuales fueren, pertenezcan al Derecho privado o al Derecho público, al Derecho civil o al Derecho penal, están articuladas lógicamente de este modo: «si acaece tal hecho, se le debe aplicar tal consecuencia jurídica».

La *situación de hecho*, o *hecho condicionante* —que el Código de Vélez caracterizaba como *hecho jurídico* en el antiguo art. 896—, es uno de esos conceptos *a priori*. Lo mismo los conceptos de derecho subjetivo, deber jurídico, sujeto de derechos y deberes, etc., ya que no podemos concebir un orden jurídico sin que sea atributivo o declarativo de derechos de los hombres y, al mismo tiempo, les imponga deberes. Todos estos conceptos preceden a la formación y aplicación de las normas jurídicas.

La obligación como una especie de relación jurídica patrimonial.

Ya hemos dicho que el concepto de *relación*, en el lenguaje corriente, señala la existencia de un vínculo, sea entre objetos, o entre sujeto y objeto, o entre sujetos. Estas relaciones pueden ser simples relaciones de hecho, y pueden interesar a distintas ciencias o a ordenamientos normativos. La fórmula del agua, H₂O, es una mera relación entre objetos que interesa a la química; la conducta de las personas, mirada internamente, interesa a la Ética; su relación con otros hombres importa al trato social y, en algunos casos —como lo hemos visto anteriormente—, interesa al derecho.

Las *relaciones jurídicas* SON el vínculo que existe entre dos o más sujetos, en virtud del cual uno de ellos tiene la facultad de exigir a otro el respeto de una «situación de hecho» que favorece al primero; en resumen, estos vínculos jurídicos otorgan a una persona facultades o prerrogativas frente a otros sujetos que tienen el deber de respetar esas facultades e incluso de cumplir con alguna conducta determinada.

Las obligaciones constituyen un tipo especial de relación jurídica, que procuraremos analizar a continuación aclarando el significado técnico que damos al vocablo en el terreno jurídico.

Obligación:

La palabra *obligación*, que hemos utilizado para denominar a nuestro Curso, corresponde a una relación jurídica de tipo patrimonial, integrada por dos polos: el crédito y la deuda.

Pero sucede que ese vocablo es multívoco; tiene varios significados y con frecuencia sucederá que —tanto el legislador, como nosotros mismos en el desarrollo del trabajo— lo utilizaremos no para designar la totalidad de la relación jurídica sino solamente la faz pasiva, es decir, la deuda; y en algunos casos, genéricamente, como sinónimo de «deber».

Otras veces, refiriéndonos a actividades económico-jurídicas, se emplea la palabra «obligación» para nombrar a un título o instru-

mento de crédito. Por ejemplo, decimos que una sociedad anónima emite «obligaciones», aludiendo a los títulos de crédito o papeles de comercio.

En sentido técnico, sin embargo, emplearemos el vocablo para caracterizar a una relación jurídica completa, integrada por los siguientes elementos esenciales: *a*) causa generadora; *b*) sujetos (acreedor y deudor); *c*) objeto (prestación), y *d*) vínculo obligatorio (con el doble aspecto de débito y responsabilidad).

Deuda:

En lo que atañe a la deuda sucede algo similar, porque se habla indistintamente de deuda, débito, deber y obligación, empleándose estos cuatro vocablos como sinónimos.

Los dos primeros significan más o menos lo mismo; pero si utilizamos el vocablo «obligación» para referirnos a la faz pasiva de la relación (la deuda), le estamos dando un sentido mutilado.

El término *deber*, por su parte, es de carácter genérico y señala de manera amplia la conducta que deben observar los sujetos, tanto en el orden social como en el moral o jurídico. Dentro del campo jurídico la palabra *deber* tiene un significado más amplio que el vocablo deuda. *Deber* se aplica a la conducta que todos tienen que observar frente a los demás; en cambio, la deuda o débito es un deber jurídico limitado específicamente a la conducta que corresponde al sujeto pasivo de la relación jurídica obligatoria: el cumplimiento de la *prestación*.

Insistimos: sobre todos los que viven en sociedad pesan «deberes jurídicos», entre los que podemos mencionar los de obrar con diligencia, no causar daño a otro, respetar la intimidad, etc., cuya violación culposa engendrará la «obligación» de reparar los daños y perjuicios que se ocasionen; el artículo 421 traduce el «deber» de obrar con diligencia y sanciona al que lo infringe.

Por tratarse de un trabajo destinado a lectores españoles nos ha parecido conveniente reproducir en nota los principales textos del Código paraguayo para facilitar su consulta. En este caso el artículo 421 ha tenido como fuente en su primer párrafo a los artículos 506 y 511 del Código de Vélez, y en el segundo párrafo al artículo 512, que es concordante con lo que dispone el primer párrafo del artículo 1104 del Código civil español ¹.

¹ «Artículo 421 (Código de Paraguay).—El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación.

Habrà culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano.»

El «deber jurídico general» no tiene un destinatario individualizado, a diferencia del «deber» que emana de la relación jurídica obligatoria, en la cual el sujeto pasivo (deudor) está obligado frente al sujeto activo (acreedor), y nadie más. En la obligación encontramos una especie de circuito cerrado que vincula a los dos sujetos que se encuentran en uno y otro polo de la relación, mientras que sobre el resto de la colectividad solamente pesa el «deber genérico» de no perturbar esa relación.

En resumen: la relación social es un vínculo entre personas; este concepto se proyecta en el campo del derecho, donde encontramos la relación jurídica que faculta a un sujeto a exigir a otros una conducta determinada; finalmente, la relación jurídica obligatoria crea un vínculo entre dos sujetos, acreedor y deudor, en virtud del cual el acreedor puede exigir al deudor el cumplimiento de una prestación de contenido patrimonial.

3) **Derecho personal o de crédito y derecho real**

El Código de Vélez distribuyó las materias sobre la base de contraponer dos categorías fundamentales de derechos subjetivos patrimoniales: los derechos personales y los derechos reales. Pero bajo la denominación de derechos «personales» incluyó tanto las «relaciones de familia» (a las que dedicó la Sección Segunda del Libro Primero) como los «derechos personales en las relaciones civiles» (Libro Segundo), incurriendo en una imprecisión terminológica que le valió muchas críticas, ya que empleaba el giro «derechos personales» con dos acepciones distintas.

Esta posición de Vélez Sársfield fue tomada de Ortolan, a quien cita en la nota al viejo artículo 497, y obedece a una concepción filosófica que distingue entre los derechos absolutos (o reales) y los relativos (o personales); los primeros se caracterizan porque se dan «erga omnes», y toda la colectividad debe respetarlos; en cambio, en los relativos hay un sujeto determinado que debe una conducta concreta. Tomando como punto de partida estas notas características, se aplica la misma denominación de «derechos personales» a las relaciones de familia y a una de las categorías de derechos patrimoniales, pese a la evidente disparidad que existe entre ellas.

El nuevo Código paraguayo mantiene la distinción entre obligaciones y derechos reales y les destina libros distintos, pero supera la crítica en cuanto sólo habla de «derechos personales» cuando se refiere a las relaciones de familia (Libro Primero, Título III), suprimiendo ese giro cuando trata de las obligaciones (Título I del Libro Segundo) o sus fuentes (Libro Tercero).

Sus conexiones y diferencias

Tanto las obligaciones como los derechos reales integran el patrimonio de una persona (art. 1873, segundo párrafo)²; el principal elemento común de estas relaciones jurídicas es su contenido patrimonial. Cuando el sujeto muere esos derechos pasan a sus herederos (art. 2446)³, comprendiendo la herencia «todos los bienes, así como los derechos y obligaciones del causante que no se hubieren extinguido por su fallecimiento» (art. 2444).

La patrimonialidad es, pues, un punto de conexión entre ambos tipos de relaciones jurídicas.

Además —y pese a lo que se ha sostenido tantas veces— el «erga omnes» no es característica diferencial de los derechos reales, sino que tanto estos como los derechos creditorios deben ser respetados por el resto de la colectividad. Así, por ejemplo, si yo tengo un sello grabador y contrato la exclusividad con el tenor Plácido Domingo, esa relación obligatoria debe ser respetada por *todos*, y el que pretendiera grabar sus canciones a mis espaldas estaría violando el derecho de crédito. Este deber de respeto de toda la colectividad, con relación a los derechos creditorios, encuentra desde muy antiguo consagración en la «acción revocatoria», que hace responsables por el fraude a los terceros que han sido cómplices del acto violatorio del crédito.

Establecer las pautas que sirven para distinguir o clasificar en categorías suele ser siempre tarea difícil, pues si bien en los casos extremos se encuentran características netamente diferenciables, hay numerosas situaciones que se ubican en las denominadas «zonas grises», donde encontramos relaciones que suelen presentar notas propias de las distintas categorías. Así, por ejemplo, suele distinguirse las obligaciones de los derechos reales diciendo que el transcurso del tiempo actúa sobre las primeras extinguiéndolas y sobre los segundos permitiendo su adquisición por usucapión; esta diferencia es válida en líneas generales, pero encontramos también algunos derechos reales que se extinguen por prescripción liberatoria (diez años de no uso de la servidumbre o el usufructo, arts. 2204, inc. e y 2264, inc. f, respectivamente).

² «Artículo 1873 (Código de Paraguay).—... El conjunto de los bienes de una persona, con las deudas o cargas que lo gravan, constituye su patrimonio.»

³ «Artículo 2446 (Código de Paraguay).—Desde la muerte del causante, sus herederos le suceden en sus derechos efectivos y en los eventuales...»

Objeto:

El punto de diferencia más neto entre las obligaciones y los derechos reales se encuentra en el «objeto», que en estos últimos es una cosa que el titular aprovecha de manera directa e inmediata, mientras que en las obligaciones es la conducta de otro sujeto (prestación) destinada a satisfacer los intereses del acreedor.

Cuando la prestación consiste en meras actividades humanas (obligaciones de hacer o de no hacer) en las que no aparecen «cosas» de manera alguna, no resulta difícil diferenciar las obligaciones de los derechos reales; pero el problema se torna más arduo frente a las obligaciones de dar, en las cuales ya se encuentra una cosa como «objeto» de la prestación, y el análisis se complica en el nuevo Código, que otorga a los contratos efectos «reales», permitiendo en muchos casos que la propiedad se transmita por sólo el consentimiento (art. 716)⁴.

Al haberse suprimido la tradición como elemento constitutivo de los derechos reales, el adquirente de una cosa se convierte simultáneamente en propietario y acreedor de su entrega; vemos así que tanto el adquirente de un inmueble (art. 1968)⁵ como el de cosas muebles (art. 2061)⁶ se hacen dueños en virtud del contrato traslativo de la propiedad. Además, atento lo dispuesto en el nuevo artículo 761, los provechos y riesgos de la cosa corresponderán al comprador, que no es un mero acreedor, sino un verdadero propietario, solución que aparentemente es fiel al viejo principio romano de que tanto el «*commodum*» como el «*periculum*» recaen sobre el dueño; pero que en este caso entraña una injusticia pues la cosa todavía no se ha entregado.

Para facilitar la comprensión de las características que presenten las relaciones jurídicas reales y personales procuraremos brindar unos esquemas que las representen, inspirándonos en las enseñanzas del *ius* filósofo belga Picard.

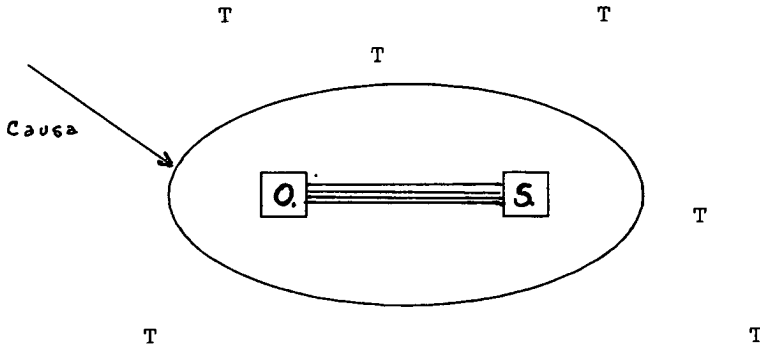
Nos ocuparemos en primer lugar de los Derechos reales (ver cuadro 1).

⁴ «Artículo 716 (Código de Paraguay).—Salvo estipulación contraria, los contratos que tengan por finalidad la creación, modificación, transferencia o extinción de derechos reales sobre cosas presentes determinadas, o cualquier otro derecho perteneciente al enajenante, producirán esos efectos entre las partes desde que el consentimiento se haya manifestado legítimamente.»

⁵ «Artículo 1968 (Código de Paraguay).—La propiedad de bienes inmuebles se transmite por contrato. Los títulos traslativos de dominio están sujetos a la toma de razón en el Registro de Inmuebles para que produzcan efectos respecto de terceros.»

⁶ «Artículo 2061 (Código de Paraguay).—Las cosas muebles podrán adquirirse por contratos traslativos de propiedad, conforme a las disposiciones de este Código.»

CUADRO 1
Derecho real



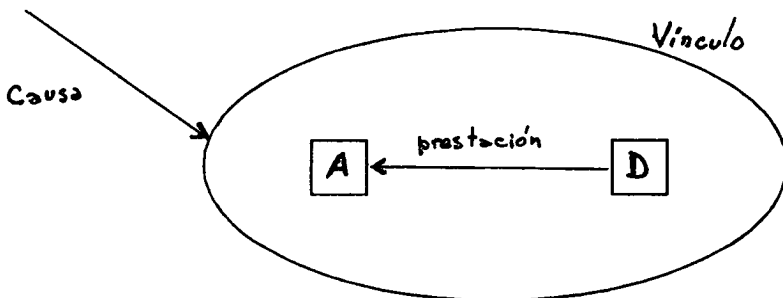
Todas las relaciones jurídicas, tanto las de derecho real como las creditorias, tienen una causa generadora que les da origen y que crea un «vínculo».

En el caso del derecho real el sujeto = S goza de un haz de facultades (representadas en el esquema por una serie de rayas paralelas) que le permiten extraer de manera directa todas las ventajas que puede brindarle la cosa u objeto = O de su propiedad.

El vínculo, al mismo tiempo que une al titular del derecho real = S, con el objeto = O, está excluyendo a los terceros = T, que deben abstenerse de turbar al sujeto ya que ese tipo de relación jurídica se da «erga omnes».

Trataremos también aquí de representar gráficamente un derecho personal de obligación (ver cuadro 2).

CUADRO 2
Derecho personal



También allí encontramos la causa –fuente generadora– como un elemento externo que hace nacer la relación jurídica obligatoria, integrada por un vínculo (que hemos representado por un óvalo cerrado) que une a dos sujetos, el acreedor = A, y el deudor = D, y que tiene como objeto la prestación, que es el hecho o actividad que hemos representado también con una flecha, que debe realizar el deudor a favor del acreedor y que una vez cumplida trae como consecuencia inmediata que la obligación se extinga.

Procuraremos ahora pasar revista a las principales diferencias entre obligaciones y derechos reales.

a) *Duración.* Las obligaciones tienen como característica la *temporalidad*: nacen para morir. El fin jurídico perseguido por la relación jurídica obligatoria es la ejecución de la prestación, y cuando el deudor cumple la conducta debida la obligación se extingue.

Los derechos reales, en cambio, tienen como objeto la atribución de cosas particulares y el uso y goce de esas cosas. Quien las utiliza, al ejercitar su derecho no lo extingue, sino que lo asegura y reafirma; esto hace que algunos autores sostengan que los derechos reales son *perpetuos*, lo que no es totalmente exacto ya que los derechos reales desmembrados (usufructo, uso y habitación) son vitalicios (ver arts. 2232, 2264, inciso *b*; 2281 y 2293); y los de garantía (prenda e hipoteca), al ser accesorios de un crédito, son también temporales.

Lo que diferencia a unos de otros, insistimos, es que el ejercicio del crédito, dando cumplimiento a su objeto, acarrea su extinción, mientras que al ejercitar las facultades que el derecho real confiere sobre el objeto la relación perdura y se fortalece.

b) *Forma de creación.* Los derechos reales son de creación legal (art. 1953)⁷, habiéndose inclinado el legislador por el sistema del «*numerus clausus*» que limita la posibilidad de crearlos, admitiéndose únicamente las figuras que la ley ha previsto y con el contenido que ella les fija; así, por ejemplo, las partes no podrían convencionalmente determinar la regulación del usufructo de manera distinta, o darle a una hipoteca características diferentes a las que la ley establece.

Las obligaciones, en cambio, admiten creación convencional, y las partes pueden darles un contenido multiforme y variable.

⁷ «Artículo 1953 (Código de Paraguay).—Todo derecho real sólo puede ser creado por la ley. Los contratos o disposiciones de última voluntad que tuviesen por fin constituir otros derechos reales o modificar los que este Código reconoce, valdrán como actos jurídicos constitutivos de derechos personales, si como tales pudiesen valer.

Son derechos reales: el dominio y el condominio, el usufructo, el uso y la habitación, las servidumbres prediales, la prenda y la hipoteca.»

Sólo de manera muy general decimos que las obligaciones son de dar, hacer o no hacer; pero la combinación de estos elementos permite infinitas posibilidades de derechos personales, que variarán según el tipo de prestaciones que hayan establecido las partes en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 715⁸.

En resumen, mientras el número de derechos reales es limitado y su contenido está fijado por la ley, el número de posibles relaciones obligatorias es ilimitado y su contenido lo regulan las partes libremente.

c) *Preferencias* (prioridad y privilegios). En materia de derechos reales la ley acuerda una «prioridad temporal», en virtud de la cual el primero en el tiempo goza de mejor derecho.

En cambio en el campo de las relaciones obligatorias, cuando el patrimonio funciona como garantía común de los acreedores, en principio concurren a prorrata, cualquiera sea la fecha de su crédito (art. 434, primer párrafo). No hay «prioridad temporal», pero en cambio podemos encontrar créditos que gocen de una preferencia acordada por la ley en razón de la naturaleza de la prestación o la causa que lo originó, y a esas preferencias —que estudiaremos oportunamente como una de las facultades que integran el derecho de crédito— se las llama «privilegios» (ver art. 434, segundo párrafo).

Este distinguo se ha acentuado en el nuevo Código como consecuencia del sistema adoptado para la transmisión del dominio, ya que en el Código de Vélez, de manera excepcional, los acreedores a la entrega de la cosa gozaban de una «prioridad temporal» antes de que se hubiese efectuado la tradición que constituía el nuevo derecho real (ver los antiguos arts. 593 y 596). En el cuerpo legal vigente, en cambio, aunque el primer párrafo del artículo 466 y el último del 467 parecen contemplar situaciones análogas y mantienen el uso de la palabra acreedores⁹, las hipótesis a que ellos se refieren corresponden en realidad al campo de los derechos reales, porque esos «acreedores» son ya dueños de la cosa desde el momento en que se celebró el contrato, por lo que debemos concluir que esta-

⁸ «Artículo 715 (Código de Paraguay).—Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas.»

⁹ «Artículo 466 (Código de Paraguay).—Cuando varios acreedores tuvieren derecho a la entrega de un mismo inmueble, será preferido aquel que primero inscribió su título en el registro...»

«Artículo 467 (Código de Paraguay).—Entre varios acreedores con derecho a una misma cosa mueble será preferido, si no se hubiere hecho la tradición, aquél a quien debía ser restituida, si de ella tenía título que acredite su dominio. En su defecto, será preferido el acreedor de título más antiguo.»

mos en presencia de la «prioridad temporal» que caracteriza a los derechos reales.

Finalmente, hay algunas preferencias temporales que dependen de la voluntad de las partes, en el terreno de los derechos reales de garantía (prenda e hipoteca), por los que se otorga a un determinado acreedor ventajas sobre un bien, permitiéndole que cobre su crédito sobre el importe del precio que se obtenga de la venta del bien gravado con la prenda o hipoteca.

Aunque el nuevo Código de manera reiterada, al referirse a las preferencias que surgen de la prenda y la hipoteca, habla de la existencia de un privilegio (ver arts. 435; 437, inciso *c*); 483, inciso *d*); 2330; 2332; 2381; etc.), se trata en realidad de una «prioridad temporal» que surge de la naturaleza de derecho real que tienen esas relaciones jurídicas. Por eso la preferencia otorgada a la hipoteca y a la prenda con registro se computa a partir del día en que se tomó razón de ellas en el Registro público correspondiente (arts. 435 y 2334)¹⁰, y cuando hay varias inscripciones del mismo día concurren a prorrata.

Técnicamente, pues, debe distinguirse entre las «prioridades», que son preferencias temporales propias de los derechos reales, y los privilegios, que son preferencias que la ley acuerda a determinados créditos en razón de su naturaleza o causa.

d) *Influencia del tiempo*. Hemos señalado más arriba el dístico que puede establecerse entre los derechos reales y las obligaciones respecto a su duración, y dijimos que se vincula con el ejercicio mismo del derecho. Una consecuencia directa de esa característica es que el tiempo actúa también de manera diferente sobre la vida de los derechos reales y de las obligaciones.

A la ley le interesa especialmente la *seguridad jurídica*, que no depende tanto de la permanencia o extinción de las relaciones cuanto de la certeza sobre si existen o no.

La condición natural de las personas es de libertad, no de sujeción, y por ello, como hemos visto, el vínculo obligacional no puede ser perpetuo; la ley establece entonces que si las partes permanecen inactivas durante largo tiempo, si el deudor no cumple y el acreedor no exige, el vínculo obligatorio se extinguirá para que el sujeto deudor recupere su condición natural. Esto es lo que se llama *prescripción extintiva o liberatoria*, que pone fin a las rela-

¹⁰ «Artículo 435 (Código de Paraguay).—... El privilegio especial de la hipoteca, confiere el derecho al pago con preferencia del crédito garantizado. Aquél será computado desde la inscripción del derecho real de garantía, en el registro público correspondiente. Las inscripciones del mismo día concurren a prorrata...»

«Artículo 2334 (Código de Paraguay).—El contrato de prenda con registro debe formalizarse por instrumento público o privado, pero sólo producirá efectos con relación a terceros desde el día de su inscripción en el registro correspondiente...»

ciones obligatorias, extinguiendo la acción que permitía exigir su cumplimiento.

La inactividad de las partes, proyectada en el tiempo, crea la apariencia de la inexistencia del vínculo, y la «seguridad jurídica» consagra esta solución para que la libertad del sujeto no permanezca trabada de manera indefinida.

Pero como hemos señalado más arriba, la prescripción liberatoria no solamente afecta a las obligaciones, sino que también incide sobre las servidumbres y los derechos reales desmembrados (usufructo, uso y habitación), que se extinguen por su no uso durante diez años. Es que —como bien lo señala Ginossar— esos derechos tienen algunas características similares a las de la relación obligatoria¹¹, pues frente al sujeto activo, titular de la servidumbre o derecho desmembrado, hay un sujeto pasivo, propietario del bien, que ve coartada su plena libertad en el ejercicio de las facultades propias del dominio¹². El no uso prolongado en el tiempo creará una apariencia de que el derecho desmembrado no existe, y a la seguridad jurídica le interesa establecer con certeza el estado en que se encuentran los titulares de derechos. La consecuencia será que se extinga el derecho desmembrado y que el titular del dominio recupere la libre disposición de todas las facultades inherentes a la propiedad.

Otra cosa sucede con la llamada *prescripción adquisitiva* o *usucapión*, donde el tiempo influye para que el sujeto adquiera un derecho real que se encontraba ejercitando como si fuera su titular.

Aquí la ley tiene en cuenta la naturaleza, finalidad y forma de ejercicio de los derechos reales por los cuales se atribuye al sujeto la titularidad sobre algunos bienes para que los goce y les haga rendir utilidad, lo que redundará en provecho no sólo del titular, sino de toda la comunidad, cuyo bienestar general se incrementa si los bienes no permanecen improductivos.

El sujeto que trabaja y hace rendir provecho a los bienes actuando como si fuese su dueño, aunque no lo sea, cumple una función social útil ya que contribuye al desarrollo económico de toda la colectividad, y el derecho premia su actividad, al cabo de algún tiempo, otorgándole la propiedad de la cosa, aun en detrimento del verdadero dueño que no se preocupó de darle un destino útil.

Vemos así cómo la posesión de la cosa, sumada al tiempo, convierte al sujeto en titular del derecho real que ejercía de manera aparente, aunque en verdad no lo era.

¹¹ Vid. S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ, Paris, 1960, p. 14: «¿... por qué no mencionar los innumerables derechos reales cuyos efectos son similares a los de un derecho de crédito?»

¹² Autor y obra citados en nota anterior, p. 15.

El tiempo, pues, actúa de dos formas distintas sobre la vida de los derechos, y por ello el nuevo Código ha dado un tratamiento separado a la «usucapión», que ha sido legislada en el Libro Cuarto, que trata de los derechos reales, como un modo de adquirirlos (arts. 1989 a 1999); y a la «prescripción liberatoria», tratada en el Libro Segundo, dentro del Título II que se destina a las obligaciones, como un modo de extinguirlas (Cap. V, arts. 633 a 668), aunque debemos reiterar la salvedad ya efectuada de que algunos derechos reales se extinguen por el no uso.

Los puntos que hemos señalado no agotan las diferencias que los autores suelen enumerar, pero —como hemos dicho anteriormente— algunas de esas características no se presentan en todas las relaciones, sino solamente en los casos más extremos, mientras que en otros casos la relación obligatoria presenta características que suelen atribuirse a los derechos reales, y viceversa.

La realidad nos muestra que los derechos reales y los derechos de crédito no se mueven en dos esferas incomunicadas, sino que en la vida jurídica hay un permanente intercambio de relaciones e influencias; verbigracia, ambos derechos, el real y el de crédito, pueden reconocer la misma fuente, hecho que se presenta de manera clara en el nuevo Código paraguayo al haberse adoptado el sistema de la transmisión del dominio por efecto directo del contrato. Así, en el caso de la compraventa, ese acto jurídico bilateral sirve de fuente a las obligaciones recíprocas de entregar la cosa vendida y pagar el precio, y al mismo tiempo es la fuente del derecho real de dominio que adquiere el comprador.

Además, de todo derecho real violado, menoscabado, surge la obligación de reparar el daño; dicho en otras palabras, el ataque perpetrado contra un derecho real sirve de fuente a una obligación. Cuando un intruso se apodera de la cosa ajena, quedará sometido a las acciones posesorias (arts. 1940 a 1952), debiendo restituir la cosa de que se apoderó indebidamente; y también estará obligado a resarcir los daños y perjuicios que ocasionó con su actuar ilícito.

Por último, y como lo hemos señalado antes, hay derechos reales, como la prenda y la hipoteca, que son accesorios de un derecho de crédito.

4) Derechos creditorios: su origen lógico y cronológico

Hemos visto que en épocas recientes ha tomado forma, dentro de los derechos patrimoniales, una nueva categoría: los derechos intelectuales, a los que el nuevo Código dedica el Título VIII del Libro Cuarto (arts. 2165 a 2187), y también otras normas como las

relativas al contrato de edición (arts. 867 a 879), y el artículo 20¹³. Esta categoría de derechos es la de aparición más reciente.

Debemos ahora preguntarnos qué categoría apareció primero en la vida jurídica ¿Las obligaciones o los derechos reales?

La noción de propiedad parece ser una noción innata, propia de la naturaleza humana; de esta forma la lógica inclina a pensar que lo primero que el hombre aprehende es el concepto de *derecho real*, es decir, el concepto de titularidad sobre las cosas de las que se apropia. Aun antes de que se organicen sistemas jurídicos perfeccionados, estará presente en los pueblos más primitivos la relación natural que se da entre el hombre y la cosa, es decir, el *derecho real*, que el propio titular se encargará de defender contra los ataques de los demás.

La noción de obligación, en cambio, parece requerir una evolución y espiritualización de las ideas para lograr un deslinde entre ambos tipos de relaciones jurídicas patrimoniales y llegar por esta vía a delimitar los vínculos de carácter personal que imponen a un sujeto el deber de cumplir, a favor de otro, una prestación.

La obligación aparecerá junto con las necesidades del tráfico o del comercio económico, es decir, servirá para regular la actividad de un hombre que coopera con otros hombres; pero estos contactos son posteriores a la simple noción de propiedad individual, que nace con anterioridad a las necesidades del comercio.

Estas especulaciones de carácter lógico respecto al origen de las obligaciones y de los derechos reales se ven corroboradas cuando se efectúa una indagación histórica en los derechos primitivos con el propósito de establecer cronológicamente la fecha de su aparición.

Históricamente, aparece primero la propiedad común del grupo sobre cosas indispensables para la subsistencia (alimentos, armas, vivienda), y la propiedad individual sobre cosas de uso personal (vestidos); y si indagamos en las etapas más primitivas del Derecho germánico o del Derecho romano, veremos que no se conocían las obligaciones. La única forma de sujeción de la actividad de un individuo a favor de otro era la esclavitud, pero la esclavitud estaba concebida como una forma de «propiedad», es decir, una variante de los derechos reales.

El derecho a obtener un servicio, o el cumplimiento de una determinada conducta, estaba ligado a la relación de potestad que sujetaba a casi todos los miembros del grupo frente al jefe, que esta-

¹³ «Artículo 20 (Código de Paraguay).—Los derechos de propiedad industrial están sometidos a la ley del lugar de su creación, a no ser que la materia esté legislada en la República.

Los derechos intelectuales son regidos por la ley del lugar de registro de la obra.»

ba investido con la facultad de disponer de todas las cosas que pertenecían al grupo. En esta etapa primitiva las conductas humanas que hoy son el objeto de las relaciones obligatorias eran consecuencia de una relación de propiedad.

En el campo del comercio, a su vez, el primer fenómeno que aparece es el trueque, que consiste en el intercambio directo de titularidades del derecho real de propiedad sobre las cosas que se permutan. Además, esos intercambios se realizaban entre personas que se hallaban presentes y tenían efectividad de manera inmediata, a punto tal que en los sistemas jurídicos primitivos no se concebía la posibilidad de obligaciones a plazo; si alguien difería la entrega..., *no estaba obligado* ni podía exigírsele el cumplimiento de la entrega.

El derecho real es, pues, una categoría jurídica más antigua; mientras que las obligaciones son una forma más intelectualizada de las relaciones jurídicas.

5) Su función económica y social

De lo dicho anteriormente se desprende ya la idea de que las obligaciones cumplen una importante función económica, pues permiten espiritualizar el trueque y sustituirlo por relaciones jurídicas que se proyectan en el tiempo y en las cuales puede diferirse la entrega de la cosa que debe dar uno de los contratantes, o comprometerse la prestación de una conducta o servicios distintos a la simple entrega de cosas.

De esta forma las obligaciones prestan un servicio utilísimo al intercambio económico, ya que la producción y circulación de la riqueza –actividad propia de la Economía Política– se encauza jurídicamente por medio de la constitución de vínculos obligatorios que, al cumplirse, hacen pasar los bienes de mano en mano, o prestan servicios que contribuyen a la producción de nuevos bienes y al progreso de la economía.

El derecho real es, por lo general, estático, porque una vez creado se suele mantener sin modificaciones o alteraciones, otorgando a su titular la facultad de extraer de manera directa beneficios de la cosa que es objeto de ese derecho; pero la estática del derecho real no es absoluta, sea porque puede pasar de un sujeto a otro con el mismo contenido, sea porque del derecho de dominio pueden desmembrarse otros derechos, como el usufructo, el uso y la habitación.

La vía para transmitir el derecho de dominio, o para constituir un derecho desmembrado, es –por lo general– el contrato que se celebra entre el titular del derecho y el tercero que desea adquirirlo. Ese contrato cumple una función de intermediación en la vida diná-

mica de los patrimonios y, de acuerdo a lo que dispone el nuevo Código, transmite el derecho real y engendra la obligación de entregar la cosa a quien la adquirió para que pueda ejercitar sobre ella las facultades propias del dueño. De esta manera las obligaciones cumplen una función económica vital, pues contribuyen a la circulación de la riqueza. Ésta es, pues, la función económica que cumplen los derechos creditorios.

En cuanto a su función social, debemos destacar –como muy bien lo ha hecho notar el ilustre jurista italiano Betti– que las obligaciones son una herramienta indispensable para que se haga efectiva la colaboración que todo individuo necesita recibir de los otros integrantes del grupo social para desarrollar plenamente sus aptitudes¹⁴.

Toda persona necesita, para su supervivencia, de la cooperación de los demás miembros de la colectividad, y ella –a su vez– debe retribuir los servicios que recibe con otros servicios que da o promete dar; el cauce más adecuado para que se cumplan estas prestaciones recíprocas es el de las relaciones jurídicas obligatorias.

Betti pone el acento en esta función de las obligaciones, llegando a afirmar que el *derecho personal es el derecho de la cooperación social*¹⁵, y que esta nota sirve para distinguir las obligaciones de los derechos reales¹⁶.

Señala, además, que en esta función de cooperación encontramos el justificativo de algunas instituciones como «el pago efectuado por terceros». En efecto, hemos dicho que una característica de las relaciones jurídicas es que engendran el deber de que el resto de las personas las respeten y no se inmiscuyan en ellas, y que este deber general existe tanto frente a las relaciones de derecho real como obligacional.

Sin embargo, hay casos en que se permite que un tercero extraño a la relación obligatoria intervenga en ella y preste la colaboración que el acreedor buscaba pagando, es decir, ejecutando la prestación que estaba a cargo del deudor. Esos dispositivos que permiten a un tercero –incluso no interesado– inmiscuirse en la vida de la relación obligatoria no tendría justificativo si no se fun-

¹⁴ Vid. EMILIO BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, traducción al castellano de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, ed. Rev. de Der. Privado, Madrid, 1969.

El jurista italiano dedica los siete capítulos de la Sección Primera de su obra a la función económico-social de la obligación.

¹⁵ «... está orientada por la luz de una idea: la necesidad de cooperación entre los que viven en sociedad», otra citada en nota anterior, t. 1, p. 2.

¹⁶ «... en las relaciones de derecho real se resuelve un problema de atribución de bienes; en cambio, en las relaciones de obligación se resuelve un problema de cooperación», obra citada, p. 3.

dasen en la *función de cooperación*. Pero si ponemos de relieve esa función social que está presente en las relaciones obligatorias, donde ambos sujetos –acreedor y deudor– deben cooperar para que se logre el fin perseguido (cumplimiento de la prestación), no resulta difícil admitir la intervención de terceros en el pago, ya que al orden jurídico le interesa que se haga efectiva la cooperación entre los sujetos, aunque a veces para ello se sustituya al deudor por un tercero. Por eso el inciso *b*) del artículo 420 menciona la posibilidad de que el acreedor, cuando el deudor no cumple, se procure la prestación por otro «a costa del obligado».

En *resumen*, la función social de las obligaciones es permitir que los sujetos logren satisfacer sus legítimos intereses por medio de la cooperación, prestándose unos a otros determinados servicios. Sólo esta finalidad justifica la existencia de instituciones, como el pago por terceros (arts. 548 y 549)¹⁷ o el cumplimiento de la obligación por otro a costa del deudor (art. 420, inciso *b*).

6) Relaciones jurídicas intermedias. Las obligaciones *propter rem*

El tema de las relaciones jurídicas intermedias está conectado con la distinción entre los derechos de crédito y los derechos reales, porque se sostiene que hay algunas relaciones jurídicas en que aparece una superposición entre características propias de una y otra categoría.

Nos referiremos aquí a las relaciones que tradicionalmente suelen denominarse obligaciones *propter rem*, u *ob rem*, es decir, relaciones jurídicas que existen en razón o con motivo de una cosa y que gravitan sobre una persona mientras ésta se encuentra en relación de propiedad o posesión de esa cosa.

Basándose en esa conexión, suele afirmarse que estas relaciones jurídicas intermedias serían –en cierta manera– correlativas de derechos reales y que configurarían una excepción al principio de que «no hay obligación que corresponda a los derechos reales».

La doctrina suele llamarlas también *ambulatorias*, porque los sujetos –sea el sujeto activo, acreedor, o el sujeto pasivo, deudor– no están precisa y permanentemente determinados, sino que esas posiciones las ocuparán quienes vayan siendo propietarios de la

¹⁷ «Artículo 549 (Código de Paraguay).–La obligación puede ser cumplida por un tercero, aun contra la voluntad del acreedor, si éste no tiene interés en que el deudor ejecute personalmente la prestación. Sin embargo, el acreedor puede rechazar el cumplimiento que se le ofrece por el tercero, si el deudor ha manifestado su oposición.»

cosa que sirve de eje a la relación, es decir, que las obligaciones van pasando de un sujeto a otro.

Caracteriza estas obligaciones el hecho de que el propietario o poseedor pueden liberarse de la obligación abandonando la cosa.

Ejemplos:

Mencionaremos tres. El artículo 2202, en su inciso *b*), prevé como alternativa de la servidumbre que el dueño del fundo sirviente tome a su cargo los gastos de las obras de reparación y conservación exigidas por la servidumbre.

Se trata de una obligación «*propter rem*», que en caso de transmisión de la propiedad recaerá sobre los sucesivos dueños, pero podrán liberarse por medio del abandono. Expresa la norma citada:

«... el propietario del predio sirviente quedará exonerado de ella, si abandonare el dominio de la parte de la heredad en que existieren las obras.»

La norma ha mejorado notablemente la redacción del viejo artículo 3023, que hablaba solamente de «muro» y de «edificio dominante». Además, con toda justicia, ha determinado que el abandono no afectará a la totalidad del fundo sirviente, sino únicamente a la fracción en que existen las obras necesarias para el ejercicio de la servidumbre, limitando el alcance del abandono extintivo de la obligación.

El segundo ejemplo lo encontramos en el condominio de indivisión forzosa que existe sobre las paredes o muros medianeros. El artículo 2107 dispone que:

«Los condóminos de una pared u otra divisoria medianera, están obligados en la proporción de sus derechos a los gastos de reparaciones o reconstrucciones en la pared o muro...»

Al hablar de «otra divisoria medianera» la norma alude a los «vallados, cercas, setos vivos, zanjas...», etc., mencionados en el inciso *c*) del artículo 2104. El cuidado y conservación de estas divisorias genera obligaciones que pesan sobre los propietarios de ambos fundos contiguos y que se transmiten «*ob rem*» junto con la propiedad de la cosa. Pero en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 2107 los condóminos de esa divisoria pueden

«...liberarse de contribuir a los gastos de conservación de la misma, renunciando a la medianería...»

Ese abandono, al tiempo que extingue la obligación de contribuir a los gastos, confiere la propiedad exclusiva de la medianería y el terreno en que está construida al propietario vecino (art. 2108).

El tercer ejemplo lo encontramos también en materia de condominio. Dispone el artículo 2090:

«Todo condómino puede obligar a sus copartícipes, en proporción a sus partes, a abonar los gastos de conservación de la cosa común, con los intereses sobre las sumas que con ese fin hubiere pagado. Los condóminos requeridos podrán liberarse de la obligación de contribuir haciendo abandono de su derecho.»

Naturaleza jurídica:

La lectura de estas disposiciones nos convence de que se trata de una verdadera relación jurídica obligatoria. Tanto el condómino que debe contribuir a los gastos de reparación y conservación de la cosa común, como el propietario de muros medianeros u otras divisorias, o el propietario del fundo sirviente que tomó a su cargo las obras de mantenimiento de la servidumbre son deudores de una obligación y se encuentran frente a un acreedor.

La única nota distinta de esta especie de obligaciones es que admiten un modo curioso de extinción, porque el deudor puede liberarse mediante el «abandono» de la cosa, que podría equipararse a una «dación en pago» de carácter legal, en la que el deudor entrega una prestación distinta a la que se encontraba obligado, y el acreedor no puede oponerse.

B) CONCEPTO DE OBLIGACIÓN

1) Su evolución histórica

La palabra obligación despierta la idea de una sujeción moral o física, porque el vocablo está formado por *ob* y *ligación*, que viene del latín *ob-ligare*.

Los obligados, u *ob-ligatum*, son las personas atadas, sujetas, amarradas. Tanto es así que cuando se cumplía la prestación —lo que ahora denominamos pago—, para los romanos se producía la *solutio*, palabra que significa *desatar*, porque el vínculo se disolvía y el deudor se desligaba.

El vínculo jurídico obligatorio tenía, entonces, un carácter predominantemente personal. El acreedor podía, en caso de que el deudor no cumpliera, someterlo a «prisión»; pero no a lo que actualmente llamamos prisión, en un establecimiento carcelario, sino en una prisión doméstica, dentro del *imperium* privado que tenía el jefe de una familia.

El acreedor llevaba al deudor a esa prisión doméstica, y pasado cierto tiempo, si no obtenía la satisfacción de su crédito, podía venderlo como esclavo.

Suele recordarse a veces una ley, en las XII Tablas, según la cual el acreedor también tenía derecho a matar al deudor; pero siempre se ha puesto en duda la exactitud de esta disposición, que es de un sentido un tanto equívoco. Compartimos esas dudas porque, conociendo el espíritu profundamente práctico de los romanos, nos cuesta mucho admitir que pudieran obtener alguna satisfacción matando al deudor; la satisfacción la obtenían haciéndole trabajar para ellos o vendiéndolo para cobrarse con el precio que les pagaban por él. Pero ¿qué provecho podían obtener con su muerte?

En esa época primitiva se denomina *nexus* al hombre libre que se constituía en servidumbre para pagar con su trabajo el dinero que debía; a veces el *nexus* se constituía también para garantizar la deuda de otra persona. Más aún: era frecuente el caso en que el jefe de una familia contraía una deuda y entregaba en *nexus* a uno de los miembros para que no fuera sometido a prisión la cabeza de la familia.

Mientras *nexus* era la persona que se sometía a servidumbre, *nexum* era la relación jurídica por la que se constituía al sujeto en *nexus* de una deuda propia o ajena.

La ley Poetelia vino después a suprimir el *nexum* y, de acuerdo con esa ley, ya no fue la persona misma del deudor la que respondía, sino sus bienes, su patrimonio.

Obsérvese, sin embargo, que los rasgos esenciales de la obligación no se alteraron; cambió tan sólo la garantía de cumplimiento de la prestación. Siempre había un sujeto activo (el acreedor), un sujeto pasivo (el deudor) y un vínculo obligatorio; pero la garantía de la prestación, en lugar de ser la persona, era el patrimonio. Pero no porque la obligación –y esto nos interesa destacar– hubiese experimentado una especie de oscilación, pasando de lo personal a lo patrimonial. No; siempre hubo un aspecto patrimonial; cuando aparecieron las obligaciones y se consideraba que la persona estaba «sujeta», no era porque al acreedor le interesara la persona misma, sino su trabajo, para cobrarse sometiéndola a servidumbre, o vendiéndola como esclavo. De manera que el aspecto patrimonial existió siempre.

El hecho es que desde la ley Poetelia la garantía de la obligación recayó sobre los bienes que componen el patrimonio del deudor.

En algunos países, como Argentina, subsistió una reminiscencia de la sujeción personal hasta el siglo pasado en la institución de la «prisión por deudas», aunque en realidad no es asimilable a la pri-

sión a que sometían los romanos a sus deudores, porque la «prisión por deudas» sólo se proponía constreñir al deudor para que hiciera una «cesión» de todos sus bienes a los acreedores, único procedimiento que permitía efectuar lo que ahora llamamos juicio universal de concurso civil.

En la actualidad, cuando se reclama judicialmente el pago, un funcionario que se llama oficial de justicia concurre al domicilio del deudor y efectúa la intimación. Si no obtiene satisfacción labra un acta, en la que consta que requirió el pago al deudor y éste no pagó. Pero antaño, como puede verse en expedientes del siglo pasado, ese funcionario —que no se llamaba oficial de justicia, sino que era el alguacil— comparecía al domicilio del deudor, lo intimaba y si no le pagaba lo llevaba preso.

El deudor sometido a prisión podía realizar lo que el Derecho procesal llamaba «cesión de bienes», poniendo todo su patrimonio a disposición de los acreedores para que la masa de bienes se redujera a dinero —como se hace actualmente en los concursos civiles— y se pagaran las deudas. Si el deudor hacía cesión de sus bienes se lo ponía en libertad.

Retornando al tema de la evolución de la obligación, observamos que ha marchado acorde con el desarrollo económico-social que han tenido todos los pueblos. Ha pasado por la etapa del feudalismo, con las restricciones que se conocen; severas limitaciones a las operaciones jurídicas que podían concertarse como fuente de obligaciones (prohibiciones de vender, si no era al señor feudal y por el precio que éste fijase; prohibiciones de comprar ciertos bienes; prohibiciones, incluso, para ejercer determinadas profesiones u oficios fuera del ámbito férreo de las corporaciones medievales).

Al sobrevenir la Revolución Francesa desaparece el estado de cosas creado por el régimen medieval; por ejemplo, desaparecen las corporaciones, y también la regulación limitativa de las transacciones económicas. En definitiva, se produce un afianzamiento de los llamados «derechos subjetivos» y de la autonomía de voluntad, permitiendo a los particulares crear todas las relaciones obligatorias posibles mediante una declaración de voluntad libre. Sobre la base del postulado de la igualdad jurídica se emancipa a la voluntad de todas las trabas que había conocido hasta entonces.

El principio de autonomía de la voluntad encontró clara y categórica enunciación en el artículo 1137 del Código civil francés y, correlativamente, en el artículo 1197 del Código de Vélez, según el cual las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

Todavía el artículo 715 del nuevo Código paraguayo enuncia esta proposición, equiparando la voluntad de los particulares a la ley, lo que les permitirá crear cualquier tipo de relación jurídica obligatoria; pero atenúa sus consecuencias al agregar, en el mismo artículo, que «deben ser cumplidas de buena fe».

Después de un tiempo de funcionamiento de aquellos principios renovadores apareció la necesidad de efectuar algunos ajustes. Se había puesto el acento sobre los derechos, los poderes y facultades reconocidas a los individuos dentro de un régimen de igualdad jurídica, pero ahora se advertía que junto a ellos era necesario dar cabida en las legislaciones a las cargas que tenemos como miembros de una comunidad.

Por otra parte, al consagrar el principio de la igualdad jurídica se descuidó el hecho de que en la práctica no existía igualdad económica, y éste fue quizás uno de los puntos que ha despertado luego mayor atención en los juristas y legisladores, exigiendo al mundo contemporáneo una profunda revisión de las normas jurídicas para remediar el estado de cosas que había provocado un egoísmo excesivo y un individualismo antisocial y disolvente.

Reduciéndonos a lo que es materia de nuestro curso, ¿qué es lo que caracteriza las reformas que viene sufriendo el derecho de obligaciones? Por lo pronto vemos que así como en el paso de lo personal o lo patrimonial se intentó reducir todas las obligaciones al aspecto puramente pecuniario o económico, ahora se observa que se da gran cabida al factor moral, al factor ético. Así, por ejemplo, en los últimos códigos civiles que se han sancionado hay continuas referencias a las reglas de la lealtad y de la buena fe en materia de interpretación y de cumplimiento de las obligaciones, movimiento que se refleja en el nuevo Código paraguayo (ver arts. 372, primer párrafo; 714, último párrafo; 715, etc.).

Se advierte una tendencia a reprimir el ejercicio antisocial o abusivo de los derechos (art. 372 del nuevo Código)¹⁸, y también a admitir con amplitud la reparación del daño moral, es decir, hechos que no producen menoscabo en los bienes o patrimonio económico, sino en valores espirituales dignos de tutela. En el Código de Vélez la reparación del daño moral se reducía a los casos en que hubiese mediado un delito del derecho criminal; el nuevo Código,

¹⁸ «Artículo 372 (Código de Paraguay).—Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente.»

en cambio, la admite con amplitud en el campo de las relaciones obligatorias, expresando en el artículo 451:

«*Cuando la obligación no cumplida proviniere de actos a título oneroso, y en todos los demás casos en que la ley lo autorice, habrá lugar a resarcimiento, aunque el perjuicio no fuera patrimonial, debiendo el juez estimar su importe con arreglo a las circunstancias.*»

La invocación cada vez más frecuente de las reglas de la moral y buenas costumbres para reprimir los excesos de la autonomía de voluntad —que ya consagraba el Código Vélez en el viejo art. 953 y se reproduce ahora en el inciso *c*), art. 292— se refleja en la represión civil de la usura y la lesión (nuevo art. 671)¹⁹ y en la represión de las cláusulas penales excesivas, y pone de relieve cómo legisladores y jueces se mueven dentro de cartabones fijados por normas éticas.

Cabe mencionar, además, que la autonomía de la voluntad ha sufrido una limitación muy marcada con la tendencia que los juristas contemporáneos llaman de *publicización* de los contratos, expresión con la que se quiere poner de relieve el avance cada vez más acentuado del Derecho público sobre el Derecho privado. Para citar los ejemplos más llamativos, que todos conocemos, es frecuente que el legislador —en numerosos países— fije precios máximos a las mercaderías que forman la canasta familiar, o establezca regímenes de emergencia en materia de arrendamientos urbanos o rurales, limitando la autonomía de la voluntad. En el campo obligacional vemos en el nuevo Código paraguayo la fijación de tasas máximas de interés, bajo pena de nulidad (art. 475)²⁰.

Hemos dicho ya que uno de los postulados de la Revolución Francesa fue el de la igualdad jurídica; a pesar de la nobleza de miras que se perseguía con esa declaración, puesto que se procuraba equiparar a todos los hombres y reconocerles el mismo *status* jurídico, la experiencia ha demostrado que su aplicación práctica conducía a resultados indeseables, en especial porque entre los hombres no existe igualdad económica, lo que permite a los más

¹⁹ «Artículo 671 (Código de Paraguay).—Si uno de los contratantes obtiene una ventaja manifiestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de éste, podrá el lesionado, dentro de dos años, demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa. La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario.

El demandado podrá evitar la nulidad ofreciendo esa modificación, que será judicialmente establecida, tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y de su modificación.»

²⁰ «Artículo 475 (Código de Paraguay).—En las obligaciones de dar sumas de dinero no podrán estipularse intereses moratorios o compensatorios ni comisiones superiores a las tasas máximas establecidas por el Banco Central del Paraguay, bajo pena de nulidad de la cláusula respectiva, cualquiera sea la denominación que se asigne a la prestación accesoria a cargo del deudor...»

fuertes y poderosos aprovecharse de quienes son más débiles. En efecto, no basta con afirmar que todos los sujetos son jurídicamente iguales y gozan de absoluta libertad para contratar, porque esa igualdad teórica se quiebra cuando el económicamente fuerte puede imponer las condiciones, fijándolas a su arbitrio y limitándose a esperar que la parte débil, que carece de recursos y no puede esperar indefinidamente, se someta y acepte las condiciones prefijadas. Para prevenir estos hechos el nuevo Código, en su artículo 691, permite la revisión de las cláusulas leoninas que se incluyen en los contratos por adhesión ²¹.

La necesidad de proteger a los débiles ha llegado incluso a dar autonomía a ramas como el llamado Derecho laboral, que regula relaciones de las que antiguamente se ocupaba el Derecho civil dentro del contrato de locación de servicios; el Derecho laboral procura, por todos los medios, fortalecer la situación de los económicamente débiles a fin de que puedan contratar con una igualdad más auténtica de la que teóricamente se les reconocía.

Se observa también cierta tendencia a tratar de las relaciones obligatorias en un cuerpo de leyes separado; ya a fines del siglo pasado, en Suiza, encontramos el primer antecedente de Código de las Obligaciones, reemplazado luego en 1912 por el actualmente vigente. Posteriormente, en la segunda década de este siglo, se elaboró el Proyecto franco-italiano; y en la tercera, Polonia adoptó un Código de Obligaciones, que luego fue sustituido por el Código civil de 1964. Esos cuerpos legales marcan una tendencia a emancipar o segregar materias que antes eran propias del Derecho civil; pero al mismo tiempo, y eso nos parece más importante, ensayan la unificación de las obligaciones civiles y comerciales.

La última observación que efectuaremos dentro de este proceso evolutivo es, precisamente, la tendencia a unificar las obligaciones civiles y comerciales reuniéndolas en un mismo cuerpo legal, que ha logrado concreción en algunos de los códigos más modernos. La doctrina afirma —con fundamento— que no hay razones valederas para legislar separadamente las obligaciones. Ya en el Código italiano de 1942 se ha plasmado ese proceso de unificación del Derecho privado, y el mismo camino siguió en Holanda la renovación de su Código civil, comenzada por el profesor Meijers y culminada en fecha reciente.

²¹ «Artículo 691 (Código de Paraguay).—Cuando los contratos por adhesión contengan cláusulas de carácter leonino, la parte adherente podrá ser dispensada de cumplirlas, o pedir su modificación por el juez...»

A continuación enumera en nuevo incisos, desde la a, hasta la j, las cláusulas que considera leoninas.

El nuevo Código paraguayo marca un hito en este proceso de unificación, tratando en el Libro Segundo la teoría general de *todas* las obligaciones, e incluyendo en el Libro Tercero los contratos civiles y comerciales lo que le da la fisonomía de un verdadero Código de Derecho privado. Estimamos que fue un acierto del sabio autor del Anteproyecto, Luis de Gasperi, el reunir en un solo cuerpo de normas las obligaciones y contratos civiles y comerciales, siguiendo de esta forma las corrientes más modernas.

2) Definiciones de la obligación. Su clasificación y análisis de acuerdo a las teorías subjetivas y objetivas y a las fundadas en la existencia de una doble relación (débito y garantía)

Es muy conocida la clásica definición que brinda la Instituta del emperador Justiniano, y que se reproduce en casi todos los textos de obligaciones. Incluso quienes somos profesores la hemos escuchado repetir millares de veces en los exámenes —en mal latín, por supuesto—, pero no resistiremos la tentación de reproducirla introduciéndole un breve retoque para darle sentido actual:

«La obligación es un vínculo de derecho por el cual alguien está constreñido a cumplir una prestación según el derecho de nuestra nación.»

Advertirán que donde los romanos decían en latín «*civitatis iuris*» (derecho de nuestra ciudad), nosotros hablamos del «derecho de nuestra nación».

La longevidad de esta definición se debe a sus méritos, pero es conveniente señalar que habla tan sólo de la situación jurídica del deudor, o sea el sujeto constreñido a cumplir la prestación, que tiene su libertad limitada.

Del mismo defecto adolece la definición elaborada por el gran jurista italiano Victorio Polacco, quien se limitó a añadir el aspecto patrimonial que caracteriza a las obligaciones, y nos dice que:

«Es una relación jurídica patrimonial mediante la cual un sujeto pasivo denominado deudor, está obligado hacia un titular activo denominado acreedor, con una prestación de índole positiva o negativa.»

También aquí se toma especialmente en cuenta la situación del sujeto sobre el que pesa la carga de cumplir esa prestación de índole positiva o negativa.

Por su parte, el Código civil alemán, monumento legislativo tan justamente elogiado por los juristas, pese a ser contrario a la inclusión de definiciones en los cuerpos legales, ha creído conveniente

suministrar en el artículo 241 un concepto de los derechos creditorios:

«En virtud del derecho de crédito, el acreedor puede exigirle al deudor el cumplimiento de una prestación, y ésta puede consistir también en una omisión.»

Esta definición se inclina a colocar el acento en el acreedor, tomando en cuenta sobre todo las facultades de que está investido para constreñir al deudor a ejecutar la prestación.

Objetivas:

Algunos autores, como el francés René Demogue, parecen dar más importancia al elemento objetivo, es decir la prestación, y nos dicen que la obligación es:

«La situación jurídica que tiene por fin una acción o una abstención de valor económico o moral, cuya realización deben asegurar determinadas personas.»

Este enfoque reconoce como antecedente la definición que proporcionaba Molitor:

«La obligación es un vínculo de derecho civil que constriñe a una persona a hacer en provecho de otra una prestación. El fin de toda obligación es el pago; el solvere.»

Para estos autores la prestación y su cumplimiento, es decir el pago, parece ser el elemento más destacado de la relación jurídica obligatoria.

El vínculo:

Encontramos, finalmente, algunas definiciones que se preocupan por destacar la trascendencia que tiene el vínculo que une los dos polos de la relación, como sucede en las Leyes de Partida, cuando dicen que «es ligamento fecho segun ley e segun natura». Y el profesor Galli caracterizaba la obligación como:

«Situación en virtud de la cual el sujeto se encuentra en el deber jurídico de cumplir una prestación.»

Aparece aquí como el elemento más notable uno de los aspectos del vínculo: el débito; pero en la idea de Galli no estaba ausente la responsabilidad, pues al calificar ese deber de «jurídico» presumía la coercibilidad.

Nuestra definición:

Intentaremos una definición sencilla, que contemple la totalidad de los elementos de la relación jurídica obligatoria:

«La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual un individuo determinado (acreedor) tiene el derecho de exigir de otro

individuo determinado (deudor) el deber de cumplir una prestación susceptible de apreciación pecuniaria.»

En definitiva, las definiciones de la obligación que encontramos en los códigos o en la doctrina pueden agruparse en tres grandes categorías, según que pongan el acento sobre las facultades del acreedor o en los deberes que pesan sobre el deudor (definiciones de tipo subjetivo); que se preocupen más de las relaciones que hay entre ambos patrimonios (teorías objetivas); o que procuren señalar el vínculo de sujeción y constreñimiento que surge de la relación obligatoria.

3) Caracteres esenciales de la obligación

a) *Bipolaridad*

En este punto seguimos estructuralmente las enseñanzas de nuestro maestro Pedro León, pero nos apartamos de sus ideas en cuanto a los conceptos mismos, especialmente en lo que se refiere a la «alteridad» y la «bipolaridad».

Enseñaba León que la obligación, por tratarse de una relación jurídica, presenta como característica la bipolaridad, afirmando el maestro cordobés que siempre en las relaciones jurídicas hay dos polos opuestos, que en el caso especialísimo de la obligación se denominan crédito y deuda.

En un polo se encuentra el «crédito», o sea el derecho subjetivo de pretender, de reclamar algo; y en el otro polo la «deuda», el deber de ejecutar o abstenerse de algo, o de dar alguna cosa.

Enfocaba así la «bipolaridad» desde un punto de vista objetivo, es decir vinculándola con la «prestación», según se la mirase desde el ángulo del deber del cumplimiento o de la posibilidad de exigirla.

Sin embargo, su afirmación de que en *todas* las relaciones jurídicas hay *siempre* dos polos conducía a confundir este carácter con la «alteridad» propia del derecho.

Estamos convencidos que *todas* las relaciones jurídicas se dan entre sujetos, pero ello corresponde a la «alteridad», como lo veremos luego. La «bipolaridad», en cambio, es una característica diferencial de las relaciones obligatorias, que se suma a la alteridad, y que surge del hecho de que en cada uno de esos «polos» se encuentra un sujeto (acreedor, o deudor) como titular (activo o pasivo) de la prestación debida.

Concebimos, pues, a la bipolaridad como esencialmente subjetiva y específica de las relaciones obligatorias, que son las únicas

en que aparecen dos sujetos determinados, uno enfrente del otro, mientras que el resto de la colectividad se encuentra fuera de la relación y sobre ella pesa únicamente el deber de respetarla.

La facultad de exigir y el deber de cumplir son los elementos que integran el vínculo, y no corresponden a este carácter que denominamos bipolaridad, como tampoco el «crédito» y la «deuda», que no son más que las dos caras que presenta la prestación.

En definitiva, en cada polo del vínculo se encuentra uno de los sujetos: el acreedor o el deudor; y si repasamos las definiciones de obligación que hemos dado más arriba, veremos con claridad que las de corte subjetivo se caracterizan, precisamente, porque ponen el acento en uno u otro «polo»: acreedor o deudor.

b) *Alteridad*

La alteridad es una característica se presenta en todas las relaciones jurídicas, pues como bien lo exponen los filósofos del derecho, estas relaciones son «intersubjetivas», es decir que se dan cuando el sujeto titular de algunas facultades o derechos puede exigir a los demás integrantes de la comunidad que respeten esa situación jurídica.

Se trata de nociones básicas que no corresponde profundizar en este momento; nos limitaremos a efectuar algunas aclaraciones que consideramos indispensables para comprender adecuadamente el concepto de obligación y su funcionamiento.

La denominación de alteridad es una reminiscencia del vocablo *alter* (otro), que aparece en muchas máximas de aplicación frecuente en Derecho civil, como el apotegma «*alterum non laedere*» (no dañar a otro), que es una de las columnas del orden jurídico.

La «alteridad» no es exclusiva de las obligaciones, sino que tiene carácter general, y se la encuentra también en los derechos reales. Vemos allí que los «alter», es decir los terceros, tienen el deber de respetar la relación que existe entre el sujeto y la cosa sobre la cual se ejercita el derecho real.

En los derechos de crédito, además de la «bipolaridad», que enfrenta al acreedor con el deudor, también existe el deber de los otros («alter») de respetar esa relación, deber que no está a cargo de ningún sujeto determinado, sino que pesa sobre toda la colectividad. Los terceros que conocen la existencia de la relación jurídica obligatoria no deben turbarla, de manera similar a como deben respetar cualquier relación jurídica.

En los derechos reales se conceden al titular facultades para obtener de manera directa un aprovechamiento de la cosa que es

objeto de la relación, y se impone a los terceros («alter»), el deber de respeto. En los derechos de crédito se confiere al acreedor (que está en uno de los polos) la facultad de obtener del deudor (que está en el otro polo) que cumpla una conducta a su favor (prestación), y se exige a los terceros («alter»), que no intervengan turbando la relación.

Solamente en casos excepcionales, a los que ya hemos hecho referencia, se permite a los terceros inmiscuirse en la relación obligatoria cuando esa intervención tiene como finalidad facilitar el cumplimiento de la prestación debida.

La relación jurídica, pues, forma una especie de campo cerrado dentro del cual el sujeto activo puede ejercitar las facultades o prerrogativas que la ley le reconoce, con exclusión de los otros («alter»), que están fuera de ese circuito y deben respetar la relación sin perturbarla ni inmiscuirse en ella.

c) *Coercibilidad*

La tercera nota es la coercibilidad, característica propia de los fenómenos jurídicos en los cuales es posible imponer al sujeto pasivo el cumplimiento de los deberes a que está sometido.

Deseamos efectuar aquí una breve digresión; lo normal en la vida de las relaciones obligatorias es que la prestación se cumpla de manera espontánea, sin que medie ninguna fuerza extraña para compeler al deudor a que realice la conducta debida; esto es lo que sucede todos los días, y por ello muchas veces no se advierte que estamos frente a relaciones jurídicas. Entre los legos, e incluso entre los estudiantes de Derecho, está muy difundido el error de creer que solamente son relaciones jurídicas aquéllas que se ventilan ante la Justicia.

En los tribunales encontramos lo que podríamos llamar la faz patológica del Derecho; la relación jurídica enferma, es decir aquélla que no se cumplió, por lo que ha sido menester recurrir a la «coercibilidad», que se encuentra en potencia en toda relación jurídica, para lograr mediante el aparato coactivo del Estado que se haga efectiva la prestación, que no había sido cumplida en debida forma, o bien se castigue al que violó los deberes que la ley impone.

Pero, normalmente, todos los días se contraen y se extinguen infinidad de relaciones jurídicas, sin que nadie se detenga a pensar que son tales: por ejemplo, en cada una de las compras que realizamos diariamente (comestibles, cigarrillos, periódicos, etc.) se ha celebrado un contrato que se perfeccionó desde el momento en que hubo consentimiento, que engendró obligaciones, y se las cumplió

íntegramente en el mismo momento, al pagar el precio y hacerse entrega de la cosa, amén de que la titularidad de la propiedad pasó del vendedor al comprador. Esas relaciones jurídicas se agotaron en un solo acto, sin que fuese necesario hacer funcionar la coercibilidad.

Se observará que no hemos hablado de coacción ni de coactividad, sino de coercibilidad, siguiendo las enseñanzas de Giorgio del Vecchio, quien demuestra con claridad que en el terreno jurídico no es forzoso que exista la coacción; basta que exista la coercibilidad, o sea la posibilidad jurídica de la coacción.

Más aún, entendemos que hay relaciones jurídicas que carecen de «coacción», es decir de la posibilidad directa de exigir cumplimiento, pero están dotadas de «coercibilidad». El ejemplo más claro se da en las obligaciones naturales –cuyo campo de acción ha quedado muy reducido en el nuevo Código civil paraguayo– que, a nuestro entender, son verdaderas obligaciones ya que pueden ser objeto de un pago válido. La ley, en estos casos, no otorga al acreedor derecho de accionar, es decir que la relación no es coactiva, pero admite la posibilidad de cumplimiento y establece que en ese caso el pago será irrepetible, lo que indica la presencia de «coercibilidad». Allí está, precisamente, el distingo entre los deberes morales y los deberes jurídicos.

Insistimos, por último, que la mayor parte de las obligaciones se cumplen voluntariamente, sin necesidad de coacción. Las instituciones que se dedican al crédito, como los Bancos, conocen perfectamente que un porcentaje elevadísimo de obligaciones se cumplen sin coacción, y sólo un número reducido motiva la interposición de acciones ante los tribunales; pero todas esas relaciones jurídicas, aunque no se ejercite la coacción, admiten la coercibilidad.

d) Temporalidad

La cuarta característica es la temporalidad. Es de la esencia de las obligaciones que se las cumpla, y ese cumplimiento acarrea su extinción. Las obligaciones presentan como nota existencial, a semejanza de la vida humana, que nacen para morir.

En casi todas las definiciones que se han propuesto de las obligaciones se encuentra esta nota típica. Cuando en las Institutas se recuerda que el vínculo obligatorio «constríne a pagar algo» según las leyes de nuestra ciudad, la mención al pago contiene ínsita la extinción, porque con el pago se agota la vida de la obligación.

La relación obligatoria nace encerrando dentro de sí esa tendencia a la extinción. Las obligaciones se crean para ser cumplidas, y ese cumplimiento es su muerte.

Esta nota, que caracteriza las obligaciones, las diferencia de otras relaciones jurídicas.

Vemos así, por ejemplo, que el derecho real de dominio está caracterizado por su permanencia, llegando a decir el Código que es perpetuo (art. 1963)²²; si alguien es propietario de un inmueble, ese derecho real se prolongará en sus sucesores mientras no se modifique la ley y se suprima el derecho de propiedad o el Estado no le expropie el bien. El uso o goce de la cosa reafirmará el derecho del propietario, y si dispone del bien enajenándolo, los sucesores adquirirán el mismo derecho que tenía el enajenante. La relación obligatoria, en cambio, nace para cumplirse, y con la ejecución de la prestación se extingue.

e) *Autonomía*

Al atribuir este carácter esencial a la obligación queremos significar que es *independiente de sus fuentes*.

Tal independencia ya había sido señalada por el propio Vélez Sársfield²³ en la nota a la leyenda de la Parte Primera de la Sección Primera del Libro Segundo, donde luego de hablarnos de las fuentes de las obligaciones y las obligaciones en sí mismas para criticar el método seguido por otros códigos, nos dice que la confusión de ideas existente nace de haber olvidado «que una cosa es el contrato que da nacimiento a la obligación, y otra la obligación convencional, que no es sino el efecto del contrato».

Esa autonomía de la obligación respecto a sus fuentes tiene consecuencias importantes, que procuraremos ejemplificar; verbi-gracia, sabemos que los actos jurídicos pueden ser nulos o anulables como consecuencia de vicios que pueden invalidarlos; pero no podemos decir lo mismo de la relación jurídica obligacional que nace de un acto jurídico, pues la obligación tendrá existencia solamente en el caso de que el acto sea eficaz; por lo tanto, la obliga-

²² «Artículo 1963 (Código de Paraguay).--El dominio es perpetuo, y subsiste independientemente del ejercicio que se puede hacer de él. El propietario no deja de serlo aunque no ejerza ningún acto de propiedad, o esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su consentimiento o contra su voluntad, a no ser que haya dejado que un tercero adquiera la cosa por prescripción.»

²³ Lo recordamos porque su obra, el Código civil argentino, estuvo vigente durante más de un siglo en Paraguay, hasta la sanción del nuevo Código cuyas disposiciones comentamos en este trabajo.

ción no es nula, ni anulable; ni válida, ni inválida, como puede serlo su fuente, sino que, simplemente, ella *existe* o *no existe*.

Giorgianni, en su obra sobre la Parte General de las Obligaciones²⁴, brinda otro ejemplo, vinculado con los actos jurídicos condicionales, manifestando que en esa hipótesis tampoco puede sostenerse que las obligaciones sean condicionales o no, sino que lo sujeto a condición es el acto que les sirve de fuente²⁵, y que, en caso de no cumplirse el hecho condición, la obligación *existirá o no*, pero no habrá habido obligación condicional.

En este punto el nuevo Código civil ha seguido el camino correcto al legislar la condición como modalidad de los actos jurídicos (arts. 318 a 327) en lugar de hacerlo junto a las obligaciones, como sucedía en el Código de Vélez.

Sin embargo su lenguaje es vacilante, y en algún artículo continúa hablando de «obligación condicionada» (art. 323, segundo párrafo), aunque en otros afirma que «los efectos del acto jurídico no existen» (art. 320, *in fine*), y que si la condición «no llegare a cumplirse, se juzgará que el acto no existió» (art. 323, último párrafo).

La misma imprecisión se advierte en materia de novación cuando el artículo 606 dice que «la novación es nula si lo fuese la obligación originaria», cuando en realidad lo que sucede es que la novación es nula cuando *no existe obligación* que le sirva de base por haber sido nulo el acto que pretendió crearla.

En resumen, lo que deseamos señalar con este carácter de *autonomía* es que la obligación es independiente de la fuente que le da origen.

Agreguemos, para reafirmar el concepto de autonomía, que es posible advertir que la misma relación jurídica obligatoria puede provenir de fuentes muy distintas: verbigracia, una venta, una permuta o una donación. Cualquiera de los tres contratos mencionados podría engendrar entre los mismos sujetos (A y B) un vínculo jurídico en virtud del cual el deudor, B, debe cumplir a favor del acreedor, A, la obligación de «dar una cosa cierta» como consecuencia de haberse comprometido a transmitir el derecho de propiedad; y el objeto de esta relación (la prestación de dar) es el mismo en las mencionadas hipótesis.

El ejemplo desarrollado ratifica nuestra afirmación de que la obligación es «autónoma», ya que podemos analizar esas relaciones con total independencia de sus fuentes.

²⁴ Vid. MICHELE GIORGIANNI: *La obligación (La parte general de las obligaciones)*, traducción de Verdera y Tuells, Bosch, Barcelona, 1958.

²⁵ Obra citada, p. 12.

Esto se refleja, incluso, en el Plan de Estudios de muchas universidades, que separan las obligaciones de sus fuentes (especialmente los contratos), dedicando a cada una de estas asignaturas un curso diferente.

C) MÉTODO

1) El ordenamiento de la materia y el plan de enseñanza

Al preparar el plan de un Curso de Derecho civil, o de cualquier otra asignatura, el primer problema que se enfrenta es la necesidad de que los temas que en él se incluyan contemplen en su totalidad la materia a estudiar. Cuando la materia está dividida en varios Cursos –como sucede con el Derecho civil– debe cuidarse que no haya superposiciones entre lo que se trata en uno y otro, ni falte, en el conjunto de la obra, el análisis de instituciones de importancia.

La enseñanza debe impartirse gradualmente, de manera que los conceptos adquiridos en los primeros cursos sirvan para la mejor comprensión de las instituciones que se estudian en los cursos superiores y, al mismo tiempo, debe coordinarse el contenido de los cursos de Derecho civil con los de otras ramas del Derecho privado, como el Derecho comercial, para evitar repeticiones inútiles o salvar lagunas.

Esta tarea quizás se vea facilitada actualmente en Paraguay con la sanción del nuevo Código, que excede el ámbito del Derecho civil, para constituir un verdadero Código de Derecho privado y puede cumplir una elevada función docente, orientando una modernización en los planes de enseñanza.

Con relación al orden estructural elegido para desarrollar un Curso de Obligaciones, procuraremos sintetizarlo aquí muy brevemente, remitiendo a lo que dijéramos en la «Memoria explicativa y programa sintético de Derecho Civil II (Obligaciones)»²⁶, y recordar que nuestra fuente de inspiración fue la preocupación que por los aspectos metodológicos nos inculcó nuestro maestro el Dr. Pedro León, bajo cuya dirección el Instituto de Derecho Civil de Córdoba adquirió renombre y prestigio.

Orientados por el maestro nos dedicamos a indagar en los autores que lo habían inspirado. Recurrimos así a un breve pero sabroso

²⁶ Vid. nuestra «Memoria explicativa y programa sintético de Derecho Civil II (Obligaciones)», *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, año XXXIV. 1970, p. 491.

libro de Picard, *ius* filósofo belga ²⁷, que afirma que los fenómenos jurídicos que integran una relación forman un conjunto de enormes proporciones, y que en su contenido se encuentran infinitos detalles ²⁸, agregando que ese conjunto, a semejanza de los seres orgánicos, tiene una existencia dinámica o, en otras palabras, tiene vida.

Tomando como base esas dos ideas –conjunto de fenómenos y dinámica de la relación–, Picard piensa que el estudio debe realizarse en dos etapas:

a) En la primera se analizarán los aspectos estáticos o estructurales de la relación jurídica, efectuando una disección de sus elementos a semejanza de la actitud con que –dentro de la Medicina– estudia la Anatomía el cuerpo humano ²⁹. Ese análisis estático o estructural resulta indispensable para determinar *el ser* del derecho y los elementos que lo integran.

b) Pero resulta que el fenómeno jurídico no permanece inerte, sino que regula situaciones de vida que se encuentran en perpetua transformación y movimiento. Por tanto, en una segunda etapa, es menester estudiar los aspectos dinámicos de la relación jurídica y, aunque aquí Picard no establezca el paralelo, podemos encontrar también la semejanza con las ciencias médicas que, luego de estudiar la Anatomía, se ocupan de la Fisiología, o sea la función que cumple cada órgano.

Nos ha parecido que la idea de Picard es apta para fundar sobre ella un correcto método de estudio y exposición de la relación jurídica obligatoria y sus elementos esenciales, pero no podemos dejar de efectuar algunas observaciones.

No existe –diríamos mejor, *no puede existir*– ni en nuestra ciencia, ni en ninguna de las que se ocupan de la vida social, ni en las ciencias de la naturaleza que se ocupan de problemas vinculados con la vida, esa diferencia tajante y absoluta entre la estática y la dinámica, que adoptamos sólo impulsados por el fin práctico de facilitar nuestro estudio.

La vida se desliza insensiblemente por el hilo conductor del tiempo; la vida es un continuo y perpetuo movimiento, un inacaba-

²⁷ Vid. de EDMUNDO PICARD, *El derecho puro*, trad. al castellano de Alfredo Serrano Jover, Madrid, 1911.

²⁸ Vid. obra citada en nota anterior, § 31, p. 59: «... el conjunto (del derecho) forma una sola masa compacta, dotada de unidad orgánica, a modo de un cuerpo humano, pero con gigantescas proporciones». Y agrega: «... en cuanto vivo y funcionando, se manifiesta en su conjunto como una colonia de células jurídicas. Es un todo lógico, sistemático, en una vasta trabazón de millares de seres y relaciones, una inmensidad en que todo es encajado y engranado...»

²⁹ PICARD, obra citada, Libro III, Anatomía de un derecho. Sus elementos esenciales.

ble paso de la potencia al acto, un fluir dinámico que lleva al poeta a afirmar que «sólo el movimiento es vida, la quietud es la muerte».

Más adelante veremos que en nuestra asignatura los aspectos estructurales de la relación obligatoria no pueden desvincularse totalmente de los aspectos dinámicos. Sin embargo, y con esta oportuna corrección, aceptamos el método de Picard como un valioso aporte para la confección del plan de un curso.

En resumen, debe dividirse el curso en seis partes; en las dos primeras nos ocuparemos de aspectos estáticos, analizando la estructura de la relación obligatoria, sus elementos esenciales y accidentales, para luego tratar de clasificar estas relaciones sobre la base, precisamente, de las diferencias que se presentan en esos aspectos accidentales.

Las partes tercera y cuarta se dedicarán a la dinámica funcional de la obligación, comprendiendo en ellas el análisis del contenido del derecho de crédito y la modificación o transmisión de las relaciones jurídicas obligatorias.

En la parte quinta es menester ocuparse de la dinámica extintiva de la obligación, que es uno de sus elementos más característicos, pues, como hemos dicho repetidamente, las obligaciones persiguen como fin la ejecución de la prestación y con ella se produce la extinción de la relación obligatoria.

Finalmente se incluye una sexta parte, que hemos denominado «dinámica externa», en la que se estudian problemas vinculados con el elemento causa, que es el que da nacimiento a la relación. Entendemos que, en realidad, muchos de los puntos contenidos en esta última parte del curso podrían ser objeto de análisis en otra obra que se dedicase a las «fuentes de las obligaciones»; vemos así que al tratar del enriquecimiento sin causa no puede dejar de efectuarse referencia a la gestión de negocios y al empleo útil, pero solamente como una remisión a lo que sobre esos puntos se trata al estudiar los contratos.

2) **Método del Código de Vélez. Ubicación de las obligaciones en el ordenamiento civil**

Creemos conveniente referirnos al método del Código de Vélez en materia de obligaciones por la dilatada vigencia que esa obra ha tenido en Paraguay.

Don Dalmacio Vélez Sársfield, en dos notas, se refiere de modo concreto al punto para criticar el método seguido por el Código civil francés, inspirador —merced al poderoso influjo de la Revolución Francesa— de gran parte de la codificación universal, no sólo

en los países que estuvieron sometidos a las armas de Napoleón Bonaparte, sino también en la mayoría de los países de Hispanoamérica, que lograron su independencia bajo la inspiración de los ideales democráticos que difundió la Revolución Francesa.

En la nota a la Parte Primera de la Sección Primera del Libro Segundo del Código, consagrada a las obligaciones en general, dice Vélez Sársfield:

«Todos los códigos de Europa y América, imitando el Código francés, al tratar de las obligaciones, ponen la inscripción: “De los contratos o de las obligaciones convencionales” equivocando los contratos con las obligaciones, lo que causa una inmensa confusión en la jurisprudencia, y produce errores que no pueden corregirse...»

Después, en la nota al artículo 499, manifiesta el codificador que «el Código francés, y los demás Códigos que lo han tomado por modelo, han confundido las causas de los contratos con la causa de las obligaciones».

El Código de Vélez marcó otro rumbo, independizando las obligaciones de los contratos, y consideró que el contrato, pese a ser una fuente importante de obligaciones, no es la única, ya que a su lado están, por ejemplo, los delitos y cuasi delitos, hechos de los cuales también emanan obligaciones. Cuando el codificador adoptó esta orientación asistimos –y esto es satisfactorio expresarlo– a un auténtico progreso legislativo. Se apartó de la orientación impresa por un Código de tanto prestigio como el que prohió Napoleón Bonaparte y lo hizo adoptando un método de avanzada ya que, por primera vez en la legislación universal, aparecía un Código civil que elaboraba de manera autónoma la teoría general de las obligaciones, camino que en este siglo ha sido seguido por los más modernos códigos.

Es claro que la forma en que se articuló esa autonomía no está exenta de críticas, principalmente con relación a los siguientes puntos:

a) En el Derecho de obligaciones se absorbieron algunas instituciones que deberían tratarse en la Parte General, porque son comunes a los actos jurídicos; verbigracia, la condición, el cargo y el plazo.

Por ejemplo, en un testamento, los legados pueden subordinarse a una condición, o se puede imponer cargas a legatarios o herederos; lo mismo sucede con las donaciones. Tanto es así que en la definición que daba el Código civil de la condición se advierte que el concepto que fija es propio de los actos jurídicos en general y no de las obligaciones. En efecto, el artículo 528 decía:

«La obligación es condicional, cuando en ella se subordinare a un acontecimiento incierto y futuro, que puede o no llevar, la adquisición de un derecho, o la resolución de un derecho ya adquirido.»

Estas expresiones no corresponden a las relaciones obligatorias, sino a los actos jurídicos en general, porque sólo con relación a ellos se puede hablar de adquisición de derechos o de resolución de derechos ya adquiridos.

Esta tendencia, que hace entrar en el área del Derecho de obligaciones instituciones que pertenecen a otros campos, la vemos también en materia de transacción, que se contempló como modo extintivo de obligaciones litigiosas o dudosas. Sin embargo, la transacción es un contrato, no un simple modo extintivo de obligaciones, ya que por su intermedio se puede poner término a controversias vinculadas con derechos que no son obligaciones, por ejemplo, la reivindicación de un inmueble. Incluso en los ejemplos que daba Vélez acerca de los derechos que pueden o no pueden ser objeto de transacción figuran materias relacionadas con el Derecho de familia.

Algo similar sucede con la renuncia, legislada también por Vélez entre los modos extintivos de las obligaciones; sin embargo, la renuncia, como abdicación de facultades que realiza el titular, concierne a cualquier tipo de derechos siempre que no se trate de una renuncia prohibida. Verbigracia, la persona que renuncia a una herencia no está renunciando a una obligación. Por ese motivo consideramos que se había empequeñecido el campo de acción de la renuncia al regularla dentro de las obligaciones.

b) En cambio, sucede que otras materias que no se incluyeron en el Derecho de obligaciones deberían estar ahí; por ejemplo, lo que concierne a los privilegios y al derecho de retención.

En el Código de Vélez estas figuras están legisladas en el Libro Cuarto, que agrupa disposiciones comunes a los derechos reales y personales.

La dificultad de darles una ubicación adecuada ha originado cierta disparidad de criterios entre los autores argentinos. Algunos estudian ambas instituciones en los derechos reales. El ilustre catedrático que fue Lafaille, en sus cursos dictados en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, estudiaba los privilegios y el derecho de retención junto con los contratos, pero cuando publicó su tratado de Derecho Civil los incorporó al Derecho de obligaciones, que es la ubicación correcta, ya que los privilegios se vinculan única y exclusivamente a derechos de crédito, en cuanto son la situación de preferencia o prelación que se confiere a un acreedor para que cobre antes que los demás. Vale decir que el privilegio es una de las facul-

tades que integra el contenido del derecho de crédito, y se concede únicamente a sujetos que ocupan el lugar de acreedores, y no a los titulares de otros derechos.

Algo similar ocurre con el derecho de retención, que es la facultad de que goza un acreedor sobre una cosa del deudor que tiene en su poder y que es la que ha dado nacimiento al crédito.

3) El método del nuevo Código de Paraguay

El nuevo Código paraguayo ha mantenido, en materia de obligaciones, las grandes líneas estructurales del Código de Vélez, dedicando un título (Segundo del Libro Segundo) a la teoría general de las obligaciones, y luego, de manera separada, la totalidad del Libro Tercero a los contratos y otras fuentes de las obligaciones.

En este aspecto es donde se advierten algunos de los aportes más significativos del nuevo Código en materia metodológica:

a) En primer lugar se ha aprovechado la oportunidad para efectuar la unificación legislativa de las obligaciones y contratos civiles y comerciales, incluyendo en el Libro Tercero las normas relativas a los contratos de transporte, comisión, corretaje, sociedades comerciales y seguro, como también la regulación de los títulos de crédito y el cheque.

b) Se trata también en el Libro Tercero lo relativo a otras fuentes de obligaciones, como las promesas unilaterales (Título IV), el enriquecimiento sin causa y el pago de lo indebido (Título VI), y la responsabilidad civil (Título VIII), manteniendo en él la gestión de negocios (Título V), lo que sin duda constituye un acierto metodológico pues acentúa aún más la división existente entre la relación obligatoria y las fuentes que le dan origen, lo que acentúa la autonomía de la obligación, carácter al que ya nos hemos referido.

c) En el Título II del mismo Libro Tercero, al ocuparse de los contratos en particular, se dedica el Capítulo XII a la transacción, que Vélez había legislado como modo extintivo de las obligaciones, lo que le valió numerosas críticas de la doctrina.

En casi todos estos puntos el legislador ha seguido muy de cerca los lineamientos trazados por De Gásperi en su Anteproyecto.

d) Se ha apartado, sin embargo, en el tratamiento dado al derecho de retención, que incluye en el Libro destinado a los contratos, en ubicación que consideramos manifiestamente errónea e inadecuada. El derecho de retención, como hemos dicho más arriba, es una de las facultades que integra el contenido de los derechos creditorios y debe –por tanto– legislarse junto con la teoría general de

la relación obligatoria, por lo que tendría que estar incluido en el Título II del Libro Segundo, dentro de las disposiciones generales, en un párrafo a continuación de las causas de preferencia en el pago de los créditos, máxime cuando el nuevo artículo 1832, de manera expresa, reconoce que el retenedor tiene preferencia sobre los créditos privilegiados.

e) Es también un acierto del nuevo Código el haber ubicado las normas relativas a la condición, plazo y cargo en el Título I del Libro Segundo, ya que son modalidades de actos jurídicos que sirven de fuente a distintos derechos, no sólo a las obligaciones.

En este punto se ha seguido parcialmente lo que proyectó De Gásperi, quien agregaba a esas modalidades lo relativo a la cláusula penal, mientras que el legislador —con un criterio que nos parece más acertado que el propiciado por De Gásperi— ha preferido mantener la cláusula penal en el título de las obligaciones, dentro de la Sección destinada a los daños e intereses ocasionados por el incumplimiento.

f) Al tratar los modos extintivos, siguiendo las críticas que se habían formulado al Código de Vélez, ha dejado de lado la transacción —como ya lo dijimos— y ha limitado las abdicaciones de derechos al caso de «remisión de la deuda» (Sección 3.^a, arts. 610 a 614), que es el único tipo de renuncia que tiene aplicación específica en el campo de las relaciones obligatorias.

El acierto de esta decisión se empaña, lamentablemente, por la ausencia en el Código de un capítulo que contemple las demás renunciaciones de derechos, que han quedado huérfanas de tratamiento en el nuevo ordenamiento positivo, lo que obligará al intérprete a aplicarles por analogía las normas de la remisión de la deuda.

Quizás la ubicación correcta para la renuncia será un capítulo ubicado al final del Título I del Libro Segundo, después de tratar el ejercicio y prueba de los derechos. Aclaremos de paso que De Gásperi, en su Anteproyecto, parece haber incurrido en una omisión semejante.

g) Cabe destacar también que la «cesión de créditos» ya no se considera como un contrato, sino que se la contempla al tratar de la transmisión de las obligaciones. Nos parece, sin embargo, que debió mantenerse dentro de los contratos típicos, pero con la denominación más abarcadora de «cesión de derechos», ya que, al igual que la transacción, es un contrato cuya amplitud hace que no deba ser considerado con exclusividad en la teoría general de las obligaciones.

A título de ejemplo diremos que dentro de la cesión de derechos debería legislarse lo relativo a la transmisión de los derechos inte-

lectuales, de la acción reivindicatoria y otras acciones reales, de los derechos hereditarios, etc. Además, hay cierta inconsecuencia al tratar la cesión de créditos en el título destinado a las obligaciones e incluir la normativa vinculada con la transmisión de los papeles de comercio o títulos de crédito (por ejemplo, el endoso) en el Libro Tercero.

h) Finalmente, entre las novedades metodológicas se cuenta el tratamiento separado que da el nuevo Código a la prescripción liberatoria, incluida como último capítulo del título destinado a las obligaciones en general, mientras que la usucapión, o prescripción adquisitiva, se trata en el Libro Cuarto, junto con los derechos reales, dentro del título dedicado al derecho de propiedad, como una sección del capítulo que se refiere a la propiedad privada de los inmuebles.

La idea de separar las dos formas de prescripción ha sido sostenida por numerosos autores, que criticaron a Vélez por haberlas legislado de manera conjunta dentro de la sección que se ocupaba de la influencia del tiempo sobre la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales. El problema es arduo y brinda argumentos valederos tanto a quienes sostienen una como otra postura; personalmente opinamos que no hay inconvenientes, sino más bien ventajas, en mantener unidas las dos formas de prescripción, pues ofrecen numerosos puntos de contacto, como son los vinculados con el curso de la prescripción, el cómputo de su plazo y los factores que pueden alterarlo (suspensión e interrupción), que tienen que sistematizarse en un capítulo único, ya que no se los puede, ni debe, repetir en distintas partes de un cuerpo legislativo.

A ello debe agregarse, como ya hemos dicho, que la prescripción liberatoria actúa no sólo sobre los derechos de crédito, sino también sobre las servidumbres y los derechos reales desmembrados. Por eso, aunque la idea de la separación pueda ser conceptualmente correcta, su concreción práctica ofrece numerosos escollos, que no siempre resulta fácil superar, como se advierte en el nuevo Código.

Además, la ubicación dada a la usucapión, en el capítulo que se ocupa de la propiedad inmueble, ha impuesto un nuevo fraccionamiento, ya que la prescripción adquisitiva de muebles recibe tratamiento separado (art. 2031) dentro de la sección destinada a la apropiación, lo que es manifiestamente incorrecto.

En resumen, el nuevo Código ha aprovechado lo mejor de los aportes metodológicos de Vélez y ha recogido muchas de las críticas que se le dirigieron para mejorar la distribución de materias, incluyendo soluciones que lo modernizan, como el tratamiento uni-

ficado de las obligaciones civiles y comerciales. Sin embargo, como toda obra humana, no está exento de defectos que lo hacen pasible de críticas que, de ser escuchadas, contribuirán a continuar el eterno camino de búsqueda en que los hombres debemos estar siempre empeñados.

4) Antecedentes históricos y códigos modernos

Partiremos en nuestras observaciones del Código francés, que dio impulso al movimiento codificador del siglo XIX y cuyo método fue muy criticado porque en un solo libro, bajo la denominación de los «*modos de adquirir el dominio*», trata de instituciones muy diversas, y entre ellas lo relativo a las obligaciones y los contratos.

Si comparamos los cuerpos legales vigentes en distintos países podremos establecer –desde el punto de vista del método legislativo, con relación a la ubicación de las obligaciones– dos grandes sistemas, según se incluya la materia dentro de los Códigos civiles o sea objeto de una codificación independiente.

Dentro del primer grupo, a su vez, tendremos que efectuar una distinción en dos subgrupos:

a) Las obligaciones están confundidas con los contratos. Naturalmente, aquí debemos mencionar en primer término al Código civil francés, y agregaremos un par de ejemplos europeos: Mónaco, cuyo Código es casi idéntico al de Francia, y Bélgica, que a raíz de la influencia napoleónica lo adoptó íntegramente. En América latina citaremos a Bolivia, que fue el primer país de la América del Sur que sancionó un Código civil, obra en la que tuvo marcada influencia (es casi una traducción) el Código Napoleón; ese Código boliviano del siglo pasado ha sido reemplazado en 1975, pero en el nuevo Código todavía se advierte la influencia del modelo francés.

b) En el segundo subgrupo las obligaciones también se encuentran dentro del Código civil, pero ya se han independizado de los contratos. Esta reacción contra la defectuosa metodología del Código galo se insinúa por primera vez en el Código chileno, que en este sentido marcó rumbos. Se encuentra en él un libro dedicado a las obligaciones y contratos, cuyo primer título se ocupa de la teoría general de las obligaciones.

Es interesante recordar que el Código chileno fue la obra de una destacada personalidad, Andrés Bello, a quien se le recuerda también –y muy especialmente– por sus aportes en materia idiomática y gramatical. Nacido en Venezuela, acompañó a Bolívar en su gesta libertadora; luego se radicó en Chile y fue autor del Código civil de

ese país, que todavía rige desde mediados del siglo pasado. Su obra ejerció gran influencia en el movimiento de codificación latinoamericano; lo adoptaron textualmente varios países de la costa del Pacífico, entre los que podemos citar Ecuador, El Salvador, Colombia y Nicaragua.

También ejerció influencia en materia metodológica, precisamente por destinar un libro a las obligaciones y contratos sobre el Código civil español de 1889.

Dentro de este subgrupo se encuentra el Código civil argentino, que fue sancionado en 1869 y entró en vigencia en 1871.

En Europa las grandes codificaciones de este siglo siguen, en materia de obligaciones y contratos, un camino semejante (Códigos de Alemania, Grecia, Rusia, Polonia de 1964 y Portugal de 1966).

El otro sistema, que trataremos más adelante, dedica un Código separado a las obligaciones.

5) Unificación del Derecho de obligaciones

Durante los últimos siglos el mundo jurídico ha sido testigo del paulatino proceso de fraccionamiento del Derecho común. Tanto en el campo legislativo como en el científico, han adquirido autonomía diversas ramas del Derecho, y los especialistas han centrado su atención en el análisis de los particularismos que las diferencian del Derecho común, evitando señalar los posibles puntos de contacto.

Este fenómeno parece haber alcanzado su punto culminante al promediar el presente siglo, y se ha proyectado no sólo en el campo legislativo y doctrinario, sino también en los planes de estudio de las Facultades de Derecho, donde han proliferado numerosas asignaturas, consideradas hoy autónomas (Derecho del trabajo, Derecho de la seguridad social, Derecho agrario, Derecho minero, Derecho aeronáutico, Derecho espacial, Derecho registral inmobiliario, etcétera).

El fraccionamiento excesivo trae aparejados serios inconvenientes, pues los especialistas en cada materia, dedicados al estudio minucioso de los más ínfimos detalles, suelen perder de vista la esencial unidad del orden jurídico.

El eterno girar de la rueda de la historia va mostrándonos siempre nuevas perspectivas y obliga al estudioso a enfocar desde ángulos diferentes los problemas que se le plantean. Como reacción frente a la excesiva división del Derecho en ramas y subramas, en la actualidad se está gestando un movimiento de unificación del Derecho privado que tiene numerosos sostenedores en la doctrina y se proyecta también, a partir de 1942, en el terreno legislativo, pues

el llamado Código civil italiano comprende las normas que regulan el Derecho laboral, comercial y del transporte, y el mismo camino sigue el Código civil para Holanda, proyecto en cuyas primeras etapas puso especial empeño el profesor Meijers y del cual se fueron aprobando de manera fraccionada sus distintos libros hasta culminar la obra en fecha reciente.

Otro antecedente valioso de unificación lo constituyen los esfuerzos que tienden a reunir en un solo cuerpo legal la normativa vinculada con las obligaciones y contratos civiles y comerciales, y que encuentra quizás su primera concreción en el Código Suizo de las Obligaciones, a fines del siglo pasado (el primer Código Suizo de las Obligaciones data de 1881 y fue reemplazado luego en 1912 por el actualmente vigente). El ejemplo de Suiza fue seguido por la República del Líbano y por Turquía, que por ley del año 1926 adoptó globalmente el Código Suizo de las Obligaciones.

Con posterioridad encontramos el famoso proyecto franco-italiano, que sirvió de base al Código Polaco de las Obligaciones (sustituido luego por el Código civil de 1964) y al Libro Cuarto del ya mencionado Código italiano de 1942.

Este terreno parece ser el más propicio para la unificación legislativa, y numerosos países se han hecho eco de tales inquietudes, constituyendo comisiones en pro de la unificación de las obligaciones civiles y comerciales.

El legislador paraguayo, como ya lo hemos visto, sigue el camino de la unificación dentro del Código civil, lo que colocó al país en posición que, a la época de su sanción, era de avanzada en el proceso de renovación legislativa del Derecho privado³⁰.

Finalmente, es interesante poner de relieve los esfuerzos que en el campo internacional se vienen realizando para unificar diversas materias, lo que facilitaría las relaciones de intercambio comercial y cultural entre los pueblos. Precisamente el terreno de las obligaciones y contratos es el que más se presta para elaborar una legislación uniforme que supere los conflictos de Derecho internacional privado.

Se han efectuado cantidad de reuniones internacionales y convenciones para buscar la uniformidad legislativa; periódicamente en La Haya, se reúnen juristas de todos los países a discutir los proyectos que se van confeccionando por el UNIDROIT o Instituto para la unificación del Derecho.

³⁰ Hoy el avance de los procesos de integración regional ha modificado totalmente el panorama y parece exigir la elaboración de leyes uniformes para las comunidades regionales.

6) El estudio del Derecho comparado

Relataremos aquí nuestra experiencia personal, vivida en Córdoba (Argentina), porque creemos que es válida para otras Facultades de Iberoamérica.

Hace aproximadamente medio siglo existía en el plan de estudios de nuestra Facultad una materia que se denominaba *Derecho Comparado*, cuya enseñanza estuvo a cargo de un eminente profesor –Enrique Martínez Paz– que fundó la cátedra de dicha asignatura.

Merced al esfuerzo, dedicación y autoridad que se le reconocía –no sólo en Argentina, sino en el extranjero, donde la fama de Martínez Paz se cimentaba tanto en sus conocimientos de Derecho comparado, como de Filosofía Jurídica– se creó en Córdoba el Instituto de Derecho Comparado, el primero en su género en América latina. Después se suprimió la materia, y el Instituto, aunque subsistía nominalmente, no funcionaba, hecho lamentable porque en él trabajaron eminentes profesores y el fruto de esas investigaciones se había concretado en la publicación de valiosos trabajos. Me cupo el honor de poner nuevamente en funcionamiento el Instituto y lograr que en él se trabajase intensamente durante quince años, hasta que en 1985 otra vez, y sin darse razón ni justificativo alguno, fue nuevamente suprimido, como los demás institutos de investigación de la Facultad.

Desaparecida la materia se creyó conveniente que los estudios comparativos se efectuasen al explicar las distintas instituciones del Derecho, y por eso a cada Curso de nuestra asignatura se lo denomina: «*Derecho Civil Argentino y Comparado*», lo que obliga a los profesores a proporcionar algunas nociones de Derecho comparado. Resulta imposible, sin embargo, efectuar comparación en todos y cada uno de los temas, porque ello recargaría excesivamente la enseñanza en los cursos de licenciatura.

Deseamos destacar, además, que la comparación no se puede realizar por medio de la simple acumulación erudita de citas de códigos, aunque frecuentemente muchos autores recurren a ellas sin efectuar una verdadera confrontación de ideas ni sistematizar las distintas soluciones adoptadas por esos cuerpos legales. Más aún, la adecuada comparación de los textos legales constituiría un estudio de «*legislación comparada*», que tiene gran importancia pero que es sólo el primer paso dentro de los estudios de Derecho comparado, porque la ley, aunque suele ser la más importante de las fuentes del Derecho, no es la única, sino que se completa con la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre y los principios generales del Derecho.

La comparación es un método de trabajo que se puede aplicar en distintas ciencias, y entre otras en la nuestra, donde presta gran utilidad no sólo para confrontar soluciones, sino también para el mejor conocimiento del propio derecho interno y hasta como elemento de política legislativa, ya que puede servir para aconsejar las reformas necesarias del derecho positivo vigente.

La finalidad perseguida en este trabajo impone ciertas limitaciones, lo que nos lleva a señalar solamente los grandes sistemas que predominan con relación a las principales instituciones, citando dos o tres ordenamientos jurídicos para buscar en ellos una orientación sobre los caminos que se siguen para solucionar los problemas más conflictivos.

D) ELEMENTOS ESENCIALES Y ACCIDENTALES DE LA OBLIGACIÓN

Concepto

En este apartado continuaremos el análisis de la estructura de la relación obligatoria, y luego de distinguir entre los elementos esenciales y los accidentales, nos dedicaremos al estudio de los primeros.

Hay elementos constitutivos de *toda* relación obligatoria que no pueden faltar jamás porque su ausencia traería aparejada como consecuencia que no existiese obligación; a estos elementos los denominamos esenciales. Los elementos accidentales, en cambio, pueden o no estar presentes en una determinada relación obligatoria, y los tenemos en cuenta para distinguir y clasificar las distintas especies de obligaciones.

Debemos recordar que en la denominada Parte General del Derecho civil se estudian los elementos esenciales de toda relación jurídica (sujeto, objeto y causa generadora), elementos que sin duda encontraremos en las obligaciones por ser una especie de relación jurídica, aunque presentarán ya algunos rasgos propios que no dan en otras relaciones jurídicas.

Además, en el terreno de las obligaciones nos ocupamos también de un cuarto elemento esencial que no se estudia en Parte General, el vínculo jurídico.

En cuanto a los elementos accidentales, la doctrina señala tradicionalmente tres: la condición, el cargo o modo y el plazo, como si

fuesen los únicos. A esta afirmación tan generalizada es menester realizarle dos observaciones.

La primera, que ya la señalara Colmo en su obra de Obligaciones³¹, es que la condición, el cargo y el plazo no son modalidades de la obligación, sino del acto jurídico, es decir que –hablando con absoluta propiedad– estos accidentes afectan al hecho que sirve de causa generadora a la relación obligatoria, por lo que deben ser legislados y estudiados en la Parte General. El nuevo Código paraguayo ha tenido en cuenta esta crítica, como lo hemos visto al ocuparnos de su método.

La segunda es que, aunque tradicionalmente la doctrina se ha limitado a mencionar como modalidades a estas tres figuras, no son las únicas, sino que encontramos otros elementos accidentales, relacionados con cada uno de los elementos esenciales.

Un análisis cuidadoso del problema muestra que así como la causa generadora puede ser «pura y simple», o presentar algunos «accidentes», también en el sujeto, el objeto y el vínculo suelen aparecer «accidentes», que son –precisamente– los que permiten diferenciar y clasificar distintos tipos de obligaciones. Todas las clasificaciones que se realizan obedecen a la presencia de algún «accidente» o modalidad peculiar que afecta a alguno de los elementos esenciales. Así, vemos que a las ya conocidas modalidades de la causa generadora (condición, cargo y plazo) se suman otras modalidades relacionadas con:

a) los sujetos (unidad o pluralidad, lo que permite diferenciar las obligaciones mancomunadas);

b) el objeto (características de la prestación: dar, hacer, no hacer; fungibilidad o infungibilidad; lugar, tiempo y forma de cumplimiento; etc.);

c) el vínculo (unidad o pluralidad; autonomía o interdependencia; presencia o ausencia de los elementos débito y responsabilidad).

Lo que sucede, en definitiva, es que cada elemento esencial puede presentar algunos «*accidentes*» que inciden sobre él y que según aparezcan o no en una determinada relación obligatoria le hacen adquirir una fisonomía especial; cuando ello hace que varíe su régimen jurídico es menester que el estudioso las clasifique en una categoría especial, no por mero afán clasificatorio, sino por la

³¹ Vid. ALFREDO COLMO, *De las obligaciones en general*, 3.^a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, núm. 188, p. 147.

necesidad científica de distinguir aquellas relaciones que se rigen por leyes diferenciales.

E) PRIMER ELEMENTO ESENCIAL: LOS SUJETOS

El tema presenta gran interés porque una tendencia en la Filosofía del derecho ha llevado hasta la negación del requisito del sujeto. Según esas teorías son innecesarios para el Derecho los conceptos de sujeto y de derecho subjetivo.

Los más destacados exponentes contemporáneos de esa posición negativa de los derechos subjetivos han sido Duguit y Kelsen. El primero, que alcanzó gran renombre con su denominado «positivismo sociológico», afirma que los llamados «derechos subjetivos» no son más que «funciones sociales». Nuestro maestro, Pedro León, criticando esta posición, señalaba que en ella se produce un verdadero trastocamiento de conceptos, confundiéndose dos términos que son contradictorios: derecho y deber. Para el «funcionalismo» pareciera que todos los hombres sólo tienen que desempeñar un papel o función, lo que es inadmisibles.

Resulta inconcebible que el hombre, integrante de un grupo social, tenga –según afirmaba Duguit– como único derecho ¡el de cumplir deberes! Eso lo degradaría al nivel de los seres que integran simples comunidades zoológicas, como las hormigas o las abejas, que solamente llenan funciones.

Por supuesto que, a la inversa, tampoco es admisible que nos limitemos a reconocer los «derechos» que tiene el hombre, porque de ese modo se llega a la anarquía y a la protección de conductas antisociales. El comportamiento humano debe integrarse por una conjunción armónica de derechos y deberes que permitan al individuo lograr la satisfacción plena de sus intereses, dentro de la paz y el orden que deben reinar en la colectividad, respetando a los demás individuos que la integran.

El sujeto, por tanto, goza de derechos que se exteriorizan en su libertad moral y le confieren un haz de facultades que le permiten actuar; pero al mismo tiempo está gravado con cargas o deberes, frente al resto de la colectividad, que limitan esas facultades, ya que «el derecho de cada uno termina donde comienza el de los demás».

En la relación jurídica obligatoria hemos podido apreciar perfectamente este doble juego de facultades y deberes, que se presenta muy especialmente en dos de las características que mencio-

namos: la alteridad, que exige el respeto de *todos* los miembros de la colectividad, y la bipolaridad, que pone enfrente a acreedor y deudor.

Las propias normas del Código confirman que en la relación obligatoria se presentan dos sujetos (acreedor y deudor), investidos ambos con facultades y sometidos ambos a deberes, pese a que normalmente se pongan de relieve los *derechos* del acreedor y las *obligaciones* del deudor.

Vemos así que el artículo 420, al ocuparse de los efectos de la obligación, enumera como facultades del acreedor, que emergen de su crédito: 1.º emplear los medios legales para que el deudor cumpla con la prestación; 2.º procurársela por otro a costa del obligado, y 3.º obtener las indemnizaciones pertinentes; muchas otras normas mencionan distintos derechos del acreedor (por ejemplo, en materia de títulos de crédito, los arts. 1507, 1522 y 1539 disponen que el poseedor está habilitado para ejercer los derechos que surgen del título) ³².

Pero sobre el acreedor pesa también el deber de cooperar en la ejecución de la prestación debida, y así vemos que si se niega a recibir la prestación, o no presta colaboración, caerá en «mora credendi» (art. 428). En las obligaciones alternativas, debe efectuar la elección en el plazo establecido (art. 485, 2.º párrafo), regla que es aplicable por analogía a las obligaciones de dar cosas ciertas cuando la elección corresponde al acreedor.

Por su parte, el deudor tiene que ejecutar fielmente la prestación y entregar «la misma cosa o cumplir *exactamente* el hecho a que estuviere obligado (art. 557), realizando el pago «el día de vencimiento de la obligación» (art. 561), «en el lugar designado» (art. 563), al acreedor, su representante o la persona indicada para recibirlo (art. 551), y el incumplimiento de estos deberes hará nacer subsidiariamente la obligación de indemnizar los daños y perjuicios (arts. 421, 422 y 423).

Vemos, sin embargo, que no todos son deberes y el deudor posee algunas facultades; así, por ejemplo, si el acreedor no colabora, el deudor tendrá el derecho de liberarse consignando

³² «Artículo 1507 (Código de Paraguay).—El poseedor de un título de crédito tiene derecho a la prestación indicada en él, contra su presentación, siempre que su posesión esté justificada conforme a lo prescripto por la ley...»

«Artículo 1522 (Código de Paraguay).—El poseedor de un título a la orden queda habilitado para el ejercicio del derecho mencionado en él mediante endoso a su favor. Si hay varios endosos, éstos deben ser continuos.»

«Artículo 1539 (Código de Paraguay).—El poseedor de un título nominativo está habilitado para el ejercicio del derecho mencionado en el mismo por efecto del encabezamiento a su favor contenido en el título o en el registro del emisor.»

(art. 584). Lo esencial en este punto es destacar que el deudor no sólo tiene el «deber», sino también el «derecho» de pagar y además puede exigir al acreedor un recibo que pruebe la existencia del pago y la correlativa extinción de la obligación (art. 570)³³.

En *resumen*, de las normas del Código surge con claridad que en la relación obligatoria encontramos *dos sujetos* (por eso al referirnos a este elemento empleamos el vocablo en plural), uno en cada polo, y luego regula con precisión los poderes o facultades, por una parte, y las cargas o deberes, por otra, que pesan sobre cada uno de esos sujetos.

¿Es posible, entonces, desconocer la existencia de los sujetos como elemento esencial de la relación obligatoria?

1) **Determinación**

Insistimos en que la existencia del sujeto es una necesidad lógica; sucede, sin embargo, que a veces se presentan algunos problemas de determinación. Puede ocurrir, en efecto, que en ciertas circunstancias no estén perfectamente individualizados el sujeto activo o el sujeto pasivo de la obligación, como sucede en esas relaciones jurídicas que hemos denominado *ob rem* o *propter rem*.

¿Quién es el deudor en la obligación de contribuir a la reparación del muro medianero o la conservación de la cosa común? ¿El propietario del muro, o el condómino, en el momento de nacer la obligación, o quienes ocupan esa posición jurídica en el momento de efectuarse el reclamo? La propiedad de la cosa puede haber pasado por varias manos en ese tiempo, y como la obligación se da «en razón de la cosa», junto con la transmisión del derecho real, se habrá transmitido también la posición de deudor. Por eso algunos autores llaman «ambulatorias» a estas obligaciones por el hecho de que la titularidad de los sujetos puede ir variando y debe determinarse en el momento del cumplimiento.

En los ejemplos que hemos dado sería ambulatorio el deudor, pero hay suficientes elementos de juicio para individualizarlo, pues la obligación pesa sobre la persona que se encuentra en relación de propiedad con la cosa.

Puede suceder, también, que quien no está perfectamente individualizado sea el acreedor, como ocurre en las obligaciones derivadas de las llamadas ofertas al público, o promesas de recompensa, que tantas discusiones han provocado entre los juristas,

³³ «Artículo 570 (Código de Paraguay).—El acreedor que reciba el pago debe librar recibo y hacer anotación de dicho pago sobre el título, si éste no se restituye al deudor. Los gastos del pago son a cargo del deudor.»

y que el nuevo Código regula en el Título IV del Libro Tercero (arts. 1800 a 1807) al tratar «de las promesas unilaterales» como fuentes de obligaciones.

Es frecuente leer en la prensa que alguien ha perdido un objeto y publica un aviso ofreciendo una recompensa a quien lo encuentre; en este caso es el acreedor quien no está perfectamente individualizado, y recién quedará determinado cuando la persona que encontró la cosa se presente a reclamar la recompensa.

Lo mismo sucede en todos los casos de ofertas al público (art. 1802)³⁴.

Creemos necesario, sin embargo, afirmar categóricamente que mientras no se haya presentado nadie a reclamar la recompensa, o a aceptar la oferta, no hay verdaderamente una relación obligatoria; a lo sumo podríamos decir que está «en suspenso». Tanto es así que si nadie asume la calidad de sujeto activo faltará un elemento esencial y de ninguna manera podrá sostenerse que hay obligación, sino que –para expresarnos con precisión técnica– mientras dure la validez de la oferta sólo podremos decir que quien emitió esa declaración de voluntad está sometido al *deber* jurídico de mantener la palabra empeñada. La obligación recién nacerá cuando alguien se presente a reclamar la recompensa o acepte la oferta³⁵.

En el caso de los títulos al portador puede suceder que tampoco esté determinado el sujeto activo, o sea el acreedor. Supongamos que alguien ha suscripto un título al portador (Sección 2.^a del Capítulo XXIII del Libro Tercero, arts. 1517 a 1521) y lo ha entregado: desde el momento en que se ha desprendido de ese papel, que está destinado a circular de mano en mano, el deudor ignorará quién es su acreedor, y recién lo sabrá cuando alguien se presente a reclamar el pago exhibiendo el documento (art. 1517, 2.^o párrafo)³⁶.

Pero siempre hay una base, un dato que sirve para individualizar al acreedor: la posesión del título. El que lo tenga en su poder será

³⁴ «Artículo 1802 (Código de Paraguay).—Aquél que, dirigiéndose al público, promete una prestación a favor de quien se encuentre en una determinada situación, o lleve a cabo una determinada acción, queda vinculado por la promesa tan pronto como ésta se hace pública, aun a favor de quien procediere sin interés por la recompensa.»

³⁵ En sentido coincidente Giorgianni afirma que: «En virtud de la promesa no surge en absoluto una relación obligatoria entre el promitente y una persona indeterminada, sino que, por el contrario, la relación obligatoria surge sólo en el momento en que la persona del acreedor viene a ser individuada», obra citada, p. 49.

³⁶ «Artículo 1517 (Código de Paraguay).—La transferencia del título al portador se opera por la entrega del título.

El poseedor del título al portador queda habilitado para el ejercicio del derecho mencionado en él con su presentación.»

el acreedor. Es verdad que se plantean algunos problemas en los supuestos de deterioro (art. 1519)³⁷, extravío o sustracción (art. 1520)³⁸ y abandono del título.

El deterioro se subsana, mientras el documento sea identificable con seguridad, restituyendo el original y recibiendo en su reemplazo otro documento; la destrucción no significa que la obligación se extinga, y si se prueba debidamente se puede reclamar un duplicado (art. 1521)³⁹.

La dificultad mayor en cuanto a la determinación del acreedor y subsistencia de la relación obligatoria se presenta en la hipótesis de que el tenedor del título al portador lo abandona voluntariamente, sea porque no tiene más interés en ese crédito o por cualquier otra razón.

Los títulos al portador son cosas muebles y el Código en el Libro Cuarto regula en distintos artículos el abandono, disponiendo primeramente que con él se extingue la posesión (art. 1936, inciso *b*), y que otro sujeto podrá adquirir por aprehensión la propiedad de la cosa que ha sido abandonada (art. 2029)⁴⁰. ¿Qué sucede en el ínterin mientras el título se encuentra abandonado? ¿Quién es el acreedor?

Podríamos decir que la relación obligatoria se ha extinguido por faltar un elemento esencial, el acreedor; pero, a semejanza de lo que

³⁷ «Artículo 1519 (Código de Paraguay).—El poseedor de un título deteriorado que ya no sea idóneo para la circulación, pero que a pesar de esto sea con seguridad identificable, podrá exigir del emisor un título equivalente, restituyendo el primitivo y reembolsando los gastos.»

³⁸ «Artículo 1520 (Código de Paraguay).—Salvo disposición especial de la ley, no se admite la invalidación de los títulos al portador extraviados o sustraídos.

El que denuncie al emisor el extravío o la sustracción de un título al portador y le suministre prueba de ello, tendrá derecho a la prestación y sus accesorios, una vez transcurrido el plazo de prescripción de la obligación.

El poseedor que cumple la prestación a favor del poseedor del título, antes de dicho plazo, queda liberado a no ser que se pruebe que conocía el vicio de la posesión del portador...»

³⁹ «Artículo 1521 (Código de Paraguay).—El poseedor de un título al portador puede exigir al emisor la expedición de un duplicado o un título equivalente si prueba su destrucción. Los gastos quedan a cargo del solicitante. Si no se prueba la destrucción, se aplicarán las disposiciones del artículo anterior.»

⁴⁰ «Artículo 2029 (Código de Paraguay).—Se adquiere por aprehensión la propiedad de las cosas muebles que nunca tuvieron dueño, y la de aquellas cuya posesión hubiere sido abandonada con intención de renunciar a su dominio, si esa aprehensión no fuere prohibida por la ley, y si se hiciere con la voluntad de adquirir la propiedad.

Si el abandono de la cosa fuere hecho con indicación de la persona en cuyo beneficio se hace, sólo ésta podrá tomarla. Si otra persona la aprehendiere, revertirá la cosa al dominio del renunciante y podrá éste reivindicarla o exigir su valor.

No se comprende entre las cosas abandonadas las evidentemente perdidas; las que sin voluntad de sus dueños cayeren en un lago o río, o fueren arrojadas para alijar una embarcación; ni los buques y máquinas aéreas, hallados como despojos de un accidente.

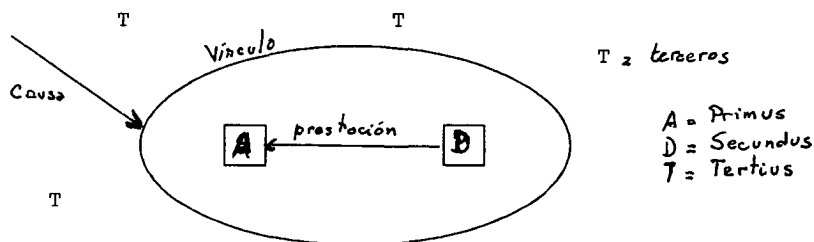
En caso de duda, se entenderá que la cosa ha sido perdida.»

sucede en la confusión, esa obligación puede revivir (ver art. 627) ⁴¹, lo que ocurrirá si alguien se apropia del título abandonado, asumiendo la posición de acreedor y reclamando el cumplimiento de la prestación.

2) La obligación y los terceros

Para facilitar la comprensión de éste y otros temas volveremos a utilizar el recurso de esquematizar la relación jurídica obligatoria, representando sus elementos esenciales.

CUADRO 3
Derecho personal



Hemos representado el vínculo jurídico como un óvalo, que envuelve a la prestación y a los sujetos; en este caso llamamos A = Primus al acreedor, y D = Secundus al deudor, colocando fuera del campo delimitado por el vínculo a los terceros (T = Tertius).

A la causa generadora (elemento externo) y al objeto de la relación obligatoria los representamos con una flecha, símbolo correspondiente a los vectores del mundo de la física, en razón de que ambos son elementos dinámicos (hechos o actos jurídicos), uno de los cuales engendra la obligación y el otro la extingue.

León opinaba que el tema de los terceros compromete al elemento «vínculo»; nosotros, en cambio, pensamos que hace más a

⁴¹ «Artículo 627 (Código de Paraguay).—Cesará la confusión, siempre que por un acontecimiento ulterior se restablecieren las calidades originarias de las partes, y revivirán los derechos que en un principio correspondían a las mismas...»

los sujetos de la relación y por eso lo estudiamos en esta parte de nuestro ensayo.

Aunque el nuevo Código de Paraguay no reproduce el artículo 503 del Código de Vélez, sigue teniendo validez el principio de que las obligaciones producen efecto: primero, entre acreedor y deudor; segundo, respecto a los sucesores a quienes esas obligaciones se transmitiesen.

Esto significa que el vínculo jurídico liga, en primer término, a los sujetos que están en uno y otro polo de la relación obligatoria, invistiéndolos de un haz de facultades y deberes que tienden a que se haga efectivo el cumplimiento de la prestación y, al mismo tiempo, aísla a Primus y Secundus de los terceros (Tertius), sobre quienes sólo pesa el «deber» jurídico de respetar la relación obligatoria.

Encontramos, sin embargo, algunas hipótesis en que las obligaciones pueden producir efectos respecto a terceros; ello sucede, por ejemplo, cuando se estipulase una ventaja a favor de terceros (art. 732)⁴² o se celebre un contrato en el cual se promete la prestación de un tercero (art. 730)⁴³.

En el primer caso, si el beneficiario de la prestación se niega a aprovecharse de ella (art. 733, párrafo 3.º)⁴⁴, continuará siendo un tercero extraño a la relación obligatoria; pero si la aceptase, ingresa a ella ocupando la posición de un acreedor concurrente, que también puede reclamar el cumplimiento de la prestación (art. 733, párrafo 1.º)⁴⁵.

En la otra hipótesis, cuando se promete la prestación de un tercero, en una primera etapa sólo existe la obligación de diligencia, por parte del promitente, de lograr la ratificación del tercero (ver art. 731)⁴⁶, y si éste prestase su conformidad, esa manifestación de voluntad dará nacimiento a una nueva obligación que ligará direc-

⁴² «Artículo 732 (Código de Paraguay).—El que obrando en su propio nombre estipule una obligación en favor de un tercero tiene el derecho de exigir su ejecución en provecho de ese tercero.»

⁴³ «Artículo 730 (Código de Paraguay).—El contrato celebrado a nombre propio, por el que se promete la prestación de un tercero, será obligatorio si el prometiente hubiere garantizado la ratificación o el cumplimiento por parte de aquél. En la duda, se entenderá que sólo fue garantizada la ratificación. Prestada ésta, las relaciones entre el estipulante y el tercero serán juzgada como si el contrato se hubiera ajustado directamente entre ellos.»

⁴⁴ «Artículo 733 (Código de Paraguay).—... En caso de revocación de la estipulación, o de negativa del tercero a aprovecharse de ella, la prestación quedará a beneficio del estipulante, salvo que otra cosa resultare de la voluntad de las partes o de la naturaleza del contrato.»

⁴⁵ «Artículo 733 (Código de Paraguay).—El tercero o sus derechohabientes pueden también reclamar directamente del deudor, salvo convención en contrario, la ejecución de la prestación...»

⁴⁶ «Artículo 730 (Código de Paraguay).—Si en el caso del artículo anterior no se ratifica la promesa o no se cumple la prestación ofrecida, el estipulante podrá exigir daños e intereses al prometiente...»

tamente al tercero, como deudor de la prestación prometida (ver art. 730, *in fine*).

Por último, tenemos la hipótesis, contemplada en el inciso *c*) del artículo 551, de que se hubiese indicado un tercero «para recibir el pago»⁴⁷, caso en el cual este sujeto ingresa a la relación obligatoria ocupando el lugar del acreedor únicamente a los efectos de que pueda ejecutarse válidamente la prestación; es decir, actúa como herramienta útil para que se cumpla el fin de «colaboración social» que persiguen las relaciones obligatorias, como lo hemos señalado oportunamente.

Por una razón análoga los terceros –interesados o no– pueden hacer el pago [art. 548, incisos *b*) y *c*)], caso en el cual ingresarán a la relación obligatoria, subrogándose legalmente en el lugar del acreedor [art. 594, incisos *b*) y *c*)].

3) Los sucesores. Concepto. Situación

Trataremos aquí el problema de los sujetos que originariamente fueron terceros y luego ingresan en la relación obligatoria ocupando uno de sus polos, es decir reemplazando al acreedor o al deudor.

En el Código de Vélez encontrábamos una serie de normas vinculadas con estos temas en el Título Preliminar del Libro Cuarto, que se ocupaba de «la transmisión de los derechos en general». El nuevo Código ha sustituido ese título por un capítulo que trata solamente «de la transmisión de las obligaciones», ubicado en el Libro Segundo, y allí encontramos un artículo, el 537, que expresa:

«Las disposiciones de esta Sección serán aplicables, en lo pertinente, a la transferencia de otros derechos que no tengan regulación especial.»

El método empleado en esta oportunidad no merece elogios, y deja lagunas que deberán ser salvadas por el intérprete.

En materia obligacional la sucesión puede comprender tanto la faz activa como la faz pasiva de la relación, razón por la cual en el mencionado capítulo hay dos secciones: la primera destinada a la cesión de créditos (arts. 524 a 537) y la segunda a la asunción de deudas (arts. 538 a 546).

Parafraseando el viejo artículo 3262 diremos que «las personas a quienes se transmitan los derechos u obligaciones de otras, de tal

⁴⁷ «Artículo 551 (Código de Paraguay).—El pago debe hacerse:

... *c*) al tercero indicado para recibir el pago, aunque lo resistiere el acreedor, y aun que a éste se le hubiere satisfecho una parte de la deuda; ...»

manera que en adelante puedan ejercerlos en su propio nombre, se llaman sucesores».

El sucesor, que frente a la obligación era originariamente un tercero, ingresará en la relación ocupando la posición de uno de los sujetos (acreedor o deudor) y se convertirá en parte.

La transmisión puede operarse por voluntad de la persona cuyos derechos pasan al sucesor, o por disposición de la ley; por ejemplo, el contrato o el testamento expresan la voluntad del transmitente; en cambio, hay sucesión en virtud de la ley en la herencia ab intestato o en la subrogación legal.

Pueden distinguirse también los sucesores «universales» de los «singulares»; los primeros están caracterizados en los artículos 2444 y 2446, y suceden a su causante en la totalidad de los bienes y derechos, activos y pasivos, o en una parte alícuota de su patrimonio.

Sucesor particular es aquel a quien se le transmite solamente un bien o derecho que sale del patrimonio de otra persona.

La sucesión universal se produce únicamente por vía hereditaria, y es eficaz para transmitir tanto la faz activa como la pasiva de las relaciones obligatorias; los herederos, desde el momento de la apertura de la sucesión, pasarán a ser acreedores o deudores de las obligaciones en que era parte su causante, salvo que se trate de relaciones no transmisibles, o sea obligaciones inherentes a la persona.

Vemos así que el nuevo artículo 2446, en su última parte, expresa:

« ... La herencia comprende todos los bienes, así como los derechos y obligaciones del causante que no se hubieren extinguido por su fallecimiento.»

Si hay un solo heredero recibirá todo el patrimonio del causante, sucediéndolo como acreedor o deudor íntegramente; si son varios herederos, a cada uno le corresponderá una parte alícuota, y si la obligación fuese divisible, se fraccionará entre los sucesores, tal como lo dispone el artículo 516:

«Si falleciere alguno de los acreedores o deudores dejando más de un heredero, cada uno de los coherederos no tendrá derecho a exigir o recibir, ni estará obligado a pagar, sino la cuota que le corresponda en el crédito o en la deuda, según su haber hereditario.»

La sucesión particular, a su vez, puede operarse por un acto entre vivos, o por disposición de última voluntad. Por ejemplo, el comprador es sucesor singular del vendedor y, en materia de obligaciones, el cesionario de un crédito lo es del cedente porque lo sucede en su posición de acreedor en esa particular relación obliga-

toria. Por causa de muerte el legatario será sucesor del testador en las obligaciones que le dejase como legado.

Tampoco en estos casos podrá sucederse en las obligaciones inherentes a la persona, ni cuando la ley o el contrato prohibiesen expresamente la transmisión de la obligación (ver art. 717)⁴⁸.

En el Código de Vélez no era posible suceder contractualmente en la posición de deudor, ya que el cambio de ese elemento subjetivo entrañaba siempre una novación, con extinción de la obligación primitiva y creación de una nueva; el Código actual, en cambio, no solamente admite que se transmita la posición de acreedor por vía de la cesión de créditos, sino también la situación de deudor por la asunción de deuda (arts. 538 a 546).

Estas disposiciones han significado un paso adelante, que contribuye a la modernización del Derecho paraguayo, pero creemos que debían completarse con una regulación más amplia, como la contenida en el Código de Portugal, que trata la «cesión de posición contractual».

En *resumen*, las partes de la relación obligatoria –acreedor o deudor– pueden ser reemplazadas por *sucesores*, es decir sujetos que primitivamente fueron terceros, pero que desde el momento de su ingreso a la relación pasan a ocupar el lugar de partes. La sucesión es posible siempre que no se traten de derechos inherentes a la persona.

F) SEGUNDO ELEMENTO ESENCIAL: EL OBJETO

1) Concepto

El objeto de la obligación es la prestación. Tiene sumo interés recordar este hecho, al cual no se le da quizás suficiente importancia, porque suele mencionárselo tan sólo a propósito de las definiciones de obligación.

A veces, junto con la conocida definición de las Institutas que hemos glosado más arriba, se suele citar otra de Paulo, quien nos dice que «la esencia de la obligación no consiste en que hagamos nuestra una cosa de otro, sino en colocar a una persona en la necesidad de dar, hacer o prestar alguna cosa».

⁴⁸ «Artículo 717 (Código de Paraguay).–Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fueren inherentes a la persona, o resultare lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden oponerse a terceros ni ser invocados por ellos, salvo los casos previstos en la ley.»

Generalmente, la definición de Paulo se trae a colación para criticarla, haciendo hincapié en que caracteriza la obligación de modo negativo, diciendo lo que no es. Nosotros, en cambio, le asignamos importancia porque demuestra cómo, aun en el antiguo Derecho romano, donde la relación obligatoria incidía más sobre la persona que sobre el patrimonio del deudor, se advertía que la existencia de una obligación no convertía al acreedor en dueño de nada.

La esencia o sustancia de la obligación consiste en que el deudor está colocado en la necesidad de dar algo, de realizar un hecho o de ejecutar una prestación. Éste es el concepto perdurable, perenne, de obligación, cuyo objeto es siempre un hecho, una actividad positiva o negativa del deudor: la prestación. Aunque deba entregar una cosa al acreedor, el objeto de la obligación no es esa cosa; sino la conducta del deudor, el hecho de *dar*.

2) Requisitos que debe satisfacer la prestación

a) Posibilidad

La prestación, en primer término, debe ser *posible*; una prestación de cumplimiento imposible no puede constituir nunca el objeto de una obligación. Pero debemos efectuar algunas aclaraciones que son indispensables porque sirven de introducción a materias que estudiaremos más adelante.

La imposibilidad puede ser originaria o sobrevenida; es decir, que la prestación puede ser imposible desde antes que se pretenda crear la obligación; o la imposibilidad puede aparecer en el transcurso de su vida. El distingo tiene importancia, porque si la imposibilidad es originaria la obligación no habrá tenido vida nunca, aunque aparentemente se haya constituido. Recordemos que la prestación es una conducta humana, un verdadero acto jurídico y, como tal, no puede tener como objeto los hechos imposibles [art. 299, inciso c) ⁴⁹].

Es cierto que el artículo 694 expresa:

«La imposibilidad de la prestación no impedirá la validez del contrato si dicha imposibilidad pudiese ser suprimida y el contrato hubiere sido concluído para el caso de que la prestación fuere posible...».

⁴⁹ «Artículo 299 (Código de Paraguay).—No podrán ser objeto de los actos jurídicos: ... c) los hechos imposibles, ilícitos, contrarios a la moral y a las buenas costumbres, o que perjudiquen los derechos de terceros...»

En realidad esta norma no contempla una hipótesis de imposibilidad *absoluta*, sino que presupone –para la validez del contrato que genera la obligación– que la imposibilidad se puede suprimir, lo que equivale a decir que *¡no es imposible!*

En resumen, si la prestación es desde su origen *verdaderamente* imposible, el contrato no producirá efectos y, por ende, la obligación no nacerá.

Pero si la imposibilidad sobreviene con posterioridad al nacimiento de la obligación, la solución será otra y deberá distinguirse según tenga su origen en un caso fortuito o en la culpa del deudor. El caso fortuito o la fuerza mayor extinguirán la obligación sin responsabilidad para el deudor (arts. 426 y 628)⁵⁰, pero si ha mediado culpa del deudor, éste deberá indemnizar los daños y perjuicios que resulten del incumplimiento (arts. 421 y 722)⁵¹.

Además, la imposibilidad puede ser *absoluta* o *relativa*. Habrá absoluta cuando la prestación no puede ser ejecutada por ningún sujeto; por ejemplo, imposibilidad física insalvable (tocar el cielo con las manos), o imposibilidad jurídica (contratar sobre cosas que han sido puestas fuera del comercio). Pero el hecho puede ser imposible solamente para el deudor, o para un tipo de personas, y entonces esa imposibilidad es relativa.

También aquí hay matices y deben efectuarse algunas distinciones; por lo pronto, para suministrar un ejemplo contemplado por el Código, tenemos las obligaciones de hacer en que se han tomado en cuenta las aptitudes personalísimas del deudor; si éste fallece la prestación se torna imposible y la obligación no pasa a sus herederos (art. 2444, 2.ª parte). En cambio, si el deudor compromete la prestación de un hecho que *a él* le es imposible cumplir (por ejemplo, atención profesional y carece de título habilitante; o se ha hecho pasar por artista y se ha comprometido a pintar un retrato careciendo de las aptitudes necesarias para hacer este trabajo), esa imposibilidad relativa no lo exime de responsabilidad y tendrá que indemnizar los daños y perjuicios.

⁵⁰ «Artículo 426 (Código de Paraguay).—El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originan al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiere tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o ya hubiere incurrido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor.»

«Artículo 628 (Código de Paraguay).—La obligación se extingue cuando por una causa física o jurídica no imputable al deudor, anterior a su constitución en mora, se hace imposible la prestación que constituye el objeto de ella...»

⁵¹ El artículo 421 está reproducido en la nota 1.

«Artículo 722 (Código de Paraguay).—Si la prestación a cargo de una de las partes se hace imposible por su culpa, la otra podrá cumplir su obligación, exigiendo daños e intereses, o resolver el contrato resarcándose de aquéllos.»

b) *Licitud*

Este requisito lo vincularemos con la disposición genérica del artículo 299, inciso *c*), que ya hemos mencionado en varias oportunidades. Esa norma se refiere al objeto de los «actos jurídicos», exigiendo que no sean «hechos imposibles, ilícitos, contrarios a la moral y a las buenas costumbres, o que perjudiquen los derechos de terceros».

La prestación es un acto jurídico (art. 296)⁵², ya que es un hecho humano, voluntario, lícito, que persigue como fin inmediato la extinción de la obligación; en consecuencia, le son plenamente aplicables las previsiones del artículo 299.

c) *Determinabilidad*

Este requisito no significa que la prestación deba estar *individualizada* desde el nacimiento de la obligación, pero sí, al menos, que debe ser susceptible de determinación.

Cuando se estudia las obligaciones de género, a las que el nuevo Código denomina simplemente «obligaciones de dar cosas inciertas» (arts. 469 a 473), vemos que el objeto de la prestación no está designado en su individualidad, sino por el empleo de dos coordenadas: el género o especie a que pertenecen y el número de individuos de la especie que deben entregarse. Por ejemplo, si el deudor se compromete a entregar dos caballos mansos de silla, o incluso cuando agrega otros datos como edad, raza, color de pelo, etc., todavía no se ha individualizado la prestación, lo que recién ocurrirá cuando se efectúe la elección, sea que ella esté a cargo del deudor, del acreedor o de un tercero (arts. 469 y 693)⁵³.

Si pasamos revista a las distintas obligaciones de dar, vemos entonces que la determinación se efectúa sobre la base de diversas referencias que sirven para posibilitar el cumplimiento de la prestación; así, en las obligaciones de dar cosas ciertas, el objeto está determinado en su individualidad, lo que constituye, sin duda, el

⁵² «Artículo 296 (Código de Paraguay).—Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos.

Las omisiones que revistieren los mismos caracteres están sujetas a las reglas del presente título.»

⁵³ «Artículo 469 (Código de Paraguay).—... Cuando sólo estuviere fijada la especie, el deudor deberá cosas de calidad media. Si la elección correspondiere al acreedor, se ceñirá a la misma regla.»

«Artículo 693 (Código de Paraguay).—La cantidad se reputa determinable cuando su fijación se deja al arbitrio de un tercero, cuya decisión será definitiva. Si éste no cumpliera por cualquier causa su cometido dentro del plazo fijado, o del que razonablemente sería suficiente para hacerlo, el contrato quedará sin efecto...»

grado más perfecto de determinación y elimina totalmente la posibilidad de sustituir ese objeto por otro. En cambio en las obligaciones de género, como lo hemos visto más arriba, y en las obligaciones de dar cantidades de cosas, el objeto de la obligación no está individualizado hasta que se produzca la *concentración*, momento a partir del cual se aplicarán las reglas sobre obligaciones de dar cosas ciertas (art. 472) ⁵⁴.

Cuando la elección está a cargo de las partes la ley considera que este último paso, la determinación, es siempre posible; si se tratase del deudor y no lo efectuase, incurrirá en responsabilidad por el incumplimiento de la obligación; si correspondiese al acreedor y no colaborase, el deudor podrá intimarlo judicialmente para que elija, y si continúa renuente, el juez autorizará al deudor a efectuar la elección que sirve para individualizar la prestación (art. 587) ⁵⁵.

En cambio, cuando la elección se ha confiado a un tercero, si éste no la práctica no hay medio de forzarlo, por ser extraño a la relación obligatoria, y la obligación se extinguirá por carecer de uno de sus elementos esenciales, el objeto, que no ha sido determinado. Es lo que dispone el artículo 693 para los casos en que se ha dejado la fijación del objeto al arbitrio de un tercero:

«... si éste no cumpliere por cualquier causa su cometido dentro del plazo fijado, o del que razonablemente sería suficiente para hacerlo, el contrato quedará sin efecto...»

Un caso análogo sucede en materia de compraventa, donde se exige como requisito que el objeto esté determinado (art. 746) y que el precio sea cierto (art. 754), aunque se admite que su determinación se encomiende a un tercero «conforme a lo establecido en este Código». Si el tercero se negase a fijar el precio, no habrá contrato.

d) *Utilidad*

Este requisito significa que la prestación debe brindar provecho al acreedor. No debe confundirse con la «patrimonialidad», porque el acreedor en infinidad de casos puede no proponerse una ventaja *económica* y obrar impulsado por otros móviles, de carácter puramente humanitario, artístico o científico (ver última parte del art. 418).

⁵⁴ «Artículo 472 (Código de Paraguay).—Después de individualizada la cosa, serán aplicables las reglas sobre obligaciones de dar cosas ciertas.»

⁵⁵ «Si deben entregarse cosas inciertas, cuya elección corresponda al acreedor, tiene que hacerse una intimación a fin de que la efectúe. Si no la hace el juez autorizará al deudor para que elija y luego se intime el recibo, como si se tratara de cuerpos ciertos.»

Supongamos que alguien contrata un pintor para que ejecute una obra de arte y que al acreedor lo único que le interesa sea donar esa obra al museo de la ciudad en que reside, o a un establecimiento educacional. Podría suceder también que se contrate a alguien para que nos imparta lecciones de comportamiento social o de formación literaria, sin ningún fin de lucro, movidos solamente por el interés de mejorar nuestro trato con el prójimo o nuestros conocimientos.

En resumen, para que la prestación pueda ser objeto de una obligación debe satisfacer un interés legítimo para el acreedor, porque si careciera de importancia de ninguna clase, si fuera realmente insignificante para el sujeto activo de la relación obligatoria, no existiría un interés digno de ser protegido por la Justicia en caso de incumplimiento del deudor.

e) *Patrimonialidad*

Cuando hablamos de patrimonialidad de la prestación —de manera semejante a lo que decíamos de la determinabilidad— no exigimos que la prestación tenga *efectivamente* un valor pecuniario, sino que sea *susceptible* de tenerlo. Al respecto dispone el artículo 418:

«La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y corresponder a un interés personal, aun cuando no sea patrimonial del acreedor.»

Lo relativo a la patrimonialidad es un problema muy discutido por la doctrina, que procuraremos exponer brevemente.

Recordemos primeramente que el nuevo artículo 418 reproduce textualmente el artículo 796 del Anteproyecto de De Gásperi y tiene sus antecedentes en el artículo 1174 del Código italiano. El punto ha sido objeto de arduas discusiones, ya que durante mucho tiempo la doctrina ha afirmado que la prestación debía tener contenido pecuniario, lo que privaba de protección jurídica a las prestaciones fundadas puramente en intereses de afección (ver nota al art. 796 del Anteproyecto).

El enfoque del problema cambia sustancialmente a partir de un estudio del sabio jurista germano von Ihering acerca del interés no patrimonial de las obligaciones, que puede ser consultado con provecho por quien desee profundizar el tema. Por las dimensiones de este ensayo no podemos extendernos en este punto, y nos limitaremos a recordar algunos de los ejemplos que menciona Ihering de prestaciones carentes de contenido económico, que son dignas de tutela jurídica: el mozo de hotel que conviene con su patrón que

le dejará libre la tarde de los domingos para pasear con su familia; o la dueña de casa que conviene con el inquilino de una habitación que no ejecutará música porque ella desea gozar del silencio.

Aunque esas prestaciones carecen de *valor pecuniario* en sí mismas, corresponden a un *interés personal* del acreedor y, en última instancia, son «susceptibles de valoración económica» para indemnizar los daños y perjuicios que ocasiona su incumplimiento.

De Gásperi, aceptando en general la idea de von Ihering, afirma que en realidad tales prestaciones no carecen de patrimonialidad, ya que el concepto de patrimonio debe comprender no sólo los bienes materiales, sino también los espirituales o «ideales»⁵⁶. Esta idea coincide con lo que enseñaba León desde su cátedra y el cuidado que ponía en distinguir como requisitos de la prestación la «utilidad» y la «patrimonialidad».

Precisamente en el punto anterior hemos dicho que el acreedor puede adquirir tal calidad impulsado por fines desinteresados: artísticos, científicos, humanitarios, etc., lo que no priva a la prestación de «interés personal» y satisface las exigencias del requisito de «utilidad» de la prestación. A su vez, el incumplimiento debe ser «susceptible» de valorarse en dinero, porque si tal cosa no sucediese y resultara imposible valorar pecuniariamente los daños, no existiría obligación, ya que —como lo expresa el art. 420 al enumerar las facultades que integran el derecho de crédito— una de ellas es la de obtener las indemnizaciones correspondientes (inciso c).

¿En qué consisten las indemnizaciones? En el pago de una suma de dinero; por ello la prestación tiene que ser «susceptible» de una apreciación pecuniaria, sustitutiva de su incumplimiento. En concordancia con lo expuesto podemos citar el artículo 1857, que expresa:

«Cuando por la naturaleza del daño sea posible su reparación directa, la indemnización... ..será cumplida con el restablecimiento a sus expensas del estado de cosas que habría existido de no haber ocurrido la circunstancia que le obligue a indemnizar.

Si la reparación directa fuese imposible, el deudor de ella indemnizará el daño mediante una prestación en dinero que permita al acreedor procurársela...»

Esto significa que cuando no es posible la reparación en especie, o cumplimiento in natura, la obligación se resolverá en el pago de una suma de dinero. Por eso el artículo 418 exige que la prestación sea «susceptible de valoración económica», y es en este sentido que hablamos de su «patrimonialidad» como requisito esencial.

⁵⁶ *Obligaciones en general*, núm. 693, p. 84.

3) Diversas especies de prestación

En primer lugar, la prestación puede ser positiva o negativa; es positiva en las obligaciones de dar y en las de hacer, ya que en ambas hipótesis la actividad del deudor consiste en una acción: la ejecución de un hecho o la entrega de una cosa.

La prestación es negativa en las obligaciones de no hacer, en las cuales la conducta debida es una inactividad del deudor.

Nuestro maestro, Pedro León, siguiendo a cierta parte de la doctrina, mencionaba también la posibilidad de que existiesen obligaciones de «no dar», como una subespecie de relaciones jurídicas obligatorias con prestación negativa. Por nuestra parte, consideramos innecesaria la división de las prestaciones negativas en «no hacer» y «no dar».

La distinción de las formas de actuar positivo es posible porque entre los distintos tipos de obrar humano es netamente diferenciable la entrega de una cosa (dar) de la mera ejecución de otro tipo de hechos (hacer). Rodríguez Arias, de manera coincidente, expresa: «Por lo que hace a la inclusión de las obligaciones consistentes en dar, lejos de ser una falta, es un acierto, porque la especialidad de las pretensiones de dar, frente a las de hacer, radica en que en las primeras la actividad se materializa en la entrega de una cosa, mientras que en las de hacer hay que prestar un servicio»⁵⁷.

En cambio, cuando se trata de una conducta negativa, no hacer, no es posible —ni útil— efectuar distinciones de mero interés escolástico, ya que en la práctica no se reflejarían en un distinto régimen jurídico. Entendemos, por ello, que las obligaciones de no dar quedan englobadas en las de no hacer.

Hace años que desde la cátedra enseñamos esta doctrina, que hemos visto corroborada con posterioridad por la opinión de Lino Rodríguez Arias⁵⁸, quien afirma que entre «las obligaciones de no dar y de no hacer, no hay diferencia, al faltar en ambas la entrega. Por lo tanto la pretendida prestación de no dar se resuelve, necesariamente, en una obligación de no hacer».

Divisibles e indivisibles:

La prestación es divisible cuando se la puede fraccionar en tal forma que las distintas partes no alteren su sustancia ni afecten su valor. Señalamos estos aspectos, que son aplicables tanto a la división de los hechos como a las cosas, como se estudia en la Parte

⁵⁷ *Derecho de obligaciones*, ed. Rev. Der. Privado, Madrid, 1965, p. 21.

⁵⁸ Obra y lugar citados.

General; en efecto, una cosa puede ser divisible naturalmente, y ello no significa que lo sea jurídicamente si ese fraccionamiento provoca una disminución de su valor. Por ejemplo, un diamante de gran tamaño sería físicamente divisible pero no lo sería jurídicamente porque perdería valor, ya que la suma de los pequeños brillantes no alcanzaría a compensar el valor del bloque originario. En cambio, si el fraccionamiento material incrementa el valor del bien no hay obstáculo jurídico para su división.

Las cosas inciertas no son divisibles en fracciones inferiores a la unidad; así, por ejemplo, un caballo, aunque materialmente se pueda dividir en trozos, perderá homogeneidad, pues dejará de ser *un caballo* (animal vivo), para convertirse en cuero, crines y trozos de carne sin vida (ver art. 1886)⁵⁹.

El dinero es una cosa divisible por excelencia; lo mismo las llamadas cantidades de cosas, como los cereales, combustibles, telas, etcétera, es decir cosas que se determinan por su peso o medida.

Si la prestación es divisible, también lo será el crédito; pero tengamos presente, desde ya, que aunque la prestación sea divisible el acreedor no se encuentra obligado a aceptar pagos parciales (art. 558).

Expuesto el concepto de «divisibilidad» de la prestación, el de «indivisibilidad» surge por contraposición.

Instantáneas, permanentes y reiteradas:

Esta clasificación de las prestaciones presenta especial interés por la aplicación que tendrá en materia de contratos.

Instantáneas son las prestaciones que se realizan de una sola vez, y que cumplidas el deudor obtiene de inmediato su liberación. La duración temporal de esas prestaciones es breve y tiene como característica la «unidad» de la conducta, lo que nos permite darles esa denominación de instantáneas.

Frente a ellas encontramos unas prestaciones duraderas, que se prolongan a lo largo del tiempo con cierta permanencia. Como ejemplo de las primeras podemos mencionar la entrega de la cosa y el pago del precio que surgen de una compraventa de contado; para ilustrar las segundas, la prestación del depositario de custodiar y guardar una cosa durante todo el tiempo que se prolongue el contrato de depósito.

⁵⁹ «Artículo 1886 (Código de Paraguay).—Son cosas divisibles aquellas que sin ser destruidas enteramente, pueden ser divididas en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma.»

Hay una tercera clase de prestaciones que se diferencia tanto de las instantáneas como de las permanentes, y que consiste en la repetición de múltiples actos de cumplimiento. Dentro de ellas podemos distinguir las «reiteradas» propiamente dichas de las «fraccionadas», en que cada acto del deudor es sólo parte de una prestación única. El ejemplo más común de prestaciones fraccionadas es el pago en cuotas, modo de ejecución de obligaciones muy difundido en nuestros días: el comprador adquiere artículos del hogar en un comercio, o un lote de terreno, y lo paga en mensualidades.

Como ejemplo de prestaciones reiteradas podemos citar el pago del precio, en el contrato de locación de cosas, que se satisface por cada período de alquiler; o el de los salarios, en las relaciones laborales. Otra variedad de prestaciones reiteradas surge de los contratos de suministro, por los que alguien se compromete a proveer de alimentos, forrajes, combustibles, etc., a otra persona, o a una repartición pública del Estado, y la contraprestación, el precio, se paga también periódicamente.

Directas e indirectas:

Se dice que la prestación es directa cuando el sujeto pasivo, deudor, le paga al acreedor, como ocurre en la generalidad de los casos.

Se llama prestación indirecta a la que es cumplida efectuando el pago a una tercera persona. Por ejemplo, puede suceder que se haya convenido que el deudor no le pague al acreedor, sino a un tercero, que fuese el indicado para recibirlo en lugar del acreedor (art. 551, inciso *b*). En tal caso el deudor se libera y la obligación se extingue.

El nuevo artículo 732 prevé otra hipótesis de prestación indirecta cuando admite que alguien «obrando en su propio nombre estipule una obligación a favor de un tercero», y le concede al acreedor el derecho de exigir el cumplimiento de la prestación en provecho del tercero.

Únicas y múltiples:

A las prestaciones únicas podemos mirarlas desde dos puntos de vista, ya que la unidad puede ser natural o ideal. Así, en la obligación de dar una cosa cierta hay siempre unidad natural; no podemos concebir la prestación de entrega de esa cosa desintegrada porque se desnaturalizaría.

Pero encontramos otras prestaciones que están compuestas por una serie de actividades, incluso distintas unas de las otras, que pueden ser reunidas en una unidad ideal; por ejemplo, el abogado asume el mandato de defender a un cliente en varios litigios, lo que exige una multiplicidad de tareas, como la confección de escritos,

conurrencia a audiencias, atención de consultas del cliente, intervención en la recepción de pruebas, informes orales cuando fuese necesario, etc. Sin embargo, todas esas actividades están reunidas, conjuncionadas idealmente, integrando una sola prestación, que consiste en la defensa del mandante en todos los litigios que le ha encomendado.

De manera semejante en el mandato de administración, el mandatario deberá encargarse de las reparaciones, gastos de conservación, pago de impuestos, etc., actividades que naturalmente consideradas son separables, pero integran una sola unidad, una sola prestación: el deber de administrar los intereses que le fueron confiados por su mandante.

Las prestaciones múltiples, en cambio, consisten en diversas actividades que nunca podremos reunir o conjuncionar en una unidad natural ni ideal.

¿Qué interés tiene esta clasificación? El derecho reconoce obligaciones con prestación única y con prestaciones múltiples, y las somete a distintos regímenes. Para abreviar, tomaremos directamente ejemplos de obligaciones con prestaciones múltiples, que son las menos; encontramos dos especies: las conjuntas o acumulativas, y las disjuntas o alternativas. Verbigracia, alguien se compromete a entregarle a otro la suma de 50.000 pesos, o un automóvil, o dos pasajes aéreos a Europa.

De inmediato advertimos que aquí jamás se podría hablar de prestación «única», ya que no existe unidad natural ni se puede reunir idealmente prestaciones tan dispares. Estamos frente a una obligación de prestaciones múltiples que se llama «alternativa», en la cual el deudor debe una prestación de entre varias, que son independientes una de otra. En cambio, tomando como base las mismas prestaciones, la obligación será «conjunta» cuando el sujeto pasivo deba *todas* las prestaciones, es decir los 50.000 pesos, más el automóvil y los pasajes a Europa.

G) TERCER ELEMENTO ESENCIAL: EL VÍNCULO JURÍDICO

1) **Concepto**

Es interesante hacer presente cómo la antiquísima definición de las obligaciones, contenida en las Institutas de Justiniano, mantiene aún su vigencia pese al pequeño defecto —que señalamos— de limitarse al elemento pasivo de la obligación, o sea el deber a cargo del

deudor. Se recordará que el primer pasaje de esa definición expresa: *obligatio est juris vinculum*, o sea «la obligación es un vínculo de derecho»; y que la etimología de la palabra obligación, *ob-ligatio*, invoca algo que ata, sujeta, o amarra.

Aquí, precisamente, está el mayor acierto de esa vieja definición; este lazo no es algo material, sino un concepto ideal. Es el elemento de la relación jurídica que pone de relieve el peculiar enlace que existe entre uno y otro sujeto; a diferencia de los demás derechos y deberes que pesan sobre la colectividad, en esta relación están enfrentados un sujeto con otro, y están ligados el uno con el otro. A esa atadura jurídica le llamamos «vínculo».

¿Sobre qué recae el vínculo? Sabemos que primitivamente incidía sobre la persona del deudor; más adelante, cuando se trató –por cierto que infructuosamente– de desplazar de las relaciones jurídicas a las personas, en una especie de deshumanización del derecho, se sostuvo que el vínculo jurídico pone en contacto el patrimonio del acreedor con el del deudor, concepto que ha llegado a plasmar en alguna legislación, al afirmar que el acreedor ejercita su derecho sobre los bienes que componen el patrimonio del deudor, sin mención alguna al sujeto pasivo.

A nuestro entender, un análisis correcto de las consecuencias que se producen desde el nacimiento de la relación jurídica obligatoria nos llevará a la conclusión de que el vínculo recae sobre una determinada actividad del deudor, no sobre su persona, como se pensaba antiguamente, ni sobre su patrimonio, porque el acreedor no puede de propia autoridad apoderarse de los bienes que componen ese patrimonio. Lo único que puede pretender, en la primera etapa de la vida de la obligación, es cierta conducta del deudor: la prestación debida, es decir una acción o una abstención en provecho del acreedor.

Supongamos el caso de una obligación a plazo. ¿En qué situación se encuentran acreedor y deudor? El acreedor tiene la esperanza de que el deudor le pague; esa expectativa tiene un valor económico y el acreedor está facultado a tomar ciertas medidas, como recordarle al deudor la fecha de pago, lo que no podría hacer con otras personas. Precisamente, esa es una de las características del vínculo obligacional: pone en comunicación dos personas.

El sujeto activo podrá enviar las facturas correspondientes a la compra de mercaderías, o el estado de cuentas, si hubo una serie de relaciones obligacionales; requerir el pago; exigirle documentación; etc. Y el deudor, mientras tanto, debe tolerar esas actividades, lo que no sucedería si fuese una persona extraña a ese vínculo. Además, el deudor sabe que tiene que cumplir; debe cuidar las cosas

que le pertenecen, pero que está obligado a entregar al acreedor (art. 419); conservarlas en buen estado y para ello debe limitar su uso de manera de no deteriorarlas; debe mantenerse en condiciones de ejecutar la conducta prometida.

Hay una especie de presión psicológico-moral, propia del vínculo jurídico obligatorio, que no gravita en manera alguna sobre los sujetos extraños; tan real es la existencia de esa presión que para mensurarla basta tener a la vista la imagen de una persona agobiada por sus deudas, que se enfrenta con dificultades para cumplirlas, y se advertirá de inmediato la repercusión que tal estado de cosas tiene sobre toda su vida de relación, no sólo en el ámbito jurídico, sino incluso en su vida íntima y sus relaciones familiares.

Adviértase que en este momento no nos ocupamos, todavía, del ejercicio del derecho de crédito, sino solamente de la sujeción que crea el vínculo obligatorio, que es de tipo ético-jurídica, y no material.

La libertad personal del deudor es incoercible; si decide no cumplir la obligación, aunque pueda hacerlo, el acreedor no podrá constreñir su persona ni restringir su libertad como ocurría en la época de la prisión por deudas, sino que deberá recurrir a la justicia para que ésta facilite la ejecución sobre los bienes que integran el patrimonio del deudor.

El incumplimiento del deudor es una condición para que actúe el constreñimiento a cargo de los organismos jurisdiccionales del Estado. Cumplida esa primera condición, es menester otra: que el acreedor reclame la protección del Estado, es decir exprese su voluntad de exigir el cumplimiento entablando una demanda, porque la justicia civil no puede actuar de oficio –a diferencia de lo que sucede en el campo penal– sino que es menester el requerimiento del particular lesionado por el incumplimiento.

Para reforzar nuestra afirmación de que la libertad del deudor es incoercible, analicemos lo que sucedería en el caso de una obligación de hacer personalísima, en la que sólo el deudor puede ejecutar la prestación, y se ha pactado una cláusula penal para el caso de incumplimiento. El artículo 457 afirma que «el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación principal por el pago de la pena»; la disposición es algo lírica, porque si se niega a ejecutar la prestación, ¿cómo podría constreñírsele? Frente a la pertinacia del sujeto pasivo, no quedaría más remedio que aplicar la pena. Esto demuestra, sin dudas, que el vínculo no crea una sujeción material de la persona ni recae sobre su libertad de decisión, sino que incide sobre ciertas conductas o actividades.

Por supuesto que no podemos concebir el vínculo como algo tan débil, dan deleznable, que no importe limitación de ninguna especie

a la actividad del deudor, porque entonces no existiría obligación, como sucede en el clásico ejemplo de «*pagaré tal cosa si quiero*»; caso en el que no hay vínculo jurídico ni relación obligatoria alguna.

Tampoco es admisible un vínculo tan gravoso, tan oneroso, que sea inicuo; por ejemplo, no es concebible que una persona comprometa su trabajo a perpetuidad, y así vemos en la legislación comparada que casi todos los sistemas jurídicos admiten que el trabajador pueda denunciar el contrato, cumpliendo únicamente con el requisito del preaviso. En el terreno del Derecho civil pasa algo semejante, y el apoderado puede renunciar al mandato (art. 909, inciso *d*), dando un oportuno preaviso (art. 918); y las sociedades deben ser por un término limitado, ya que no se puede obligar a un socio que se mantenga perpetuamente atado por el contrato (art. 1004, inciso *c*).

2) **Unidad y pluralidad de vínculos. Disociación de éstos**

El tema, aparentemente teórico, nos sirve para comprender adecuadamente el funcionamiento de relaciones obligatorias en que hay pluralidad de sujetos o de objetos. Si el vínculo es único, todos los sujetos quedarán ligados por el mismo nexo; en cambio, si hay múltiples vínculos, la relación tiende a fraccionarse en tantas obligaciones como vínculos hubiese. Lo mismo puede suceder entre dos sujetos, acreedor y deudor, cuando existen múltiples prestaciones; si el vínculo es único, estaremos frente a una sola relación obligatoria, con prestaciones alternativas o conjuntas; pero si hay vínculos múltiples, existirán entre los dos sujetos varias obligaciones, que funcionarán separadamente tanto en lo que respecta a su exigibilidad, su prescripción, cumplimiento de la prestación, etc.

En primer lugar, en gran número de obligaciones hay unidad de vínculo, lo cual significa que hay un acreedor que es simplemente acreedor y un deudor, y nada más. El deudor tiene a su cargo la deuda y debe pagarla. El acreedor es titular del crédito y tiene el derecho de cobrarlo.

Este vínculo, que en el ejemplo que acabamos de dar es único, pasa a ser múltiple en los contratos bilaterales, donde de la misma fuente surgen distintas obligaciones para cada uno de los sujetos, obligaciones que son recíprocas, ya que por una parte uno de los sujetos es acreedor y el otro deudor de una prestación, pero simultáneamente —de manera recíproca— el acreedor es deudor de otra prestación, de la que es acreedor su deudor.

Vemos así casos en que los mismos sujetos están unidos por varios vínculos, nacidos de distintas fuentes; y cuando el deudor

efectúa un pago es necesario determinar a cuál de las obligaciones se imputa (arts. 591 y ss).

Pasando a ejemplos de vínculo único mencionaremos las obligaciones de entregar la cosa cuya transmisión gratuita se ha producido por un contrato de donación (arts. 1202 y 1216)⁶⁰; o la obligación que pesa sobre un heredero de cumplir el legado establecido en el testamento del causante.

Hay otras hipótesis donde el vínculo, en principio único, se disocia en múltiples nexos, como sucede con las obligaciones divisibles que, cuando hay pluralidad de acreedores o deudores (art. 497), se fraccionan «en tantos créditos o deudas... como acreedores o deudores hubiese», de manera que «cada una de las partes equivaldrá a una prestación diversa e independiente».

Ese fraccionamiento del vínculo tiene efectos importantes en instituciones como la cláusula penal, donde vemos que sólo incurre en la pena el deudor que contraviniese el cumplimiento y por la parte de obligación que le correspondiese (art. 461)⁶¹.

En las obligaciones solidarias, en cambio, pese a la pluralidad de sujetos –acreedores o deudores– el vínculo continúa funcionando unido, y todos los efectos, esenciales y accidentales, se propagan respecto a los coacreedores o codeudores (ver arts. 508 y ss.).

Finalmente, advertimos que de los contratos bilaterales surgen dos vínculos distintos, pero que tienen entre sí cierta interdependencia; son las obligaciones que el artículo 721 denomina «recíprocas»⁶², en las que el sujeto que ocupa el lugar de acreedor en una de las relaciones es deudor en la otra, y viceversa. Así, por ejemplo, del contrato de compraventa surge la obligación de entrega de la cosa (vendedor = deudor; comprador = acreedor) y la de pagar el precio (vendedor = acreedor; comprador = deudor). De ellas nos ocuparemos en el punto siguiente.

3) Las obligaciones recíprocas. Caracteres y efectos

El artículo 721 menciona las «obligaciones recíprocas», refiriéndose al caso en que la prestación se hubiese hecho imposible,

⁶⁰ «Artículo 1216 (Código de Paraguay).–El donante está obligado a entregar la cosa al donatario. En caso de mora, no deberá resarcir los frutos ni intereses.

El donante sólo responde por su dolo o culpa.»

⁶¹ «Artículo 461 (Código de Paraguay).–Si la obligación principal fuere divisible y hubiere varios deudores, o herederos del deudor, incurrirá en la pena sólo el que contravinere la obligación por su parte en ella...»

⁶² «Artículo 721 (Código de Paraguay).–Si por un hecho posterior a la celebración del contrato bilateral, y sin culpa de ninguna de las partes, la prestación se hiciera imposible, las obligaciones recíprocas de ambos contratantes quedan sin efecto...»

disponiendo que no sólo se extinga esa relación, sino también la otra que se encuentra a ella vinculada.

Pero ¿cuáles son estas obligaciones recíprocas a las que el Código de Vélez hacía alusión en el artículo 510, hoy suprimido? Hemos explicado más arriba, de manera muy elemental, al referirnos a la pluralidad de vínculos, que se trata de casos en los cuales A es acreedor de B, pero que –al mismo tiempo– este deudor, B, es acreedor de A; y agregamos que ambos vínculos jurídicos, que enfrentan a los mismos sujetos, emanan de una misma fuente: un contrato bilateral.

Para evitar confusiones es preciso aclarar que el vocablo *recíproco* se utiliza también en el artículo 615, en materia de compensación, con un significado diferente. Se expresa en esa norma que «la compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas reúnen, por derecho propio y *recíprocamente*, la calidad de deudor y de acreedor...».

Se reproduce en esa norma el artículo 875 del Anteproyecto de De Gásperi, y también el artículo 818 del Código de Vélez, aunque éste agregaba: «... cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda», expresión que será útil para comprender el diferente sentido de la «reciprocidad» en la compensación.

Ilustraremos el problema con algún ejemplo; supongamos que A le presta a B una suma de dinero, pero resulta que B, al mismo tiempo, es acreedor de A por haberle vendido mercaderías. Los mil guaraníes que A le prestó a B se compensan parcialmente con los 800 guaraníes de mercaderías que B le había entregado a A, extinguiendo las obligaciones hasta el límite de la menor y quedando subsistente un crédito a favor de A por 200 guaraníes.

Pero aquí no estamos frente a las obligaciones recíprocas de que habla el artículo 721, sino frente a dos vínculos jurídicos independientes, emanados de *distintas* causas: en un caso la obligación tuvo por fuente un préstamo de dinero, en el otro su causa fue una compraventa de mercaderías. Por eso Vélez decía, con acierto, en el viejo artículo 818: «cualquiera sean las causas de una y otra deuda». Las obligaciones recíprocas, en cambio, emanan de una misma fuente: un contrato bilateral (art. 719).

Hay, además, otra diferencia de importancia; para que se produzca la compensación ambas obligaciones deben tener como objeto «prestaciones de la misma especie», como lo señala muy bien el artículo 615; en cambio, las «obligaciones recíprocas» que surgen de un contrato bilateral tienen como objeto prestaciones de distinta naturaleza. Veamos un ejemplo muy claro, las obligaciones que surgen de una compraventa: el vendedor es deudor de una obligación

de dar, que consiste en la entrega de la cosa vendida (sea ésta una cosa cierta o una cantidad de cosas), y el comprador es acreedor de esa obligación; pero, al mismo tiempo, las titularidades se invierten de modo total respecto a la obligación de pagar el precio, de la cual el vendedor es acreedor, y el comprador, deudor. Coexisten aquí dos vínculos jurídicos que presentan como punto de conexión la causa que les dio origen (el contrato bilateral), razón por la cual son interdependientes el uno del otro. De tal manera que la obligación de entregar la cosa vendida es la razón de ser de la obligación de pagar el precio, y por ello si una de las prestaciones se tornase imposible (por ejemplo, destrucción de la cosa vendida por caso fortuito) la otra prestación también se extinguiría, y si el precio ya se hubiese pagado habría que restituirlo (conf. art. 721, *in fine*).

Esta interconexión de los vínculos que encontramos en las obligaciones recíprocas produce otros efectos de importancia, que serán estudiados con más detenimiento en el Curso de Contratos. Vemos así que el artículo 719 dispone:

«En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciere cumplirlo, a menos que la otra parte debiere efectuar antes su prestación...»

Esto es una consecuencia lógica de la conexión existente entre los vínculos obligatorios que nacen de los contratos bilaterales, e incluso se proyecta en la facultad de resolver el contrato prevista en el artículo 725:

«En los contratos bilaterales el incumplimiento por una de las partes autoriza a ... pedir la ejecución del contrato, o su resolución...»

En tal caso se extinguirán las obligaciones recíprocas que había generado el contrato, y sólo quedará la obligación sustitutiva de indemnizar los daños y perjuicios que pesa sobre el culpable de la resolución (art. 725, párrafo 1.º, parte final).

4) El elemento personal y el coactivo (débito y responsabilidad)

Recordemos que entre las características esenciales de la relación obligatoria hemos hablado de la *coercibilidad*, entendiendo por tal no la coacción misma, sino su posibilidad jurídica, característica que no puede faltar porque de otra manera no estaríamos en presencia de una relación jurídica, sino de una relación moral o de conveniencia social.

Ahora bien, al caracterizar el vínculo los autores han adoptado posiciones muy diversas que nacen —desde luego— del concepto que se tenga de la obligación, y que se reflejan en su definición.

Un primer sistema, que nos viene desde el Derecho romano, ve en el vínculo solamente un aspecto, la *conducta debida* por el sujeto pasivo. La libertad de acción del deudor está restringida en virtud de la obligación que ha contraído, y el acreedor puede exigir el cumplimiento de una conducta; pero no se concibe que esa sujeción pueda ser total, porque significaría una situación similar a la esclavitud, sino que debe referirse tan sólo a un acto determinado.

Frente a ese estado de constreñimiento la solución normal es que el deudor cumpla voluntariamente la prestación debida y se libere; esto es lo que sucede en la inmensa mayoría de las relaciones obligatorias: el deudor realiza la prestación sin ninguna coacción. Por ejemplo, los créditos para la construcción de viviendas, o las obligaciones de los usuarios frente a las empresas que suministran energía eléctrica, agua corriente, servicio telefónico, etcétera, se cumplen normalmente y no es necesario llevar a los deudores ante los tribunales. La coacción, en definitiva, se ejercita en un número muy reducido de casos, y por eso algunos autores han llegado a expresar que no es indispensable para la existencia de la obligación, mientras que nosotros hemos sostenido que basta con la *coercibilidad*, es decir la posibilidad de ejercer la coacción.

En efecto, si el deudor no cumple podrá ejercitarse una acción, aunque no se dirigirá contra la persona misma del deudor, porque es imposible lograr forzosamente el cumplimiento de una conducta en razón del respeto que merece la inviolabilidad de la persona, y será menester recurrir a medios indirectos, como la ejecución del patrimonio del deudor, para lograr ese cumplimiento.

Dentro de esta concepción lo básico es la conducta del deudor, su propia actuación; se ha puesto el acento en uno de los elementos del vínculo jurídico: el *débito*.

Habrán deudores que pagarán por temor a una demanda futura, a un embargo sobre sus bienes, a la pérdida del crédito, a cierto desconcepto en que incurre el deudor moroso que se atrasa o cumple mal sus obligaciones; en otros influirá, por sobre todas las cosas, un deber ético, el imperativo de conciencia que ordena cumplir lo prometido. Pero lo real es que todos estos factores, que confluyen y llevan al deudor a ejecutar la prestación voluntariamente, sin necesidad de coacción, son los que configuran el llamado *elemento personal*.

A esa corriente del pensamiento jurídico, que centra el problema en la conducta del deudor, se oponen serias objeciones, desta-

cando Brinz que si bien es cierto que no se puede vulnerar o atacar la persona del deudor mediante la coacción, tampoco se puede decir que el señorío del acreedor se ejerza sobre la conducta del sujeto pasivo, porque ningún acto es en sí mismo coercible.

La repetición de estas críticas llevó a la formulación de doctrinas totalmente opuestas, que ven en la obligación nada más que el aspecto de vinculación de dos patrimonios, los del acreedor y deudor, con total prescindencia de la conducta de uno y otro. Para quienes sostienen tal posición la obligación sería «el derecho al valor de la cosa debida», y en lugar de considerar que es el deudor quien está sujeto a una conducta determinada, sostienen que es el patrimonio de ese deudor el que está comprometido para el cumplimiento de la prestación debida.

Esta despersonalización total del vínculo jurídico obligatorio no es aceptable de ninguna manera. ¡Baste recordar que el derecho rige siempre relaciones entre personas! Además, ¿en qué queda esta teoría cuando el deudor, como ocurre en la mayoría de los casos, cumple voluntariamente el comportamiento que había prometido?

Sin duda esta segunda concepción, que finca todo en la responsabilidad patrimonial, constituye también una exageración, pero ha cumplido una función útil porque ha puesto de relieve el otro aspecto del vínculo jurídico obligatorio: la *responsabilidad*, que permite el funcionamiento de la coactividad.

Tanto uno como otro sistema pecan por defecto, porque solamente han prestado atención a uno de los aspectos del vínculo jurídico obligatorio, sea la conducta del deudor, sea la responsabilidad patrimonial. Ya en el siglo pasado von Amira, sabio jurista alemán que se preocupó especialmente por el estudio del antiguo derecho de los germanos, advirtió que en ese ordenamiento se veía muy claramente la presencia de los dos aspectos del vínculo: el *Schuld* (débito) y el *Haftung* (responsabilidad). El primero referido a la conducta del deudor; el segundo, a su patrimonio. Al mismo tiempo, Brinz realizaba una comprobación semejante en su estudio de las fuentes romanas.

Estas investigaciones provocaron una serie de estudios, tanto en la doctrina alemana como en la italiana, y se analizó el problema no sólo en el derecho de pueblos de la antigüedad, sino también con relación al derecho vigente, para llegar a la conclusión de que en el vínculo jurídico obligatorio es indispensable distinguir los dos aspectos mencionados.

Isay pone en claro que casi siempre ambos aspectos se presentan de modo conjunto, es decir coexisten en el mismo vínculo, pero hay ciertas situaciones en que puede faltar uno u otro, y sumi-

nistra una serie de ejemplos que muestran el acierto de tal teoría; verbigracia, cita como casos de responsabilidad sin débito las fianzas y las garantías reales otorgadas por terceros, y dice que también hay casos de débito sin responsabilidad, como sucede en las llamadas obligaciones naturales.

En Italia uno de los principales sostenedores de esta teoría ha sido Pacchioni, y a él se unen los nombres de otros ilustres maestros, como Rocco y Carnelutti. En la doctrina francesa, por el contrario, no se ha prestado mucha atención al problema, pero hay tres o cuatro trabajos de tesis en los que se da acogida a la distinción, entre los cuales merecen citarse los de Boyer, Martin de la Moutte y Dupeyroux.

Nuestro maestro, Pedro León, sostenía que jamás pueden independizarse totalmente los aspectos personal y coactivo, y que incluso en aquellos ejemplos en que se dice que no hay coacción, ella se encuentra presente de manera potencial. Recordando principios de la filosofía aristotélico-tomista, decía que la coacción está en potencia cuando la obligación nace, y se coloca en acto cuando la obligación se cumple, aunque sea de manera espontánea.

Ubicada la relación obligatoria dentro de la teoría pura del Derecho, elaborada por Hans Kelsen, se sostendría que este fenómeno jurídico debe estar concebido a la manera de una proposición lógica condicional, en que se parte de un hecho hipotético, la llamada situación de hecho, que condiciona un efecto jurídico, es decir una consecuencia normada por el derecho.

¿Cómo se estructura la relación jurídica obligatoria en este sistema? Deben darse los siguientes hechos hipotéticos:

1) *Que* sobre A gravite el cumplimiento de una prestación a favor de B; 2) *que* A no cumpla la prestación; 3) *que* B, el acreedor, pida que actúe el aparato coactivo del Estado. Eslabonadas estas tres hipótesis condicionantes, es como si se desencadenara el mecanismo y funcionase el dispositivo de la consecuencia jurídica condicionada por esos tres hechos hipotéticos, debiendo los órganos jurisdiccionales aplicar la coacción.

Hemos visto que en muchos casos no se llega a esta etapa final; sin embargo, la circunstancia de que no sea necesario recurrir a la coacción no significa que ella no integre, desde el primer momento, la estructura de la relación obligatoria.

Agregaba León, finalmente, una observación muy interesante. En el vínculo no solamente se presenta el elemento personal de «débito», a que hemos hecho referencia más arriba, sino también otro relativo al acreedor, que confía que la prestación se ejecutará

en el momento debido, destacando que el vocablo «acreedor» tiene su raíz en el verbo «credere» (creer), es decir, depositar su confianza en que la obligación se cumplirá, lo que constituye otro *elemento personal*, que se suma a la coercibilidad, que a su entender debe estar presente indefectiblemente, porque de lo contrario no habría una verdadera relación jurídica.

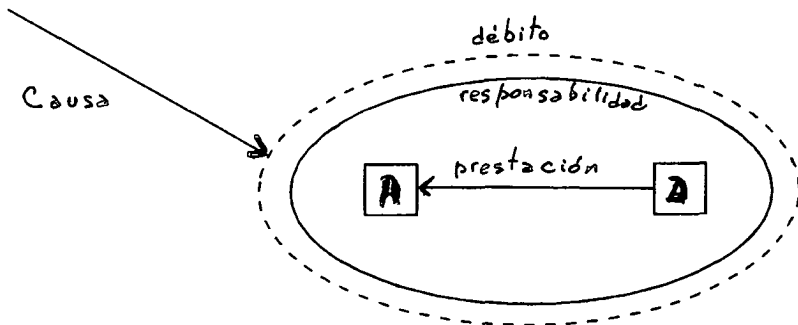
Recapitulando, puede decirse que hoy prevalece en la doctrina la convicción de que el vínculo jurídico no se agota en la conducta del deudor (débito), ni tampoco en la posibilidad de obtener forzosamente el cumplimiento dirigiéndose contra su patrimonio (responsabilidad), sino que están presentes ambos aspectos. Por ello, para representar gráficamente la relación jurídica obligatoria, cuando deseamos mostrar de manera completa el vínculo jurídico recurrimos a un doble óvalo (cuadro núm. 4). La línea continua representa la responsabilidad y es como la ligadura perfecta, que permite exigir coactivamente la ejecución de la prestación debida; en cambio la línea de puntos representa el débito, es decir el aspecto personal, que indica la presencia de la deuda aunque no se recurra a la coacción.

H) CUARTO ELEMENTO ESENCIAL: LA CAUSA

1) Remisión

La *causa* eficiente o generadora es, sin duda, uno de los elementos esenciales de toda relación jurídica y, como tal, nos ocupamos de ella en la Parte General al estudiar los hechos y actos jurídicos que determinan una adquisición, modificación o extinción de

CUADRO 4
Débito y responsabilidad



derechos, materia que el Código trata en el Título I del Libro Segundo (arts. 277 a 416).

Pero cuando esos hechos dan nacimiento a una relación jurídica *obligatoria* actúan no solamente como un elemento dinámico, sino al mismo tiempo *externo* a la relación que –como hemos dicho anteriormente– se independiza de sus fuentes.

El estudio de las principales causas o fuentes de las obligaciones se efectúa en el curso de Contratos y el Código les dedica a ellas el Libro Tercero. En otro trabajo analizaremos algunas de esas fuentes, que tradicionalmente se han estudiado de manera conjunta con las obligaciones, a saber: el enriquecimiento sin causa, la voluntad unilateral y la responsabilidad civil que engendran los hechos dañosos.

El derecho de retención de inmuebles del usufructuario: el artículo 502 del Código civil

MARÍA DOLORES ARIAS DÍAZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. *Introducción y Derecho comparado*: 1. Introducción. 2. Las reparaciones de la cosa usufructuada en el Derecho Comparado: 2.1 Derecho francés. 2.2 Derecho italiano. 2.3 Derecho alemán. 2.4 Derecho portugués.–II. *Presupuestos de aplicación del artículo 502 del Código civil*: 1. Introducción. Las reparaciones en el usufructo. 2. El derecho de retención en las reparaciones extraordinarias y sus presupuestos: A) Concepto. B) Realización de las mismas por el usufructuario como primer presupuesto de aplicación del artículo 502 del Código civil. C) Crédito del usufructuario como segundo presupuesto del derecho de retener. D) Negativa al pago del propietario.–III. *Teorías sobre la naturaleza jurídica de la retención del artículo 502 del CC y contenido del mismo*: 1. Tesis del usufructo legal. 2. Prórroga del usufructo. 3. Tesis de la anticresis. 4. Contenido del derecho del «retentor», ex artículo 502: A) Retención del inmueble por el acreedor. B) Reintegro con los productos.–IV. *La eficacia de la retención contenida en el artículo 502 del CC*: 1. Introducción. 2. Los intereses en juego en la retención del artículo 502 del CC: 2.1 La posición del retentor ex usufructuario *versus* la del propietario tercer adquirente: a) El argumento de la «garantía natural y de la lógica eficacia frente a terceros». b) La retención como autotutela. c) El principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* aplicado a la posición del tercer adquirente. d) La eficacia del derecho de retención y el Registro de la Propiedad: d.1 Sobre la inscribibilidad o no en el Registro de la Propiedad del derecho de retención legal del artículo 502 del CC. d.2 Sobre la posibilidad de un derecho de retención convencional concedido al usufructuario por el negocio jurídico de constitución del usufructo. d.3 Sobre el valor de la retención no inscrita del ex usufructuario, frente al dominio (inscrito) del tercer adquirente. 2.2 La posición del retentor ex usufructuario frente a los acreedores del propietario del inmueble retenido y frente a los titulares de otros derechos reales: 2.2.1 El conflicto de intereses entre el retentor del artículo 502 y los otros acreedores del propietario deudor. 2.2.2 El conflicto entre retentor, ex

artículo 502, y otros titulares de derechos reales, inscritos o no (servidumbres, superficies, otros usufructos, etc.). 2.3 Conclusiones finales.

I. INTRODUCCIÓN Y DERECHO COMPARADO

1. INTRODUCCIÓN

Estudiar una figura tan compleja y difusa como el derecho de retención supone asumir desde el principio el riesgo de hacer un trabajo que se quede en la nada porque falle –o al menos sea dudoso– el planteamiento mismo de partida.

En este sentido, conviene tener presente que sobre esta institución jurídica todo o prácticamente todo ha sido puesto en tela de juicio. No sólo lo ha sido la cuestión de su naturaleza jurídica, eje central de la disputa doctrinal tradicional, así como –ya más recientemente– el tema de su eficacia personal o *erga omnes*, sino también muchos de sus elementos estructurales y su extensibilidad a otros supuestos similares o próximos. Doctrinalmente, las posturas también oscilan, con mayor o menor aproximación, entre dos polos contrapuestos, y así cabe encontrar dentro de nuestro país quienes sostienen que es absolutamente imposible reconducir los distintos casos de retención a una teoría unitaria¹, y quienes, por el contrario, consideran no ya que esto es perfectamente factible, sino además que todas las manifestaciones legales de este instituto giran alrededor del supuesto en abstracto más amplio de retención, el del poseedor de buena fe por los gastos necesarios, regulado en el artículo 453 CC².

A partir, pues, de las dificultades de iniciar sobre bases seguras cualquier trabajo sobre retención, hemos creído conveniente seguir los pasos de algunos de nuestros mejores estudiosos del tema³ y

¹ DEL POZO CARRASCOSA, «El derecho de retener en prenda del depositario», Barcelona, 1989.

La posición de este autor, aunque ha proporcionado a la doctrina una nueva perspectiva de análisis de la retención, no tiene una sólida fundamentación, y en cierto modo llega, para justificar su punto de vista, a forzar las diferencias existentes entre los distintos casos legales de retención, diferencias que muchas veces sólo son de matiz y que apenas tienen repercusiones jurídicas tangibles.

² Así, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, «La retención de cosa ajena», Barcelona, 1990.

³ Sobre todo, LÓPEZ LÓPEZ, «Retención y mandato», *Studia Albornotiana*, Bolonia, 1976 (sobre del derecho de retener del mandatario), obra que sigue siendo en nuestro país punto de referencia esencial en toda la polémica sobre el derecho de retención. En parte también el propio DEL POZO CARRASCOSA, «El derecho de retener...», cit., en relación a la retención del depositario.

plantearnos el modo de funcionamiento de la retención en un ámbito reducido, pero sin prejuzgar de antemano las cuestiones atinentes al derecho de retención en general, sin duda mucho más arduas.

Ese ámbito en el que nos vamos a mover será el de la retención de bienes inmuebles, sobre el cual nuestra doctrina no ha mostrado, salvo excepciones⁴, una gran preocupación. Pero como este ámbito sigue siendo todavía bastante amplio, y podríamos incurrir justamente en el defecto que se trata de evitar, hemos preferido examinar la hipótesis más clara de retención de inmuebles recogida en nuestro Código civil: la correspondiente al usufructuario sobre la finca del nudo propietario por razón de los gastos extraordinarios hechos en la cosa usufructuada. El estudio de este supuesto legal de retención puede servirnos como ayuda –y nada más que eso– a la hora de clarificar las condiciones y efectos del derecho de retención.

La elección del punto de partida no ha resultado, pues, demasiado difícil. Si se hace un repaso de los preceptos legales sobre retención, el artículo 502 CC, relativo al derecho de retener del usufructuario, constituye el único que específicamente se refiere a bienes inmuebles, excluyendo a los muebles. Dice al respecto dicho artículo:

«Artículo 502. Si el propietario hiciere las reparaciones extraordinarias, tendrá derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo.

Si no las hiciere cuando fuesen indispensables para la subsistencia de la cosa, podrá hacerlas el usufructuario; pero tendrá derecho a exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las mismas obras.

Si el propietario se negare a satisfacer dicho importe, tendrá el usufructuario derecho a retener la cosa hasta reintegrarse con sus productos.»

Es verdad que este precepto legal no es el único que acoge en su seno la posibilidad de retener bienes inmuebles. Hay también otros que, por la generalidad de sus términos, admiten estar referidos tanto a muebles como a inmuebles. Entre ellos cabe citar el artículo 1730, sobre el derecho de retención del mandatario; el artículo 1886, respecto del acreedor anticrético (por remisión al art. 1866,2, sobre la retención en la prenda); así como el ya citado artículo 453, relativo al poseedor de buena fe⁵. Pero el hecho de

⁴ El propio LÓPEZ LÓPEZ, «Retención y mandato» *cit.*, pp. 43, ss., contiene interesantes alusiones a la problemática de la retención en los bienes inmuebles.

⁵ Quizás cabría incluir también en esta relación, el supuesto de «secuestro judicial», regulado en los artículos 1785 ss. CC, en cuanto puede estar referido tanto a muebles como a inmuebles. Si en el ejercicio de las funciones de administración del correspondiente

que ninguno de éstos alude específicamente a inmuebles o fincas como objeto de posible retención nos ha llevado a pensar en su idoneidad para servir como referencia a un estudio sobre retención de inmuebles.

Junto a estos datos conviene asimismo reflexionar sobre las restantes normas del Código civil reguladoras del derecho de retención. En ellas, la preservación de una posesión como medida condicionadora del pago de una deuda debida al retentor queda restringida al ámbito de los bienes muebles. Ello es debido unas veces a la propia configuración del tipo contractual, limitado a esta clase de bienes (v. gr., el art. 1780, sobre contrato de depósito). Pero otras obedece a una clara tendencia del legislador a tratar con ciertas prevenciones la retención de bienes inmuebles.

Ejemplo evidente de esto último, lo constituye el artículo 1600 CC, referido al contrato de obra, el cual explícitamente reduce la aplicación del derecho de retención a las obras en cosas muebles, sin que pueda encontrarse un motivo suficientemente fundado para la exclusión de los inmuebles. Parece, en principio, en una primera aproximación, que el legislador está vivamente preocupado por limitar los casos de retención de bienes de esta índole a los supuestos expresamente tasados por la propia Ley⁶.

La elección del artículo 502 del Código presenta además un especial interés por cuanto se trata de la concesión al usufructuario

inmueble surgen gastos a favor del administrador (sea el propio acreedor o un tercero), parece lógico concederle la posibilidad de retenerlo, del mismo modo que lo hace *mutatis mutandi* el depositario voluntario o necesario de bienes muebles.

Fuera de las normas de Derecho común, concretamente en el Derecho catalán, se ha incluido como caso peculiar de retención de bienes inmuebles el caso previsto en el artículo 278 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña. En él se concede tal facultad al que «con buena fe haya edificado, plantado o roturado en suelo ajeno», mientras el dueño no le reintegre, afiance o consigne el precio de los materiales, semillas o plantas, y el de los jornales de los operarios. *Vid.* sobre el tema recientemente MIRÓ Y GIL, «El dret de retenció d'inmobles a Catalunya. Àmbit d'aplicació», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1992, núm.4, pp. 9 ss. Este derecho de retención es, sin duda, inaplicable en el Derecho común, ya que el precepto correlativo del Código civil, el artículo 361 CC, en absoluto otorga una simple facultad de preservar la posesión de construido, plantado o sembrado de buena fe, sino que concede al edificante, en opinión de la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, un auténtico dominio de carácter temporal sobre la edificación (al menos, sobre ésta; quizás más dudosamente sobre la plantación o siembra) mientras no se pague el valor de lo realizado.

⁶ Lo cual en última instancia podría llevarnos a considerar, por un lado, que la retención de inmuebles no puede ser objeto de aplicación analógica en ningún caso, y, junto a ello, incluso a afirmar que los supuestos genéricos de retención (es decir, aquellos en donde no se alude a los bienes objeto de posesión: artículos 1730, 1886, 453 CC) deben ser interpretados en el sentido de acoger únicamente a los muebles, no a los inmuebles. Esto que decimos constituye solamente una hipótesis por el momento no totalmente descartable, aunque por supuesto tampoco demostrada.

de un derecho de retener muy peculiar⁷, pues se le otorga tal facultad de poseer –en palabras de la norma– «hasta reintegrarse con sus productos». Realmente, ningún otro precepto legal sobre retención, ya sea de muebles o de inmuebles, proporciona al acreedor que retiene un poder tan relevante sobre cosa retenida.

2. LAS REPARACIONES DE LA COSA USUFRUCTUADA EN EL DERECHO COMPARADO

Constituye el examen del Derecho comparado un punto de referencia imprescindible para averiguar el alcance de nuestro artículo 502 CC, y la retención consagrada en el mismo a favor del usufructuario a la conclusión del usufructo. Como se podrá comprobar en el breve repaso que se hace a este derecho en los ordenamientos de nuestro entorno, las regulaciones sobre reparaciones en el usufructo, gastos, reembolsos, extinción y posibles retenciones distan mucho de ser uniformes, ni tan siquiera parecidas. No obstante, pueden proporcionarnos una breve aproximación al problema, aunque en ningún caso definitiva, dado precisamente el alejamiento de nuestra normativa respecto de las de esos otros países. Nótese, en última instancia, que de los países seleccionados los preceptos legales de nuestro Código civil, exceptuando la normativa francesa, son los más antiguos y no han sufrido modificación alguna.

2.1 Derecho francés

Los artículos 501 y 502 de nuestro Código encuentran sus antecedentes en los artículos 605 y 606 del Code civil de 1804, señalándose en los mismos un reparto similar al español en la tarea de realizar las reparaciones en el bien usufructuado. Se distingue, en primer lugar, entre reparaciones ordinarias y extraordinarias sobre el mismo, encomendando la realización de la primeras en el artículo 605 al usufructuario⁸, mientras que, añade inmediatamente este

⁷ Que incluso nos podría llevar a la conclusión de que este supuesto estudiado nada tiene que ver con otros casos de retención, sino que por sus especiales características escinde tras de sí otra institución (anticresis, usufructo, etc.).

⁸ Señala el artículo 605 que: «L'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien. Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparation d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit; auquel cas l'usufruitier est en aussi tenu.»

precepto, las reparaciones extraordinarias «demeurent à la charge du propriétaire»⁹.

El sistema es prácticamente idéntico, en principio, al que configura el Derecho español al respecto en sus artículos 500 y ss., estableciendo una obligación para el usufructuario respecto de las reparaciones ordinarias y no llegando, en cambio, a configurarse una obligación para el nudo propietario¹⁰ con respecto a las extraordinarias, cosa que se deduce del propio tenor literal del precepto, además de ser unánimemente aceptado por la doctrina de este país.

El artículo 606 hace una enumeración¹¹ de lo que son reparaciones extraordinarias, aunque, según la doctrina, es una enumeración abierta, lo que la propia jurisprudencia francesa se ha encargado de demostrar en numerosas sentencias, en las que incluye otros supuestos no reseñados en este precepto que son considerados a los efectos del usufructo como reparaciones extraordinarias.

Una vez enumeradas lo que son reparaciones extraordinarias, define lo que sean las ordinarias por exclusión: «Toutes les autres réparations sont d'entretien»¹².

Nada más dice el Código francés respecto a este tema, silenciando por completo el régimen jurídico aplicable caso de que el propietario no realice las reparaciones extraordinarias; si puede o no realizarlas en su lugar el usufructuario, y la posibilidad de exigir al propietario el reembolso de los gastos por las obras realizadas¹³,

⁹ Termina este precepto haciendo una salvedad en el sentido de ampliar la obligación del usufructuario también a las reparaciones ordinarias cuando éstas fuesen consecuencia de las reparaciones ordinarias defectuosamente realizadas por el mismo.

¹⁰ La doctrina francesa es unánime a este respecto. ATÍAS, «Droit civil, les biens», 2.ª ed., París, 1991, p. 141. DEMOLOMBE, «Cours de Code de Napoleon», tomo X, París, 1880, p. 496. DURANTÓN, «Cours de Droit civil», vol. II, 4.ª ed., traducc. de Parenni, Nápoles, 1854. HENRI CAPITANT, «Les grands arrêts de la Jurisprudence civile». WEILL, TERRÉ y LEQUETTE, «Droit civil», 8.ª ed., París, 1984, p. 273. MALURIE y L. AYNES, «Cours de Droit civil», «Les biens», París, 1990, p. 243. COLÍN Y CAPITÁN, «Curso elemental de Derecho Civil», 4.ª ed. (traducc. de Marín Pérez), tomo II, vol. II, Madrid, 1984, p. 367.

¹¹ Dice el artículo 606: «Les grosses réparations sont celles des gros murs et de voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières.

Celui des digues et de murs de soutènement et de clôture aussi en entier.

Toutes les autres réparations son d'entretien.»

¹² Obsérvese cómo el legislador francés —igual que el italiano como después veremos— hace lo contrario en este punto que el español, ya que en nuestro Código el artículo 500 explica o define lo que son las reparaciones ordinarias (aunque no hace una enumeración de las mismas) y deja de nuestra cuenta que, por exclusión, deduzcamos cuales serán las extraordinarias.

¹³ En este tema la Jurisprudencia permite al usufructuario reclamar el importe de la plusvalía, una vez extinguido el usufructo, al nudo propietario. Esta Jurisprudencia, como apunta MAZEAUD-MAZEAUD, «Leçons de Droit civil», tomo II, vol. 2, 5.ª ed., París, 1976, p. 364., no encuentra apoyo en ningún texto legal, aunque se fundamenta en la teoría del enriquecimiento sin causa, al igual que ocurre, como ya veremos, en nuestro Derecho.

una vez extinguido el derecho de usufructo; nada dice tampoco del derecho a retener la finca el usufructuario y, mucho menos, del reintegro del crédito nacido, con los productos de la misma.

No encontramos, desde luego, en el Código de Napoleón los antecedentes legislativos del derecho que estudiamos, ya que no existe desde el punto de vista del legislador, en Francia, el derecho de retener el bien que fue objeto de usufructo una vez extinguido el mismo. No obstante, hemos de matizar que ello no significa la inexistencia del derecho de retención en el Code civil; éste sí se observó recogido por el legislador en algunos supuestos concretos ¹⁴. A partir de estos casos recogidos por la ley, la doctrina y la jurisprudencia han favorecido en este país una ampliación de este derecho a supuestos no contemplados expresamente por el legislador, lo que ha llevado a una aplicación analógica del mismo que nos parece poco deseable desde el punto de vista estrictamente jurídico. La mayoría de los autores franceses actuales se muestran a favor de la admisión del derecho de retención fuera de los textos ¹⁵, aunque siempre que se den unas determinadas circunstancias que especifica, más o menos, la misma doctrina ¹⁶. La justificación a esta aplicación de manera generalizada de un derecho a supuestos no contenidos expresamente en las normas, la encuentran, en la argumentación de que este derecho es la manifestación de un principio general, implícito en el ordenamiento jurídico.

2.2 Derecho italiano

Son los artículos 1004 a 1006 del Codice civile de 1942 los encargados de regular el régimen jurídico de las reparaciones en el usufructo. El reparto, en principio, es idéntico al que hacía el legislador francés: reparaciones ordinarias a cargo del usufructua-

¹⁴ Por ejemplo, en materia de depósito, artículo 1948, o en la anticresis, artículo 2087 del Code civil.

¹⁵ Así lo señala CATALÁ-FRANJOU, «De la nature juridique du droit de rétention», *Rev. trim. de Droit Civil*, 1967, p. 16.

¹⁶ MARTY, RAYNAUD, JESTAZ, «Droit civil», «Les sûretés de la publicité foncière», tomo III, vol. 1.º, París, 1971, p. 18, que admite su aplicación a los supuestos en que se den las siguientes condiciones:

1. Necesidad de un crédito entre el que posee la cosa y el propietario de la misma.
2. Posesión de la cosa por parte del acreedor.
3. Conexión entre el crédito y la cosa. Este requisito es muy debatido por la doctrina, sobre todo en cuanto a si se debe tratar de conexión jurídica o material.

SCAPEL, «Le droit de rétention en Droit positif», *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1981, p. 547. SIMLER y DELEBECQUE, «Droit Civil», «Les sûretés», «La publicité foncière», París, 1989, p. 385.

rio (art. 1004)¹⁷ y reparaciones extraordinarias a cargo del propietario (art. 1005)¹⁸.

Como en Derecho francés, se enumera lo que se consideran las reparaciones extraordinarias en el artículo 1005, aunque la doctrina italiana es unánime al interpretar que no se trata de una enumeración taxativa, sino que es una enunciación que, con respecto al Código anterior de 1865¹⁹, se ha flexibilizado por el legislador, admitiendo supuestos no citados en la misma para dar mayor libertad al intérprete a la hora de adaptar dicha norma a los avances de la sociedad industrializada y tecnológica en la que vivimos.

Tampoco es en este Derecho una obligación del propietario el realizar las reparaciones extraordinarias, y por ello no existe ninguna acción que legitime al usufructuario para exigir las; lo único que se le concede a éste es la facultad de realizarlas²⁰ si así lo desea, exigiéndole al propietario al fin del usufructo el importe de la totalidad de los gastos desembolsados por el usufructuario por este concepto, pero sin intereses²¹. Esta deuda, sin embargo, no tiene su explicación para la doctrina italiana en el enriquecimiento injusto del nudo propietario, y por ello no se configura como una deuda

¹⁷ Dice este precepto: «Le spese e, in genere gli oneri relativi alla custodia, amministrazione e manutenzione ordinaria della cosa sono a carico dell'usufruttuario».

Sono pure a suo carico le riparazioni straordinarie rese necessarie dall'inadempimento degli obblighi di ordinaria manutenzione».

¹⁸ Dice así: «Le riparazioni straordinarie sono a carico del proprietario».

Riparazioni straordinarie sono quelle necessarie ad assicurare la stabilità dei muri maestri e delle volte, la sostituzione delle travi, il rinnovamento, per intero o per una parte notevole, dei tetti, solai, scale, argini, acquedotti, muri di sostegno o di cinta.

L'usufruttuario deve corrispondere al proprietario, durante l'usufrutto, l'interesse delle somme spese per le riparazioni straordinarie».

¹⁹ DE MARTINO, «Comentario del Codice civile» a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, «Proprietà», 4.ª ed., libro terzo, Bologna, 1982, p. 298, indica cómo el legislador de 1942 suprime del artículo 504, la frase «... tutte le altre riparazioni sono ordinarie», interpretándolo este autor como el deseo de eliminar el carácter de lista taxativa que tenían en el Código anterior las reparaciones extraordinarias.

²⁰ No son necesarios más requisitos, en principio, para exigir la suma desembolsada en las obras por el usufructuario, que son los siguientes: 1.º) que se trate de reparación extraordinaria, y 2.º) que se niegue a realizarla el propietario o retrase su ejecución sin justo motivo. En este sentido, BIGLIAZZI GERI, «Usufrutto uso e abitazione», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirig. por Cicu-Messineo, Milán, 1979, p. 251, señalando que la negativa del propietario a realizar las obras debe tener un justo motivo, y si carece de él, la defensa del usufructuario, ante este comportamiento abusivo, será la de realizar por sí las mismas, con los derechos de reembolso que señala después la ley.

Aunque no se halle expresamente señalado por el legislador, habría que añadir otro requisito que se sobrentiende del tenor literal del texto, y es el de la necesidad de dar previamente cuenta al nudo propietario del desperfecto existente en el inmueble para que éste decida si desea o no realizar las obras de reparación.

²¹ PUGLIESE, «Novissimo Digesto italiano» (voz usufrutto), tomo XX, Torino, 1975, p. 348. Este mismo autor, en «Usufrutto, uso e abitazione», 2.ª ed., Turín, 1972, p. 525, señala cómo el Código de 1865, e incluso el mismo Proyecto del actual, limitaban el reembolso a la utilidad que quedaba de tales reparaciones al terminar el usufructo.

referida al aumento de valor del inmueble, ya que, como señala Malpica²², no se trata de indemnizar un daño del usufructuario ni evitar un enriquecimiento del propietario, sino sólo de restituir una suma de dinero determinada, lo que conlleva, además, que ésta permanezca inalterada en caso de devaluaciones monetarias²³.

Se concede al usufructuario, en el artículo 1006, el derecho de retener «el inmueble reparado»²⁴ en garantía de este crédito; derecho a retener que se concede, además, pensando exclusivamente en los bienes inmuebles, ya que la inmensa mayoría de supuestos de usufructo se dan sobre bienes de esta categoría.

Observamos también que en la regulación del usufructo se vuelve a conceder el derecho de retener al usufructuario por las sumas que anticipó al nudo propietario por los conceptos recogidos en los artículos 1009 y 1110, que se refieren a las cantidades anticipadas por el usufructuario en concepto de impuestos sobre la propiedad en el usufructo, o a las efectuadas también por éste cuando el usufructo recaiga sobre una herencia o cuota hereditaria, determinando el artículo 1011 que por estos conceptos «... ha diritto di ritenzione»²⁵ sui beni che sono in suo possesso fino alla concorrenza della somma a lui dovuta»²⁶.

No aparece, sin embargo, en el Derecho italiano ningún indicio sobre la facultad de reintegro con los productos de la finca para el retentor, similar a la que se contempla en el artículo 502 de nuestro Código civil.

²² En «Nuova Rassegna di Giurisprudenza sul Codice civile» (C. RUPERTO-V. SGROI), Libro III, tomo I, Milano, 1994, p. 520.

²³ DE MARTINO, *ob. cit.*, p. 304. PUGLIESE, *ob. cit.*, p. 525, señala cómo el cambio producido a este respecto en el nuevo Código, respecto al anterior, obedece al deseo del legislador de establecer una perfecta simetría entre el derecho del nudo propietario a que el usufructuario le abone los intereses de la suma empleada en las reparaciones extraordinarias y el derecho del usufructuario al reembolso del capital íntegro y sin intereses.

PALERMO y PALERMO, «Giurisprudenza sistematica civile e commerciale», dir. de Bigiavi, Turín, 1978, p. 305, señala cómo esta obligación del nudo propietario prevista en el artículo 1006 constituye una deuda de valuta, y no de valor, y, por tanto, se encuentra sujeta al principio nominalístico sancionado en el artículo 1277 del Codice civile.

²⁴ Señala el artículo 1006: «Se il proprietario rifiuta di eseguire le riparazioni poste a suo carico o ne ritarda l'esecuzione senza giusto motivo, è in facoltà dell'usufruttuario di farle eseguire a proprie spese. Le spese devono essere rimborsate alla fine dell'usufrutto senza interesse. A garanzia del rimborso l'usufruttuario ha diritto di ritenere l'immobile riparato».

²⁵ Este derecho de retención no existía en el Código de 1865, aunque la doctrina estimaba que se aplicaba analógicamente el derecho de retención al usufructo, aun en defecto de precepto al respecto. En este sentido, GIORGI, «Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno», traducc. de la 7.ª ed. por la *Rev. Gen. de Leg. y Jurisprudencia*, vol. 2.º, Madrid, 1977, p. 447.

²⁶ CIAN e TRABUCHI, «Comentario breve al Codice Civile», Milán, 1988, p. 684, citando a De Martino, interpretan esta matización sobre el derecho de retener hasta la concurrencia de la suma debida, en el sentido de que los objetos retenidos excedan en la menor medida posible de la suma debida por el propietario. En el mismo sentido, BARBERO, «L'usufrutto e in diritti affini», Milano, 1952, p. 365.

2.3 Derecho alemán

El BGB alemán desarrolla el usufructo en sus §§ 1030 a 1089, pero en ninguno de ellos aparece referencia alguna a un posible derecho de retención en favor del usufructuario por reparaciones extraordinarias en la cosa usufructuada. Después de establecer el § 1037 que el usufructuario no está autorizado a transformar ni modificar esencialmente la cosa, y de imponerle en el § 1041 el deber de velar por la conservación de la cosa y realizar las reparaciones que correspondan a la conservación ordinaria, los §§ 1042 a 1044 recogen el régimen de las reparaciones extraordinarias («aussergewöhnliche Ausbesserungen»), régimen que debe considerarse común a los bienes inmuebles y a los muebles, pues la norma no hace distinción. Cuando sea precisa esta clase de reparación, el usufructuario lo comunicará al propietario, pudiendo también el propio usufructuario hacer él mismo la reparación, en cuyo caso podrá, «dentro de los límites de una ordenada economía, aplicar también a esta finalidad las partes integrantes de la finca que no correspondan a los frutos a él pertenecientes»²⁷.

Nada se dice, en la normativa dedicada al usufructo, acerca de un posible derecho de retención en favor del usufructuario por los gastos realizados. No obstante, puesto que en Derecho alemán el derecho de retención aparece regulado con carácter abstracto y general, habrá que examinar si la doctrina o la jurisprudencia alemanas son partidarias de otorgar a dicho usufructuario, en tales circunstancias, o en otras diferentes, la ventaja o garantía que supone ese derecho.

Los preceptos generales sobre retención («Zurückbehaltungsrecht») son los §§ 273 y 274 del BGB. El primero de ellos establece los presupuestos generales que deben concurrir para el reconocimiento de un derecho de este tipo. Se concibe la retención como una garantía del crédito del acreedor (retentor) y ofrece a la vez un medio de coacción indirecto²⁸. Suele utilizarse, dentro del ámbito del Derecho de Cosas, frente a la pretensión de un propietario de recuperar la cosa en la que se hicieron reparaciones o gastos.

Básicamente, para que proceda este derecho de retención en el BGB, es preciso que: *a)* existan dos créditos contrapuestos: un crédito y una deuda a cargo de las dos partes de una relación jurídica; *b)* que dichos crédito y deuda no sean estrictamente «recíprocos» y sean autónomos; *c)* que el crédito del retentor esté vencido; *d)* que

²⁷ Traducción de Melón Infante del párrafo 1043 del BGB.

²⁸ WOLF, en «Soergel Kommentar zum BGB», Band 2, Schuldrecht I, párrafos 241-432, 12. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln, 1990, p. 543.

exista conexidad entre uno y otro crédito²⁹. Es especialmente relevante a nuestros efectos el párrafo segundo del citado § 273, el cual dispone: «Quien está obligado a la entrega de un objeto tiene el mismo derecho (de retención) si le corresponde una pretensión vencida a causa de gastos –realizados– en el objeto o a causa de un daño que éste le haya causado, a no ser que haya obtenido el objeto por un acto ilícito dolosamente realizado».

En teoría, el usufructuario de los §§ 1042 a 1044 cumple las condiciones previstas en este § 2 del § 273 para gozar, cuando se dé el evento pertinente (realización de un gasto en la cosa que tiene deber de devolver, por haberse extinguido el usufructo), del «Zürückbehaltungsrecht». Sin embargo, la doctrina estudiosa del derecho de retención, en general, no se ha pronunciado a favor o en contra de que dicho sujeto ostente un derecho de retención sobre la cosa usufructuada.

Es, sin embargo, a la hora de comentar el § 1049 del BGB cuando pueden hallarse algunas opiniones al respecto. Dicha norma establece, sin más, el derecho de usufructuario de reclamar una indemnización al propietario por los gastos hechos en la cosa cuando no estaba obligado a ello. En estas circunstancias, podrá dicho usufructuario reclamarle la indemnización conforme a las reglas de la gestión de negocios sin mandato. La remisión a las disposiciones del BGB sobre la gestión de negocios sin mandato no es fructífera en cuanto al tema que nos interesa, ya que ninguna de ellas otorga al gestor un derecho de retención por gastos hechos en la cosa gestionada; ni siquiera la nueva remisión de estas últimas a las normas del mandato (§ 683, que implícitamente remite al § 670 BGB, sobre gastos del mandatario) soluciona el tema del posible derecho de retención, pues tampoco el BGB se lo asigna expresamente al mandatario. Así pues, ni por vía directa o indirecta encontramos apoyo legal para proporcionar al usufructuario un derecho de retención por las reparaciones extraordinarias; incluso habría algún inconveniente derivado del párrafo segundo del § 1049, el cual le concede un *ius tollendi* o facultad de retirar las instalaciones u obras aportadas, lo que podría hacer pensar en una cierta exclusión del derecho de retención.

A pesar de todo, la doctrina que comenta el citado § 1049 se muestra favorable a proporcionar al usufructuario un derecho de retención, en aplicación del § 273 BGB, pues se darían todas las

²⁹ KELLER, en «Münchener Kommentar BGB», Schuldrecht, Band 2, párrafos 241-432, München, 1979, pp. 431 ss.; MEDICUS, «Schuldrecht I», Allgemeiner Teil, 5. Auflage, München, 1990, pp. 104 ss.; SELB, en «Staudinger BGB», Zweites Buch, párrafos 255-327, 12. Auflage, Berlin, 1979 (com. párrafo 273 BGB); WOLF, *ob. cit.*, p. 545.

condiciones del mismo³⁰. También la jurisprudencia se ha manifestado a favor³¹.

En cuanto al tipo de créditos que generarían este derecho de retención, la doctrina alemana los admite en sentido muy amplio, incluyendo prácticamente todos los gastos por los que se puede obtener reparación conforme al § 1049 del BGB, y por supuesto, también las reparaciones extraordinarias de los §§ 1042 a 1044. Pero no sólo éstos, sino también todos aquellos respecto de los que no haya obligación de realizarlos por parte del usufructuario (v.gr., gastos por reparaciones ordinarias, por concertación de seguros sobre la cosa, por cargas públicas, etc.)³². No obstante, tratándose de reparaciones extraordinarias, para poder pedir su reparación conforme al § 1049, es preciso que no se haya usado por el usufructuario de la facultad —es sólo eso, una facultad, no una obligación— de aplicar a ese fin partes integrantes de la finca que no correspondan a frutos, conforme al § 1043 BGB, en cuyo caso no se podría lograr la reparación ni, en consecuencia, habría derecho de retener la cosa usufructuada.

En cuanto al momento a partir del cual es exigible la deuda (y por tanto se podría recurrir al medio coactivo que supone la retención), la doctrina considera que será el de su realización, sin que haya que esperar a la conclusión del usufructo³³, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos. Esa exigibilidad inmediata de la deuda objeto de retención constituye una *condictio sine qua non* para la procedencia del *ius retentionis*, tanto el del párrafo 1.º como el del 2.º, del § 273 BGB (éste último párrafo es el aplicable a las reparaciones extraordinarias), en cuanto exigen que se trate de deuda «vencida» siempre, para no tener que cumplir la obligación de devolución de la cosa que en todo caso corresponde al retentor.

³⁰ Cfr. MICHALSKI, en «Erman BGB Handkommentar», 2. Band, Münter, 1989, p. 368; PETZOLDT, en «Münchener Kommentar zum BGB», Band 4, párrafos 854-1296, München, 1981, p. 1129; PROMBERGER, en «Staudinger BGB», Drittes Buch, párrafos 1018-1296, 12. Auflage, Berlin, 1981 (com. párrafo 1049 BGB); STÜRNER, en «Soergel BGB», Band 6, Sachenrecht, párrafos 854-1296, 12. Auflage, Stuttgart-Berlin-Bonn, 1989 (com. párrafo 1049 BGB).

³¹ Cfr. jurisprudencia citada por los anteriores autores.

³² Cfr. STURNER, *ob. cit.*, *ibidem*; MICHALSKI, *ob. cit.*, p. 368 (quien excluye los gastos por reparaciones ordinarias del párrafo 1041 BGB, por tratarse de gastos respecto de los cuales el usufructuario sí tiene obligación de realizarlos).

³³ Cfr. PROMBERGER, *ob. cit.*, *ibidem*; STÜRNER, *ob. cit.*, *ibidem*. También, implícitamente, BASENGE-PALANDT, «Bürgerliches Gesetzbuch», 49. Auflage, München, 1990, p. 1192 (com. párrafo 1049 BGB), y JAUERNIG, en JAUERNIG-SCHLECHTRIEM-STÜRNER-TEICHMANN-VOLLKOMMER, «BGB Bürgerliches Gesetzbuch», 5.ª edic., revisada, München, 1990, p. 1168.

2.4 Derecho portugués

La regulación más vigorosa del derecho de retención se contiene en el Derecho portugués, cuyos artículos 754 a 761 del Código civil de 1966, especialmente el artículo 759 en relación a la retención de cosas inmuebles, otorgan a este derecho una eficacia *erga omnes*. El referido artículo 759 proporciona al retentor de inmuebles las mismas facultades de ejecución que al acreedor hipotecario, así como la preferencia de cobro sobre la finca retenida sobre cualesquiera otros acreedores del propietario de la misma, inclusive (núm. 2) sobre la hipoteca de inscripción anterior.

La duda surge en cuanto a la aplicabilidad del derecho de retención en el ámbito del usufructo y las relaciones entre usufructuario y nudo propietario. Dentro de la regulación dedicada a este derecho real (arts. 1439 a 1483 CC), apenas hay alusiones al derecho de retención, salvo la norma de remisión contenida en el artículo 1483, a la que ahora nos referiremos.

En cuanto a los gastos de reparación, el Código portugués sigue la línea de los Códigos latinos de imponer al usufructuario la obligación de realizar las reparaciones ordinarias (art. 1472), así como los gastos de administración, en la cosa usufructuada, sea bien inmueble o mueble; el tratamiento es, pues, unitario. Respecto de las reparaciones extraordinarias, el artículo siguiente (art. 1473), impone al usufructuario el deber de avisar al propietario de su necesidad, pero sin que éste tenga una obligación de efectuarlas. Si no las hiciera, podrá hacerlas el usufructuario, teniendo en tal caso, si la utilidad de las mismas fuese real, la posibilidad de exigir al dueño, a elección de aquél, bien el importe de las mismas, o bien el valor que tuviesen al finalizar el usufructo, siempre que este valor sea inferior a su costo. De la norma se deduce con claridad que este crédito en favor del usufructuario normalmente se exigirá una vez concluido el usufructo, que es cuando se podrá saber con certeza una de las dos posibilidades concedidas al usufructuario³⁴.

No queda, en principio, claro en el Código si este tipo de gastos (reparaciones extraordinarias) lleva anejo un derecho de retención. Tan sólo el artículo antes citado, el artículo 1483, señala al efecto: «Findo o usufruto, deve o usufrutuário restituir a coisa ao proprietário, sem prejuízo do disposto para as coisas consumíveis e salvo o direito de retenção nos casos em que possa ser invocado».

³⁴ Por supuesto, como señalan PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, «Código civil anotado», vol. III, 2.^a edic. revisada, Coimbra, 1987, p. 527, el propietario, al poder optar por el menor de los dos valores tiene la facultad de esperar a la conclusión del usufructo, para elegir la opción que más le interese; pero, no obstante, siempre puede adelantar su elección y optar por pagar los gastos realizados, aun sin esperar a la conclusión de la relación usufructuaria.

Existe, pues, una remisión implícita a las reglas generales sobre retención contenidas en los artículos 754 y siguientes. del Código. Concretamente, el supuesto de realización de reparaciones extraordinarias por el usufructuario (art. 1473) entrará perfectamente en la hipótesis general de retención del artículo 754 al cumplir todas las condiciones por él exigidas: se trata de un crédito del que dispone un acreedor contra un deudor, frente al cual, a su vez, tiene la obligación de entregarle una cosa (devolución al finalizar el usufructo), por cuya causa ha tenido que realizar unos gastos; además, la cosa no habrá obtenido por medios ilícitos, en cuyo caso no tendría el derecho de retención, según el artículo 756.a). Así lo han sostenido los comentaristas Pires de Lima-Antunes Varela, quienes consideran innecesario incluir una referencia en el artículo 1473 al derecho de retención dados los términos amplios en que el artículo 754 recoge este derecho con carácter general³⁵.

II. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 502 DEL CÓDIGO CIVIL

1. INTRODUCCIÓN. LAS REPARACIONES EN EL USUFRUCTO

La materia que va a ser objeto de nuestro estudio se encuentra incluida en el Título VI del Libro Segundo del Código, en la sección tercera, dedicada a las obligaciones del usufructuario; incluyéndose entre éstas la obligación de realizar reparaciones, a las que se refieren los artículos 500, 501 y 502.

Estos preceptos hacen alusión a una obligación que tiene su base en el propio concepto de derecho de usufructo; el artículo 467 del CC lo define como «derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y su sustancia...»³⁶. La conservación de forma y sustancia³⁷ que aparece como obligación del usu-

³⁵ PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, «Código civil anotado», *ob. y vol. cit.*, p. 528.

³⁶ VILLAVICENCIO, «Salva rerum substantia» en el usufructo propio» *RDP*, marzo 1951, p. 201. BORREL MACÍA, «Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo» *RDP*, 1949, p. 1074.

³⁷ El fundamento de esta obligación ha sido objeto de estudio por la doctrina, a la que nos remitimos, ya que nuestra investigación va por otro camino. Entre otros, BORREL MACÍA, «Algunas consideraciones sobre la conservación de la cosa en el usufructo» *RDP*, 1949; GARCÍA VALDECASAS, «La idea de sustancia en el CC», *RDP*, 1951; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *ob. cit.*, pp. 190 ss. BELUCHE RINCÓN, «La relación obligatoria de usufructo», Madrid, 1996; LÓPEZ JACOISTE, «El arrendamiento notoriamente gravoso concertado con el usufructuario», *ADC*, 1956. REVERTE NAVARRO, «Pluralidad de titularidades en el usufructo», *RDP*, 1979, p. 1118.

fructuario se consigue por éste mediante la realización de reparaciones en la cosa usufructuada que le permitan continuar en el goce y disfrute de la misma. El modo en que ha de hacer dichas reparaciones ha sido recogido de forma muy general en estos artículos, aunque distinguiendo claramente el legislador entre lo que denomina reparaciones ordinarias y reparaciones extraordinarias. El artículo 500 hace alusión a las primeras, señalando que «el usufructuario está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo». El artículo siguiente, en cambio, se refiere a las segundas: «Las reparaciones extraordinarias serán de cuenta del propietario».

Por último, el artículo 502 dice:

«Si el propietario hiciere las reparaciones extraordinarias tendrá derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo.

Si no las hiciere cuando fuesen indispensables para la subsistencia de la cosa, podrá hacerlas el usufructuario; pero tendrá derecho a exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las mismas obras.»

El legislador hace una distribución, a la misma vez que una diferenciación entre ambos tipos de reparaciones, vinculando cada una de ellas a una de las partes de la relación obligatoria de usufructo, añadiendo después un tercer precepto que matiza distintas hipótesis de actuación, tanto del usufructuario como del nudo propietario, respecto a estas reparaciones.

Es obvio que, por lo que se refiere a las reparaciones ordinarias, el artículo 500 recoge³⁸ una verdadera obligación en sentido estricto, de tal forma que, caso de incumplimiento por parte del usufructuario, el propio precepto autoriza al propietario a hacerlas por sí mismo «a costa del usufructuario».

El estudio de este supuesto lo ha realizado recientemente, en un magnífico trabajo, Beluche Rincón³⁹, y a éste nos remitimos, dado que sería desviarnos de nuestro objeto el continuar con este tema.

³⁸ Al igual que hacía el Proyecto de 1851 en su artículo 456, y el posterior Anteproyecto de 1882-1888 en su artículo 502.

³⁹ *Ob. cit.*, pp. 152 ss., en los que defiende esta autora el nacimiento de un crédito en favor del propietario, una vez realizadas por él mismo las reparaciones ordinarias, contra el usufructuario «que podrá hacer efectivo inmediatamente, sin necesidad de esperar a la liquidación del usufructo. En la acción de reembolso podrá exigir no sólo el coste de las reparaciones, sino también, si los hubiera, los daños y perjuicios ocasionados por su demora».

Es abundante, no obstante, la doctrina en esta materia; así, por ejemplo, DEMOLOMBE, *ob. cit.*, tomo X, París, 1880, p. 488; LAURENT, «Principes de Droit civil», tomo VI, Bruxelles, 1876, p. 669. VENEZIAN, «Usufructo, uso y habitación», traducc. anotada por J. Castán, tomo II, Madrid, 1928.

No será, sin embargo, la última vez que hagamos alusión al tema de las reparaciones ordinarias, ya que el concepto que tengamos de las mismas condicionará, necesariamente, el concepto de reparaciones extraordinarias, importantísimo para nosotros, a la hora de delimitar el contenido de la figura que nos ocupa, pues será la realización de éstas por parte del usufructuario la que genere el crédito que dará lugar a la retención.

Si se trata de reparaciones extraordinarias, la normativa legal las deja «de cuenta del propietario», facultando, en ausencia de actividad del mismo, al usufructuario para acometerlas por sí, naciendo entonces un crédito a su favor al finalizar el usufructo.

A la luz de la regulación legal podríamos esquematizar las distintas posibilidades de actuación de las dos partes en la relación obligatoria, una vez que surge la necesidad de reparaciones extraordinarias, de la siguiente manera:

1. Que el nudo propietario realice las reparaciones extraordinarias, en cuyo caso nacerá en su favor un crédito contra el usufructuario por el importe del interés legal de la cantidad invertida en las mismas todo el tiempo que dure el usufructo (art. 502).

2. Que no las hiciera siendo absolutamente imprescindibles, en cuyo caso las realizará, si quiere, el usufructuario; pero en este supuesto, y a diferencia de lo que ocurría con las reparaciones ordinarias, no nacerá un crédito de efectividad inmediata contra el propietario, sino que, según el artículo 502, el usufructuario «tendrá derecho a exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las mismas obras».

Una vez esquematizado el planteamiento del legislador español en cuanto a las reparaciones extraordinarias en el bien usufructuado, vamos a centrarnos más en el tema que nos ocupa, contenido en el ya citado artículo 502, necesitando para ello, previamente, un estudio de los requisitos necesarios para configurar el supuesto de hecho que prevé la norma al facultar al usufructuario para retener la cosa si el propietario no paga su crédito.

2. EL DERECHO DE RETENCIÓN EN LAS REPARACIONES EXTRAORDINARIAS Y SUS PRESUPUESTOS

A) Concepto

Tal como hemos visto en el apartado anterior, el artículo 501 de nuestro Código civil establece que las reparaciones extraordinarias

«serán de cuenta del propietario». Esta expresión necesita de un profundo análisis, que realizaremos más adelante, pues será necesario, previamente, delimitar el concepto de las mismas.

La doctrina se ha ocupado poco de este tema, y aunque sí existen estudios destinados al supuesto de la liquidación de gastos con ocasión de la posesión de una cosa, en los que se analizan los desembolsos que realiza el poseedor en la misma con objeto de conservarla y hacerla productiva, no nos será fácil aplicar analógicamente⁴⁰ estas tesis debido a que, normalmente, no entran en la distinción entre reparaciones ordinarias y extraordinarias, entendiéndose ambas subsumidas dentro del concepto de gastos necesarios del artículo 453 del CC⁴¹.

Los gastos necesarios son aquellos, según deduce Manresa⁴² del artículo 455 del CC, realizados para la conservación de la cosa; desembolsos que se hacen para la subsistencia misma de la cosa. Dada la amplitud de esta definición, la doctrina ha matizado distinguiendo diversos gastos para la conservación de la cosa, a saber⁴³: 1. Cargas del goce, o gastos ordinarios, que son los que se derivan habitualmente del uso y disfrute de la cosa⁴⁴. Son desembolsos que necesariamente realizará el poseedor para conservar la cosa y percibir los frutos, respetando y manteniendo el destino y la función económica de la misma⁴⁵. 2. Gastos extraordinarios, que exceden de la simple reparación y conservación de la cosa, surgiendo su necesidad

⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos del Derecho Civil patrimonial», vol. 3.º, 4.ª ed., Madrid, 1995, p. 676, señala que los artículos 451-458 de nuestro Código contienen un régimen jurídico general aplicable a todos los casos de entrega de la posesión de una cosa que no estén sometidos a una disciplina normativa especial. Incluso en los casos en que exista esa normativa, estas normas deben ser consideradas, según este autor, como principios generales del sistema y, por tanto, ser tenidas en cuenta para interpretar aquéllas.

⁴¹ La legislación extranjera, distingue también, en el Derecho alemán, BGB parágrafos 994 y 995, dentro de los gastos necesarios, los ordinarios de conservación y los extraordinarios. En el Derecho italiano se clasifica en reparaciones ordinarias y extraordinarias, artículos 1004, 1005 y 1150 del Codice civile. También el artículo 605 del Code civil francés lo hace en el mismo sentido, matizando entre reparaciones de conservación y reparaciones extraordinarias.

⁴² En «Comentarios al Código civil español», tomo IV, 7.ª ed., Madrid, 1972, p. 324.

⁴³ DÍAZ ROMERO, «Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio», Madrid, 1997, p. 18.

⁴⁴ Cfr. DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, p. 19. En este sentido, también DORAL Y SILLERO, «Análisis económico y jurídico del régimen de la liquidación en el Código civil», en Homenaje a Beltrán Heredia y Castaño, Salamanca, 1984, p. 159, señalando que las reparaciones ordinarias «se compensan con la utilidad extraída mediante el ejercicio del poder y así, las reparaciones ordinarias son cargo de los frutos, *in fructum*, mientras que las reparaciones extraordinarias lo son del capital, cargo de la propiedad, *in rem*».

⁴⁵ Dentro de éstos habría que distinguir entre los gastos de mantenimiento de la sustancia física de la cosa, y que se entienden compensados con los frutos percibidos; su necesidad surge del simple uso o disfrute (reparaciones ordinarias), y los llamados gastos de producción, que son también necesarios; pero éstos para la conservación de la función económica de la cosa, siendo también ordinarios, pues se realizarán de forma periódica y habitual por ser imprescindibles para la obtención de la utilidad de la cosa.

de causas de mayor importancia que el simple goce y uso habitual, y que tienen carácter excepcional⁴⁶. 3. También se incluyen dentro de los gastos necesarios los denominados por la doctrina gastos civiles, que son los originados para conservar jurídicamente la cosa, y quedan justificados por disposición legal o de autoridad legítima⁴⁷.

De otra parte, si atendemos al significado literal del término, reparar hace alusión a poner remedio a una alteración que se ha producido en el estado de la cosa, sea como consecuencia del uso, sea por causas naturales⁴⁸. Pero el problema sería el matizar cuando son estas reparaciones de carácter extraordinario, ya que el concepto reparar podría incluir las dos categorías distinguidas.

Lamentablemente, el legislador no nos ha proporcionado un concepto de lo que debemos entender por reparaciones extraordinarias; ni tan siquiera un listado, a modo de ejemplo, de lo que pudieran ser las mismas. La única pista que podemos encontrar a este respecto en el Código es la del artículo 500, en el que, sin embargo, el legislador sí define expresamente lo que se entiende por reparaciones ordinarias: «Se considerarán ordinarias las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación». Partiendo de este concepto, por un criterio de eliminación, las reparaciones extraordinarias deben ser las que siendo igualmente indispensables para la conservación de la cosa usufructuada no sean resultado del deterioro o desgaste inherente al uso natural de la mismas⁴⁹.

Es curioso, sin embargo, cómo los precedentes históricos de este precepto sí enumeran y definen qué son las reparaciones extraordinarias; concretamente, es el Code de Napoleon el que en su artículo 606 las designa de forma específica⁵⁰. Sin embargo, en

⁴⁶ DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, p. 23. Dentro de éstos incluiríamos las reparaciones extraordinarias del artículo 502 del CC, que no son obligación del usufructuario, aunque puede éste realizarlas si no lo hace el propietario. MIQUEL GONZÁLEZ «Comentario del Código civil», tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1220, señala que los gastos necesarios reembolsables a todo poseedor, aludidos en el artículo 453.1, son los gastos extraordinarios para la conservación, porque los ordinarios son disminución de los frutos.

⁴⁷ DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, p. 25, citando a Scaevola.

⁴⁸ DE MARTINO, en «Comentario...», *ob. cit.*, p. 298.

⁴⁹ DE MARTINO, *ob. cit.*, p. 298, establece como criterio diferenciador de las reparaciones extraordinarias frente a las ordinarias, señalando que éstas se refieren a la conservación de la cosa y sus cualidades no más allá de la duración de la vida humana, que puede ser el término de duración del usufructo, mientras que las reparaciones extraordinarias tienden a conservar por tiempo indefinido el rédito de la cosa, ya que de cargarlas al usufructuario, se produciría un injusto enriquecimiento del propietario. MARTÍN PÉREZ, «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales», tomo VI, 2.ª ed., p. 380; PUIG BRUTAU, «Fundamentos de Derecho Civil», tomo III, Madrid, 1973, p. 316.

⁵⁰ Dice así este precepto: «Les grosses réparations sont celles des gros murs et des voutes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières. Celui des digues et des murs de soutènement et de cloture aussi en entier».

nuestro país, el Proyecto de 1851 suprime dicha enumeración⁵¹, dejando, como señala García Goyena⁵², este punto a la jurisprudencia. Es de reseñar también que otros derechos de nuestro entorno han conservado, a pesar de los inconvenientes que ello pueda suponer, una enumeración de reparaciones extraordinarias, aunque sólo haya sido a título de ejemplo⁵³.

Al carecer de definición y de enumeración en nuestro Derecho, es evidente que, en la práctica, será frecuente encontrarnos con situaciones en las que sea difícil y dudoso calificar las obras realizadas como insertas dentro de alguna de las dos categorías estudiadas. Será entonces la autoridad judicial la que, en última instancia, decida si un supuesto concreto constituye o no reparación extraordinaria⁵⁴.

A pesar de lo razonable que pueda ser el no incluir un concepto y un listado de reparaciones extraordinarias, no deja de ser un grave

⁵¹ Señala en su artículo 456: «El usufructuario está obligado a hacer en las cosas los reparos menores y de conservación que éstas necesiten.

Los reparos mayores serán de cuenta del propietario; pero estará obligado el usufructuario a darle aviso cuando fuere urgente la necesidad de hacerlos».

⁵² GARCÍA GOYENA, «Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español», reimpresión de la ed. de Madrid, 1852, concordada por Lacruz Berdejo, Zaragoza, 1974, p. 239.

⁵³ Así el CC italiano, prácticamente idéntico, al antiguo artículo 504 del de 1865, señala en el actual artículo 1005: «Riparazioni straordinarie sono quelle necessarie ad assicurare la stabilità dei muri maestri e delle volte, la sostituzione delle travi, il rinnovamento, per intero o per una parte notevole, dei tetti solai, scale, argini, acquedotti, muri di sostegno o di cinta». La jurisprudencia de este país, sin embargo, ha interpretado dicha enumeración como no exhaustiva, definiendo estas reparaciones como «... todas aquellas indispensables, para evitar la pérdida total o parcial tanto de la cosa como de su utilidad, no siendo taxativa la enumeración contenida en el artículo 1005 del CC» (Trib. Venezia, 25 gennaio 1962, in Giust. Civ., 1962, I, 392), citado por PALERMO y PALERMO, «Giurisprudenza sistematica civile e commerciale» Usufrutto, uso-habitazione, 2.ª ed., Turín, 1978.

En el mismo sentido, MAURIZIO DE TILLA, «Il diritto Immobiliare», Milano, 1966, p. 989, citando otra sentencia (Cass. 11 gennaio 1968, núm. 62), en la que se plantea si la sustitución de un ascensor en un edificio objeto de usufructo sería catalogable como una reparación extraordinaria de las del artículo 1005, o, por contra, se trataría de una innovación en el sentido de los artículos 1120 y 1121 del CC, distinguiendo la reparación extraordinaria: comporta la sustitución de una entidad preexistente, pero ya ineficaz, por otra plenamente eficiente; mientras que la innovación consiste en un cambio en la cosa en la forma o en la sustancia, con adición de sustancia no preexistente, o transformación de alguna preexistente. Se trata, según el Alto Tribunal, de una reparación extraordinaria, ya que guarda gran similitud con la renovación de la escalera, contenida expresamente en el listado del artículo 1005.

⁵⁴ En el mismo sentido, BELUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 200, citando además la STS de 25 de enero de 1912, manifestando ésta que la declaración de si las reparaciones son ordinarias o extraordinarias es de apreciación de la Sala de instancia. También COLÍN Y CAPITÁN, «Curso elemental de Derecho Civil», 4.ª edic., tomo II, vol. 2.º, Madrid, 1984, p. 367; GARCÍA GOYENA, «Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español», reimp. de la ed. de Madrid, 1852, nota prel. del prof. Lacruz Berdejo, Zaragoza, 1974, p. 238; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario», en ADC, 1989, p. 838, y SANTOS CID, «Derecho civil», tomo II, Madrid, 1973, p. 420. También, con respecto a las reparaciones ordinarias o de conservación, RIEG, «Enciclopedia jurídica Dalloz», voz «usufructo», tomo VIII, París, 1992, p. 25, señala que la delimitación de las mismas es una cuestión de hecho.

inconveniente, desde el punto de vista práctico, para las relaciones entre propietario y usufructuario, y, sobre todo, a la hora de ejercitar el derecho de retención. Es obvio que el propietario que rehúsa realizar, en un primer momento, las reparaciones imprescindibles para el bien usufructuado y posteriormente se niega a abonar al usufructuario que las hizo una cantidad en concepto de plusvalía adquirida por las mismas, seguramente uno de los argumentos que esgrimirá en su defensa será el del carácter de ordinarias, y no extraordinarias, de las reparaciones efectuadas, alegando, por tanto, que son de cuenta del usufructuario; fácil argumentación, favorecida por el legislador al no enumerar, al menos, las más comunes y obvias de estas reparaciones.

Este será el motivo, en nuestra opinión, de que siempre, y no sólo en última instancia, sea el juez el que deba – supliendo la enumeración legal– decir si el supuesto concreto se trata o no de una reparación extraordinaria y si, por tanto, y suponiendo que exista aumento de valor de la cosa, nació la deuda para el nudo propietario.

B) Realización de las mismas por el usufructuario como primer presupuesto de aplicación del artículo 502-3.º

Este precepto señala que las reparaciones extraordinarias «serán de cuenta del propietario» una vez avisado éste por el usufructuario de la necesidad de las mismas. La expresión que utiliza nuestro legislador: «de cuenta» ¿qué significa? ¿Se crea una obligación para el propietario, en el mismo sentido que hacía el artículo 500 para el usufructuario con las reparaciones ordinarias? ¿Puede compeler el usufructuario al propietario para que las realice?

Ya vimos que este precepto viene casi literalmente copiado del artículo 605 del Código de Napoleón, que señalaba: «... les grosses réparations demeurent a la charge du propriétaire». La interpretación realizada por la doctrina francesa sobre esta frase⁵⁵, coincide

⁵⁵ ATÍAS, *ob. cit.*, p. 167. DEMOLOMBE, aplicado al Derecho francés, pero igualmente válido para el nuestro, señalaba cómo la forma literal de encomendar al legislador las reparaciones extraordinarias «serán de cuenta del propietario», a diferencia de la obligación claramente atribuida al usufructuario de las reparaciones ordinarias «está obligado a hacer las reparaciones ordinarias», constituye un argumento literal para defender que el propietario es libre de elegir si las realiza o no. *ob. cit.*, p. 497. COLÍN Y CAPITÁN, *ob. cit.*, p. 367. MAZEUD-MAZEUD, «Leçons de Droit Civil», tomo 2, vol. 2.º, 5.ª edic., París, 1976, p. 354. RIEG, en «Enc. Dalloz», *ob. cit.*, p. 25, señala que la justificación tradicional de esta distinción entre reparaciones ordinarias y extraordinarias es la de que las obras de conservación son una carga del goce, concernientes a cualquier buen padre de familia, mientras que las

plenamente con la que han hecho los estudiosos de nuestro país, consistente en interpretar que no existe obligación por parte del nudo propietario de realizar las reparaciones extraordinarias que precise el bien usufructuado⁵⁶.

Defienden esta tesis, en la actualidad, Díez-Picazo y Gullón, argumentando que las palabras «de cuenta» deben interpretarse, según su antecedente histórico, «en el sentido de no obligatoriedad para el usufructuario, y no en el de imposición al propietario del deber de realizarlas...»⁵⁷.

Doral García de Pazos estima que no existe obligación, puesto que «no se obliga a facilitar el goce al usufructuario, sino a no impedirlo ni obstaculizarlo...»⁵⁸.

Albaladejo, igualmente, en favor de la no obligatoriedad de las obras: «Quien no disfruta de la cosa no puede ser forzado a emplear dinero en ella»⁵⁹. Se trata, por otra parte, de evitar que se impongan al nudo propietario cargas excesivas e injustas, invirtiendo un capital –dice Marín García de Leonardo– que pudiera ser que no le aprovechara nunca...»⁶⁰.

reparaciones extraordinarias son deducidas del capital; son una carga de la propiedad. Defiende, no obstante, este autor la inexistencia de obligación por parte del propietario de realizar estas últimas, ya que lo contrario supondría una carga excesiva e injusta y le llevaría a la necesidad de emplear su capital en reparaciones que puede ser que no le aprovecharán jamás. En idéntico sentido, RIPERT y BOULANGER, «*Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol*», VI (traducción española de García Daineraux), Buenos Aires, 1965. También al respecto, la jurisprudencia francesa señala que no se puede obligar al nudo propietario a realizar las reparaciones extraordinarias, S 10 de diciembre 1900, que cita HENRI CAPITANT, «*Les grands arrêts de la jurisprudence civile*», 8.ª ed., París, 1984. También MALAURIE y L. AYNÈS, «*Cours de Droit civil. Les biens*», París, 1990, p. 242.

En la doctrina italiana, VENEZIAN, «*Usufructo, uso y habitación*», traducción anotada por Castán Tobeñas, tomo II, Madrid, 1928, p. 659, señala que el precepto «no estatuye una obligación especial del propietario, sino que, afirmando una obligación impuesta a todos los miembros de la comunidad social con respecto al derecho real de usufructo, viene únicamente a señalar la forma en que el usufructo limita la propiedad». PUGLIESE, «*Usufrutto, uso e abitazione*», 2.ª ed., Turín, 1972.

En contra de estas tesis, LAURENT, «*Principes de Droit civil*», tomo VI, Bruselas, 1876. *cit.*, núm. 548, afirma que el propietario tiene obligación de realizar las obras de carácter extraordinario. En el mismo sentido, BIGLIAZZI GERI, «*Usufrutto, uso e abitazione*», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por Ciccu-Messineo, Milán, 1979, p. 251, que califica de «abusivo» el comportamiento del propietario que suponga el retraso o la negativa injustificada a realizar las reparaciones extraordinarias, lo que conlleva –dice este autor– un derecho potestativo del usufructuario, de realizar dichas obras como respuesta a dicho comportamiento abusivo.

⁵⁶ BELUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 186. DORAL GARCÍA DE PAZOS, *ob. cit.*, p. 342. GARCÍA GOYENA, *ob. cit.*, p. 404, comentando el artículo 456.2 del Proyecto de 1851, análogo al artículo 501 actual. LACRUZ BERDEJO, «*Elementos de Derecho Civil*», tomo III, vol. 2.º, Barcelona, 1989, p. 30. MUCIUS SCAEVOLA, «*Código civil*», tomo IX, Madrid 1948, p. 395.

⁵⁷ «*Sistema de Derecho Civil*», vol. III, Madrid, 1977, p. 404.

⁵⁸ En «*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*», tomo VII, vol. 1.º, 2.ª edic., Madrid, 1992, p. 453.

⁵⁹ «*Derecho Civil III*», vol. 2.º, 7.ª ed., Madrid, 1991, p. 35.

⁶⁰ *Ob. cit.*, tomo XLII, julio-septiembre, 1989, p. 837

Muy bien argumentado actualmente en nuestra doctrina por Beluche Rincón⁶¹, y aun cuando algún sector minoritario disienta⁶², me parece razonable sostener que en nuestro Derecho las reparaciones extraordinarias no constituyen una obligación legal del nudo propietario (por supuesto, cabría establecer sobre las mismas obligación convencional⁶³ o derivarse del contrato, tratándose de un contrato oneroso⁶⁴) por ser, además, lo más razonable desde todos los puntos de vista, teniendo en cuenta los argumentos enumerados por esta autora y que suscribimos en su totalidad^{65 66}.

⁶¹ Enumera esta autora cuatro argumentos favorables a la tesis de que no suponen una obligación para el propietario:

En primer lugar, una argumento histórico, avalado por los orígenes franceses de la norma, interpretada en este sentido de forma indubitada por la doctrina francesa y española clásicas.

Un segundo argumento consistiría en la interpretación literal del propio artículo 501, ya que cuando el legislador quiere crear una obligación legal lo hace claramente, como ocurre con las reparaciones ordinarias del artículo 500.

En tercer lugar, es significativo, a juicio de esta autora, que no se conceda al usufructuario que realiza las obras extraordinarias una acción de reembolso contra el propietario, lo cual hubiese sido imprescindible caso de existir una obligación por parte de éste. Y en su lugar, y ya enlazando con el último argumento que se esgrime, se concede en el artículo 502 una acción de enriquecimiento contra «cualquiera que sea el nudo propietario en el momento de la liquidación del usufructo que es el que se enriquece». Si el legislador hubiese pretendido crear una obligación para el propietario del inmueble del momento en que nace la necesidad de realizar las obras, el sujeto pasivo de dicha acción sería el mismo, y no el que lo sea en el momento en que se extingue el usufructo, que es lo que señala el precepto indicado. *Ob. cit.*, p. 192.

En el mismo sentido, CAPITANT, *ob. cit.*, p. 273.

⁶² GARCÍA CANTERO, «Comentario del Código Civil», Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1991, p. 1335; DORAL, aunque este autor defiende la no obligatoriedad, sí matiza que, caso de impedir u obstaculizar el goce al usufructuario, sí serán obligatorias. *Ob. cit.*, p. 453. También DOMÍNGUEZ PLATAS, «Obligación y derecho real de goce», Valencia, 1994, p. 134.

⁶³ DEMOLOMBE, «Cours de Code de Napoleon», tomo X, París, 1880, p. 466; RIEG, *ob. cit.*, p. 25.

⁶⁴ En el supuesto de tratarse de un usufructo convenido a título oneroso, sería más razonable que la carga de las reparaciones extraordinarias recayese sobre el nudo propietario, ya que los razonamientos esgrimidos ya no serían aplicables. Así lo estima en la doctrina francesa ARIAS, «Les biens», I, 1980, p. 158.

⁶⁵ Podríamos hablar de otra excepción, que sería el supuesto en que, como dice DEMOLOMBE, *ob. cit.*, p. 465, las reparaciones extraordinarias hubiesen sido ocasionadas por una falta o una negligencia de parte del usufructuario; en este caso, serán de cuenta del mismo. Se está refiriendo este autor al caso contemplado en el actual artículo 605 del Code civil: «Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparation d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit; auquel cas l'usufruitier en est aussi tenu». En este supuesto se trataría de una acción personal nacida como consecuencia de la negligente actuación del usufructuario y que permitiría al propietario reclamar el importe de las mismas en el mismo momento en que surge la necesidad de realizarlas. Nada tiene que ver, pensamos, con la facultad de elección por parte del propietario entre realizar o no estas reparaciones, que seguiría intacta incluso en este supuesto.

⁶⁶ No hay que confundir, no obstante, la inexistencia de obligación por parte del propietario de realizar las reparaciones extraordinarias frente al usufructuario, con la necesidad de que aquél cuide de su propiedad para que ésta no cause daño a terceros. A este respecto, comenta RIEG, «Enciclopedia ...» voz «usufruit», p. 27, un supuesto, en que la Jurisprudencia francesa declara la responsabilidad frente a terceros del usufructuario por

Una vez admitido que el legislador no pretende crear una obligación para el propietario, no podemos por menos que preguntarnos, ¿qué contenido hemos de darle a la expresión «de cuenta», entonces? No nos convencen aquí los intentos de justificación de la doctrina que mantiene que los términos del precepto son ociosos y se justifican por el espíritu didáctico del legislador⁶⁷; sino más bien pensamos que esta expresión tiene su justificación en un afán de dejar claro que, dado que el usufructo no supone la pérdida de todas las facultades inherentes al derecho del propietario, corresponde a éste la facultad de realizar las obras que puedan afectar el objeto de su propiedad; se trata de reparaciones que, por su importancia, puede preferir —y esto es a lo que hace alusión este precepto— realizarlas el propietario⁶⁸. El legislador deja elegir al propietario que es lo que conviene más a sus

los daños causados por la cosa, pues en él recae la responsabilidad civil extracontractual a que se refiere el 1386 del Code civile. Esta postura de la jurisprudencia francesa es criticada por la doctrina en el sentido de que los preceptos reguladores de las obligaciones entre propietario y usufructuario sólo atañen a ambas partes y no pueden alegarse frente a terceros, en este caso terceros perjudicados por la falta de realización de reparaciones extraordinarias que, lógicamente, se podrán dirigir contra el propietario del inmueble, ya que, el usufructuario sólo tiene obligación de realizar las reparaciones ordinarias en la cosa, dentro de la relación de usufructo, mientras que, como hemos visto, el propietario no tiene obligación de realizar reparación alguna.

No existe, pues, acción para que el usufructuario pueda exigir responsabilidad civil contractual frente al nudo propietario por no realizar las obras extraordinarias. No podemos, sin embargo, perder de vista que los artículos 500 a 502 del CC regulan el régimen jurídico de las relaciones entre las partes dentro del derecho real de usufructo. Es cierto también que dicho derecho real se caracteriza por su eficacia frente a terceros; es decir, el usufructuario podrá oponer su derecho de goce frente a cualquiera que, sin ampararse en un título válido, lo perturbe. La duda se plantearía a la hora de dilucidar si esa eficacia reconocida frente a terceros, del derecho a gozar una cosa, conlleva la responsabilidad del titular de dicho derecho frente a los mismos.

El propietario, por el simple hecho de serlo, y dado que sólo pierde como consecuencia del usufructo la facultad del goce y disfrute de su bien, conserva aun así un elenco de derechos y obligaciones, entre las que se encuentran, a nuestro entender, las de diligencia en el cuidado de su propiedad respecto de los daños que ésta pudiese causar a terceros. Por ello, y siempre que hubiese sido advertido previamente por el usufructuario (no debemos olvidar su desventaja consistente en la falta de inmediatidad o contacto directo con el bien usufructuado) de la existencia de la necesidad de reparaciones, el propietario responderá por negligencia de acuerdo al artículo 1902 de nuestro Código. Estimamos que, aunque frente al tercero responda siempre el propietario, dado que aquél no tiene obligación de saber quién ostenta la titularidad de la cosa que le ha producido el daño, en las relaciones internas derivadas de una acción, ex artículo 1902, entre propietario y usufructuario será imprescindible para exigir la responsabilidad de aquél la advertencia por parte del usufructuario del mal estado de la cosa, pues de lo contrario pensamos existiría, en las relaciones internas, responsabilidad del usufructuario, en virtud del artículo 501, que señala dicha obligación.

⁶⁷ BELUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 195. También algún autor, como POTHIER, planteaba la posibilidad, que no defendía, de que el legislador dejase estas reparaciones de cuenta del propietario, queriendo con ello poner de manifiesto que no existía obligación por parte del usufructuario de realizarlas, explicación absurda, como señala el propio autor, pues el legislador acababa de exponer las obligaciones del usufructuario, adjudicándole entre ellas sólo la de realizar las reparaciones ordinarias. *Ob. cit.*, p. 687.

⁶⁸ Como dice DEMOLOMBE, *ob. cit.*, p. 6777, las reparaciones extraordinarias conciernen a la propiedad más que al disfrute.

intereses: el reparar por sí mismo el inmueble o bien el no hacerlo y dejar el tema en manos del usufructuario, que podrá optar, a su vez, entre realizarlas él mismo o abstenerse de hacerlo.

En definitiva, y como señala Demolombe⁶⁹, si no está obligado a realizar las reparaciones extraordinarias, tiene, al menos, el derecho a ello.

Tras los artículos 500 y 501 de nuestro Código, el 502 viene a clarificar el panorama de la relación obligatoria existente entre usufructuario y propietario con respecto a las obras en el bien objeto de usufructo. Hemos visto con anterioridad cómo las reparaciones ordinarias constituyen una obligación para el usufructuario, que puede ser exigida por el nudo propietario, realizándolas, caso de negarse, a su costa el propietario, y existiendo una acción específica para ello (ex art. 500 del CC).

Las reparaciones extraordinarias constituyen una facultad para el propietario, que podrá optar entre realizarlas o no. No obstante, hay que hacer una matización a la hora de interpretar el artículo 502 del Código, y es que no tienen el mismo tratamiento las que sean urgentes⁷⁰ que las que no gocen de esta característica.

Las reparaciones no urgentes no generan para el usufructuario ningún tipo de carga, es más, no debe realizarlas, ya que entendemos que está reservada esta facultad al nudo propietario como parte de su derecho de propiedad limitado temporalmente⁷¹.

Por ello, dentro de la interpretación del artículo que nos ocupa, nos referiremos, en adelante, a esas reparaciones que el legislador denomina urgentes, y que en el artículo 502 el propietario puede optar entre realizar o no.

Un tercer requisito para que se dé el supuesto de hecho que nos interesa consiste en la puesta en conocimiento del propietario de la necesidad urgente de realizar las obras. Hemos de considerarlo como un presupuesto de exigibilidad del crédito que nacerá poste-

⁶⁹ *Ob. cit.*, p. 689.

⁷⁰ Hemos de identificar el término urgentes del artículo 501 con la descripción del artículo siguiente, de que fueren indispensables para la subsistencia de la cosa, estimando que en ambos preceptos el legislador se refiere a lo mismo, dándonos en el segundo artículo la definición de lo que debe entenderse por reparaciones extraordinarias urgentes. En el mismo sentido, BELUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 201. También MUCIUS SCAEVOLA, *ob. cit.*, tomo IX, p. 397, afirma que, a efectos del derecho de retención, «... el usufructuario sólo suplirá útilmente la obligación del dueño cuando las reparaciones extraordinarias sean de toda necesidad para la existencia de los bienes fructuarios, y sólo entonces florecerá el derecho de retener dichos bienes si el propietario se negare a satisfacer el importe de aquéllas».

⁷¹ Así lo afirma, con razón, BELUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 202, citando también las argumentaciones de Doral en el mismo sentido, «Comentarios...», t. VII-1.º, *cit.*, p. 450. Marín García de Leonardo matiza que si el usufructuario actuara en contra del nudo propietario, y llevara a cabo sin autorización reparaciones ordinarias que no son urgentes, traspasaría los límites de su derecho y el propietario podría exigirle responsabilidades; *ob. cit.*, p. 841.

riormente caso de realizarlas el usufructuario⁷². Para esta notificación, señala la doctrina, no existe ningún requisito especial; no obstante, también se apunta, será recomendable que la haga el usufructuario en cualquier forma admisible como medio de prueba en derecho para el caso de que hiciese falta la misma posteriormente⁷³.

Por otra parte, la falta de aviso del usufructuario genera para éste responsabilidad por los daños causados en el inmueble, pero sólo por aquellos daños que no se hubiesen producido, de haber comunicado la necesidad de las obras al nudo propietario⁷⁴.

Una vez que existan reparaciones de urgente necesidad y sea comunicada al nudo propietario la necesidad de realizarlas por el usufructuario, podrá aquél optar, como ya habíamos adelantado, entre llevarlas a cabo o no; y en base a ello podemos distinguir dos supuestos:

a) Si las realizare el propietario, tendrá derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo. Será el supuesto menos frecuente, pues como ya vimos anteriormente no será rentable para el nudo propietario el realizar unos desembolsos que posiblemente no lleguen a beneficiarle o lo hagan en una cuantía inferior a la cantidad desembolsada⁷⁵.

b) Si el propietario decide no efectuar las reparaciones, el artículo 502 autoriza al usufructuario –en segundo término⁷⁶, como vimos– a llevarlas a cabo. Pero estimamos que si éste no pudiere o no quisiere realizarlas no habrá responsabilidad por su parte, ya que no se configura legalmente una obligación para él en este sentido⁷⁷, ni podemos entenderla comprendida en su obligación de conservar la cosa como usufructuario (ex art. 467 del CC).

Si a pesar de todo decide efectuar las obras necesarias ante la pasividad del nudo propietario, puede hacerlo en virtud del artículo 502 que le autoriza para ello, señalando que «tendrá derecho a exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor

⁷² Aunque en este sentido, como matizaremos más adelante, será requisito de exigibilidad del crédito contra ese mismo nudo propietario, pues si la titularidad del inmueble cambiase de sujeto no se requerirá esta previa notificación.

⁷³ BEULUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 202; GARCÍA CANTERO, «Comentario del Código Civil», Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1995, p. 1336.

⁷⁴ Cfr. BEULUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 203.

⁷⁵ Resulta dudoso el estimar si podrá el usufructuario, caso de realizar las obras el propietario, reclamar indemnización por «defaut de jouissance», como decía LAURENT, *ob. cit.*, p. 689, concluyendo que estaba obligado a soportar dichas reparaciones y no podía exigir indemnización alguna por constituir un derecho del propietario.

⁷⁶ Coincidimos con BEULUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 201, en que esta obligación del usufructuario viene dada por la importancia que tiene para el legislador el proteger el derecho del nudo propietario, y el permitirle optar, en su caso, por realizar el mismo dichas reparaciones.

⁷⁷ Lo único que señala el artículo 502 es que «podrá» hacerlas el usufructuario.

que tuviese la finca por efecto de las mismas obras». Si se negare a satisfacer este importe, podrá el usufructuario rehusar la devolución del inmueble.

Queda examinado, pues, a efectos de nuestra investigación, el primer presupuesto necesario para el derecho de retención a favor del usufructuario, consistente en que él mismo haya realizado las reparaciones extraordinarias y urgentes sobre el bien objeto de usufructo. Pasamos a continuación a analizar, en el siguiente epígrafe, el crédito que nacerá como consecuencia de ello.

C) Crédito del usufructuario como segundo presupuesto del derecho de retener

Si el usufructuario realiza las reparaciones extraordinarias, hemos visto cómo el artículo 502 le concede acción para reclamar un crédito. Dicha acción le permitirá exigir al propietario, al concluir el usufructo, el importe del aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las obras.

Nos plantea diversas dudas la existencia de dicho crédito; la primera de ellas se refiere al momento de nacimiento del mismo. ¿Nace desde el momento en que el usufructuario termina la realización material de las obras, constituyendo el plazo de finalización del usufructo el plazo de su vencimiento, o, por contra, el crédito nace en el momento mismo de conclusión del usufructo?

La respuesta a la anterior interrogante es clara en la doctrina, ya que tal como se encuentra configurado el crédito en el artículo 502, podemos afirmar que nacerá precisamente cuando se extinga el derecho de usufructo. Ello traerá repercusiones importantes sobre la identidad del deudor del crédito, pues si vence al extinguirse el usufructo será un crédito que hará efectivo el propietario, quienquiera que éste fuese en el preciso momento de la extinción, e independientemente de que coincida o no con el que constituyó el usufructo, o con el que lo era al tiempo de realizar las reparaciones extraordinarias, ya que pudo haber cambiado por diversos motivos durante el usufructo la titularidad de la finca.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica del crédito que se otorga al ex usufructuario –tema discutido en la doctrina–, predominan las tesis que sostienen la idea de que el acreedor podrá ejercitar una acción de enriquecimiento injusto, y no de reembolso⁷⁸ por los gastos efectuados en el inmueble.

⁷⁸ Según MANRESA, «Comentarios al Código civil español», tomo IV, 7.ª ed., Madrid, 1972, p. 593, debió de configurarse por el legislador como una acción de reembolso.

El hecho de que no se conceda un crédito al usufructuario por el importe mismo de las reparaciones extraordinarias que realiza sobre la cosa⁷⁹ tiene su razón en que las obras le beneficiarán también a él durante todo el tiempo que reste hasta el momento de extinción del usufructo, y, una vez extinguido éste, serán aprovechadas por el propietario cuando recupere la posesión de la finca. Siendo posible también que si el período que resta para que llegue a su fin el usufructo es muy largo, las reparaciones realizadas no le sean de utilidad en absoluto al nudo propietario, porque agoten su virtualidad durante el tiempo de usufructo⁸⁰. Y es por ello que el legislador, que en ningún momento ha pensado, según ya vimos, en configurar como obligación del propietario la realización de estas obras, no concede acción de reembolso de las mismas.

Por contra, sí se otorga al usufructuario una acción para exigir el crédito por el aumento de valor de la finca al terminar el usufructo. Esta acción, como apunta la mayoría de la doctrina, es una acción de enriquecimiento sin causa⁸¹. Una vez finalizado el usufructo, el propietario recibe la finca del usufructuario, que posiblemente aumentó su valor debido a las reparaciones de éste. El enriquecimiento que esto supondría no encuentra causa en los preceptos de nuestro Ordenamiento jurídico⁸², y es por ello que, el usufructuario podrá exigir el abono del importe del mismo, que se traducirá en el aumento de valor que haya experimentado el inmueble como consecuencia de las obras⁸³.

Mas esta acción no nacerá siempre que haya actividad de realización de obras por parte del usufructuario. Es *condictio sine qua non* el hecho de que al finalizar el usufructo la finca haya experi-

⁷⁹ Como vimos que hace el legislador italiano, ex artículo 1006.

⁸⁰ GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, p. 1337.

⁸¹ En este sentido la mayoría de la doctrina, BEULUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 211; DEMOLMBOE, *ob. cit.*, p. 511; DORAL, *ob. cit.*, p. 345; CAVANILLAS MUGICA, en «Código civil, doctrina y jurisprudencia», tomo II, Madrid, 1991, p. 842. En contra, Marín García de Leonardo, argumentando, que, aun cuando ésta es la línea que sigue en la actualidad la jurisprudencia francesa, algún autor, Lerebours-Pigeonniere, estima que no se dan los requisitos del enriquecimiento injusto, ya que el empobrecimiento del usufructuario no es sin causa, porque realiza las reparaciones con el fin de conservar su derecho sobre la cosa, que podría desaparecer de no efectuarse las obras. También Mazeud-Mazeud argumenta que sólo se podrá ejercitar acción contra el propietario, al término del usufructo, por enriquecimiento sin causa si el empobrecimiento del usufructuario no ha sido en su propio interés; *ob. cit.*, p. 364.

Respecto a este tema, aunque referido al artículo 453 del CC, respecto a los gastos necesarios realizados en la cosa, que vemos incluían las reparaciones extraordinarias, DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, p. 35.

⁸² Téngase en cuenta que, como ya vimos, no existe tampoco una acción de reembolso por las reparaciones efectuadas, ya que el propietario nunca tuvo obligación de realizarlas y, por tanto, no tiene por qué pagar su importe al usufructuario si éste decidió hacerlo.

⁸³ Ahora cobra mayor sentido y se refuerza la postura de que el deudor de dicho crédito será el propietario al finalizar el usufructo, ya que será éste, en última instancia, el que se enriquezca con el aumento de valor experimentado por el inmueble.

mentado un aumento de valor como consecuencia de las reparaciones extraordinarias.

Será necesario resolver el tema del modo en que se realizará el cálculo exacto del aumento de valor del inmueble como consecuencia de las obras realizadas por el usufructuario.

Hasta ahora habíamos visto que de producirse un aumento de valor en el inmueble nacerá un crédito en cabeza del usufructuario por el importe de dicho aumento. Mas dicha deuda, por su propia naturaleza, esto es, por tratarse de una deuda de valor, no se encuentra en el momento de su vencimiento liquidada. El modo de hacer el cálculo, según la doctrina, será el de establecer la diferencia entre el valor que la cosa tendría sin la reparación y el que tiene a consecuencia de ella⁸⁴. El momento de realizar dicho cálculo será, en nuestra opinión, y al igual que estima la doctrina para supuestos en cierta medida similares⁸⁵, el de extinción del usufructo y consiguiente obligación de restituir la cosa (aunque no se lleve a cabo dicha restitución como consecuencia del derecho a retener del artículo 502).

Quién deba realizar ese cálculo presenta especial problema dentro del derecho a retener del artículo 502, ya que por su naturaleza de medida de coacción lo deseable sería que fuesen ambas partes en conflicto las que realizaran la operación liquidatoria. De lo contrario, solamente cuando alguna de ellas acuda a los Tribunales la realizará el Juez, asistido de peritos.

Es discutible también si el importe del crédito, una vez liquidado, puede ser superior al gasto realizado por el usufructuario en las mejoras. Pensamos que no existe límite a esta acción cualquiera que fuese su importe, ya que, como señala Beluche Rincón⁸⁶, «... si el usufructuario asume el riesgo es equitativo que los beneficios le sean atribuidos»⁸⁷. Nos parece totalmente razonable, pues, que el enriquecimiento, caso de existir, sea para el usufructuario diligente

⁸⁴ DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, p. 64; DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos...», p. 574; LACRUZ, «Elementos...», p. 117, tomo III; MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentarios del Código civil», tomo I, p. 1221, aunque refiriéndose al cálculo del aumento de valor de la cosa en los supuestos de mejoras útiles dentro de la liquidación del estado posesorio, creemos es perfectamente aplicable al supuesto que nos ocupa.

⁸⁵ DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, p. 89, señala que para el mismo cálculo referido a los supuestos de liquidación del estado posesorio, «... será dicho importe en el momento de la entrega, que será el tenido en cuenta para precisar el aumento de valor de la cosa, que determina la cuantía indemnizatoria del mejorante».

En el mismo sentido, MARTÍN PÉREZ, *ob. cit.*, p. 400.

⁸⁶ *Ob. cit.*, p. 213.

⁸⁷ Señala además esta autora una serie de argumentos que justifican esta tesis, con los que nos hallamos totalmente de acuerdo; *ob. cit.*, p. 212.

antes que para un propietario que no ha deseado reparar el bien usufructuado⁸⁸.

Los derechos de nuestro entorno, como ya se apuntó, han tratado la cuestión del crédito contra el propietario por expensas de forma diversa. Así, el CC italiano⁸⁹ concede al usufructuario una acción de reembolso de los gastos invertidos sin intereses. Lo que, a nuestro parecer, resulta del todo excesivo, ya que, como vimos, es muy probable que en nada aprovechen al nudo propietario esas reparaciones⁹⁰.

Por su parte, el Code francés nada dice al respecto, aunque la jurisprudencia admite que el usufructuario que haya realizado reparaciones extraordinarias pueda reclamar, solamente una vez terminado el usufructo, el montante de la plusvalía al nudo propietario⁹¹.

El BGB, en Alemania, cuando el usufructuario realiza gastos en la cosa, a los que no está obligado, remite la obligación del propietario a indemnizar a las normas de los negocios sin mandato⁹².

D) Negativa al pago del propietario

Ya vimos cómo se concede el derecho de retención al usufructuario para el supuesto en que el propietario se niegue a pagar el crédito derivado de la acción de enriquecimiento sin causa que puede ejercitar aquél.

No hay que perder de vista, sin embargo, el hecho de que una vez extinguido el usufructo vencen, todas simultáneamente, una serie de obligaciones relacionadas entre sí y que pueden aportar cambios a los efectos que nos ocupan. Nos estamos refiriendo, más en concreto, a la necesidad de realizar, al fin del usufructo, una

⁸⁸ Con referencia al artículo 453, que también contempla la posibilidad de retener, confiriendo para el supuesto de mejoras, al propietario, en este caso, una doble opción, la de pagar lo efectivamente gastado, o el aumento de valor de la cosa, MARTÍN PÉREZ, «Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales», tomo VI, 2.ª edic., Madrid, 1993, p. 398, citando a Ricca-Barberis, aclara que si el valor de la cosa aumenta más que el gasto realizado entonces el propietario sólo tendrá que atenerse a éste, ya que el mayor provecho que obtiene el propietario no se apoya en un daño del poseedor.

⁸⁹ En su artículo 1006.2 : «Se il proprietario rifiuta di eseguire le riparazioni poste a suo carico o ne ritarda l'esecuzione senza giusto motivo, è in facoltà dell'usufruttuario di farle eseguire a proprie spese. Le spese devono essere rimborsate alla fine dell'usufrutto senza interesse. A garanzia del rimborso l'usufruttuario ha diritto di ritenere l'immobile riparato.»

⁹⁰ Este tema lo explica BIGLIAZI, *ob. cit.*, en el sentido del interés del legislador en configurar una situación en que hubiese equilibrio entre las obligaciones del usufructuario y el propietario. Nos remitimos a lo que ya dijimos sobre este supuesto al hablar del Derecho Comparado.

⁹¹ Cfr. MAZEUD-MAZEUD, *ob. cit.*, p. 364.

⁹² Así se señala en su párrafo 1049, remitiéndonos a lo ya dicho sobre el tema en el primer capítulo.

liquidación de cuentas entre usufructuario y propietario⁹³, que supondrá la posibilidad, caso de existir recíprocos créditos, de extinguirse éstos mediante compensación. Incluso será factible que ésta se lleve a cabo sin el beneplácito del nudo propietario.

Sin embargo, respecto al tema que nos atañe, esto es, el crédito por reparaciones extraordinarias, no será posible la compensación⁹⁴, ya que la falta de liquidez del crédito del usufructuario impedirá la extinción por este medio⁹⁵.

III. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RETENCIÓN DEL ARTÍCULO 502 DEL CC Y CONTENIDO DEL MISMO

Una vez realizadas por el usufructuario las reparaciones extraordinarias, habrá de esperarse a que expire el plazo de su derecho para exigir el crédito, si es que existe aumento de valor de la finca, al nudo propietario. Llegado el momento, si éste se niega a satisfacer el importe de las mismas, el artículo 502 de nuestro Código reconoce que el acreedor tendrá derecho a retener la cosa hasta el reintegro con sus productos.

Este derecho de retención va a constituir el objeto más directo de nuestro estudio, por ser, como ya dijimos, una figura oscura y muy discutida por nuestra doctrina. Más oscura aún en el caso del precepto que nos ocupa, ya que, además, se faculta literalmente al acreedor a reintegrarse con los productos, cosa que no ocurre en ningún otro supuesto de retención recogido en nuestra legislación.

Estas peculiaridades han dado lugar a distintas interpretaciones sobre dicha institución, no siendo unánime la doctrina en admitir que nos hallemos ante un derecho de retención, habiéndose apuntado también otras hipótesis.

Estas hipótesis abogan por la tesis de que el artículo 502 determina una figura diferente al derecho de retención a pesar del tenor literal de dicho precepto. Anticiparemos a este respecto que no nos parecen convincentes estas teorías, y una vez analizadas las mismas llegaremos a la conclusión de que el «derecho a retener» del artícu-

⁹³ Así, BELUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 228, que citando por ejemplo cómo el usufructuario puede ser deudor de una indemnización por deterioro del bien usufructuado y, simultáneamente, ser acreedor por la cuantía del aumento de valor del mismo a causa de las reparaciones extraordinarias y urgentes.

⁹⁴ BELUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 229.

⁹⁵ Sí podrá extinguirse por otros medios como por ej. la confusión, la condonación, etc., siempre que se cumplan los requisitos legales para que sea posible dicha extinción.

lo 502 no es más que lo que parece a primera vista: un derecho de retención, aunque, eso sí, un tanto *sui generis*, como ya veremos.

La doctrina, respecto a este tema, como decíamos, ha elaborado distintas hipótesis, que podemos resumir en la siguiente enumeración:

1. La intención del legislador en el artículo 502 fue la de constituir un usufructo legal nuevo y diferente al anterior, pero con la finalidad de reintegro con el producto de los frutos para extinguir la deuda existente.

2. Se señala la posibilidad de que se trate de una continuación del usufructo ya existente. Se prorrogaría éste hasta tanto se haya satisfecho el crédito del usufructuario.

3. Se trataría de una anticresis creada por el legislador para que el acreedor pueda cobrar su crédito.

4. Por último, y esta es la tesis a la que nos adherimos, se trataría de un derecho de retención a favor del usufructuario, y funciona como tal, a pesar de tener la característica peculiar de poder obtenerse el reintegro del crédito con los productos de la cosa.

1. TESIS DEL USUFRUCTO LEGAL

La primera posibilidad que hemos citado, defendida por algún autor⁹⁶, apuntaba que lo que se configura en el artículo 502 es la constitución de un nuevo usufructo, de idéntico contenido al anterior, con la finalidad de satisfacer, con los frutos de la finca, el interés del usufructuario acreedor. Se trataría, pues, de un usufructo legal, creado por la propia norma, y que se extinguiría una vez fuese compensada la deuda existente.

Esta tesis no es, en nuestra opinión, acertada por los motivos que se exponen a continuación:

En primer lugar, si se tratase de un usufructo legal con función de garantía⁹⁷, serían exigibles todos los derechos y obligaciones recíprocos, correspondientes a propietario y usufructuario en dicha relación jurídica. Nos parece que esto es insostenible en el caso que estudiamos; serían numerosos los problemas que plantearía un usufructo legal al término de otro y sin una regulación concreta, surgirían numerosos conflictos sin apoyo legal de resolución; estaría la incertidumbre acerca del inventario, la fianza, etc.

⁹⁶ Cfr. CANO MARTINEZ DE VELASCO, *ob. cit.*, p. 53.

⁹⁷ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *ob. cit.*, p. 54.

Aun tratándose del simple argumento interpretativo del tenor literal, no podemos tampoco dejar de mencionar aquí cómo el propio precepto en estudio no deja lugar a dudas en cuanto a lo que pretende consituir el legislador: un derecho de retención⁹⁸.

Por último, el mejor argumento en contra de esta posibilidad que analizamos es el lógico: si el legislador hubiese querido constituir un nuevo usufructo en el artículo 502, un usufructo legal distinto al que se extinguió, así lo habría dicho, puesto que la constitución de un derecho de carácter real no puede entenderse deducido de expresiones vagas e imprecisas. Un usufructo legal requeriría una especial regulación, resolutoria de los problemas de adaptación de las partes a la nueva situación creada legalmente, que para nada aparece en este artículo ni en los siguientes, y es por esto que nos parece descartable esta tesis.

2. PRÓRROGA DEL USUFRUCTO

La segunda posibilidad apuntada, esto es, que lo configurado por el artículo 502.3.º sea una prórroga del usufructo⁹⁹ ya existente, nos parece poco defendible, esta vez apoyándonos en la interpretación literal de otro precepto regulador del derecho de usufructo, concretamente, de su extinción. Dice al respecto el artículo 522 de nuestro CC: «Terminado el usufructo, se entregará al propietario la cosa usufructuada, salvo el derecho de retención que compete al usufructuario...»

Con ello indica el legislador que una vez terminado el usufructo, lo que en cualquier caso ocurrirá, puede que proceda la devolución de la cosa, o puede que el usufructuario, caso de tener un crédito contra el propietario, ejercite el derecho de retención y no la devuelva hasta que no se le satisfaga el importe del mismo; pero en ningún caso parece deducirse que con ello se prorrogue el usufructo¹⁰⁰, simplemente se ejercitará la retención, como dice literalmente el precepto.

Al igual que ocurría con la tesis que analizamos anteriormente, el mejor argumento para descartar que la institución analizada suponga una prórroga del usufructo ya existente, tal vez sea el de

⁹⁸ VIÑAS MEY, «El derecho de retención», *RDP*, 1922, p. 114.

⁹⁹ Así lo dice, sin justificarlo, CAVANILLAS MÚGICA, «Código civil, doctrina y jurisprudencia» (Albácar y Torres Lana), tomo II, Madrid, 1991, p. 841.

¹⁰⁰ O'CALLAGHAN «Código civil comentado y con jurisprudencia», Madrid, 1996, p. 514, dice, refiriéndose a este artículo que el que retiene en su virtud «...seguirá aprovechando los frutos de la cosa retenida, como si continuara (pero no lo continúa; se ha extinguido ya) el usufructo sobre ella, hasta hacerse pago del importe reclamado».

que si tal hubiese sido la intención del legislador, así lo hubiese manifestado, y hubiese incluido, además, algún régimen regulador de esa especial forma de prorrogar el derecho de usufructo.

3. TESIS DE LA ANTICRESIS

Una de las hipótesis más firmemente mantenidas por un sector doctrinal es aquella que defiende que la institución recogida en el artículo 502 es un supuesto de anticresis.

La anticresis se encuentra regulada en el CC a continuación de la prenda y la hipoteca, y como ellas, participa –según la tesis mayoritaria– de su naturaleza de derecho real de garantía¹⁰¹. El artículo 1881 del Código la define como el pacto por el cual «el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después, al del capital de su crédito».

Completando un poco la construcción legal de esta figura, el artículo 1884 alude al *ius distrahendi* que comporta, de una manera confusa, y muy criticada a causa de ello, por la doctrina, señalando que «el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido», lo que nos da a entender que la realización de valor se efectuará por otros procedimientos¹⁰². Continúa este precepto diciendo: «Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble».

A la luz de la regulación legal, los autores han estudiado las características de esta institución, intentando ver cuál sea su lugar dentro de los derechos reales de garantía¹⁰³, definiéndola como complejo derecho real de garantía que asegura el cumplimiento de una obligación dineraria y que atribuye a su titular un derecho de preferencia sobre el valor de un inmueble, y la facultad de perci-

¹⁰¹ Al menos esta parece ser la tesis dominante en la actualidad, aunque algunos autores lo nieguen. HERNÁNDEZ MORENO, de forma contundente, en «Comentario del Código civil», Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991, p. 1928.

¹⁰² DIEZ-PICAZO y GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», vol 3.º, 6.ª ed., Madrid, 1997, p. 591.

¹⁰³ Es controvertido en la doctrina si los preceptos que desarrollan esta institución en nuestro Código pretenden establecer un derecho de naturaleza personal o real. Son muchas las tesis que se han expuesto sobre el tema, muy bien esquematizadas por GARCÍA GRANERO FEZ en RCDI, «Acerca de la naturaleza jurídica del Derecho de anticresis», 1945, pp. 457 ss. Al igual que este autor, nos decantaremos por la naturaleza real de la anticresis, no siendo el momento de entrar en las discusiones doctrinales sobre el tema, que se han producido, desde la introducción de esta figura en el Code de Napoléon hasta la actualidad.

bir los frutos del mismo, bien sea para aplicarlos a los intereses y el exceso al capital (anticresis extintiva), bien sea para compensarlos totalmente con los intereses (anticresis compensativa) ¹⁰⁴.

Si comparamos este derecho con la institución del artículo 502 del CC, no podemos negar que existen a primera vista ciertas similitudes, que han sido reiteradamente señaladas por los autores ¹⁰⁵, e, incluso, en algún caso han llevado a la afirmación, como ya anticipamos, de que el supuesto del 502 es una anticresis ¹⁰⁶.

No obstante, y a pesar de reconocer la cercanía de ambas figuras, sostendremos que no es una anticresis lo que recoge el artículo 502 del CC.

La base que ha llevado a los autores, sin embargo, a pensarlo es clara: hablamos de un derecho que la ley confiere al acreedor, en este caso el usufructuario, para retener el inmueble de su deudor —el nudo propietario— y liquidar, con los frutos que aquél perciba del inmueble, el crédito por la plusvalía originada en la finca a causa de las reparaciones extraordinarias. A primera vista, es cierto que se acerca bastante a la definición legal del artículo 1881 de nuestro Código. No obstante, y como vamos a defender la distinción entre ambas, será necesario hacer hincapié en las diferencias, que, a nuestro juicio, son básicas y suficientes para justificar nuestra postura.

Previamente será necesario dejar claro y delimitar lo más precisamente posible el concepto de anticresis para así compararla con la figura que estudiamos. Esta tarea, sin embargo, va a resultar ardua, ya que tanto el concepto como la naturaleza jurídica, e incluso el contenido de la anticresis, constituyen una creación del legislador oscura y difícil de matizar. Ello ha propiciado que la anticresis haya sido un objeto continuo de polémica en casi todos sus aspectos para la doctrina, desde su naturaleza real o personal, hasta si se trata o no de un derecho de garantía. Sin ánimo de dirimir cuál

¹⁰⁴ GARCÍA GRANERO FEZ, *ob. cit.*, p. 475.

¹⁰⁵ Díez-PICAZO y GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», vol. 3.º, 6.ª edic., Madrid, 1997, p. 411. CAMY SÁNCHEZ-CANETE, «Comentarios a la legislación hipotecaria», vol. 1.º, 3.ª edic., Pamplona, 1982, p. 150.

¹⁰⁶ PUIG BRUTRAU, «Fundamentos de Derecho Civil», tomo III, vol 2.º, 3.ª ed., Barcelona, 1979, p. 329, señala que «más que un verdadero derecho de retención se trata de la subsistencia de la estructura del usufructo puesta al servicio de otra función... pudo crearse, en forma de retención anticrética, para conseguir la extinción de un simple derecho de crédito». Y añade, «.. más que un usufructo reconoce un derecho de anticresis, y por cierto, en forma pura, esto es, sin el derecho de realización de valor que reconoce al acreedor el artículo 1884, párrafo segundo».

En el mismo sentido, MANRESA, «Comentarios al Código civil español», tomo IV, 7.ª ed., Madrid, 1972, p. 363. También MORELL Y TERRY, «Comentarios a la legislación hipotecaria», tomo I, Madrid, 1925, p. 417, en la que señala que la figura del artículo 502 debe asimilarse a la anticresis legal cuando se trata de bienes inmuebles.

sea la visión sobre este derecho más acertada, nuestro *modus operandi* será el de enumerar las distintas conceptualizaciones que mantiene la doctrina actual y ver si alguna de ellas, superponiéndola con la contenida en el artículo 502, coincide de tal forma que podamos hablar de identidad de las mismas.

Seguiremos, pues, en primer lugar, la visión que mantiene un sector doctrinal, según la cual la anticresis es un derecho real de garantía (tesis mayoritaria), dotada como tal de una facultad por parte del acreedor anticresista consistente en el llamado *ius distrahendi*¹⁰⁷, o derecho a la realización del valor del inmueble, caso de impago del crédito, y, además, de un derecho de preferencia para el cobro¹⁰⁸, caso de realizarse la venta del inmueble. Se trataría, pues, de un derecho real creado como accesorio de un contrato principal y cuya función sería garantizar el crédito del acreedor del mismo. El contenido de este derecho estaría integrado por la facultad del acreedor para poseer y disfrutar el bien inmueble entregado por el deudor y, cobrarse los intereses debidos con sus frutos. Una vez agotado el plazo fijado por las partes para el cumplimiento de la obligación principal, y caso de que ante el requerimiento de pago del acreedor exista incumplimiento por el deudor, entrará en funcionamiento la garantía que supone esta figura y podrá ser realizado el valor de la finca para pagar el crédito ex artículo 1884 del CC¹⁰⁹.

Si situamos esta figura frente a la que se describe en el párrafo tercero del artículo 502, llegamos a la conclusión de que no son semejantes. Al retentor usufructuario no podemos atribuirle, en ningún caso, la facultad de promover la venta del inmueble ni, por tanto, un derecho de preferencia para el cobro sobre el importe de

¹⁰⁷ ALBADALEJO, «Derecho Civil III. Derecho de bienes», vol. 2.º, 7.ª ed., Zaragoza, 1991, p. 285; Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 590; GARCÍA-GRANERO, *ob. cit.*, p. 475; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *ob. cit.*, p. 52; LÓPEZ LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 44.

¹⁰⁸ El derecho de preferencia sobre el producto de la venta, no viene recogido en ningún precepto, y por ello ha sido también fuente de discusión doctrinal. En este sentido, la doctrina se encuentra dividida, siendo clarificadora del estado de la cuestión la exposición que hace GARCÍA-GRANERO, *ob. cit.*, p. 471, que aboga por admitir un derecho de preferencia para el acreedor anticresista, argumentando que, caso contrario, resultaría absurdo el 1.884, y carente de sentido; incluso resultaría perjudicial para el acreedor, ya que si se permite, dice este autor, la venta del inmueble, y no se dota de una preferencia de cobro con respecto a los restantes acreedores, el anticresista podría quedarse sin el objeto de su garantía y sin la percepción de los frutos que podrían liquidar su crédito.

¹⁰⁹ ALBADALEJO, «Derecho Civil. Derecho de bienes», vol. 2.º, Madrid, 1989, p. 284. Díez-PICAZO y GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», vol. 3.º, Madrid, 1997, p. 590. LACRUZ BERDEJO, «Elementos... III», vol. 2.º, p. 216.

Hay que citar también cómo la propia DGRN ha reconocido el *ius distrahendi*, en caso de impago, a esta figura. Resol. 11 de marzo de 1932, que dice literalmente: «... y aún equiparada la anticresis con carácter de verdadero derecho real a la hipoteca, por la jurisprudencia de este Centro directivo en cuanto supone igualmente, aparte el característico derecho al percibo de los frutos, una potencial enajenación de la propiedad del inmueble...».

la venta del bien que el mismo conlleva. Sería impensable propugnar que el legislador ha pretendido conferir todas esas facultades al usufructuario acreedor sin haber dicho una palabra al respecto, esperando que el intérprete intuyera que todas estas facultades para el acreedor se sobrentendían o podían deducirse de la simple redacción del tercer párrafo del artículo 502.

No nos parece correcto, no obstante, descartar la identificación entre el derecho que estudiamos y la anticresis en base a la carencia del *ius distrahendi*. Ello es debido a que la doctrina discute el que este derecho de venta del inmueble para satisfacción del crédito configure una facultad del acreedor en la anticresis; y es por ello que no nos sirve como criterio en el que basarnos exclusivamente para descartar que se trate de figuras semejantes. Acudiremos, pues, a otros argumentos para llevar a cabo nuestra tarea.

Comparemos, en segundo lugar, el derecho a retener configurado por el legislador en el artículo 502 con otra visión distinta –y no por ello menos válida– de la anticresis, que, a diferencia de la tesis mayoritaria, niega no sólo el *ius distrahendi* y el derecho de preferencia de cobro, sino también su propia naturaleza de derecho real de garantía. Nos estamos refiriendo al meritorio esfuerzo que hace Hernández Moreno¹¹⁰ por dar algo de coherencia a los preceptos legales que regulan la anticresis, configurándola no como un derecho real de garantía¹¹¹, accesorio por naturaleza, sino como un contrato principal y autónomo¹¹². Distingue este autor dos supuestos de hecho diferentes:

1. La figura prevista en el artículo 1881 del Código, que contempla una anticresis de duración indeterminada e igual al período de tiempo que sea necesario para que el acreedor del capital perciba frutos suficientes para cobrar la deuda cuya satisfacción se convino en el contrato. De ello deriva, según el mismo autor, la consecuencia de que el acreedor no puede solicitar del deudor otro pago distinto de este pactado y que consiste en su derecho de goce y percibo de frutos sobre el inmueble. Dicho contrato es, pues, de duración indefinida¹¹³, dependiendo del tiempo que baste para la devolución del capital y, en su caso, también de los intereses¹¹⁴. Se trata de una

¹¹⁰ HERNÁNDEZ MORENO, «Comentario del Código civil», tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

¹¹¹ *Ob. cit.*, p. 1928.

¹¹² *Ob. cit.*, p. 1929.

¹¹³ Esta tesis contraría abiertamente la opinión de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 8 de mayo de 1963, que declara la necesidad de fijar el tiempo por el que la anticresis se constituye, pues de lo contrario «daría lugar a un gravamen inmobiliario, de carácter indefinido, que no autoriza nuestra legislación».

¹¹⁴ *Ob. cit.*, p. 1933.

concepción de la anticresis como medio de pago de un crédito preexistente entre ambas partes ¹¹⁵.

2. Por contra, la segunda concepción de la anticresis, que constituye la hipótesis del artículo 1884, se parece bastante al anterior en su esencia, aunque con un matiz de variación en cuanto a su límite temporal, puesto que el acreedor anticrético, en este caso, debe cobrar su crédito dentro del plazo convenido al efecto por las partes. Ambas han debido pactar de antemano la duración del derecho de percepción de frutos, que, a juicio de las mismas, es suficiente para la cancelación de la deuda ¹¹⁶. Ello implica que transcurrido el plazo el contrato queda extinguido y habrá que proceder a la liquidación del saldo final resultante. Nos remitimos, a partir de este momento, a la interpretación que Hernández Moreno ¹¹⁷ hace de la remisión del artículo 1884 del CC a las normas de la LEC, ya que estimamos que no afectan a nuestra investigación y nos distraen del objeto principal de la misma.

De admitir esta particular configuración de la anticresis como contrato principal y no accesorio, y sin *ius distrahendi*, ¿podemos afirmar que el supuesto del artículo 502 estudiado constituye una anticresis?

De entrada, parece obvio que si tenemos que comparar el derecho de retención con la anticresis, la más parangonable de los dos supuestos que acabamos de distinguir —de un lado, la recogida en el artículo 1881 y, de otra parte, la del artículo 1884—, sería la del primero de ellos; esto es, la anticresis sin límite temporal, ya que éste no existe en la intención del legislador del precepto sobre el usufructo.

Pues bien, al centrarnos más en esta institución del artículo 1881 del CC, encontramos también algunas características que no se corresponden con las de la recogida en el artículo 502 de nuestro Código, y que van a motivar nuestro rechazo a la tesis de que éste contenga una anticresis; a saber:

a) En primer lugar, y como diferencia, en nuestra opinión, fundamental, la anticresis se concibe en nuestro Código como nacida de un contrato o acuerdo entre las partes ¹¹⁸, lo cual hace suponer

¹¹⁵ Podría ser, incluso, una novación de contrato ex artículo 120.3.º del CC en lo que atañe a la forma de pago del mismo: en lugar de metálico se entrega la finca para cobrarse con los frutos.

¹¹⁶ Pensamos que ésta es una variante con bastante lógica y más práctica que la anterior, ya que impide la dilación de la tenencia del inmueble por parte del acreedor, privando así al deudor de su posesión o el retraso no previsto en el cobro del crédito por parte de éste debido, por ejemplo, a circunstancias no previstas en principio: malas cosechas, bajada de los precios en el mercado, etc.

¹¹⁷ *Ob. cit.*, tomo II, p. 1934.

¹¹⁸ Cfr. LACRUZ, *ob. cit.*, p. 399, señala y sobrentiende la constitución por voluntad de las partes. ALBADALEJO, *ob. cit.*, p. 281, dice que aunque el Código sólo ha tenido en cuen-

de ambas una voluntad de que el pago del capital o intereses debidos se realice, al menos parcialmente, según lo establecido y en el término prefijado. El plazo será, bien un día concreto o bien el que baste para pagar íntegramente la deuda de que se trate¹¹⁹. Ello hace que, en nuestra opinión, y a falta de normativa específica al respecto, le sean aplicables las normas generales en cuanto al cumplimiento del plazo que rigen para el resto de los contratos. El artículo 1127 de nuestro Código señala que «siempre que en las obligaciones se designe un término se presume establecido en beneficio del acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro». Siguiendo esta regulación general, en la anticresis el deudor no podrá liberarse anticipadamente de su deuda pagando al acreedor, ya que existe un pacto preestablecido al respecto y que se considera en beneficio de ambos^{120 121}; tendrá que esperar a que llegue el plazo acordado o a que se pague todo el crédito (dependiendo del tipo que pactaron) para recuperar su inmueble.

De otra parte, en el artículo 502 del CC, el legislador señala que «... tendrá derecho el usufructuario a retener la cosa hasta reintegrarse con sus productos».

Tal vez sea la dicción literal del artículo 502 lo que ha llevado a algún sector de la doctrina a manifestar que la facultad que concede este precepto al acreedor es una anticresis. Y es que si analizamos solamente el tenor literal que acabamos de reproducir, parecería que el acreedor puede retener la finca hasta que haya terminado de cobrar el crédito. Pero este plazo, que de un lado está claro que el legislador introdujo como plazo máximo para que el usufructuario que ya no lo es pueda seguir en posesión del inmueble en virtud de este nuevo título que le confiere la ley, podría ser también entendido como plazo mínimo, significando ello que hasta que no se liquide la deuda no podrá el propietario reclamar la finca, ni siquiera pagando la deuda en el acto.

ta la constitución por contrato, caben otras formas: testamento, usucapión, etc. PENA BERNALDO DE QUIRÓS, «Derechos reales. Derecho Hipotecario», Madrid, 1986, p. 382. PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, p. 50. En contra de la opinión que mantenemos, Díez-Picazo y Gullón, «Sistema...», vol. 3.º, 6.ª ed., Madrid, 1997, p. 589, que estima que su constitución puede tener un origen voluntario o puede ser producto de una facultad que la ley otorgue al acreedor, como el artículo 502 del CC.

¹¹⁹ HERNÁNDEZ MORENO, *ob. cit.*, p. 1930 que señala que existe una obligación de cobrar en la forma establecida por la anticresis, lo cual incluye el plazo.

¹²⁰ Por supuesto, queda a salvo la posibilidad de que el acreedor acepte dicho pago anticipadamente o que se hubiese pactado de antemano que el plazo se estipulaba en beneficio exclusivo del deudor.

¹²¹ MANRESA, *ob. cit.*, tomo XII, p. 750, insiste en la idea de que este contrato se otorga exclusivamente en favor del acreedor.

No nos parece, sin embargo, que esto último sea posible. Defender que el único modo de pago que le queda al deudor, tras haber incumplido en el momento del vencimiento, es el de soportar que el acreedor posea y recoja los frutos de su inmueble durante el tiempo necesario para liquidar el crédito, sería entender que el legislador ha arbitrado un modo de pago distinto¹²² al que se considera normal dentro de cualquier relación obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico; medio de pago que consistiría en privar al propietario por un tiempo indefinido de su facultad de goce directo sobre la cosa y los frutos de la misma, sin darle opción a rectificar su actitud de incumplimiento y recuperar en cualquier momento la finca. Estamos suponiendo, pues, que en la hipótesis que apuntamos el acreedor estaría facultado para negarse a entregarle la finca, aunque quisiese pagar la deuda¹²³ el deudor, lo cual nos parece, desde cualquier punto de vista, insostenible.

Y lo es por diversos motivos: en primer lugar, porque resulta antieconómico que se pueda privar de una forma indefinida en el tiempo al propietario del objeto de su derecho, impidiéndole así el mejor aprovechamiento de la finca e impidiendo también posibles enajenaciones, inversiones, etc., que se podrían haber realizado caso de darse una situación normal; y todo ello, además, en virtud de un crédito que puede ser ridículo en su cuantía si lo comparamos con el valor que puede llegar a alcanzar una finca.

De otra parte, también supondría esta interpretación el dejar todo el cobro de la deuda en manos del acreedor, que, caso de convenirle la situación, podría realizar actos para dilatar en el tiempo el percibo de productos para la liquidación de la deuda.

Pensamos que cualquier medida «confiscatoria», como podría ser ésta, debe ser entendida de un modo absolutamente restrictivo, y defender que la dicción literal del artículo 502 ampara esta facultad del acreedor, es, sin duda, interpretar el precepto en un sentido muy amplio.

Estimamos, a la luz de lo expuesto, que cualquier interpretación del párrafo tercero del artículo 502 del CC debe pasar por admitir que el deudor, cuyo inmueble retiene el acreedor como consecuencia del incumplimiento, puede en cualquier momento hacer efectivo el importe de su obligación y recuperar la posesión del inmueble, sin tener que esperar a plazo alguno, es decir, de forma

¹²² Ha arbitrado un modo, decimos, de pago distinto, pero ello sin el consentimiento del deudor.

¹²³ Incluso en un procedimiento ejecutivo se da una última oportunidad al deudor para que haga efectivo su crédito antes de privarle de la propiedad.

inmediata y sin facultad de oposición por parte del acreedor en virtud del precepto indicado.

Es por ello que el supuesto del artículo 502 no es un derecho de anticresis, sino algo bastante más simple, una facultad del acreedor que no deriva de convención alguna entre las partes, sino de la propia ley, y que le faculta a no devolver el inmueble mientras no sea restituido; pero dicha facultad desaparecerá de forma automática en el preciso momento en que el deudor pague el crédito, pues, como veremos más adelante, dejará de tener sentido.

Por último, podríamos mencionar algunas otras diferencias con la anticresis que ha señalado, aunque muy de pasada, la doctrina:

1) En nuestro ordenamiento jurídico se reconoce con carácter general ¹²⁴ la posibilidad de que exista la anticresis sin el requisito del traspaso posesorio del inmueble a manos del acreedor; ello significa que la posesión de la finca por el acreedor no es elemento constitutivo de la institución anticrética. Si acudimos ahora al artículo 502, comprobaremos que es absolutamente imposible imaginar esta retención sin que el acreedor tenga en su poder el inmueble, ya que perdería totalmente su sentido y eficacia práctica dicha figura.

2) El artículo 1882 del Código obliga al acreedor anticrético a pagar las cargas y gravámenes que pesen sobre la finca. No creemos ¹²⁵ se pueda predicar esta obligación del usufructuario que retiene en virtud del artículo 502 ¹²⁶.

4. CONTENIDO DEL DERECHO DEL *RETENTOR*, EX ARTÍCULO 502

Una vez delimitado el ámbito de los presupuestos necesarios para que el ex usufructuario pueda retener la posesión del inmueble, abordaremos el estudio del contenido y facultades de su derecho, dejando claro, una vez más, que nuestra intención es

¹²⁴ HERNÁNDEZ MORENO, *ob. cit.*, p. 1931. GUILARTE ZAPATERO, «Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales» (dirigida por M. Albaladejo), tomo XXIII, 2.ª ed., 1990, p. 645.

¹²⁵ Este tema lo abordaremos más adelante.

¹²⁶ Hay más diferencias esgrimidas por la doctrina; concretamente, MESSONEO, «Derecho Civil y Comercial» (traducc. de Sentis Melendo), tomo IV, Buenos Aires, 1979, p. 171, señala que la anticresis se da con independencia de que exista conexión entre el crédito y el inmueble a entregar, mientras que en la retención del artículo 502 es imprescindible dicha conexión.

No nos sirve, sin embargo, dicha argumentación para demostrar que no estamos ante una anticresis, ya que ésta no se puede utilizar a la inversa: el hecho de que exista conexión entre el crédito y la retención no excluye que pueda tratarse de una anticresis.

prescindir en lo posible de criterios ya elaborados y realizar nuestra investigación utilizando criterios de lógica pura, siempre en consonancia con los principios que informan nuestro ordenamiento, que es lo único que nos queda a la vista de las circunstancias.

Hemos de situarnos, para realizar nuestro cometido, en el preciso momento en que, una vez finalizado el usufructo, el ex usufructuario, y al hilo de las operaciones de liquidación subsiguientes a la extinción de su derecho, reclame el crédito, que nace en ese momento contra el propietario de la finca. Como hemos visto, si éste se niega al pago, el acreedor podrá retener la posesión del inmueble —posesión que ya no estaba justificada en virtud del título de usufructuario—, pero que adquiere sentido ahora a causa de la autorización que confiere el artículo 502.

La retención del ex usufructuario supone una tenencia material y directa de la finca, lo que generará algunas facultades sobre la misma, aparte del mero hecho de retenerla, máxime cuando nos estamos refiriendo al artículo 502, en el que, junto a la retención, se predica la posibilidad de reintegro del crédito con los productos que genere la cosa retenida.

Trataremos de delimitar cuáles sean esas facultades del que retiene, aunque hemos de confesar la dificultad existente en este propósito dada la ausencia casi total de estudio por parte de la doctrina sobre este tema ¹²⁷, sumado, además, a la falta de desarrollo normativo del mismo por parte del legislador. Además, este derecho de retención del usufructuario es nuevo dentro de nuestro Derecho histórico. Si nos remontamos a «Las Partidas», varios son los casos de retención que se conceden, pero ninguno de ellos es referido al usufructo ¹²⁸. Posteriormente, en época de codificación, ninguno de los Proyectos de Código civil lo recogió. En el Proyecto de 1851, en su artículo 456, que encomienda la reparación del bien usufructuado, no hace la más mínima alusión al tema; sin embargo,

¹²⁷ Tampoco existe demasiado desarrollo por parte de la doctrina extranjera. Ya vimos en el primer capítulo cómo en el Código civil francés no se encuentra en sede de usufructo ninguna norma que faculte al usufructuario para utilizar esta garantía al término del usufructo. No obstante, también señalamos cómo la doctrina y la jurisprudencia admitían la aplicación analógica a este supuesto del derecho de retención.

Por su parte, en el Derecho italiano, en el Codice civile de 1965 no aparecía dicho derecho, pero sí, por contra en el actual, en su artículo 1006, aunque como un derecho de retención simple, y no privilegiado respecto de los bienes inmuebles; sin mencionarse tampoco un derecho de reintegro con los productos del bien.

¹²⁸ Se contempla derecho de retención para el poseedor (Leyes 41 y 44, Título XXVIII, Partida 3); también lo tendrá el comodatario (Ley 9, tomo II, Partida 5); el acreedor prendario (Ley 22, tomo XII, Partida 5); el cónyuge sobre la dote inestimada de su mujer (Ley 32, tomo XI, Partida 4), y el arrendatario, (Ley 24, tomo VIII, Partida 5).

hemos de mencionar que García Goyena ¹²⁹ señala, en el comentario de este precepto, que las reparaciones extraordinarias son gastos necesarios, remitiéndose a lo regulado para los mismo en el artículo 432 del mismo Proyecto –hoy art. 453 de nuestro Código–, que configuraba el derecho de retención del poseedor. Posteriormente, y como consecuencia de una enmienda propuesta por el propio García Goyena ¹³⁰, en el Anteproyecto de 1882-88 se redactó el artículo 502, tal como aparece en la actualidad. Ello supone no sólo una interpretación histórica de cómo nació el artículo 502 actual, sino también un argumento para defender, desde este momento, que el legislador no pretendió en ningún momento configurar en este precepto una institución distinta a la misma que se recoge en el artículo 453 del Código; nos referimos, como acabamos de decir, al derecho de retención del poseedor de buena fe. No se pensó, a la vista de la elaboración del precepto, en prórrogas del usufructo, ni en nuevos usufructos, ni tampoco en anticresis, sino solamente en un derecho de retención equiparable al del régimen de liquidación del estado posesorio, aunque con características peculiares, como veremos a continuación, debido a que el supuesto de hecho no es idéntico en ambos preceptos.

Distinguiremos, a efectos de nuestra investigación, entre las dos fases recogidas en el artículo 502, caso de que el propietario deudor no pague su crédito, a saber:

1. Retención del inmueble por el acreedor.
2. Reintegro con los productos de la finca.

A) Retención del inmueble por el acreedor

Una vez extinguido el derecho de usufructo por vencimiento del plazo, existe una obligación de devolución de la finca por parte del usufructuario, aunque, como ha señalado de forma reiterada la doctrina, no sea necesaria dicha devolución para que se extinga el usufructo ¹³¹.

El que retiene, ex artículo 502 del CC, es un poseedor, aunque su título posesorio ya no sea el de usufructuario, sino el de retentor por virtud de la ley; pero dicho título sólo le autoriza a eso: a retener; no comporta ningún atributo positivo, ningún derecho aparte

¹²⁹ GARCÍA GOYENA, *ob. cit.*, p. 239.

¹³⁰ Así lo señala LASSO GAITE, «Crónica de la codificación española. Codificación civil», vol. 1.º, Madrid, 1970, p. 405.

¹³¹ DORAL, «Liquidación de la gestión posesoria», en *Revista de Derecho Privado*, 1977, p. 400, COLÍN Y CAPITÁN, «Curso...», *ob. cit.*, p. 418.

de este mismo de rehusar la devolución de la cosa¹³² como tal; no tiene, por tanto, derecho a usarla ni disfrutarla.

Genera, sin embargo, este derecho un deber de conservación de la cosa. Pero éste no se identifica con el que corresponde al usufructuario, sino que se trata de un deber más general, el deber de todo poseedor de cosa ajena, que debe conservarla con la diligencia de un buen padre de familia¹³³, ya que llegará un momento en que deba restituirla a su propietario. Responderá, pues, de su posesión como retentor en el sentido de cuidar, durante el tiempo que la finca se halle en su poder, de que ésta no se perjudique en ningún sentido.

Es necesario aclarar que este deber de cuidado del inmueble no es asimilable al deber de conservación de la cosa del usufructuario en el sentido de que no se le puede exigir, al que retiene la finca con la finalidad de obligar al deudor a pagar un crédito, que realice todas las gestiones conducentes a que el inmueble conserve su forma y su sustancia, como ocurría en el derecho de usufructo¹³⁴ ya extinguido. Este deber de cuidado del inmueble es, pues, más general, limitándose el ex usufructuario a cuidar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia; a no realizar actos que la perjudiquen y evitar que otros lo hagan, pero sin que ello, signifique, ni mucho menos, que tenga obligación de gestionarla¹³⁵.

Existe dentro del deber de cuidar la finca un tema relevante que complica un poco esta visión de la actuación del acreedor que retiene, y es su relación con los frutos que produzca.

¹³² CABRILLAC-MOULY, «Droit des sûretés», París, 1990, p. 431; CATALÁ-FRANJOU, «De la nature juridique du droit de rétention», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1967, p. 40; D'AVANZO, Voz «Ritenzione», «Novissimo Digesto italiano», tomo XX, Torino, 1969, p. 178; PUIG PEÑA, «Compendio de Derecho Civil español», tomo III, 3.ª ed., Madrid, 1976, p. 204; SANCHO REBULLIDA, «La facultad de retención posesoria», *Estudios de Derecho Civil I*, Pamplona, 1978, p. 256; SIMLER ET DELEBECQUE «Les sûretés. La publicité foncière», París, 1989, p. 394; VIÑAS MEY, *ob. cit.*, p. 112.

¹³³ Conforme señala el artículo 1094 de nuestro Código. En este sentido, BELUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 240; VIÑAS MEY, *ob. cit.*, p. 112.

¹³⁴ Así, señala reiteradamente la doctrina, cómo el usufructuario tiene obligación de conservación de la forma y la sustancia de la cosa dada en usufructo, realizando para ello todo tipo de actos tendentes a que la cosa no sea perjudicada. Incluso, tratándose del usufructo de empresa, la obligación de conservación incluiría la de renovar la misma y procurar que no pierda el prestigio y la clientela con que la entregó el nudo propietario. En este sentido, BORREL MACÍA, «Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo», en *Revista de Derecho Privado*, 1949, p. 1081. LATOUR BROTONS, «Estudio del usufructo», *RCDI*, 1956, p. 615 señalando que no basta que el usufructuario conserve la cosa y goce como un buen padre de familia; es necesario que la dedique a los usos que el propietario la dedicaba y que se sirva de ella; en definitiva, dice este autor, que «debe gozar como el propietario». También F. VILLAVICENCIO, «Salvar *rerum substantia* en el usufructo propio», en *Revista de Derecho Privado*, marzo, 1951, p. 202.

¹³⁵ Téngase en cuenta, aunque lo veremos enseguida, que la gestión y la conservación de la cosa son términos que llegan a confundirse, pues para conservar una finca, esto es, para que no pierda sus cualidades esenciales, será necesario tomar una serie de medidas encaminadas a este propósito.

Pensamos que la obligación de cuidar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia también será aplicable a los frutos que ésta produzca. Ello significa que el contenido de este derecho a retener recogido en el artículo 502 supondría, caso de que la cosa produjera frutos, que éstos quedarían retenidos también por el acreedor, ampliándose a ellos el deber de cuidado de éste, ya que, dada su tenencia material sobre el bien inmueble, al propietario no le será posible percibirlos.

La doctrina, aunque en su mayoría no se refiera al artículo en concreto que estudiamos, sí se ha ocupado de dilucidar cuáles son los derechos y obligaciones del retentor –aunque, repito, se refieren sus soluciones al derecho de retención en general–, siendo mayoritarias las tesis defensoras de que la retención se extenderá también a los frutos ¹³⁶, aunque, matizan, se extenderá a éstos mientras se hallen pendientes y no se perjudiquen por no separarlos, o una vez separados se conserven en buen estado. El problema surge en el momento en que sufran deterioro o se pierdan si no se venden o se utilizan. ¿Qué debe hacer con ellos el retentor en este caso? Las posturas doctrinales en este punto son diversas y señalan distintas posibilidades, a saber:

1. Que el retentor los ponga en posesión del propietario para que éste los venda o consuma, y posteriormente, en su caso, entregue el precio obtenido al retentor ¹³⁷.
2. Consumirlos el retentor, con imputación de su valor al crédito ¹³⁸.
3. Consumirlos el retentor sin imputación al crédito, ya que la consumición de los frutos derivaría de los principios generales aplicables a todo poseedor de buena fe ¹³⁹.
4. Gestionar la venta de los frutos y rendir cuentas de ello al propietario ¹⁴⁰.

¹³⁶ BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, «El derecho de retención», *RDP*, 1952, p. 1024, señala que la única obligación del retentor será la de percibirlos y retenerlos, y, posteriormente, entregarlos junto con la cosa retenida al propietario. Justifica este régimen señalando:

1. El crédito crece por el aumento de intereses, y por ello ha de aumentar también la garantía, lo que se consigue reteniendo también los frutos que produzca la cosa.

2. Teniendo en cuenta que la retención supone un mecanismo de coacción, ésta será mayor si, además, se retienen los frutos.

SANCHO REBULLIDA, «Estudios de Derecho Civil I», Pamplona, 1978 p. 256; VIÑAS MEY, *ob. cit.*, p. 112, también propugnan la retención de los frutos.

¹³⁷ VIÑAS MEY, *ob. cit.*, p. 112.

¹³⁸ MANRESA, *ob. cit.*, tomo IV, p. 364.

¹³⁹ SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, p. 256.

¹⁴⁰ NATOLI, «Il possesso», Milano, 1922, p. 219.

Vemos cuán diversas son las posiciones de la doctrina a este respecto, muchas de ellas no referidas específicamente al artículo 502, sino al derecho de retención en general. Sin embargo, por lo que a nuestra investigación atañe, hay un supuesto de hecho más cualificado que los demás que aborda esta figura del Código en el artículo 502. Se apunta por parte del legislador algo especial respecto de los productos del bien retenido: «hasta reintegrarse con sus productos». Cuál sea el alcance de esta expresión es lo que vamos a estudiar a continuación.

B) Reintegro con los productos

El artículo 502 configura un supuesto especialmente curioso por su referencia a la posibilidad del reintegro con los productos de la cosa que retiene el ex usufructuario. Citábamos hace un momento cómo ni siquiera el derecho a retener ha sido tradicional en temas de usufructo. Mucho menos el derecho al reintegro con los productos, que no sólo no aparece hasta el Proyecto de 1888, sino que en ninguno de los países de nuestro entorno se contempla así configurado ¹⁴¹.

En el apartado anterior, al hacer un estudio histórico de este precepto, llegábamos a la conclusión de que el legislador lo único que quiso configurar fue un derecho a retener; pero además, y en atención a que el usufructuario ha explotado con anterioridad la finca ¹⁴², que precisamente por ello conoce su uso y manejo, que ha percibido anteriormente los frutos y se encuentra familiarizado con el mecanismo de los mismos, ha estimado que los productos de la finca seguramente podrían menoscabarse con la simple posesión del ex usufructuario, y le ha concedido a éste la posibilidad de reintegrarse con esos frutos, cuyo percibo será posible gracias a su situación posesoria.

Sin embargo, antes de profundizar en la detentación que realiza el antiguo usufructuario sobre el inmueble vamos a plantearnos cuál es el objeto con el que podrá reintegrarse el poseedor y cuáles,

¹⁴¹ Ya hemos visto cómo ni en el Derecho francés, ni italiano hay referencia alguna al tema del pago con los frutos de la cosa.

¹⁴² El usufructuario, en virtud de su derecho real, tiene la posesión de la cosa, que le va a permitir el goce material de la misma y que lleva ligado, además, una facultad de administración sobre ella, tendente a obtener del bien usufructuado los frutos y rendimientos que es susceptible de producir para hacerlos de su propiedad. Al extinguirse su derecho, aunque no pierde la posesión, sino que la conserva en virtud de otro título diferente, sí podemos considerar extinguido su derecho de uso y disfrute, que no era inherente a la posesión sino al usufructo.

en definitiva, esos «productos de la cosa» que recoge el artículo 502 de nuestro Código.

Que el tenor literal de este precepto no hable de frutos, sino de productos, supone que, para la exégesis del mismo, hayamos plantearnos si se trata de términos sinónimos o, por contra, existe alguna diferencia significativa entre ambos ¹⁴³.

García Cantero ¹⁴⁴ parte de la clasificación del término frutos en un sentido tradicional, distinguiéndolos en naturales, civiles e industriales ¹⁴⁵, para después compararlos con otras voces que de forma arbitraria utiliza el legislador al designar, a veces, a los mismos frutos. Entre otras, se pueden encontrar las de aprovechamientos, rentas, productos, etc. Habla este autor de los «productos» dentro de nuestro Código ¹⁴⁶, afirmando que este término, en el artículo 502 del CC, se utiliza en idéntico sentido a la palabra «frutos» ¹⁴⁷; por lo tanto, dice, a la alusión del artículo 502 del reintegro con los productos de la cosa, debemos darle el mismo significado que si el legislador hubiese hablado de reintegrarse con sus «frutos».

Consideraremos, pues, que en el artículo 502 se está haciendo alusión al reintegro del crédito del retentor con los frutos que produzca la cosa ¹⁴⁸, aunque dejando claro que no prejuzga dicha expresión si se trata de un cobro de los mismos «en especie», o por

¹⁴³ LEIVA FERNÁNDEZ, «Derecho de retención», Buenos Aires, 1991, p. 212, por ejemplo, distingue entre unos y otros, matizando que los productos de la finca son «... los objetos que se separan o sacan de ella y que, una vez separados, la cosa no los produce, y que no se pueden separar de ella sin disminuir o alterar su sustancia, y a los que no tiene derecho el usufructuario aún durante el ejercicio del derecho real». *Ob. cit.*, p. 227. MAZEAUD-MAZEAUD, «Leçons de Droit Civil», tomo II, vol. 2.º, 7.ª edic., Montchrestien, 1989, p. 374, distingue también entre frutos y productos a efectos de usufructo. Igualmente, RIEG, *Enciclopedia Dalloz*, tomo VI, p. 8.

¹⁴⁴ GARCÍA CANTERO, «Concepto de frutos en Derecho Civil español», *RDN*, 1955, pp. 123 ss.

¹⁴⁵ Ver a este respecto LÓPEZ VILAS, «Comentario del Código civil», tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; MARTÍN RETORTILLO, «Clases de frutos en el Código civil», *RDP* 1951, p. 139. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, «Sistema de Derecho civil», vol. 1.º, 9.ª ed., Madrid, 1997, p. 408.

¹⁴⁶ *Ob. cit.*, p. 180. Distinguiendo entre distintos contenidos de lo que son productos para el legislador, según la norma concreta. Unas veces, utiliza el término *lato sensu*, en que puede tener un significado muy amplio, incluyendo, además de los frutos, las accesorias a la cosa (art. 1770 CC); otras veces los productos son algo equivalente a los frutos, y, por último, los productos *stricto sensu*, como algo diverso de los frutos.

¹⁴⁷ GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, p. 163. Argumentando cómo es imposible deducir diferencias entre ambos conceptos, dada la indistinción con que el legislador utiliza estos términos, en supuestos semejantes. En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, «Restitución de Provechos», *ADC*, 1987 y 1988, p. 1079.

¹⁴⁸ No obstante, y siendo conscientes de la falta de intención concreta del legislador al utilizar la palabra «productos», creemos que es la palabra más correcta, ya que al hablar de producto se piensa más en un «producto líquido», como hace el artículo 520, y que da a entender que se trata no de los frutos que materialmente produzca la cosa, sino de una liquidación de los mismos, deducidos gastos de producción y dado en términos monetarios exclusivamente.

una cantidad de dinero equivalente a los productos que haya reportado la finca. De este tema nos vamos a ocupar a continuación.

No tenemos base legal para delimitar el derecho de usar que tiene el retentor del inmueble. Dado que el legislador no nos especifica cuáles serán las obligaciones y facultades de éste, habremos de deducirlas por nuestra cuenta, realizando una interpretación lógica de la norma, pero siempre atendiendo a criterios restrictivos, ya que no hemos de perder de vista que se está facultando a un no propietario a poseer un inmueble en virtud de un título del que no conocemos más que lo que el propio precepto dice: «retener», en perjuicio de un propietario deudor. No es un modo usual de proceder del legislador, ya que cuando arbitra una medida de este tipo en favor de un acreedor, normalmente le da la calificación de derecho real y específica perfectamente en las normas jurídicas su contenido y límites.

El legislador, al facultar al que fue usufructuario a retener el inmueble y reintegrarse con sus productos intenta, además de reforzar su crédito con una medida de coacción, atribuirle un derecho para que realice su crédito; hemos de tener en cuenta que al privarse, mediante el mecanismo de la retención, al propietario de su inmueble pierde el disfrute directo de éste¹⁴⁹ y, por lo tanto, la posibilidad de percibo directo y separación de los frutos de la cosa. Ello propiciará que sea el poseedor inmediato, es decir, el que retiene, el facultado para recoger directamente los productos de la misma. Pero la duda estriba ahora en saber qué destino dará a esos frutos y hasta qué punto tiene no ya una facultad, sino un deber de recogerlos.

Si atendemos a lo que la doctrina ha señalado como facultades del retentor en el supuesto del artículo 453 del CC, que ha sido el más estudiado respecto a este tema, hemos visto en el apartado anterior cómo el que es vencido en la posesión y no puede cobrar su crédito se encuentra facultado para ejercer un derecho de retención sobre la cosa, que comprende, además, la facultad de retener también los frutos que produzca y que el acreedor, dada su relación material directa con la misma, pueda coger y percibir. Pero no sig-

En contra, CATALÁ ROS, «El abuso del usufructuario: Análisis del artículo 520 del Código civil», Madrid, 1995, p. 93, señalando que, en el supuesto del artículo 520, aunque se hable por el legislador de «producto líquido», el propietario podrá entregar al usufructuario los frutos en especie si es que así lo elige, ya que, según esta autora, se le confiere la facultad de elección entre dar al usufructuario todos los productos y rentas de la finca en especie o bien una suma de dinero equivalente a los rendimientos producidos por el bien usufructuado. En el mismo sentido, y referido también a este precepto, MORENO QUESADA, en «Comentarios del CC», Ministerio de Justicia, tomo I, artículo 520, p. 1377.

¹⁴⁹ Aunque el propietario conserva la posesión mediata de la cosa, igual que ocurría antes de la extinción del usufructo.

nifica por ello que pueda hacerlos de su propiedad. Es sabido que, en virtud del artículo 354 del Código, los frutos pertenecerán al propietario de la cosa. Una vez concluida la retención tendrá el usufructuario obligación de devolverlos a su propietario.

Trasplantando estas tesis al supuesto de retención que nos ocupa, no encontramos ninguna razón, ni argumento legal ni título suficiente —ya que el usufructo se extinguió— que legitime —tampoco en este caso— al acreedor para hacer de su propiedad los frutos, a pesar de que sea éste el que los alce o separe de la cosa madre. Se refuerza esta afirmación con la idea de la función de garantía propia de la retención. Resultaría muy grave admitir una apropiación directa e inmediata de los frutos cuando tal prerrogativa está en principio prohibida por la ley a los titulares de derechos de garantía teóricamente más poderosos, como la prenda o la hipoteca, a no ser que exista pacto expreso en contrario.

Por lo tanto, creemos razonable mantener que los frutos pertenecerán durante todo el tiempo que dure la retención al propietario, que podrá exigir responsabilidad al retentor, una vez extinguido ésta, por el destino que haya dado a los mismos.

Además, el precepto que estudiamos plantea más diferencias respecto a este artículo 453; en aquél, añade el legislador la posibilidad del reintegro con los productos; tal vez por ello la respuesta a cuáles sean las facultades del retentor en el artículo 502 sean diferentes en base a la distinta redacción de los artículos.

Hemos de partir de la idea de que, como consecuencia de la extinción del usufructo, automáticamente todas las facultades inherentes al derecho de propiedad del que hasta ese momento veía su inmueble gravado por el derecho real revierten al mismo, que vuelve a ser propietario de la finca con plenas facultades. No es así cuando se ejercita el derecho a retener del artículo 502, ya que la posesión inmediata de la finca quedará en manos del ex usufructuario, y el derecho de propietario, aunque íntegro en sus facultades, supondrá solamente la posesión mediata de la misma.

Parece que, en la medida de lo posible, lo deseable sería que fuese el propietario el que, aun a pesar de estar excluido de la posesión inmediata, y sin contacto material con ésta, gestionase los negocios de su propiedad y se encargara del percibo de los frutos, ya que la retención del acreedor no tendría por qué impedirlo necesariamente. No obstante, si pretendemos ser un poco realistas, no podemos ignorar que, en un gran número de supuestos, esto va a ser altamente improbable. El propietario, privado de su inmueble, no será partidario de invertir su trabajo de gestión de la cosa sabiendo que no le reportará beneficio alguno. De otra parte, tampoco el que retie-

ne estará muy predispuesto a dejar entrar en la propiedad que posee a nadie, ni al propietario, ni tampoco a ningún extraño que trabaje al servicio o bajo la dependencia de éste, ya que la fuerza de su garantía reside precisamente en no devolver la finca ni dejar que la posea su propietario; en definitiva, tiene que guardarse el retentor de perder la posesión, evitando actos permisivos por su parte que pudieran ser interpretados como una entrega material del objeto poseído, lo que supondría la pérdida o extinción del derecho a retenerlo (no se olvide que, según opinión mayoritaria de la doctrina, el derecho de cualquier retentor desaparece y no puede volver a recuperarse ¹⁵⁰ cuando se desvanece la tenencia material de la cosa ¹⁵¹).

Todo lo anterior no significa que neguemos la posibilidad de que, existiendo entendimiento entre retentor y propietario, no sea viable un acuerdo entre ambos sobre el presupuesto de la retención de aquél ¹⁵²; es decir, sin que el acreedor pierda la posesión de la finca. Se trataría de que el retentor se limitase a retenerla, el propietario se encargaría del percibo de los frutos y, junto o con el beneplácito del retentor, se venderían los mismos para así ir pagando el crédito de éste hasta su total extinción.

Dado que esta posibilidad, por los motivos antes apuntados, no será la más frecuente en la práctica, hemos de seguir interpretando el contenido del derecho del retentor y sus relaciones con el derecho de propiedad del deudor.

Habíamos visto cómo el artículo 502, al permitir el reintegro con los productos ¹⁵³, no crea ninguna obligación nueva ¹⁵⁴ para el retentor, sino que lo único que hace es facultar a éste para controlar

¹⁵⁰ Queda a salvo, no obstante, caso de perturbación o arrebato de la posesión por el propietario, el ejercitar las acciones inherentes a cualquier poseedor por parte del retentor.

¹⁵¹ Díez-Picazo y Gullón, «Sistema de Derecho civil», vol. 3.º, 6.ª ed., Madrid, 1997, p. 47. A pesar de ello, existen algunas sentencias del Tribunal Supremo en que se permite reclamar la posesión de la finca, una vez que ésta se había perdido, para ejercitar sobre ella el derecho de retención. Concretamente, las SSTs de 8 de julio de 1897 y 21 de mayo de 1928, señalando ésta última que «... no se puede retener aquello que anteriormente ha salido de nuestro poder, no obstante lo cual, como quiera que este derecho de retención es una especie de garantía que la ley concede al poseedor hasta que se le abonen los gastos que se le reconocen en la sentencia, es incuestionable que si una vez liquidado el importe de los mismos no le fueren satisfechos, puede exigir que se le restituya la posesión de las obras en que consiste la mejora hasta quedar pagados de ellas...». A este respecto, estimamos, con Díez-Picazo y Gullón, que son sentencias criticables en el sentido de no ser congruentes con la propia naturaleza del derecho de retención.

¹⁵² Cualquier acuerdo para el cobro que excluyera la posesión de la finca por el retentor ya no entraría dentro del ámbito de el precepto que estudiamos y supondría un contrato o una novación en cuanto a la forma de pago de la obligación.

¹⁵³ Obsérvese cómo el legislador no ha dicho que podrá hacer suyos los frutos. Parece que al emplear el término productos puede haber querido hacer alusión, más bien, al producto de la venta de los frutos.

¹⁵⁴ Ya que la de conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia ya existía como consecuencia de la retención.

el destino que se dé a los frutos. Podrá gestionar su venta y con el producto de ésta realizar las operaciones liquidatorias oportunas al propietario y reintegrarse así su crédito, pero teniendo en cuenta siempre que los frutos no son de su propiedad y no podrá hacerlos suyos o disfrutarlos directamente¹⁵⁵; siguen perteneciendo al propietario, que no ha perdido su derecho de propiedad sobre los mismos, pues ninguna norma así lo dispone.

Pasemos ahora, una vez aclarado cuál es el destino de los frutos que produce el bien retenido, a ocuparnos de otro tema importante referido al derecho de retención sobre un bien inmueble. Dicho bien puede necesitar, a fin de producir económicamente, de una dirección. En muchas ocasiones, la gestión o dirección del inmueble será imprescindible para conservarlo productivo y evitar el deterioro que una paralización pudiese suponer. De otra parte, es necesario recordar la situación de ambas partes en conflicto respecto a la posesión del bien. El retentor ostenta una posesión material y directa en base a su título otorgado por el artículo 502; sin embargo, el propietario recupera y conserva una posesión mediata, además de todas las facultades inherentes a su derecho dominical. Mientras dure la retención el propietario se encontrará imposibilitado para realizar actos de gestión y dirección del inmueble, que, sin embargo y dada la tenencia material que posee, sí podría realizar el retentor.

Esta circunstancia, unida a la autorización del legislador en el precepto tantas veces citado permitiendo el reintegro con los productos, hace pensar que se trata de una autorización al retentor para asumir la gestión, en cierta medida, del inmueble, realizando actos de administración e, incluso, algunos de disposición¹⁵⁶. No debemos perder de vista que el retentor es un poseedor y se encuentra en

¹⁵⁵ Podríamos apreciar una cierta similitud entre este supuesto y el previsto en el artículo 1885 para la anticresis, diciendo el legislador en este caso que «los contratantes pueden estipular que se compensen los intereses de la deuda con los frutos de la finca dada en anticresis». Este precepto se interpreta por la doctrina en el sentido de que las partes pueden estimar globalmente, y sin necesidad de liquidar un importe exacto, que sea resarcido el acreedor con los frutos que produzca el inmueble, por los intereses que el capital debido generase a su favor, durante el tiempo de duración pactado para la anticresis. Y ello sin liquidar una vez transcurrido dicho período de tiempo.

No se trata, ni mucho menos, del caso previsto en el artículo 502, pues, de una parte, éste no procede de un contrato o acuerdo entre las partes, sino más bien de un desacuerdo entre las mismas, siendo además imprescindible la liquidación del valor de la deuda para así concretar el período por el cual podrá ejercitarse el derecho de retención de la finca, caso de que no pague antes el deudor propietario de la misma.

Por último, tampoco en el artículo 502 se contempla, a diferencia del artículo 1885, la posibilidad del retentor de hacerse con la propiedad de los frutos de la cosa, como se sobreentiende en este artículo, al tratarse de un supuesto de anticresis, y aplicándose por ello el artículo 1881 del CC.

¹⁵⁶ No es el momento de entrar en las discusiones doctrinales acerca de la distinción entre lo que son actos de administración, disposición y conservación. Para ello nos remiti-

una situación privilegiada para conocer y hacerse cargo de la administración del inmueble; y no nos referimos ya a la mera recolección de productos a efectos de cobrar su crédito, sino a la posibilidad de realizar actos de gestión beneficiosos para la misma y su propietario¹⁵⁷, a fin de evitar la pérdida de productividad y precaver el perjuicio que ello supondría para el mismo¹⁵⁸. En definitiva, nos referimos al caso de que el retentor decida, por voluntad propia, realizar actos de gestión en beneficio de su deudor —que sin duda, pueden repercutir también en su propio beneficio—, pero no como consecuencia de una facultad concedida *ex lege* por el artículo 502, ni por un apoderamiento del propietario, sino como decisión tomada por propia iniciativa y amparada en los artículos 1888 y siguientes de nuestro CC, quedando su actuación comprendida dentro de lo que la doctrina alemana denomina la gestión de un negocio «también ajeno»¹⁵⁹, en el que el gestor, aparte de los intereses de otro, gestiona al mismo tiempo otros intereses propios.

En el supuesto de que el retentor decida realizar actuaciones como gestor de negocios del propietario, quedará sujeto, como es lógico, a la responsabilidad que se derive de su gestión, ex artículo 1889 del CC.

Vamos a pensar ahora en el supuesto más común, y ajustado a lo que la norma autoriza como derecho de retención para el ex usufructuario acreedor por reparaciones extraordinarias, consistente en la posibilidad, además de retener la posesión de la cosa, de recoger los frutos que la misma produzca. Esta tarea, que parece simple y clara, plantea también algunas dudas, atendiendo, sobre todo, a la clase de frutos de que se trate¹⁶⁰.

mos a los estudios realizados sobre el tema de CUADRADO IGLESIAS, «La gestión en el Código civil», *AAMN*, tomo XXXII, pp. 377 ss., GITRAMA GONZÁLEZ, «El acto de administración en el código civil», *AAMN*, tomo XIX, 1976.1, pp. 330 ss., AGUILERA DE LA CIERVA, «Actos de administración, de disposición y conservación», Madrid, 1973, pp. 158 ss.

¹⁵⁷ Véase el concepto que da CUADRADO IGLESIAS de la administración. *Ob. cit.*, p. 387, como aquellos actos jurídicos que tienden a conservar la fortuna de una persona y a «explotarla» de una manera «normal» sin comprometer su existencia ni modificar su composición.

¹⁵⁸ Piénsese que, como admite la doctrina (véase al respecto el trabajo de MARTÍN REYES, «El usufructo de empresa», Málaga, 1998, en prensa, se trate de un derecho de retención ejercitado sobre un usufructo de empresa. La empresa retenida necesitará de una dirección para seguir produciendo frutos o para no sufrir graves riesgos en caso de parar la cadena productiva (máquinas, obreros, clientela etc.).

¹⁵⁹ Véase al respecto el magnífico trabajo de CAÑIZARES LASO, «Tipología de la gestión de negocios ajenos sin mandato (Estudio comparado de los derechos alemán y español)», en *ADC*, tomo XLVIII, 1995, p. 716.

¹⁶⁰ Siempre, sin perjuicio del artículo 472 de nuestro Código, según el cual «los frutos naturales o industriales, pendientes al tiempo de comenzar el usufructo, pertenecen al usufructuario.

Si produjera frutos naturales o industriales ¹⁶¹, el retentor los percibirá normalmente, conforme a su naturaleza, y, como ya vimos, con facultad de optar entre retenerlos junto al inmueble ¹⁶² o gestionar su venta, en su caso, rindiendo siempre cuentas de ello al propietario de los mismos.

El tema plantea mayor problema si pensamos en los frutos civiles del inmueble. Éstos son definidos como los producidos por la cosa fructífera, «pero no directamente o procediendo de ella misma, sino como consecuencia de haberla hecho objeto de una relación jurídica de la que nace el derecho a obtener el fruto» ¹⁶³. El modo más usual de obtención de estos frutos consiste en dar en arrendamiento la finca, ya sea rústica o urbana, y cobrar la renta mensual. También incluiríamos en este apartado las pensiones por censos. Se aplicaría lo mismo que a las rentas; el acreedor de los mismos, como consecuencia de la extinción del usufructo, sería no ya el usufructuario, sino el propietario del inmueble.

Mientras dura el usufructo, el titular de este derecho se encuentra facultado para arrendar la cosa y percibir el producto en que consisten las rentas por este concepto ¹⁶⁴; así lo señala el artículo 480 del CC: «Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito; pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considera subsistente durante el año agrícola».

No obstante, esta referencia a la extinción del arrendamiento ha de entenderse referida únicamente a los arrendamientos sometidos

Los pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo pertenecen al propietario.

En los precedentes casos el usufructuario, al comenzar el usufructo, no tiene obligación de abonar al propietario ninguno de los gastos hechos; pero el propietario está obligado a abonar al fin del usufructo, con el producto del los frutos pendientes, los gastos ordinarios de cultivo, simientes y otros semejantes, hechos por el usufructuario...».

¹⁶¹ Nótese la dificultad que existe en la práctica para distinguir entre ambas clases de frutos, a pesar de la separación que realiza el artículo 354 de nuestro CC.

¹⁶² Caso de que no sean percederos, pues de serlo tendrá la carga de disponer de ellos para evitar su menoscabo, conforme al artículo 1094 del CC y así no incurrir en responsabilidad frente a su verdadero dueño (el deudor propietario de la finca).

¹⁶³ ALBADALEJO, «Derecho Civil», tomo I, vol. 2.º, Madrid, 1991, p. 122. DELGADO ECHEVARRÍA, «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor», en *ADC*, 1975, p. 585. A este respecto, CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, p. 1098, señalando una ampliación del concepto de fruto civil: «si se admite que todo fruto es renta y toda renta en dinero es fruto civil, todo provecho industrial en el sentido del artículo 355 del CC está tendencialmente destinado a convertirse en un fruto civil irregular.»

¹⁶⁴ Sin necesidad de pedir autorización, ni siquiera notificarlo al nudo propietario; en este sentido AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «El principio de subsistencia de responsabilidad del usufructuario cedente del artículo 498 del CC», *RDP*, 1992, pp. 314 ss.

al CC y no a los realizados al amparo de leyes especiales ¹⁶⁵, ya que en éstas encontramos normas específicas para este supuesto, que serán aplicables en virtud del principio de especialidad que rigen en nuestro sistema jurídico.

Así, la referencia a los arrendamientos rústicos hay que estudiarla en consonancia con la LAR de 31 de diciembre de 1980, en cuyo artículo 13 se dispone que «los arrendamientos otorgados por usufructuarios(...) se resolverán al extinguirse el derecho de arrendamiento, subsistiendo el arrendamiento durante el correspondiente año agrícola; también podrán subsistir durante el tiempo concertado en el contrato, cuando éste excediere de la duración de aquellos derechos, si a su otorgamiento hubiere concurrido el propietario».

La legislación especial de arrendamientos urbanos de 1964 señala, sin embargo, y en contra del artículo 480 del CC, que el arrendamiento no se extinguirá como consecuencia de la extinción del usufructo, como regla general, en su artículo 57, salvo el caso de que el nudo propietario pruebe que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario fueron notoriamente gravosas para la propiedad (art. 114.12). Este tema, sin embargo, ha sido modificado en la nueva LAU de 1994, al señalar que los arrendamientos destinados a vivienda otorgados por el usufructuario se extinguirán al término del derecho del arrendador; es decir, se extinguirán con el término del usufructo; y los que sean para uso distinto del de vivienda, se sujetan al CC en este punto (remisión, pues, al art. 480 de este cuerpo legal), salvo que las partes acordaren algo distinto (art. 4.3.º).

Llegado pues a su fin el derecho de usufructo, y con independencia de que se produzca o no extinción del arrendamiento concertado, como consecuencia de la aplicación al mismo de las normas anteriores, hemos de considerar que automáticamente, y por el mero hecho de la extinción del usufructo, revierten al nudo propietario todas las facultades inherentes al dominio —excepto la de posesión inmediata en el supuesto de retención. Si se da la circunstancia, además, de la continuación de la vigencia del contrato de arrendamiento, en base a los preceptos especiales citados, hemos de preguntarnos qué ocurre con las rentas, una vez extinguido el usufructo. Responder a esta pregunta puede resultarnos algo complicado. Si estimamos que, como acabamos de ver, la extinción de este derecho conlleva la recuperación de facultades dominicales por el propietario, aunque el arrendatario hubiese contratado con el

¹⁶⁵ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 328. Díez-PICAZO, «Sistema...», p. 398.

usufructuario¹⁶⁶, está claro que los frutos civiles o renta del arrendamiento serán de propiedad de aquél, ex artículo 354.3.º del CC; y ello con independencia de la persona que reciba el pago del arrendatario. Si por error éste pagare al ex usufructuario, se trataría de un cobro de lo indebido, aplicándose a este supuesto el artículo 1164 de nuestro Código, y también el 1865 y siguientes.

No obstante, también nos parece razonable sostener que el retentor, que recibe el pago del arrendatario, una vez extinguido el usufructo pueda retener esas rentas en aplicación de la tesis generalmente aceptada de extender el derecho de retención a los frutos que produce la finca como frutos civiles de la misma, para después computarlas a la hora de la liquidación que efectuará al propietario para el cobro de su crédito.

En el supuesto, distinto del anterior, de que el arrendamiento se extinga como consecuencia de la extinción del usufructo, ex artículo 480 del CC, la duda es si el retentor, poseedor directo e inmediato del inmueble, estará facultado, en virtud de su derecho de retención, para volver a arrendarlo, con la finalidad de percibir los frutos civiles que genere el arrendamiento, y así imputarlos al cobro de su crédito mientras dure el período de retención. En este caso la respuesta ha de ser necesariamente negativa¹⁶⁷.

¹⁶⁶ DELGADO ECHEVARRÍA, *ob. cit.*, p. 586, matiza que la titularidad del crédito no afecta para nada a la pertenencia de los frutos. Dicha titularidad pertenecerá a quien haya contratado con el arrendatario sobre ella, sin perjuicio de que sea el propietario al que, en definitiva, correspondan aquéllos.

¹⁶⁷ Con respecto a esta cuestión, cfr. CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 460, al hablar de la actividad del gestor oficioso, o sea el individuo que no siendo *dominus* se encuentra en una situación tal respecto a la propiedad de otro, y decide realizar una serie de actividades encaminadas a la conservación y administración de la misma, defiende que si la actuación del gestor va encaminada a favorecer a quien no puede actuar, no debe negársele la posibilidad de realizar actos dispositivos. Y dentro de éstos, defiende este autor que estará facultado, como gestor oficioso (ex art. 1888), para otorgar escritura pública de transmisión de la propiedad siempre que se den los presupuestos de necesidad u oportunidad que justifiquen la enajenación de la finca.

Podríamos ver en este supuesto analogía con el del arrendamiento de finca que no es propia del retentor. Plantearnos si, de admitir que el que gestiona un asunto ajeno se encuentra facultado para enajenar, no sería perfectamente admisible el aceptar que pudiese realizar un contrato de arrendamiento con su correspondiente inscripción registral. Nos decantamos, sin embargo, por desechar tal posibilidad y ello en base a que, aun admitiendo –tema bastante dudoso– que el retentor se erigiese en gestor de negocios ajenos y arrendase el inmueble, lo que no tenemos ningún reparo en rechazar, sería la posibilidad de inscripción, y, por lo tanto, de eficacia respecto de terceros, de dicho arrendamiento.

El mencionado autor defiende la facultad del gestor para inscribir los actos realizados en el ejercicio de sus funciones en el Registro de la Propiedad, basándose en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en su último inciso, defendiendo que el gestor sería inculible entre las «... demás personas que, con carácter temporal, actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes», *ob. cit.*, p. 463. Nos mostramos en total desacuerdo con este tema, y nos adherimos a la sensata posición de la DGRN que deniega la inscripción (R. de 25 de noviembre de 1919).

El argumento fundamental para defender la imposibilidad por parte del retentor de arrendar la finca es el que deriva de la naturaleza misma del derecho a retener del artículo 502 del CC. Dicho derecho, como ya hemos afirmado, es un modo de coacción y autotutela del acreedor como garantía de su cobro, y tiene su base en la posesión material y directa de la cosa. Si admitiésemos la posibilidad de que el retentor concertase un arrendamiento sobre la misma, estaríamos permitiendo que éste cediese al arrendatario la posesión inmediata, lo cual provocaría la pérdida del derecho de retención mismo. Podría aprovechar esta circunstancia el propietario para desahuciar y reivindicar la entrega de su propiedad en cualquier momento, alegando la falta de validez del contrato de arrendamiento realizado.

IV. LA EFICACIA DE LA RETENCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 502 DEL CÓDIGO CIVIL

1. INTRODUCCIÓN

Comenzamos a continuación el examen del tema crucial de la eficacia de la retención concedida al usufructuario en el artículo 502 CC. Las diversas opciones oscilan entre una eficacia limitada al deudor de la obligación nacida como consecuencia del aumento de valor del inmueble al extinguirse el usufructo, esto es, el sujeto propietario de la finca al momento de nacer la deuda; y una eficacia extensible *erga omnes*, sea o no consecuencia de la ostentación por el retentor de un verdadero derecho real sobre el inmueble; pasando, obviamente, por una eficacia extensible a otros –aunque no a todos– sujetos distintos del propietario originario (tercer adquirente, otros acreedores del deudor, titulares de otros derechos reales, inscritos o no en el Registro de la Propiedad).

A la hora de abordar el estudio de los efectos del derecho de retención, es necesario recordar cómo, a pesar de la dificultad de catalogación del mismo, nos hemos inclinado por defender que la facultad conferida por el artículo 502 del Código civil –a diferencia de otras opiniones doctrinales que defienden que se trata de una anticresis–, es un verdadero derecho de retención, al que se ha añadido la posibilidad o facultad del retentor de irse cobrando con los productos, una vez enajenados, el crédito pendiente por reparacio-

Trasladando esta posibilidad al supuesto que nos ocupa, o sea, el de la posible inscripción de un arrendamiento realizado por el retentor, creemos correcto mantener que la postura del Registrador sería negativa, no constando la legitimación del arrendador.

nes extraordinarias. Aun cuando los datos expuestos en el capítulo anterior en parte condicionan éste en cuanto a la eficacia de dicho derecho de retención, partiremos de nuevo desde cero, sin criterios apriorísticos, e intentaremos examinar las razones que apoyan unas y otras posiciones.

Los efectos del derecho de retención del usufructuario deben ser estudiados, por lo pronto, a la luz, precisamente, de las peculiaridades del mismo. Una de ellas concierne al hecho de que el precepto que lo crea, a diferencia de la mayoría de los referidos al derecho de retención en nuestro Código civil, se refiere expresamente a la retención de un bien inmueble. En nuestro Ordenamiento, como en cualquier otro, el derecho que una persona ostenta sobre un bien inmueble admite muy diversos grados de intensidad, entre ellos el que estudiamos, que se da por encontrarse el usufructuario no en el goce de su derecho real de usufructo —que, como vimos, se extinguió—, sino ejercitando un así llamado «derecho de retención» derivado precisamente de las normas referidas a dicho derecho real de disfrute. Este derecho de retención, que resulta del impago por parte del propietario de un crédito vencido y exigible, está previsto para ser ejercitado justamente contra dicho propietario como medio para obligarle a cumplir su deuda lo más rápido posible ¹⁶⁸.

El problema surge cuando el propietario deudor enajena la finca a un tercero por cualquier título, cuando la grava o en el momento en que los acreedores de aquél pretenden ejecutarla para saldar sus créditos amparándose en la garantía que constituye para los mismos cualquier bien que se encuentre en el patrimonio de su deudor (art. 1911 CC). ¿Qué ocurre con el derecho de retención del usufructuario? ¿Subsiste y es oponible frente a todos éstos, o deberá el usufructuario verse privado de la defensa efectiva en tales circunstancias? ¿Qué trascendencia tendrá, en este ámbito de la retención de inmuebles, el Registro de la Propiedad, y la constancia o ausencia de datos relativos a la retención, o a la adquisición de derechos reales por terceras personas, cuando constan inscritos en el Registro?

Por otro lado, y como ya vimos, la segunda y quizás más importante particularidad del supuesto de retención del usufructuario, en relación a los demás casos legales en que se tiene derecho de preservar en la órbita propia un bien inmueble ajeno por

¹⁶⁸ De hecho, toda la doctrina admite que el *ius retentionis* puede ser justamente esgrimido contra la demanda de reivindicación planteada por el propietario deudor contra el retentor. *Vid.* al efecto, a título de ejemplo, NÚÑEZ LAGOS, «Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles», *RGLJ*, 1953, p. 271.

impago de créditos del propietario contra el retentor, reside en la facultad de este último de cobrarse el crédito con los productos que dé la finca. Esto otorga al usufructuario que retiene una posición más cualificada que la del simple detentador temporal de un inmueble, ya que, además, está cobrando su crédito con preferencia a otros acreedores del propietario. El artículo 1922 y siguientes no recogen ningún privilegio para este supuesto. ¿Se podrán reclamar y embargar los frutos por terceros acreedores, o no podrán hacerlo mientras no sea satisfecho el titular del derecho de retención (el ex usufructuario)? Aunque, como ya se vio en el capítulo anterior, la expresión contenida en el tan citado artículo 502 CC («... hasta reintegrarse con sus productos») poco añadía en cuanto a las facultades de uso, disfrute y disposición por parte del retentor; respecto de los supuestos legales de retención en que nada de eso se dice, aún podemos plantearnos si la referida expresión puede no obstante tener su reflejo en el ámbito de la eficacia *erga omnes* del derecho de retención.

Llegados a este punto, es cuando la doctrina, refiriéndose casi siempre al derecho de retención en general, comienza a plantearse el tema de su eficacia, haciéndola depender unas veces sí, y otras no, de la previa solución al tema de su naturaleza jurídica. El planteamiento clásico del tema ha consistido en admitir que si el derecho de retención era un derecho real, participará de la oponibilidad *erga omnes* que caracteriza a los derechos reales (eficacia), es decir, será oponible frente a cualquiera que sea en cada momento el propietario de la cosa y frente a cualquier acreedor que la reclama para poder cobrar sobre ella su crédito. Caso de ser un derecho de naturaleza personal, su eficacia consistirá —siguiendo este primer planteamiento— en su oponibilidad solamente frente al deudor en la obligación constituida (y sus herederos), y, por tanto, no será oponible frente a cualquier tercero ajeno a la obligación.

Pero en los últimos tiempos este planteamiento ha sido, sin embargo, desmontado por parte de cierta doctrina¹⁶⁹. La crisis de la distinción tradicional entre derechos reales y derechos de crédito o personales ha ejercido su influjo en esta polémica¹⁷⁰ y ha llevado a los autores a considerar que no es decisivo resolver si la retención constituye un

¹⁶⁹ JORDANO FRAGA, «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», comentario a sentencia de 7 de julio de 1987, núm. 14, pp. 4767 ss.

¹⁷⁰ Cfr. A. SATURNO, «Diritto di ritenzione legale e convenzionale: natura e estensibilità», *Rassegna di Diritto Civile*, núm. 1, 1991, pp. 52 ss.

Sobre la distinción entre derechos reales y de crédito, en nuestro país y fuera de él, y la discusión doctrinal al respecto, *vid.*, entre otros, RAGEL SÁNCHEZ, «Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad», Valencia, 1994, pp. 156 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, «Estudios sobre derecho de cosas», I. Temas generales, 2.^a edic.,

derecho de naturaleza real o personal para, a partir de ahí, decidir sobre sus efectos, sino que, habida cuenta la cada vez más difícil separación entre derechos reales y de crédito¹⁷¹, la catalogación de un derecho (v.gr., el de retención) como «personal», en absoluto prejuzga la cuestión de su eficacia, por cuanto hay derechos «personales» (o «no reales») que pueden ser oponibles *erga omnes*¹⁷².

Por lo que se refiere a este aspecto, existe una absoluta carencia de desarrollo por parte del legislador del derecho de retención previsto en el artículo 502 CC en favor del usufructuario. Dicha norma no proporciona base legal alguna para abordar los problemas de la eficacia general o limitada de la retención del usufructuario. Por otro lado, como ya se dijo al inicio del trabajo, tenemos la firme intención –y muy especialmente en este decisivo capítulo– de evitar al máximo acudir al empleo de cualesquiera criterios apriorísticos acerca de los efectos del derecho de retención. Partiremos, pues, a efectos metodológicos –si se quiere, forzados por la indeterminación legal–, de la última de las citadas posiciones doctrinales, y asumiremos que, sea cual sea la naturaleza del derecho concedido al usufructuario en el artículo 502, su eficacia personal o *erga omnes* va a venir condicionada por otros factores¹⁷³.

ampliada, Madrid, 1973, pp. 217 ss.; GUARNESI, «Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione», Padova, 1979.

¹⁷¹ DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», Madrid, 1993, vol. 1.º, p. 62 ss., pone de manifiesto la dificultad que encuentra la doctrina actual a la hora de distinguir entre derechos reales y derechos de crédito, sin saber los límites exactos de separación entre los mismos ni el lugar en que se deben encuadrar determinadas situaciones intermedias entre ambos. En opinión de este autor, sin embargo, se trata de un problema económico y social.

¹⁷² Cfr. JORDANO FRAGA, *ob. cit.*, p. 4772, en donde cita como supuesto en el que un derecho personal es oponible frente a terceros, el del derecho arrendaticio, en los casos del artículo 1571 del CC, sin que por ello podamos afirmar que el arrendatario tenga un derecho real frente los adquirentes de la cosa arrendada.

¹⁷³ Conviene aclarar, no obstante, que la tesis de quienes defienden que la eficacia de la retención no depende de la naturaleza que ese derecho tenga en cada caso, no está, a nuestro juicio, suficientemente demostrada. Los argumentos expuestos hasta ahora por la doctrina seguidora de esta tesis (básicamente, Jordano Fraga) son susceptibles de crítica. Veamoslos someramente:

1. El primero se funda en el hecho de que hay derechos «personales» que tienen eficacia *erga omnes*, y se pone el ejemplo –el único citado– del arrendamiento. Desde luego, si pensamos en este derecho tradicionalmente considerado como de crédito, el motivo no es válido. Y ello porque dicho derecho –si exceptuamos la oponibilidad procedente del mero hecho posesorio– no es en sí mismo oponible frente a terceros distintos del arrendador. Esa oponibilidad procede de la inscripción registral, no del solo derecho arrendaticio. Esto que decimos se ve reforzado además por la reciente Ley de Arrendamientos Urbanos de 25 de noviembre de 1994, la cual ha reconocido implícitamente, con la modificación del artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria, que un arrendamiento urbano no inscrito no será eficaz frente a terceros adquirentes del inmueble.

2. El segundo de los argumentos se apoya en la interpretación «finalista» de las normas sobre retención, en el sentido de que, limitada la eficacia de tal derecho a la relación retentor-propietario deudor, resultaría vana la garantía del acreedor que retiene. Este pri-

Cuáles sean esos factores es precisamente lo que hemos de determinar. Los mismos, sin embargo, no se desprenden de los datos e interpretaciones extraídos de los apartados anteriores sobre el contenido del artículo 502, como en principio se pudiera pensar. Al menos, de manera definitiva.

Por lo pronto, dichos datos no nos permiten encontrar apoyo para propugnar que el derecho otorgado por dicha norma al usufructuario posee una eficacia *erga omnes*, o una limitada a quien era el propietario de la cosa (deudor de los gastos) cuando se extinguió el usufructo¹⁷⁴. El hecho de que la facultad de retener se concede a quien es titular de un derecho «real» (usufructo), así como el que dicho sujeto tenga una cierta facultad relativa a los «productos» que dé la finca (art. 502, *in fine*), en absoluto condiciona la cuestión de la eficacia en favor de una *erga omnes*. El primero de estos datos (el carácter «real» del primitivo derecho del retentor) pierde su valor desde el momento en que la retención, como vimos, adquiere su verdadera virtualidad tras la extinción del usufructo (arg. ex art. 522), es decir, que en el momento que comienza a ser efectiva la retención ya ha desaparecido del mundo jurídico el derecho real de usufructo en favor del acreedor. El segundo dato de interés (el de la facultad del retentor de reintegrarse con los frutos) tampoco es especialmente significativo en el campo de la eficacia, por cuanto esa facultad de pagarse con los frutos no llevaba aneja, como se pudo comprobar, la de tener el control sobre los posibles destinos «fructíferos» de la finca, control que es inmediatamente recuperado por el propietario tras la «extinción» del usufructo; no obstante, sí

mer motivo bien podría tratarse de una petición de principio: se utiliza como argumento justamente lo que se trata de demostrar. Por un lado, decir que la garantía se vanifica constituye un fácil modo de despachar la cuestión, cuando se pueden encontrar en el Ordenamiento jurídico los mecanismos precisos para evitar la desprotección –si es que se da realmente– del retentor (acciones de rescisión o de simulación). Pero además, es posible dar mayor relevancia a la retención, entendida como mecanismo de eficacia limitada al propietario deudor, a través de la mera interpretación de otros preceptos legales (por ej., entendiendo –lo que quizás no es incorrecto– que la transmisión que aquél efectúe del inmueble exige entrega o *traditio* material del mismo para transferir la propiedad al tercero, con lo que se impediría defraudar las expectativas del retentor mediante la enajenación del inmueble a tercero). Por lo demás, no parece razonable decir que la garantía se vanifica con la enajenación, por cuanto un propietario de un inmueble rara vez tendrá de hecho interés en enajenar –con urgencia, casi siempre– su finca, obteniendo un precio bastante inferior al de mercado, para evitar el pago de una deuda (por gastos extraordinarios de conservación), también con frecuencia, de escasa cuantía.

Sobre todo esto volveremos más adelante en el texto.

¹⁷⁴ En la hipótesis de que antes de la extinción del usufructo (pero después de la realización de las reparaciones) el nudo propietario hubiese enajenado a un tercero, por negocio *inter vivos* o *mortis causa* la nuda propiedad del inmueble, el problema se resolverá aplicando el mismo criterio de solución al que llegaremos más adelante respecto de la enajenación efectuada una vez finalizado el usufructo por el –ya– pleno propietario de la finca.

habrá que matizar que la posibilidad del retentor de reintegrarse con los frutos puede ir unida de forma indisoluble al derecho de retención, de manera que, ejercitado éste de forma legítima y válida, llevaría siempre consigo esa posibilidad de reintegrarse con los frutos.

A pesar de todo, el que los datos antes señalados no sirvan por sí solos para apoyar la eficacia general y frente a todos de la retención del usufructuario, no significa que no se pueda defender ese punto de vista. Téngase en cuenta que la no asimilación del retentor a la situación previa de titular de un derecho real de usufructo lo único que hace es excluir una eficacia *erga omnes* basada en un título posesorio semejante al del usufructo, pero acaso podría encontrarse una similitud –que no identidad, pues ya ha sido descartada– con otros derechos de disfrute de esa misma efectividad. Por ejemplo, podríamos considerar la del retentor como una situación cercana a un derecho de garantía oponible frente a cualquiera.

Ahora bien, la metodología que estamos siguiendo a lo largo de este trabajo, y más concretamente en este capítulo, según la cual prescindiremos de cualquier apriorismo sobre la naturaleza del derecho del retentor, ex artículo 502 CC, nos lleva examinar desde cero la posición que ocupan los distintos sujetos susceptibles de verse implicados en relación al citado retentor, indagando todos los intereses en juego y buscando cuál o cuáles de esos intereses deben considerarse especialmente primados o protegidos. Esta es la manera, entendemos, más apropiada para resolver el problema de la eficacia de una retención concreta como la prevista en el artículo 502, prescindiendo –idealmente– de todo el bagaje doctrinal que desde tantas décadas se ha expresado y ha polemizado acerca del derecho de retención en general. Sólo así los resultados podrán considerarse obtenidos correctamente y sin apriorismos.

2. LOS INTERESES EN JUEGO EN LA RETENCIÓN DEL ARTÍCULO 502 DEL CC

Para un examen minucioso de todos los intereses que rodean la aplicación práctica de un derecho de retención como el regulado en el artículo 502 CC, hay que delimitar, en primer lugar, los terceros que, además del retentor (ex usufructuario) y el deudor de los gastos (ex nudo propietario de la finca), pueden verse afectados por aquel derecho.

Parece obvio, en primer lugar, que el conflicto de intereses puede surgir cuando el deudor propietario enajene el inmueble a un

tercero, quien por tanto pasará a ser lo que suele llamarse el tercer adquirente de la finca. A este respecto, conviene señalar que ese conflicto se producirá únicamente cuando la enajenación se produjo después de extinguirse el usufructo y, por tanto, en fase o período de retención por el acreedor ex usufructuario. En caso de que la transmisión se hiciese con anterioridad a la extinción, el conflicto no se planteará, ya que el nuevo propietario se habría convertido, al menos durante un lapso de tiempo, en nuevo titular dominical y habría asumido las obligaciones propias de la relación jurídica de usufructo, entre ellas la de, llegado el término del mismo, liquidar el aumento de valor de la cosa producido por los gastos extraordinarios realizados por el usufructuario. Tal como ya se señaló en su momento, la deuda no nace —es más, ni siquiera se sabe si va a nacer finalmente o no— hasta que no concluye el usufructo; por lo tanto, es en ese momento cuando se sabrá si hay o no deuda, y en consecuencia ese efecto o consecuencia sólo puede afectar a quien sea propietario al extinguirse el usufructo, aun cuando el gasto extraordinario se hubiese realizado durante el dominio de un anterior propietario. El nuevo dueño asume *ope legis*, al adquirir el dominio, la posible carga futura que puede surgir tras la desaparición de la relación usufructuaria ¹⁷⁵.

Junto al nuevo propietario o tercer adquirente de la finca, también van a ser posibles sujetos afectados, cuyos intereses conviene también ponderar en este momento, los acreedores del deudor (acreedores del ex nudo propietario), en especial aquellos que tengan algún privilegio de cobro afectante a la finca. Finalmente, y solapándose en ocasiones con los sujetos antes reseñados, nos encontramos con los titulares de derechos reales sobre el inmueble, ya sean titulares de derechos de servidumbre, inscritos o no en el Registro, ya acreedores hipotecarios. En última instancia, habría que pensar en titulares de derechos de arrendamiento sobre la finca, constituidos por el usufructuario o por el propietario tras cesar el usufructo. Aunque un elenco tan amplio de sujetos, con intereses tan diversos, puede dificultar el estudio que se pretende, creemos que el análisis de sus respectivas posiciones, tomadas de forma individualizada, es, lo repetimos una vez más, la única forma de

¹⁷⁵ Cuestión diferente sería que si el usufructo surgió originariamente por consecuencia de un contrato entre anterior propietario y usufructuario, subistan entre ellos determinadas obligaciones surgidas del mismo; pero la relación obligatoria de usufructo, en su conjunto, se establece entre el titular del derecho de goce y el propietario (actual) del inmueble o cosa usufructuada. Cfr. al respecto ENNECCERUS-KIPP, -WOLF, *ob. cit.*, p. 97 (en cuanto a las relaciones usufructuario-concedente y usufructuario-propietario).

conseguir resultados provechosos acerca de la eficacia del derecho de retención del artículo 502 CC .

Parece correcto comenzar por conocer la posición que ocupa en todo este asunto el retentor, sus intereses y argumentos, desde luego propensos a una eficacia generalizada de su derecho de retención, siendo, pues, oponible a los restantes sujetos afectados.

2.1 La posición del retentor ex usufructuario versus la del propietario tercer adquirente

Para poder analizar el conflicto de intereses susceptible de presentarse entre estos dos sujetos, es preciso que concurra una condición previa ineludible: que la enajenación realizada al tercer adquirente no suponga en ningún caso una asunción (interna: entre transmitente y adquirente) de deuda por parte de este último. A pesar de que la práctica jurisprudencial muestra una cierta tendencia a ampliar la eficacia de los contratos más allá de los sujetos previstos en el artículo 1257 CC, incluso hablando de una cierta eficacia refleja, no parece en modo alguno generalizable la tesis de que el adquirente de la finca retenida, conozca o no conozca el origen de la retención, se subroga automáticamente en la posición deudora que tenía su transferente (internamente), haciéndose efectiva con el consentimiento tácito del acreedor retentor (consentimiento que se daría, v. gr., al reclamar el pago al nuevo dueño de la finca u oponerse a la restitución exigida por éste aduciendo su condición de nuevo deudor). Partiremos, pues, de que no se produce tal asunción, ni interna ni frente al acreedor, y de que el crédito ha de seguir ejercitándose contra el deudor originario (el ex nudo propietario).

Veamos a continuación los términos en que se planteará la disputa de intereses, los argumentos y su adecuada solución.

a) EL ARGUMENTO DE LA «GARANTÍA NATURAL» Y DE LA LÓGICA EFICACIA FRENTE A TERCEROS

Como claramente se desprende de la norma analizada, el retentor es acreedor frente al propietario por el aumento de valor generado en la finca tras las reparaciones extraordinarias hechas en ella por el primero durante la vigencia del usufructo. La ley le otorga en tales circunstancias una facultad excepcional de continuar deteniendo el inmueble. La retención responde de este modo, así ha sido dicho, a una cierta lógica, la de que, habiendo deuda y recayendo

sobre la finca, ésta sirva como «garantía natural»¹⁷⁶, evitando así al acreedor –y por derivación, al propio deudor o al propietario actual– gastos innecesarios por procesos judiciales o por adopción de otras medidas aseguratorias del cobro (v. gr., anotaciones preventivas de embargo, etc.). Resulta, pues, antieconómico conceder una facultad retentoria al ex usufructuario por gastos hechos en la cosa inmueble y no hacerla acompañar de unas repercusiones que puedan alcanzar a todos los demás interesados, pues de no ser así, al menos frente a ellos, habría que invertir cantidades adicionales para forzar y condicionar el pago de la deuda.

El corolario de este razonamiento no es otro que el argumento más tradicionalmente esgrimido por los defensores de la eficacia *erga omnes* de cualquier clase de retención reconocida legalmente. A saber: si el legislador proporciona al ex usufructuario, como una medida excepcional, el poder de conservar materialmente la cosa en determinados casos, no tiene sentido limitar su eficacia a las relaciones entre acreedor y deudor, pues la efectividad de tal derecho quedaría fácilmente desvirtuada mediante la transmisión de la finca a un tercero (después de extinguido el usufructo), quien entonces no sería ya deudor del retentor y podría reclamar la restitución de la cosa mediante una acción reivindicatoria¹⁷⁷.

Sin embargo, la idea de la retención como «garantía natural» y lógica, y su consiguiente eficacia general como medio de darle un contenido, presenta importantes inconvenientes.

Por lo pronto, el hecho de hablar de una garantía natural con una consiguiente eficacia *erga omnes* no deja de ser un apriorismo sin demasiado fundamento. Puede parecer, por un lado, sensato y razonable evitar gastos elevados al acreedor que retiene la finca, gastos que tendría que hacer de otro modo si quiere asegurarse el cobro de su crédito. Pero, frente a ello, se olvida que el crédito que fundamenta la retención puede no ser de elevada cuantía, sino que con frecuencia tendrá un valor poco importante en relación al del inmueble retenido, condenando de ese modo al propietario (suponiendo, como partimos, de que es un tercer adquirente) a una situación de pérdida del control sobre la finca y de buena parte de su contenido patrimonial. En este estado de cosas, la paralización

¹⁷⁶ Vid. en esta línea, entre otros muchos, a VIÑAS MEY, «El derecho de retención», *Rev. Derecho Privado*, 1922, p. 108; LEIVA FERNÁNDEZ, «Derecho de retención», *cit.*, p. 106; D'AVANZO, voz «Ritenzione (diritto di)», en *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, pp. 178-179; CABRILLAC-MOULY, «Droit des sûretés», París, 1990, p. 436.

¹⁷⁷ Son de esta opinión, y utilizan este argumento con las mismas o parecidas palabras, los autores antes citados, y además: MEZZANOTTE, «Il diritto di ritenzione dall'autotutela alla pena privata», Napoli, 1995, p. 33; CATALÁ-FRANJOU, «De la nature juridique du droit de rétention», *cit.*, p. 38.

de la explotación económica del inmueble será casi siempre un hecho, y las consecuencias resultarán absolutamente insatisfactorias desde el punto de vista de la creación de riqueza. Así pues, el resultado antieconómico al que puede conducir esta interpretación del alcance de la facultad retentoria, ex artículo 502, lleva a una conclusión contraria, en lugar de favorable, a las posturas partidarias de la eficacia generalizada de aquélla.

Por otra parte, el argumento negativo tradicionalmente esgrimido, relativo a la poca efectividad de la retención si se permitiese hacer inoponible al tercer adquirente la retención contraída con el anterior propietario transmitente, también merece ser puesto en tela de juicio. Y resulta muy curioso que prácticamente ningún jurista se haya planteado la más mínima duda acerca de la certeza de esa clásica afirmación, muy especialmente en la doctrina española, la cual, quizás, se ha dejado guiar demasiado de los argumentos de autores extranjeros.

La enajenación de la finca que ha sido objeto de usufructo (ya extinguido) puede ser perfectamente concluida a título oneroso o gratuito a quienquiera que la desee adquirir. No hay obstáculo legal que prohíba la enajenación del inmueble y, por tanto, la transferencia del dominio con los requisitos exigidos por la ley en cada caso. Pero en nuestro país, la transmisión *inter vivos* y a título oneroso —la más frecuente— exige el título y la entrega material de la finca. Si ésta se encuentra materialmente en poder del retentor, por ordenarlo así la propia ley, es obvio que difícilmente un tercero podrá convertirse en nuevo dueño de la cosa retenida. En definitiva, a donde queremos llegar es a la idea de que, en Derecho español, la retención material impedirá con frecuencia la adquisición por un tercero de la finca retenida, por ser así nuestro sistema transmisivo. Luego este sistema adquisitivo peculiar incide en la eficacia asignada por el legislador a la retención del artículo 502: si normalmente no será posible la adquisición, los conflictos con este hipotético tercero que es el tercer adquirente no se plantearán; luego, en suma —podrá concluirse, aunque de forma provisional—, la retención juega puramente *inter partes*, en un ámbito personal del retentor-acreedor y el propietario (deudor, al mismo tiempo). Es verdad que, como es de todos sabido, la *traditio* no sólo se produce mediante entrega material, sino también a través de otorgamiento de escritura pública notarial (art. 1462.2 CC)¹⁷⁸, y que por tanto nuestro razonamiento no puede quedarse ahí, sino que debe centrarse primor-

¹⁷⁸ No entramos en este momento en la jurisprudencia que restringe fuertemente el valor de esta clase de *traditio*, por los posibles abusos a que pudiera conducir. *Vid.* al res-

dialmente en estas situaciones de *traditio* instrumental. Pero ello no enturbia en absoluto la conclusión teórica que se ha obtenido: la retención del artículo 502 debe tener eficacia meramente personal, justamente porque el legislador español debió partir del presupuesto de que el conflicto entre retentor y tercer adquirente —que, por demás, es el conflicto central en este asunto de la eficacia de la retención— normalmente no se va a producir, porque no habrá tal adquirente (por falta de *traditio* normal o material) mientras el acreedor ex usufructuario mantenga la cosa bajo su poder.

A partir de ahora, pues, y en esta progresiva delimitación de la eficacia de la facultad retentoria en las distintas situaciones susceptibles de presentarse, restringiremos el examen del conflicto de intereses entre retentor y tercer adquirente a los casos en que efectivamente puede presentarse, y que se reducen a las hipótesis en que el propietario deudor haya transferido la finca al tercero a través de una *traditio* instrumental (escritura pública). Por lo demás, hasta ahora nos hemos cuidado de eludir cómo encaja la retención posesoria del artículo 502 dentro del engranaje registral, o sea, la influencia que sobre esta polémica puede ejercer la normativa sobre el Registro de la Propiedad a la vista de la naturaleza «inmobiliaria» de la cosa objeto de retención, sobre lo cual aludiremos a continuación.

Un último apunte acerca de ese «topos» común de nuestra doctrina de dotar a la retención de una cierta eficacia frente a terceros adquirentes de la cosa retenida, si no se la quiere dejar vacía de contenido: Acaso este clásico argumento se puede enfocar desde un punto de vista distinto del usual. Veamos: ¿es que un retentor en modo alguno puede, si se acepta una eficacia de la retención ex artículo 502 limitada al deudor propietario, oponerse o defenderse de alguna manera frente a un tercer adquirente de la finca para evitar verse privado de la detentación de la cosa, que es precisamente el arma proporcionada por el Ordenamiento para forzar el cobro de su crédito?

Por supuesto que sí puede defenderse. No sólo a través de la acción del artículo 41 L. Hipotecaria, como se verá más adelante, sino también mediante acciones posesorias. No puede olvidarse que la retención de inmueble ajeno, ante la grave indeterminación

pecto, recientemente, NAVARRO CASTRO, «La tradición instrumental», Barcelona, 1997, especialmente pp. 149 ss.

Sobre la adquisición por título y modo, *vid.* con carácter general DÍEZ-PICAZO, «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», *ADC*, 1966, p. 555; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSORIO, «Compraventa de cosa ajena», Barcelona, 1994, entre otros.

legal de su contenido y extensión, tiene un campo de actuación sobre el que no cabe dudar: el puramente posesorio. La retención ex artículo 502 otorga al acreedor un título válido (de origen legal) para la detentación material de una cosa, y es en ese ámbito posesorio en el que deben moverse sus poderes jurídicos. Como tal poseedor puede defenderse frente a cualquier intromisión material realizada por cualquier otro sujeto, aunque sea el dueño (nuevo dueño) del inmueble retenido. No es, por tanto, descartable que el legislador haya querido limitar la eficacia de la retención –que es, no se olvide, un caso de *ius possidendi*– a las disputas meramente posesorias protagonizadas entre el acreedor retenedor y el propietario que pretende arrebatarse por la fuerza, por sus propios medios, y sin intervención de la autoridad, la finca objeto de disputa. Siendo la retención en todo caso, como suele destacarse, un modo específico de «autotutela», basado en la posesión, es posible que sus efectos *erga omnes* se reduzcan a rechazar cualquier pretensión de autotutela, venga de quien venga, por los cauces puramente posesorios¹⁷⁹. Y sin que ello suponga un medio de oponerse a quien, teniendo un derecho más poderoso que el retentor (por ej., el nuevo propietario), pretenda hacerlo valer ante los Tribunales, v. gr., a través de una reivindicatoria.

b) LA RETENCIÓN COMO AUTOTUTELA

Siendo en todo caso la retención una manifestación admitida legalmente de autotutela de un acreedor de su posición frente al deudor, consistente en poder mantener una detentación preexistente como modo de coaccionar al pago por el deudor, podría sostenerse que ese medio especial de autotutela no debe quedarse en una mera eficacia frente a ese deudor, y mientras sea dueño de la cosa retenida, sino que debe extenderse más allá, hasta alcanzar a cualquier tercero, sea subadquirente, acreedor o titular de derechos reales.

Pero también esta idea choca con importantes inconvenientes. Y así, si se admite la concepción de la retención en general, y la del artículo 502 en particular, como un medio especial o excepcional

¹⁷⁹ Surge, no obstante, una duda en la aplicación a la posesión del retentor de los medios de defensa típicamente posesorios. Es indiscutible que aquél puede ejercitar interdictos posesorios frente a cualquiera, incluido el propietario, que le despoje de la tenencia de la cosa contra la voluntad del retentor (arts. 446 CC y 1651 LEC). Ahora bien, la especial configuración de la retención como medio de autotutela frente al dueño de la finca puede llevar a sostener que, si éste último recupera la tenencia de la finca sin realizar ningún acto violento o de despojo, sea inadmisibles entonces el interdicto contra el dueño, dada la configuración especial de la posesión «en concepto de retentor». La retención, pues, se extinguirá y perderá toda su eficacia si el retentor pierde materialmente y de forma no violenta la posesión a manos del *dominus*.

de autodefensa concedido frente al impago de una deuda recayente sobre la misma cosa retenida ¹⁸⁰, lo más lógico hubiera sido que, precisamente por esa misma especialidad o excepcionalidad, el legislador marcase con toda contundencia el alcance y los límites precisos de esa facultad. No ha sido así. Si hay algún derecho o facultad en nuestro Ordenamiento con unos contornos imprecisos, ése es el derecho de retención, en cualquiera de sus expresiones legales. Luego esa excepcionalidad del derecho concedido no debe, por lógica, extenderse a cualquier clase de situación y frente a cualquier sujeto interesado en la finca. Habrá que darle un ámbito, un alcance lo más restrictivo posible. No ya propiamente por tratarse de un supuesto excepcional, del que haya que excluir una aplicación extensiva o analógica, sino más bien porque, si es una forma de autotutela, el legislador debe mirar con total desfavor cualquier posición jurídica que permita a un sujeto defenderse u oponerse a las pretensiones de otro haciendo ineficaz cualquier recurso a la autoridad judicial ¹⁸¹.

¹⁸⁰ Esta idea del *ius retentionis* como manifestación excepcional de autotutela lo han defendido multitud de autores fuera de nuestras fronteras, especialmente en Italia.

En este país, autores de la talla de BETTI, voz «Autotutela», en *Enciclopedia del Diritto* IV, Varese, 1959, p. 531, han catalogado a la retención como un medio legal de autotutela de carácter «pasivo» (frente a medios de carácter activo). Igualmente, BARBA, voz «Ritenzione», en *Enciclopedia del Diritto*, XL, Varese, 1989, pp. 1373 ss. Por su parte, MEZZANOTTE, «Il diritto di ritenzione...», Napoli, 1995, pp. 14 ss. y 36 ss., mantiene la idea de la retención como forma legalmente reconocida de tutela privada de determinados derechos, pero con un componente sancionador, en cuanto se concede para supuestos concretos de incumplimiento o impago de algunas deudas. Vid. también BONGIORNO, G., «Profili sistematici e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela», *Riv. Trimm. Dir. e Proc. Civile*, 1988, pp. 448 ss.; D'AVANZO, voz «Ritenzione (diritto di)», en *Novissimo Digesto Italiano*, tomo XVI, pp. 169-170; SATURNO, «Il diritto...», *cit.*, pp. 81 ss.

También en Francia, un autor especialista en este tema DERRIDA, «La "dématerialisation" du droit de rétention», *Mélanges offerts a Ms. Le Professeur Voirin*, París, 1966, p. 178, afirma que tal derecho constituye «un acto de justicia privada superviviente de la época lejana en donde la fuerza constituía la única regla que gobernaba las relaciones entre los hombres». También usa la misma expresión de «acto de justicia privada» para referirse a la retención, CABRILLAC-MOULY, «Droit des sûretés», *cit.*, p. 421.

En España, cabe al respecto recoger algunas manifestaciones de SANCHO REBULLIDA, «La facultad de retención posesoria», en *Estudios de Derecho Civil*, I, Pamplona, 1978, pp. 245-247: «... Esta autotutela cautelar (propia de la retención) —dice el autor en un cierto tono crítico— no explica la naturaleza jurídica de la retención, como tampoco sus límites y contenido, pero sí, acaso, su significado y finalidad».

Vid. también en Derecho argentino, LEIVA FERNÁNDEZ, «Derecho de retención», Buenos Aires, 1991, p. 112, quien, sin embargo, matiza que «el retenedor no se hace justicia por propia voluntad porque no satisface su crédito, sólo obsta temporariamente a la satisfacción del derecho del acreedor de la cosa, cautelando el propio».

¹⁸¹ De hecho, es usual en la doctrina estudiosa de la retención otorgar un campo restrictivo de actuación al retentor. Así, se suele decir que la actitud de éste no puede ser más que pasiva, defensiva, de preservar la cosa en su poder, y de no iniciar actividades tendentes a cobrar por otra vía el crédito, pues ello puede acarrearle la pérdida del derecho. Vid. al respecto DERRIDA, «La "dématerialisation" ...», *cit.*, pp. 178-180 (aunque su posición resulta quizás demasiado radical).

En realidad, la retención, desde esta perspectiva, se erige en un medio de autodefensa caracterizado por la posesión de una cosa, pero esa posesión, y su continuidad, estarán en función del fin perseguido por esa autotutela. Si éste consiste en coaccionar indirectamente al deudor para que pague su deuda al acreedor, lo coherente es que ese mecanismo de oposición o de excepción (en palabras de algunos autores) en que consiste la retención no tenga un alcance ilimitado, sino sólo en función de lograr ese objetivo¹⁸². Ello automáticamente nos lleva a concluir que su eficacia únicamente afectará al propietario deudor y mientras siga siendo propietario. Cuando deje de serlo, caso de que ello suceda –lo que auguramos poco frecuente–, perderá su sentido como autodefensa con fin de cobro si se enfrenta al nuevo propietario, que en modo alguno es deudor de la obligación. Dicho con otras palabras: la lógica de la autodefensa excluye la eficacia *erga omnes*, por cuanto los sujetos, distintos del deudor, frente a los cuales quiera oponerse el retentor y denegar la restitución o ejecución de la finca, nunca llegarán a satisfacer a dicho retentor su interés por cobrar la deuda, dado que ellos no son sujetos obligados; siendo entonces la retención –si se la aplica ampliamente– un simple modo de entorpecimiento de las relaciones jurídicas con la cosa de los demás sujetos interesados en ella.

c) EL PRINCIPIO «NEMO PLUS IURIS TRANSFERRE POTEST QUAM IPSE HABET» APLICADO A LA POSICIÓN DEL TERCER ADQUIRENTE

Tampoco resulta válido ni clarificador un argumento, utilizado a veces por un sector de la doctrina¹⁸³, basado en la máxima o principio *nemo dat quod non habet* o *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. De seguirse esta máxima y aplicarse al retentor y

¹⁸² Cfr. en sentido muy parecido, y en todo caso contrario a su configuración como derecho real con eficacia *erga omnes*, BETTI, *ob. cit.*, p. 531. Señala este autor que «... en la retención, el rechazo a restituir sirve de coacción para inducir a la contraparte a satisfacer una obligación conexa con la cosa por restituir». Más adelante, considera las distintas formas de autotutela, entre ellas la retención, como «poderes-medio», coordinados con el derecho que se tutela. «Así –concluye– el derecho de retención, lejos de configurarse como derecho real..., no tiene otro contenido que el de justificar, por parte del detentador de la cosa ajena, el rechazo a la restitución debida».

¹⁸³ Cfr. al respecto BARBA, *ob. cit.*, p. 1383, quien propugna la eficacia de la retención frente al tercer adquirente, no en la naturaleza presuntamente real del derecho, sino en el carácter «derivativo» de la adquisición de ese tercero, quien no podrá recibir el dominio en condiciones distintas de su causante o transmitente a título particular. También MEZZANOTTE, *ob. cit.*, p. 77; SATURNO, «Diritto di ritenzione...», *cit.*, p. 7, quien utiliza este conocido adagio para hacer oponible la retención no sólo al tercer adquirente, sino también al resto de acreedores del propietario deudor, a quienes –erróneamente, a nuestro juicio– cataloga como «sucesores a título particular» del deudor cuando éste es ejecutado, en cuanto que la ejecución del bien conducirá a la venta en subasta y la adjudicación del mismo a un adqui-

a las relaciones de este con el tercer adquirente del inmueble, habría que entender que éste último en modo alguno puede adquirir una propiedad libre de la «carga» (entendida por ahora en sentido genérico o no propio) en que consiste la retención, pues su transferente carecía de la facultad posesoria sobre aquél al estar en manos del retentor, quien tiene por ley derecho a preservarla mientras no cobre la deuda.

Tal argumentación adolece de un grave defecto, que no es otro que constituir una petición de principio. Decir que la adquisición de un inmueble afectado por la retención ex artículo 502 impide al nuevo propietario recuperar materialmente la cosa, implica considerar la facultad retentoria como una «carga» inherente a la finca, de tal entidad que, a pesar de no estar inscrita –lo que es muy difícil por tratarse de un poder concedido por la ley en determinadas circunstancias–, es oponible al tercer adquirente. Y es eso precisamente lo que hay que demostrar, a saber, que una facultad nacida como medio de compeler y coaccionar al deudor propietario de la cosa usufructuada es concebida por el legislador de tal modo que tenga una virtualidad más allá de la persona del deudor¹⁸⁴. Con la ley en la mano, no hay datos ni razones para considerar que cuando se transfiere el dominio de una cosa cumpliendo todos los requisitos legales, esto es, se otorga un contrato transmisivo por quien es dueño y con facultades para transmitir, sin restricciones o cargas registrales, y además otorga escritura pública (*traditio* instrumental), ese dominio que adquiera va a estar limitado por el poder del retentor y, por tanto, va a hacer ineficaz una reclamación planteada por el nuevo dueño relativa a la restitución de la posesión de la cosa adquirida.

Por su parte, López y López sitúa también las críticas a este argumento tan «aparatoso» –en palabras suyas– explicando el campo en que dicho principio se mueve. A su juicio, el mismo «desenvuelve su valor explicativo y su posible valor institucional dentro de un campo sustantivo, no en el posesorio», como sucede con la retención. «La no posesión de la cosa –añade– no implica

rente que sucederá en la misma e idéntica posición que la del anterior propietario. D'AVANZO, voz «Ritenzione», *cit.*, pp. 178-179.

En España, VIÑAS MEY, «El derecho...», *cit.*, p. 108, para quien los adquirentes de la cosa o de derechos reales no son verdaderos terceros sino causahabientes suyos (del anterior propietario deudor), subrogados en su posición y facultades; por lo cual siendo el derecho de retener oponible al deudor lo será a ellos igualmente. MORELL Y TERRY, «Comentarios a la Legislación Hipotecaria», tomo I, Madrid, 1925, p. 418 (en relación a la inscripción registral del tercero de un inmueble «gravado» con derecho de retención). También, LEIVA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 160, respecto del Derecho argentino.

¹⁸⁴ Cfr. al respecto LÓPEZ LÓPEZ, «Retención y mandato», *cit.*, pp. 58-59, quien sigue también este mismo razonamiento.

limitación alguna del derecho que sobre ella se tenga; queremos decir que en modo alguno afecta a la legitimación como requisito del acto traslativo. El haz de facultades que un titular puede con eficacia transmitir no está, en línea general, conectado con la situación posesoria». (Como es obvio, parte dicho autor de los casos en que la transmisión del dominio se produce mediante *traditio* instrumental).

d) LA EFICACIA DEL DERECHO DE RETENCIÓN Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Como ya veníamos avanzando, se trata éste de un aspecto crucial que conviene examinar, a la vista de que nos encontramos ante un derecho de retención que afecta a quien ha sido usufructuario de un bien inmueble, pudiendo el deudor propietario haber tenido inscrito su dominio en el Registro de la Propiedad, y consecuentemente, al transmitirlo a un tercer adquirente, éste también ha podido inscribir la propiedad adquirida, sin que conste en aquél la existencia de una facultad retentoria como la del artículo 502 CC. Una manera de afrontar el conflicto de intereses que estamos analizando entre retentor y tercero propietario de la finca retenida consiste en hacerlo apoyándonos en las normas hipotecarias¹⁸⁵. Sólo analizando hasta qué punto una posesión en concepto de «retención» tiene valor y es oponible a titulares registrales que no sean el primitivo nudo propietario (o los sujetos de quienes traía causa), o, en última instancia, si es factible que la retención del usufructuario tenga acceso al Registro, se podrán obtener conclusiones correctas sobre su eficacia que complementen nuestros anteriores razonamientos. Téngase en cuenta, finalmente, que el examen del juego registral del derecho de retención ex artículo 502 no sólo será útil en relación al conflicto entre retentor y tercer adquirente, sino que podrá ser relevante también en relación a los otros conflictos (entre retentor y acreedores, entre retentor y titulares de otros derechos reales inscritos); por tanto, la solución que se dé a este importante tema influirá de modo considerable en la manera de resolverse esos otros conflictos de intereses.

¹⁸⁵ En buena medida, este es el criterio que utiliza el propio JORDANO FRAGA, *ob. cit.*, pp. 4772-4773, para dilucidar la cuestión (en favor concretamente de la eficacia *erga omnes*). Señala al respecto: «... La cuestión de la opinibilidad/inoponibilidad no depende, por tanto, necesariamente de la naturaleza del derecho o facultad que se opone, sino de la existencia o no de un adecuado mecanismo de publicidad que haga o no plausible su beligerancia ofensiva frente a los terceros, según el criterio de la Ley en cada caso».

d.1 *Sobre la inscribibilidad o no en el Registro de la Propiedad del derecho de retención legal del artículo 502 CC*

Siguiendo un hilo lógico, quizás lo primero que convenga aclarar es la posibilidad de que el derecho de retención establecido por la ley misma en favor del ex usufructuario pueda tener acceso de algún modo al Registro de la Propiedad. Si tal derecho tuviera fácil acogida en los Libros del Registro, se habría dado un paso importante en favor de la eficacia *erga omnes* de la retención inmobiliaria del artículo 502 CC.

Formalmente, ni esta *facultas retentionis* del artículo 502, ni ninguna otra reconocida legalmente en el Código civil en relación a bienes inmuebles, son recogidas ni aludidas por la legislación hipotecaria como un derecho –real o personal– susceptible de ser inscrito en el Registro de la Propiedad¹⁸⁶. Pero ello no puede ser un inconveniente insalvable habida cuenta de que nuestro sistema registral es de *numerus apertus*, y la retención acaso pudiera tener cabida entre esos otros «derechos» de que habla la ley y la doctrina hipotecarista como inscribibles.

Muy escasas son las referencias doctrinales acerca de la inscribibilidad de un derecho *ex lege* de retención cualquiera, no ya del recogido en el artículo 502 CC. Destaca en nuestro país, por su claridad y contundencia, Camy Sánchez-Cañete¹⁸⁷, quien señala que la posibilidad o no de inscripción registral dependerá de la naturaleza jurídica que tenga el derecho que analizamos. Y así distingue:

1. Si se trata de un derecho real, será posible su inscripción, que se realizará mediante un documento entre el titular y el propietario o por sentencia firme en que reconozca dicho derecho de retención.

2. Que se trate de una situación con eficacia real, en cuyo caso, según este autor, no sería inscribible.

¹⁸⁶ No puede considerarse un ejemplo contrario a nuestras tesis, y por tanto susceptible de inscripción registral, la previsión contenida en la Ley 473 del Fuero Nuevo de Navarra, conforme a la cual «las obligaciones también pueden garantizarse mediante el acuerdo de que el acreedor retenga hasta el cumplimiento la posesión de la cosa... Este derecho –añade– podrá inscribirse cuando la naturaleza del objeto lo permita». Sobre el tema, *vid.* SABATER BAYLE, «La facultad de retención posesoria», *Rev. Jurídica de Navarra*, núm. 13, enero-junio 1992, p. 88.

A nuestro juicio, se trata de un supuesto de retención convencional, y no legal. Este asunto de la inscribibilidad de la retención convencional será examinado en el epígrafe siguiente.

¹⁸⁷ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *ob. cit.* vol. 4.º, p. 463.

También parece ser esta la tesis de VIÑAS MEY, *ob. cit.*, p. 112, quien afirma, después de defender su naturaleza real, que tratándose de inmuebles, es opinable a terceros en los términos establecidos por el sistema inmobiliario, esto es, por los principios relativos a la inscripción.

3. Que se trate de una mera facultad aneja a un derecho real, en cuyo caso lo que será inscribible es el derecho real, v.gr. el de usufructo, pero en ningún caso la facultad de retención¹⁸⁸.

Aun admitiendo que fuese posible, tal como considera este autor, la inscripción del derecho de retención del usufructuario en el Registro —por documento entre propietario y retentor, o por sentencia firme en que se reconociera dicho derecho—, hemos de reconocer que no siempre sería posible obtener alguno de estos dos documentos, a saber:

En primer lugar, ese documento firmado por propietario y retentor, a que hace alusión Camy, resultará muy difícil de obtener en la práctica por el normal enfrentamiento que se producirá entre propietario y retentor como consecuencia del impago de aquél y la consecuente coacción ejercitada por el que retiene. Excepcionalmente, si se tiene la precaución de prever por anticipado, al constituir el usufructo, la posibilidad de un derecho de retener en favor del usufructuario para el caso de impago de los gastos extraordinarios, realmente nos encontraríamos ante un supuesto de retención convencional, y no legal, sobre cuya eficacia trataremos más adelante, y a ese apartado nos remitimos¹⁸⁹.

En segundo lugar, por lo que respecta a la sentencia en que presuntamente sea reconocido el derecho de retención por el juez, pensamos que, en tales casos, lo normal será que se sustancie a la vez el procedimiento de fondo relativo al cobro del crédito con todos sus trámites procesales, por lo que ya no sería precisa su inscripción por haber sido ya cobrado el crédito. En suma, resulta obvia la inutilidad de intentar el acceso al Registro de la sentencia referida, pues lo lógico es que el procedimiento haya concluido con el pago voluntario o, en caso contrario, la sentencia misma servirá de título de ejecución inmediata, pudiendo ser objeto de anotación preventiva de embargo (del inmueble objeto de retención, o de cualquier otro, si lo hubiera). Pero entonces lo que por lógica accederá al Registro será el embargo, y no la sentencia declarando el derecho (de retención).

¹⁸⁸ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *ob. cit.* vol. 1.º, p. 150.

¹⁸⁹ MORELL Y TERRY, «Comentarios a la Legislación Hipotecaria», I, *cit.*, p. 457, considera admisible la inscripción mediante un documento en el que, además del acreedor (retentor) el deudor (propietario) preste voluntariamente su conformidad con ese derecho de retención como medio de acceso al Registro. Lo que sucede es que ese documento seguramente contendrá, siguiendo las reglas interpretativas elementales (arts.1281 a 1289 CC), un pacto de constitución de una garantía real, ya sea hipoteca (con pacto anticrético), o una anticresis con alguna particularidad.

En cualquier caso, la existencia de una sentencia declarativa reconociendo validez al derecho de retención legal del artículo 502 (o cualquier otro) no es garantía suficiente de un automático acceso al Registro, pues el Registrador tiene libertad para calificar tal derecho como susceptible o no de inscribirse según su eficacia real o personal. En relación a este tema, cabría cuestionar la inscribibilidad o no de dicha sentencia según quiénes intervengan en ese juicio declarativo acerca del derecho de retención mismo. Si la *litis* se plantea entre acreedor retentor y deudor, habiendo un tercer adquirente que haya inscrito en el Registro su adquisición, seguramente la sentencia no podría en modo alguno tener acceso a los Libros registrales, aun cuando lo ordenase el juez, pues habría al menos que haber demandado al titular registral actual. Si se demandó también al tercer adquirente, entonces la sentencia le alcanzaría, y aun cuando el juez considerase que tal retención es también efectiva frente a él, todavía el Registrador seguiría teniendo libertad para decidir sobre la consideración real o personal del derecho declarado judicialmente. Es difícil prever de antemano qué haría el Registrador correspondiente con un mandamiento judicial de inscripción de tal derecho, pero es bastante probable que rechazase la inscripción, entre otras consideraciones¹⁹⁰ en base a que al Registro sólo acceden derechos reales (o derechos personales tipificados) y el de retención no lo será, pues la ley no lo incluye entre ellos, siendo como es un derecho «tipificado» en distintos textos legales, anteriores o coetáneos a la Ley Hipotecaria, debiendo haberse previsto en esta normativa su inscribibilidad si se así se hubiese querido por el legislador¹⁹¹.

En otro orden de cosas, conviene preguntarse por la eficacia registral de un derecho de retención legal como el del artículo 502 CC, en un ámbito concreto: el del procedimiento especial del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

A este respecto, dicha norma, como es sabido, faculta al propietario inscrito –en nuestro caso, el tercer adquirente de la finca retenida– a instar un procedimiento especial basado en la publicidad

¹⁹⁰ Por ejemplo, cuando el Registrador tenga que examinar el fin perseguido por tal derecho de retención, que no es otro que la coacción al deudor para que pague lo adeudado, y no tanto el concederle un poder directo para el disfrute de alguno de los provechos o potencialidades de la finca, seguramente encontrará un fuerte obstáculo para la inscripción de ese derecho declarado por resolución judicial.

¹⁹¹ En contra de la transcripción del *ius retentionis* en general, en el Registro, se muestra MEZZANOTTE, *ob. cit.*, p. 80, respecto del Derecho italiano, pues no está prevista dicha transcripción en el artículo 2643 del «Codice», ni su nacimiento procede de un «acto jurídico» en sentido estricto, susceptible de acceder al Registro, sino que nace automáticamente, por preverlo la ley, cuando se dan las condiciones exigidas para ello.

registral para recuperar la posesión del inmueble de quien lo detenta, en teoría de forma indebida. Pero también recoge dicha norma una serie de excepciones que la ley permite utilizar al demandado en su oposición al titular registral. La duda que nos planteamos es si la retención ex artículo 502 CC puede constituir o no uno de esos supuestos excepcionales. Siendo así, la propia Ley Hipotecaria estaría otorgando eficacia frente a terceros (el tercer adquirente, en concreto) a una *facultas retentionis* legal, no inscrita, lo que serviría de indicio importante en favor de la eficacia *erga omnes* del derecho que se analiza.

En relación a esta cuestión, aun cuando hay autores¹⁹² que han defendido recientemente la inclusión del *retentor*, en cualquiera de sus modalidades, dentro de la excepción del número 2.º del artículo 41 («poseer el contradictor la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular, o con titulares anteriores...»), estamos de acuerdo con López y López¹⁹³ en que esta interpretación se da de bruces con la lógica jurídica de nuestro sistema registral, que debe en teoría primar siempre al titular registral frente a cualquier otro sujeto con un derecho o facultad no inscritos, evitando así a aquél «un fracaso clamoroso contra tan débil barrera». De todos modos, sobre esta cuestión volveremos más adelante.

d.2 *Sobre la posibilidad de un derecho de retención convencional concedido al usufructuario por el negocio jurídico de constitución del usufructo*

Rechazada la inscribibilidad de una retención legal, nos queda por examinar, a la vista del sistema de *numerus apertus* que rige en nuestro Ordenamiento a la hora de crear nuevos derechos reales inscribibles no tipificados, si es posible la creación negocial de un derecho de retención de naturaleza convencional, con eficacia *erga omnes*, y por tanto, si el Registro puede estar o no abierto a él.

Si tal derecho convencional o negocialmente estipulado fuese inscribible, podríamos encontrar un cierto apoyo en favor de su eficacia *erga omnes*. Ya que se estaría reconociendo que merece considerársele como derecho con un valor superior al meramente personal, erigiéndose en una especial modalidad de garantía de pago de deudas de naturaleza, si no real, sí al menos de eficacia generali-

¹⁹² LÓPEZ FRÍAS, A., «La posesión con título y la prescripción “contra tabulas” como causas de oposición a la acción real registral», *Rev. Derecho Privado*, mayo 1995, pp. 440 ss. (en especial, pp. 445-446, respecto de la retención en el usufructo).

¹⁹³ LÓPEZ LÓPEZ, «Retención y mandato», *cit.*, p. 52.

zada, con alcance frente a terceros, v. gr., el tercer adquirente de la finca objeto de retención, quien entonces se vería vinculado y limitado por esa restricción de su dominio de origen negocial.

Por el momento, partiremos de la hipótesis de que, mediante contrato constitutivo de un usufructo, se incluyera como cláusula específica del mismo la concesión al usufructuario (o a sus herederos) de un derecho de retener la finca (con posibilidad de cobrarse con los productos de la misma) cuando, al concluir el usufructo, se hubiesen realizado por aquél reparaciones extraordinarias urgentes en la finca y el propietario no hubiese pagado el crédito surgido como consecuencia de las mismas. En suma, nos planteamos el supuesto más simple de todos: una cláusula contractual que reproduzca sin más e incorpore al contrato el mismo y exacto contenido del artículo 502 del Código civil. A nuestro juicio, en esta hipótesis, no habría una mera remisión a las normas vigentes del usufructo¹⁹⁴, sino una clara voluntad de generar entre las partes una forma concreta de garantizar el pago de una determinada clase de deudas, sólo que incorporando como modelo de garantía el previsto legalmente en la citada norma.

Entrando ya en materia, parece poco dudoso que las partes que intervienen en un contrato de constitución de un derecho real de usufructo pueden introducir los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente. No encontramos razón alguna de ilegalidad, inmoralidad o contradicción con el orden público que impida la validez de una estipulación como la que se examina, máxime si se trata de reproducir con los mismos o similares términos las palabras del artículo 502. Ahora bien, el problema surge cuando el titular del usufructo acude al Registro de la Propiedad con la escritura pública de constitución y pretende inscribir su derecho real de disfrute con todas las cláusulas negociales, incluida la de la retención. En teoría, el Registrador ante el que se presente tal documento deberá ir cláusula por cláusula y examinar qué clase de derechos se conceden en ellas y si tienen eficacia real¹⁹⁵.

Sobre la posibilidad de constituir derechos reales especiales o «atípicos» –que en eso consistiría este hipotético derecho de rete-

¹⁹⁴ Salvo quizás cuando el texto del contrato simplemente señalase que la relación usufructuaria se regirá «por los artículos ... y 502 del CC», en cuyo caso habría más bien una voluntad de no alterar lo regulado con carácter dispositivo en el Título dedicado al usufructo. En tal caso, la retención aplicable, si a ello hubiese lugar, sería la «legal» del artículo 502, y no una convencional, a imagen y semejanza de dicha norma.

¹⁹⁵ Por supuesto, el tema se plantea en términos de si tal retención convencionalmente establecida tiene la consideración o no de un «derecho real» (atípico), o si forma parte indisoluble del derecho real de usufructo que se constituye, hasta el punto de hacer inevitable su constancia registral. Desde luego, no se plantea en términos de admitir tal «retención» como derecho personal susceptible de inscripción.

ner la finca con fin de garantía ¹⁹⁶— susceptibles de inscripción registral, se han manifestado ampliamente la doctrina y la jurisprudencia registrales. Nuestro Ordenamiento sigue el sistema de *numerus apertus*, aunque, entre los matices existentes, creemos más acertada la tesis de quienes, como Díez Picazo, consideran que tal sistema no ha de entenderse de manera ilimitada, sino con restricciones ¹⁹⁷. Estas restricciones vendrán dadas por la necesidad de que el derecho que se crea satisfaga una función económico-social propia y diferenciada de los demás derechos reales tipificados. Caso de no ser así, se rechazaría su creación y por tanto su inscripción, dada la eficacia frente a terceros no intervinientes que tendría ese contrato, lo cual acarrea una admisibilidad excepcional de nuevos derechos reales ¹⁹⁸. Parece, pues, trascendente examinar en cada caso, cuando se pretenda la creación de un derecho atípico susceptible de inscripción, tener en cuenta esas ideas.

Hechas estas consideraciones, procede examinar hasta qué punto el derecho que se constituye mediante contrato o negocio responde a estas exigencias.

Haciendo en primer lugar un repaso de nuestra jurisprudencia registral, que es la que principalmente nos interesa en este tema relativo a la constitución y posible inscripción en el Registro de un derecho de retención como «derecho atípico» convencionalmente creado, podemos señalar una Resolución de la Dirección General de Registros, la de 4 de marzo de 1993, que admite la inscripción de una cláusula en la que se crea un derecho de retención convencional ¹⁹⁹. La Resolución de 4 de marzo de 1993 no es otra que la

¹⁹⁶ Hablamos de tal «retención» como «derecho real atípico» puesto que, como ya se dijo antes en nota anterior, la inscribibilidad de ese derecho se presenta en cuanto «derecho real», y no personal, y es obvio que no hay tipificado ningún derecho real con fin de garantía que se denomine «retención».

¹⁹⁷ Díez-PICAZO, «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», vol. 3.º, Madrid, 1995, pp. 115 ss., considera decisivo delimitar la autonomía privada en materia de derechos reales, señalando al respecto diversas restricciones, derivadas de, por ejemplo, las prohibiciones legales, la necesidad de determinar con claridad el contenido y alcance del mismo, la temporalidad, etc., atendiendo de manera especial a la función económico-social que va a cubrir ese hipotético derecho que se pretenda crear.

En contra, y por tanto a favor de una casi total autonomía de la voluntad en la creación de derechos reales, recientemente, GORDILLO CAÑAS, A., «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español», *ADC*, 1995, II, pp. 549 ss..

¹⁹⁸ Cfr. NATUCCI, «La tipicità dei diritti reali», II; Padova, 1985, pp. 20 ss.

En contra, recientemente, de la limitación en la constitución de derechos reales atípicos, y a favor de la libertad absoluta con base en el artículo 1255 CC, RODRÍGUEZ ROSADO, «Fiducia y pacto de retro en garantía», Barcelona, 1998, pp. 174 ss.

¹⁹⁹ Aparte de esta Resolución de la DGRN, y a título indicativo de las transformaciones que se están produciendo en la jurisprudencia de la Dirección General de Registros acerca de la posibilidad de inscribir derechos o facultades teóricamente «personales», conviene también traer a colación en este lugar las Resoluciones relativas a las «cláusulas

famosa en la que se acoge con carácter general el «time-sharing» o derecho de aprovechamiento por turnos como figura real atípica, en su modalidad de multipropiedad inmobiliaria propiamente tal, y se permite la inscripción de los estatutos de la multipropiedad como modalidad diferenciada de la propiedad horizontal. En esos estatutos se incluye una cláusula por la que se permite a la sociedad de servicios encargada del mantenimiento del conjunto inmobiliario retener el tiempo de disfrute de aquellos apartamentos cuyo titular no hubiese satisfecho las cuotas respectivas.

Vistas las cosas con objetividad, el ejemplo jurisprudencial no es demasiado ilustrativo como para sacar una conclusión definitiva sobre la inscribibilidad de derechos de retención convencional, pues es indudable que nos hallamos ante una hipótesis verdaderamente excepcional. Y esa excepcionalidad viene dada por dos datos fundamentales. El primero, que se trata de una retención convencional aplicable en el ámbito de la multipropiedad o derecho de aprovechamiento compartido o por turnos, de manera que la vigencia temporal de la retención pactada no se extiende más que durante una semana al año o un lapso de tiempo no mucho mayor, desapareciendo su eficacia en los restantes períodos de tiempo pertenecientes a titulares que pagan religiosamente sus cuotas. Se hace bastante difícil extender el criterio seguido por esta Resolución de la DGRN a otras retenciones susceptibles de crearse, como por ejemplo la que aquí nos estamos planteando, esto es, una retención en favor del ex usufructuario, por el impago de reparaciones, y durante todo el tiempo preciso —que puede ser mucho— para cobrar o hacerse pago con los productos del inmueble. Los inconvenientes van a ser, por fuerza, mucho mayores a la hora de admitir y dar entrada en el Registro a un «derecho real» de esta naturaleza, por todo lo que ello supondría de dejar abierto el tiempo de duración de la detentación de la finca, sin posibilidad de que su dueño pueda obtener frutos de la cosa al estar simplemente «retenida» por el

penales», las cuales recientemente han tenido acogida registral a pesar de tratarse de garantías indudablemente «personales» (RR. DGRN 5 febrero 1990 y 8 octubre 1991). En favor de su acceso al Registro se ha esgrimido primordialmente la idea de «unidad negocial», en el sentido de no poderse partir artificialmente el contenido de un negocio dejando fuera todos los aspectos «personales».

La argumentación sostenida por la DGRN ha sido fuertemente criticada por los hipotecaristas, con argumentos poderosos basados en la concepción general de nuestro Registro, como de inscripción y no de transcripción de títulos, en la imposibilidad de otorgar carácter privilegiado al crédito nacido de dicha cláusula penal y en las graves dificultades de circulación de los bienes inmuebles si se admiten en el Registro estas cláusulas penales. Sobre el tema, *vid.* GARCÍA GARCÍA, J. M., «La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los Autos del Presidente del TS Justicia de Cataluña», *RCDI*, mayo-junio 1992, pp. 1339 ss..

deudor (aparte de los inconvenientes derivados de un posible atentado al principio de especialidad hipotecaria). El segundo de los datos es que realmente, si bien se piensa, una «retención» como la contenida en los Estatutos de esa multipropiedad no sería propiamente una retención, sino un derecho más amplio de disfrute del apartamento por período de duración del turno, lo que nos llevaría a su catalogación técnica como derecho de usufructo, y no como derecho atípico con el mero contenido de «denegación» u «oposición» a la entrega o devolución de la finca, que en eso consiste primordialmente cualquier supuesto de retención²⁰⁰.

En cuanto a las opiniones doctrinales sobre la eficacia e inscribibilidad de una retención convencional, han sido bastante escasas y de poca enjundia, al menos en Derecho español. Resulta curioso, por ejemplo, comprobar cómo la doctrina que ha analizado la antes citada Resolución de la DGRN apenas si se ha preocupado de analizar este asunto desde un punto de vista mínimamente crítico, deslumbrada seguramente por las aportaciones novedosas de la misma en materia de multipropiedad²⁰¹. Fuera de este ámbito, también han sido poco relevantes las opiniones acerca de su admisibilidad, siendo habitual entre quienes han examinado este asunto mostrarse favorables sobre la base del carácter *apertus* de nuestro sistema de creación de derechos reales, con acceso al Registro de la Propiedad sin problemas²⁰².

Excepcionalmente, Camy, con la tradicional franqueza que le ha caracterizado, hace hincapié en este tema, y lo plantea en sus justos términos, al indagar en la posición que realmente ocupará ese «retentor convencional» respecto de la finca retenida. En con-

²⁰⁰ El hecho de que la estipulación convencional aparezca redactada en términos de que, por ejemplo, la sociedad de servicios «... podrá rechazar la entrada en el apartamento y disfrutar del mismo, arrendándolo a terceros, hasta el pago íntegro de lo debido», no impide mantener esa misma conclusión de que se trata de un verdadero usufructo convencional condicionado al impago de la deuda, ya que la denegación del uso del inmueble a su titular por parte del retentor sería precisamente un efecto natural del otorgamiento de un derecho de disfrute en exclusiva durante ese período de tiempo (el turno), al igual que ocurre en cualquier usufructo, en que su titular puede denegar el uso de la cosa al nudo propietario, y a cualquier otro sujeto que lo pretenda.

²⁰¹ Cfr. al respecto, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «La multipropiedad: su problemática ante el Registro de la Propiedad», *Rev. Crítica Der. Inmobiliario*, marzo-abril 1996, pp. 279 ss.; GARCÍA MÁZ, F. J., «En torno a la multipropiedad (Análisis de la Resolución de la DGRN de 4 de marzo de 1993 relativa en su esencia al tema de la multipropiedad)», *Rev. Crítica Der. Inmobiliario*, julio-agosto 1994, p. 1683 (quien se muestra crítico con la legalidad de un pacto de retener contenido en los estatutos); HERNÁNDEZ ANTOLÍN, «La multipropiedad en la práctica notarial. Estudio de derecho vigente, de la proyectada legislación y de la normativa comunitaria», *Actualidad civil*, núm. 21, 1995, pp. 434-435; TORRENS SÁNCHEZ, «Extracto sobre la multipropiedad y su Anteproyecto», *Rev. Crítica de Der. Inmobiliario*, noviembre-diciembre 1997, p. 2117.

²⁰² CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *ob. cit.*, vol 1.º, p. 462.

creto, cuestiona si no habría debajo de esa aparente «retención» creada, en la que el retentor se puede cobrar con los frutos o productos que proporcione la finca, un derecho de los considerados como típicos –con alguna variante–, tal como una anticresis o –añadimos nosotros– un usufructo.

A nuestro juicio, esto es precisamente lo que debemos examinar, máxime con la tendencia existente en la práctica registral a mirar con disfavor nuevos derechos reales –en especial derechos de garantía²⁰³– que pudieran crearse, dado el amplio margen que al respecto proporciona nuestro Ordenamiento, al permitir casi indefinidas posibilidades de configurar alguno de los derechos reales «típicos». Pues bien, si se sigue esta línea, seguramente habría que llegar a la conclusión de que la facultad de retener convencionalmente otorgada a un ex usufructuario por el cobro de las reparaciones (u otros gastos que pudieran pactarse) hechas en la finca encierra en su interior prácticamente siempre un derecho de anticresis, con determinadas particularidades^{204 205}.

En este sentido, y pensando ahora en un pacto un poco más complejo que el de partida, en el que las partes manifiesten su intención de constituir un derecho con eficacia generalizada, las similitudes con la anticresis pueden llegar a ser importantes. En primer lugar, hablamos de un derecho creado con finalidad de garantía, en el que su titular goza del derecho de obtener los frutos e irse cobrando con ellos la deuda o deudas pendientes. Además, será un derecho recayente sobre bienes inmuebles, con detentación del mismo por parte del acreedor-retentor, al igual que algunos casos de anticresis; incluso, muy probablemente se conceda al acreedor un *ius distrahendi* en caso de incumplimiento de la obligación, etc.²⁰⁶.

²⁰³ Cfr. al respecto RUBIO GARRIDO, «La propiedad inmueble y el mercado hipotecario (Itinerario histórico y régimen vigente)», Madrid, 1994, p. 135, nota núm. 242, quien señala como inconvenientes básicos para admitir nuevos derechos reales de garantía la prohibición del pacto comisorio y la imposibilidad de alterar el orden legal de prelación de los créditos.

²⁰⁴ Cfr. SATURNO, *ob. cit.*, p. 92, quien distingue entre retención pactada mobiliaria o inmobiliaria, asimilándola casi siempre a la anticresis en este segundo caso, con las particularidades de carecer de *ius distrahendi* y de *ius praelationis*.

²⁰⁵ La estipulación de la que partíamos, esto es, una que simplemente tuviese un contenido idéntico (o casi) al de la norma del artículo 502 CC, probablemente sería catalogada como derecho de naturaleza personal, con eficacia *inter partes*, por cuanto no constaría, con su sola redacción, voluntad alguna de las partes de otorgar al *ius retentionis* un alcance mayor que el de las propias partes contratantes, debiendo expresarse de algún modo la intención de que el derecho se extienda más allá de quienes contratan.

²⁰⁶ En esta misma línea, MORELL Y TERRY, «Comentarios a la Legislación Hipotecaria», I, *cit.*, p. 457, quien lo asimila a una anticresis o a una hipoteca –se entiende que con pacto anticrético.

No obstante, si se analiza este presunto derecho con eficacia real desde el punto de vista de la función económico-social que puede cumplir, los resultados que se alcanzarán con esa «retención» convencional serán seguramente muy desfavorables, al menos en comparación con el derecho de hipoteca, cuya constitución podía haberse previsto negocialmente si se buscaba asegurar al usufructuario el cobro de determinadas deudas. Básicamente, será la retención convencional una garantía que permitirá al acreedor mantener bajo su poder un inmueble, acaso de mucho valor, para asegurar el cobro de una deuda quizás poco cuantiosa en relación a ese valor, impidiendo de hecho la obtención o generación de riqueza, ya sea el retentor, ya el propietario, quien tome la iniciativa para gestionar la finca y obtener sus productos. Todos estos inconvenientes, que están en la base del auge adquirido por el derecho de hipoteca en los últimos siglos, serán insalvables en el derecho convencional que se analiza una vez admitida su licitud. De ahí, en última instancia, que el propio Camy, claro defensor de su licitud, afirme el escaso uso que en la práctica tendrá un derecho como el que se analiza²⁰⁷.

Para terminar este apartado, conviene hacer una última reflexión, de gran trascendencia, que además enlaza con las afirmaciones anteriores. Como han puesto de manifiesto certeramente algunos autores de la doctrina italiana²⁰⁸, no son en modo alguno parangonables un derecho de retención legal y una «retención convencional» creada por los particulares en negocio jurídico. La primera constituye una facultad excepcional concedida por el Ordenamiento jurídico, fruto seguramente de un residuo histórico, con la cual el retentor (acreedor) puede rechazar la pretensión del deudor, propietario de la cosa retenida, de recuperar la misma, impidiéndolo tanto extrajudicialmente como a través de cauces judiciales. En cambio, una retención pactada en contrato no puede ser equiparada a la anterior, por cuanto los particulares no pueden crear medios de

²⁰⁷ No obstante, dicho autor trata de circunscribir la utilización de esta retención convencional a los arrendamientos, como forma de prever el aseguramiento del cobro por las mejoras realizadas en la cosa, y cuya realización se previera ya en el mismo contrato de arrendamiento.

Sin embargo, en nuestra opinión, tales contratos serían «arrendamientos *ad meliorandum*», en los cuales habría que reconocerse implícitamente al arrendatario que hiciera esas mejoras un derecho de retención, sin necesidad de pacto, como derecho derivado de la buena fe contractual (art. 1258 CC), quizás por analogía con el poseedor de buena fe. El pacto entonces sería inútil. Sobre esta clase de arrendamientos, *vid.* IGLESIA MONJE, «El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales», Madrid, 1996, pp. 132 ss.

²⁰⁸ Concretamente, aquel sector de la doctrina italiana que defiende que la retención (legal) constituye un medio de autotutela otorgado por el Ordenamiento a determinados acreedores. *Vid.* al respecto de modo especial MEZZANOTTE, «Il diritto di ritenzione...», *cit.*, p. 15, recogiendo la tesis de D'AGNINO («Contributo allo studio della autotutela privata», Milano, 1983); SATURNO, «Il diritto di ritenzione», *cit.*, p. 83.

autotutela distintos de los establecidos legalmente²⁰⁹, sino, si acaso, derechos de garantía o de disfrute, típicos o atípicos, cuya función dependa de lo que los particulares hayan querido al constituirla²¹⁰. Eso automáticamente invita a su equiparación o asimilación a algunos de los derechos reales tipificados.

A la vista de lo anterior, el examen de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la retención convencional en general, en su traslación al caso de un usufructuario al que negocialmente se le proporciona la facultad de continuar detentado la finca, tras la extinción del usufructo, para conseguir el cobro de determinados gastos o reparaciones hechos en ella, no aporta argumento alguno favorable a una eficacia *erga omnes* de la retención (legal) del artículo 502. No hay duda de que una cláusula convencional que otorgue a un usufructuario la *facultas retentionis* del inmueble usufructuado puede ser inscribible en el Registro de la Propiedad, con las debidas cautelas derivadas de la prohibición del pacto comisorio, de la imposibilidad de alterar el orden de prelación de los créditos y, muy particularmente, del principio de especialidad, de enorme relevancia en este campo y no suficientemente ponderado^{211 212}. Ahora bien, la calificación registral que de tal pacto se haga no debe, a nuestro juicio, dar lugar a su catalogación como derecho real atípico de «retención», sino mas bien como derecho «típico» de garantía, en concreto, de anticresis²¹³ (con posibles peculiaridades). Pero, lo que es más importante, su aptitud para ser inscrito no condiciona ni influye de ningún modo en la posible eficacia *erga omnes* del derecho de retención legal ex artículo 502 CC,

²⁰⁹ Como ha dicho BETTI, *ob. cit.*, pp. 535-536, cuanto más se afirma en un régimen moderno la autoridad de los poderes públicos y el monopolio estatal de la tutela jurídica, tanto menos posibilidades tienen los particulares de establecer medidas de autotutela convencional.

²¹⁰ La autotutela constituye un fenómeno típicamente unilateral, nunca bilateral, que exige una admisión taxativa de la ley, y que no guarda ninguna relación con la autonomía privada, cuyo campo de actuación se limita a la creación, modificación o extinción de los derechos. *Vid.* MEZZANOTTE, p. 15. También en contra de una autotutela convencional en sentido estricto, LEIVA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 120 ss., quien prefiere considerar que ese pacto encerraría en su interior un derecho real de garantía, como la prenda.

²¹¹ Como el propio CAMY afirma en otro lugar («Comentarios...», vol. 4.º, 3.ª edic., Pamplona, 1983, p. 108) en relación a la inscripción de un usufructo con unas facultades o derechos distintos de los tipificados legalmente, en esos casos, «... será inexcusable la expresión detallada de cuáles sean aquéllas o éstos, dado que ésta será la única forma de conocer la extensión del derecho que se va a inscribir, pues en otro caso puede llegar a ser imposible su inscripción».

²¹² En Italia, es frecuente sostener que este tipo de pactos constituyendo una especial garantía como ésta de permitir al acreedor retener o preservar bajo su poder una cosa de su deudor que previamente ha poseído, sólo tiene eficacia *inter partes*. Así lo defienden, por ejemplo, MEZZANOTTE, *ob. cit.*, p. 63, o MONTESORI (citado por MEZZANOTTE, p. 63), para quien si la «retención» convencional recae sobre inmuebles, sólo será eficaz entre las partes contratantes.

²¹³ Así, BUTERA, «Del diritto di ritenzione», pp. 69-70, citado por MEZZANOTTE, p. 64.

por tener éste un fundamento y una naturaleza bien diversa a la de una hipotética retención convencional en favor del usufructuario.

d.3 *Sobre el valor de la retención no inscrita del ex usufructuario frente al dominio (inscrito) del tercer adquirente*

Visto, pues, que el derecho de retención del artículo 502 CC no va a tener acceso al Registro de la Propiedad, y que una retención de este tipo pactada en el negocio constitutivo del usufructo no incide en la posible eficacia *erga omnes* de aquél, procede plantearse un nuevo asunto: qué valor, qué efectividad real tendrá esa facultad retentoria establecida legalmente, y no inscrita, frente a un dominio del tercer adquirente, éste sí inscrito en el Registro tras el negocio transmisivo celebrado entre el deudor propietario y ese tercero. En concreto, conviene plantearse la cuestión en términos estrictamente hipotecarios y preguntarse si, a pesar de la inscripción practicada por el tercero que adquiere la propiedad de la finca retenida, puede de algún modo prevalecer el derecho del ex usufructuario. Aun cuando el tema pudiera parecer sencillo de responder, en cuanto fácilmente podría pensarse en una clara superioridad de lo inscrito en el Registro frente a lo no inscrito (el derecho de retención), no se puede olvidar que los principios y reglas hipotecarios no siempre tienen aplicación, ya que se exigen para que ello sea posible una serie de condiciones, que acaso no se cumplan en el caso que se analiza, y además existen supuestos excepcionales, admitidos por la doctrina y la jurisprudencia, en los que aquella idea de prevalencia de lo inscrito pudiera no tener vigencia. La disputa se plantea básicamente en la aplicación de las reglas y principios hipotecarios, de modo que sólo aclarando si la propiedad inscrita del adquirente tiene un valor jurídico-hipotecario superior al de un derecho de retención legal no inscrito podremos conocer, ya de manera definitiva, los resultados de ese conflicto de intereses que analizamos entre el retentor y el tercer adquirente, y dar por lo tanto un paso decisivo en la cuestión de la eficacia de la retención del artículo 502 CC .

En relación, pues, con ese asunto, los argumentos básicos van a girar alrededor de los siguientes puntos:

d.3.1 *La eficacia «erga omnes» de un derecho de retención publicado legalmente: la ley como modo de publicidad, y sus efectos frente a terceros*

Un argumento que el usufructuario puede esgrimir en defensa de la eficacia generalizada de su derecho, y por tanto oponible al

tercer adquirente inscrito de la finca retenida, es que nos encontramos ante un precepto legal, el artículo 502 del Código, que concede al retentor el derecho de retener la finca sin ningún tipo de limitación, ni temporal ni personal, y mientras no le sea reembolsado su crédito puede oponerse a la restitución del inmueble, aunque el que lo reclame sea un nuevo propietario, distinto de aquel que constituyó el usufructo. En suma, el retentor –cabría decir– dispone de una facultad concedida por la Ley misma, cuya publicidad viene dada por el hecho mismo de aparecer en los textos legales, no siendo precisa por tanto la constancia registral de ese derecho para ser oponible a terceros adquirentes que inscriban en el Registro su adquisición²¹⁴. La posición del retentor será entonces asimilable *mutatis mutandi* a los titulares de derechos reales o a los beneficiarios de restricciones del dominio (en provecho ajeno) dispuestos legalmente, tales como hipotecas legales, limitaciones legales del dominio («servidumbres legales», en terminología del Código) o prohibiciones de disponer de naturaleza legal²¹⁵, cuya virtualidad alcanza, según doctrina unánime, a todos, incluyendo a quienes inscriban en el Registro.

Sin embargo, esta manera de enfocar la cuestión no resulta acertada, a nuestro juicio. No son de ningún modo equiparables los supuestos antes citados de hipotecas o servidumbres legales, limitaciones legales del dominio o del condominio, etc., con la hipótesis que estamos analizando del derecho de retención reconocido legalmente. Cuando hay una «servidumbre legal» o una prohibición de disponer de carácter legal, su publicidad viene dada por la ley misma, y eso es así porque se trata de limitaciones de alcance general aplicables a toda clase de inmuebles; en suma, se trataría de restricciones o cargas inherentes al dominio de ese tipo de bienes, formando parte de su configuración legal. Por el contrario, la publicidad, en un caso dado, de una concreta deuda por gastos de reparación extraordinarios urgentes (art. 502 CC) hechos por el usufructuario no afecta a todo tipo de inmuebles objeto de usufructo, no es una limitación inherente a esos bienes y, por tanto, no se puede decir en sentido estricto que sea una carga que publica la ley. El conocimiento público de su existencia no será fruto de la propia ley, sino de la información que, en su caso, le proporcione el anti-

²¹⁴ Cfr. al respecto MORELL Y TERRY, «Comentarios a la Legislación Hipotecaria», I, *cit.*, p. 418, quien considera que el tercer adquirente que pretenda inscribir su adquisición en el Registro como libre de la «carga» que supone la retención, no podrá hacerlo porque la propiedad la habrá adquirido «con una limitación impuesta por la ley».

²¹⁵ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *ob. cit.*, vol. 1.º, p. 150, señala que cuando el derecho de retención lo atribuye la ley, requiriéndose solamente la situación de hecho descrita en la misma, no procederá la inscripción, y de permitirse, sería ésta innecesaria.

guo propietario al nuevo adquirente; luego no son dos modelos parangonables²¹⁶.

Junto a ello, todos los autores que han defendido la eficacia generalizada de las llamadas «servidumbres legales», incluso frente a lo inscrito y publicado por el Registro, lo han hecho refiriéndose exclusivamente a limitaciones o cargas impuestas legalmente por razón de su utilidad pública o comunal²¹⁷. No parece, pues, que esa eficacia pueda ser trasladable a un derecho de retención establecido legalmente en interés o provecho de un sujeto particular, como es el ex usufructuario. Por lo demás, la ley lo que hace en el artículo 502 es conceder a ese ex usufructuario una «facultad» de retener, que se podrá utilizar o no, por lo que la norma legal señalada no puede nunca dar publicidad de algo que no se sabe si se va a emplear o si está ya empleado²¹⁸.

En cuanto a la asimilación a, por ejemplo, las hipotecas legales tácitas, cuya eficacia viene marcada por la ley misma, y en donde es posible y frecuente que el nuevo dueño desconozca de hecho el gravamen legal (pues no todo inmueble estará gravado con estas hipotecas: puede que no haya gastos de comunidad impagados, o impuestos o seguros también sin pagar), tampoco parece factible, a pesar de su mayor proximidad. En las hipotecas legales nos hallamos ante casos absolutamente excepcionales de prevalencia de lo no inscrito (pero «publicado» legalmente) frente a lo inscrito, cuyo reconocimiento obedece a la intención del legislador de privilegiar a determinados acreedores, como casos extraordinarios que se salvan de la regla general de proscripción absoluta de las hipotecas no inscritas. Es altamente improbable que el legislador hipotecario (y civil) haya querido añadir una excepción más, y concebir a la retención inmobiliaria como una «carga» real más, que no precisa de inscripción, y que en consecuencia será oponible a terceros adquirentes. Nada más lejos de la realidad.

²¹⁶ Como certeramente ha señalado LÓPEZ LÓPEZ, «Retención y mandato», *cit.*, pp. 48-49, no se puede sostener que la retención tiene eficacia *erga omnes* por el hecho de venir atribuido por ley a determinados sujetos, ya que, en el fondo, todo fenómeno jurídico tiene su origen, más próximo o más remoto, en la ley; luego no se dice gran cosa con ese modo de razonar. Lo importante, a su juicio, es averiguar hasta dónde se extienden los efectos de ese reconocimiento normativo, y aquí es donde, pensamos, la ley peca por defecto, no pudiéndose llegar a la conclusión, sin otros datos favorables, de que se ha querido conceder a tal facultad una eficacia generalizada.

²¹⁷ *Vid.* a título de ejemplo, LACRUZ SANCHO, «Elementos de Derecho Civil, III bis», Derecho Inmobiliario Registral, Barcelona, 1984, p. 198-199.

²¹⁸ Téngase en cuenta que la mera tenencia de la finca tras la extinción del usufructo puede no ser debida a uso de la *facultas retentionis* concedida por el artículo 502, sino obedecer simplemente a una fase transitoria de no entrega o devolución de aquella, ya que no siempre que se extinga el usufructo, automáticamente y de manera inmediata, se va a devolver la finca. Nos estamos ya introduciendo en materia que será objeto del siguiente apartado (relaciones entre Registro y publicidad posesoria con detentación en concepto de retentor).

Este dato es muy importante por cuanto automáticamente lleva a la conclusión de que, cuando menos tratándose de retención de bienes inmuebles, y aun cuando al retentor se le otorguen facultades especiales de reembolsarse la deuda con los productos de la finca, no puede en modo alguno considerarse que el legislador haya querido proporcionar al titular de tal derecho una posición jurídica inatacable por cualquier otro sujeto interesado. Es poco coherente que se cree un Registro de la Propiedad para evitar los gravámenes ocultos sobre las fincas y se deje luego la puerta abierta, a la más mínima ocasión –como ésta de la retención–, para saltarse ese objetivo creando cargas o derechos reales que no precisen inscripción para ser eficaces frente a los titulares de derechos inscritos.

Por otro lado, admitir que la ley actúa como medio cualificado de publicidad de la garantía inherente al derecho de retener supone afectar gravemente al tráfico jurídico y provocar graves incertidumbres en el ámbito de la adquisición de inmuebles y de las garantías inmobiliarias. Como es de todos sabido, en materia hipotecaria rige el principio de especialidad, lo que acarrea que, por ejemplo, tratándose de hipotecas legales tácitas (v. gr., en favor del Estado, las Comunidades de Propietarios, etc.), la ley marque un tope máximo –aunque variable– de responsabilidad hipotecaria. Este principio básico no se daría si considerásemos el derecho de retención del usufructuario como una «garantía» –real o personal– con eficacia *erga omnes*, por cuanto no habría ni un plazo de duración prefijado²¹⁹ ni un tope determinado o determinable de responsabilidad recayente sobre la finca, de modo que podría resultar ilimitada la afectación del inmueble por los gastos de conservación, en perjuicio de terceros, ya sean terceros adquirentes o acreedores o titulares de derechos reales inscritos. Resultaría absurdo que un sistema hipotecario como el nuestro, tan preocupado por proporcionar absoluta claridad a posibles terceros acerca de la situación jurídica y de las restricciones referentes a los inmuebles, permitiese, con eficacia *erga omnes*, la existencia de una afectación real por cuantía ilimitada que no se encuentra reconocida por la Ley Hipotecaria como derecho o garantía especialmente preponderante respecto a otras garantías, éstas sí inscritas registralmente.

²¹⁹ Cfr. al respecto LÓPEZ LÓPEZ, A., «Retención y mandato», *cit.*, p. 44, quien se pregunta respecto del derecho de retención en general: «¿Qué entorpecimiento para el comercio no supondría la existencia, como derecho real nada menos, de una afectación de la cosa a deudas generalmente accesorias, de negocios ya cumplidos y ejecutados en sus líneas principales, sujeción sin necesidad de forma solemne alguna, y sin limitación de tiempo...? Ello implicaría una desmesurada tutela del interés de los derechos frente al interés del tráfico».

Conviene terminar este apartado con una breve referencia a las situaciones en que el Registro de la Propiedad publica, por haberse inscrito en su momento, el derecho de usufructo sobre la finca retenida cuando tal usufructo, ya extinguido, no ha sido cancelado. Aquí la retención legal no aparece directamente publicada por el Registro, pero sí indirectamente en cuanto que la inscripción del usufructo en favor del usufructuario acreedor bien puede suponer publicar *erga omnes* todo el régimen legal del usufructo, incluido por tanto la retención inherente a él, por razón de reparaciones extraordinarias. Habría una especie de combinación de la publicidad registral (indirecta) y de la publicidad legal.

Sin embargo, tampoco en estos casos goza el retentor de una posición privilegiada y preponderante frente al tercer adquirente. Nos parece que, en esta situación, el tercero que adquiere del propietario deudor no puede ampararse en los preceptos registrales para alegar la inoponibilidad de la retención. Desde el momento en que el Registro informa de la subsistencia de un derecho real de usufructo sobre una finca, el sujeto que pretenda adquirirla sabe o debe saber que la propiedad está limitada por un usufructo. La publicidad del usufructo inscrito conlleva, como ha dicho Roca Sastre²²⁰, la de su correspondiente estatuto jurídico, incluyendo, por supuesto, dentro de él la facultad retentora del inmueble por los gastos extraordinarios de conservación (art. 502). Así pues, parece coherente sostener que el adquirente de la finca, aun no siendo deudor –por ser imposible que pudiese asumir la deuda sin consentimiento del acreedor–, sí se considere afectado por la garantía inherente al derecho de retención²²¹.

Ahora bien, hemos partido de que el usufructo se encuentra inscrito en el Registro sin haber sido cancelado. Pues bien, no hay que olvidar que conforme al artículo 82.2 de la L. Hipotecaria, el asiento en el que consta el usufructo podría ser cancelado en cualquier momento por el titular inscrito del derecho de propiedad sobre la finca, habida cuenta que el usufructo quedó extinguido automáticamente por la llegada del término previsto (que, normalmente, suele ser el de la muerte del usufructuario). Por tanto, el nuevo adquirente de la finca, una vez que ha accedido al Registro su derecho de propiedad, podría libremente cancelar el usu-

²²⁰ ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», tomo I, 7.ª edic. Barcelona, 1979, pp. 351-352.

²²¹ Cabe, no obstante, la posibilidad de que el acreedor (retentor) acepte expresa o tácitamente el cambio de deudor en el caso de que el nuevo adquirente le ofrezca pagar la suma debida. De cualquier forma, habrá que estar al caso concreto, para determinar si el adquirente ha obrado como nuevo deudor, por existir consentimiento tácito del acreedor, o si, por contra, se trata de un pago hecho por tercero, a nuestro juicio, tercero interesado en el pago de la obligación del artículo 1210.3 del CC.

fructo a pesar de la existencia de la retención, en cuyo caso nos encontraríamos ante la segunda hipótesis posible, que analizamos a continuación. Junto a ello, conviene tener en cuenta que la retención ex artículo 502 CC no forma parte estrictamente del estatuto jurídico del usufructo, por ser la retención (y el crédito al que ésta va unido) un derecho que nace siempre después de extinguirse el usufructo.

d.3.2 *La publicidad inherente a la «posesión» (v. gr., la del retentor, poseedor de un inmueble) y la pugna entre la publicidad posesoria y la publicidad registral*

Cuestión distinta a la publicidad meramente legal derivada del mandato del artículo 502 CC sería lo concerniente a la eficacia de la publicidad inherente a la retención misma, esto es, la posesión pública de un inmueble. A este respecto, se podría considerar que cuando un tercero adquiere un bien inmueble que se encuentra en poder de alguien con un derecho a poseer (*ius possidendi*), v. gr., el retentor del artículo 502 CC, debería verse afectado por la publicidad que conlleva esa posesión en cuanto que conoció o debió conocer de su existencia²²². Planteando la cuestión en términos más técnicos, y pensando en un tercer adquirente que ha inscrito en el Registro su adquisición, consistiría en defender la oponibilidad frente al titular inscrito de una posesión externa y susceptible de ser conocida por terceros²²³.

Este punto de vista vendría abonado por la extensa línea doctrinal²²⁴ y jurisprudencial que, por ejemplo, en un ámbito tan próximo a éste como el de las servidumbres aparentes postula la oponi-

²²² Cfr. a título de ejemplo LEIVA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 160, quien expone esta misma idea de que la retención goza de la publicidad posesoria, razón por la que es oponible a terceros, quienes no podrán alegar desconocimiento.

²²³ Cfr. al respecto la opinión favorable a esta idea de VALLET DE GOYTISOLO, en «Estudios sobre derecho de cosas», *cit.*, p. 439, nota núm. 57.

²²⁴ Cfr. LACRUZ SANCHO, «Elementos...», *Derecho Inmobiliario Registral, cit.*, p. 198. En esta misma línea, ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., «Propiedad y constitución de servidumbres», Madrid, 1993, pp. 50 ss.; CRISTÓBAL MONTES, A., «Introducción al Derecho Inmobiliario registral», Zaragoza, 1986, p. 247; SANZ FERNÁNDEZ, «Instituciones de Derecho Hipotecario», tomo I, Madrid, 1947, p. 468. Por su parte, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español», Madrid, 1984, pp. 428 ss., al tratar de la constitución de servidumbres por signo aparente es partidario de considerar que la existencia de tales signos debe hacer presumir el conocimiento por el adquirente del derecho real limitado, salvo prueba en contrario. Igualmente, DEL ARCO TORRES-PONS GONZÁLEZ, «Régimen jurídico de las servidumbres», Granada, 1994, p. 178 (quienes asimilan y ponen al mismo nivel de eficacia la publicidad de los signos aparentes a la publicidad registral).

bilidad frente al titular inscrito del correspondiente derecho de servidumbre (aparente) no inscrito en el Registro, incluso habiendo éste actuado de buena fe (esto es, con creencia equivocada acerca de la veracidad de lo publicado en el Registro). Cuando el Registro no publique una servidumbre de esta clase pero existan «signos aparentes e indubitados» de la misma, tendrá aquélla, a juicio de dicha jurisprudencia, una «publicidad equivalente» a la inscripción (SSTS 27 junio y 23 octubre de 1980), hasta el punto de ser oponible al nuevo adquirente incluso si cumple las condiciones del artículo 34 L. Hipotecaria²²⁵. En realidad, esta doctrina jurisprudencial sobre la situación del titular de una servidumbre aparente no inscrita, aunque no idéntica a la derivada de una posesión con título (no inscrito), como es el caso aquí planteado con la retención ex artículo 502, se asemeja mucho a ella en cuanto que su razón de ser no es otra que la prevalencia de la publicidad material frente a la puramente formal del Registro, y dentro de la primera cabría incluir también, cómo no, a la posesoria. Así pues, tiene su lógica que la prevalencia de una posesión retentoria sobre una adquisición del dominio inscrita (aunque no acompañada de posesión efectiva) pretenda apoyarse, como lo hace la antes citada doctrina jurisprudencial, en datos reales más que formales.

Respecto a la cuestión de la pugna entre la publicidad posesoria y la publicidad formal o registral, recientemente se ha manifestado Álvarez Caperochipi²²⁶, quien ha propugnado la preponderancia de los datos materiales publicados por la posesión sobre lo publicado por el Registro. Apoyándose en una abundante cita jurisprudencial, ha sostenido que un sistema registral eficiente debe fundarse en la realidad material (la posesión), ya que con frecuencia se preconstituyen o preparan títulos para defraudar a los titulares reales de los derechos, de modo que no puede prevalecer lo inscrito, ya que en cualquier caso faltaría la necesaria diligencia del adquirente en la averiguación de los datos materiales (posesorios)²²⁷.

²²⁵ Esta conexión entre la jurisprudencia sobre la eficacia de las servidumbres aparentes respecto de la adquisición registral del tercero, por un lado, y la posesión como expresión de publicidad, la ha puesto de manifiesto el propio VALLET, *ob. cit.*, p. 444.

²²⁶ ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, «El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias», Granada, 1995, pp. 57 a 98.

²²⁷ Dice concretamente este autor: «... Por muchos títulos de propiedad fehacientes o indubitados que presente una persona, y por muy *a non domino* que sea su adquisición tabular, su derecho se enfrenta a la justicia de la protección del poseedor actual de la tierra, si su derecho está avalado por la detentación efectiva. El Registro es inadecuado para resolver por sí solo el conflicto entre títulos; las reglas formales de resolución de los conflictos entre títulos de propiedad tal como resultan de un derecho registral «puro»... conducen a injusticias notorias, porque el título puede preconstituirse en daño de terceros...» (p. 83). Y en otro lugar (p. 98) añade: «... Lo que se ve y se muestra pública y socialmente no puede

A nuestro juicio, sin embargo, una argumentación basada en esa doctrina jurisprudencial, y encaminada a propugnar una eficacia *erga omnes* de la retención posesoria ex artículo 502, no puede ser asumida en su totalidad, sino, en su caso, ser objeto de algunas matizaciones.

Partimos de una situación en donde el adquirente de la finca ha inscrito, al igual que en el caso anterior, su derecho de propiedad, pero con la particularidad de que en ese momento (inscripción del dominio) el usufructo o no estaba ya inscrito, porque el anterior propietario procedió previamente a su cancelación, o nunca llegó a acceder al Registro. Ahora se plantea en toda su crudeza el conflicto entre la publicidad registral y la publicidad exclusivamente posesoria. El adquirente tiene a su favor, y puede por tanto alegar, el principio de fe pública o, en su caso, el de inoponibilidad de lo inscrito, para defender que la posesión del retentor no le afecta y que tiene plena facultad para excluirle de la posesión de la finca. Por contra, el retentor alegará que en el momento de la enajenación del inmueble (así como en el de la inscripción del dominio) ostentaba una posesión pública sobre el mismo, susceptible de ser efectiva y oponible al adquirente a pesar de su falta de inscripción; ésta quedaría suplida por la publicidad posesoria, hasta el punto de hacer quebrar la buena fe del adquirente —quien ya no sería tercero hipotecario— o de impedir en general la eficacia de la publicidad registral.

En la pugna entre estos dos intereses, en principio protegibles en abstracto, creemos que la balanza se debe inclinar del lado del adquirente, al menos cuando reúna las condiciones para ser tercero hipotecario.

En primer lugar, las opiniones de A. Caperochipi respecto a la preponderancia de la posesión o realidad material sobre la registral no nos parecen convincentes. Si se analiza la tesis de este autor, se llega fácilmente a la conclusión de que su único y verdadero apoyo es una doctrina jurisprudencial, la cual por cierto es difícilmente trasladable a nuestro ámbito, ya que más bien afecta a las hipótesis de doble venta, y poco más. No convence tampoco dicho autor cuando afirma que la funcionalidad del Registro no es la prueba en la adquisición de la propiedad, sino la ordenación del crédito, contradiciendo abiertamente las afirmaciones vertidas por los legisladores en ese prodigio que fue la Exposición de Motivos de la Ley

ser desconocido... La realidad material puede ser conocida empleando una mínima diligencia porque la tierra clama por su dueño, y por ello no puede alegar buena fe quien no llegó a preocuparse de la realidad material».

Hipotecaria de 1861²²⁸. Pero, sobre todo, creemos que este autor confunde lo que es, por un lado, la necesaria conexión del Registro con la realidad material, para lo cual existen una serie de medidas que pueden adoptarse, y, por otro, la preponderancia de la publicidad posesoria sobre la registral: una cosa es que se procure aquella adecuación y conformación del Registro a la realidad fáctica, y otra muy distinta que sea designio claro del legislador hipotecario dar prioridad a los datos posesorios frente a lo publicado por los Libros del Registro. Sobre este asunto volveremos un poco más abajo.

Por otro lado, volviendo a la doctrina jurisprudencial sobre las servidumbres aparentes y su posible traslación al ámbito posesorio (y en consecuencia, también al de la retención ex artículo 502), creemos que se trata de una jurisprudencia bastante dudosa y que debe ser objeto de revisión²²⁹. Coincidimos con García García en que una cosa es la buena fe exigida por la Ley Hipotecaria en el artículo 34, y otra muy distinta añadir *ex novo* y sin base segura, como hace esa jurisprudencia, una excepción más al principio de fe pública registral, representado por las servidumbres aparentes. Además, la publicidad de estas servidumbres se basa en hechos o datos imprecisos, si no siempre —como afirma García García—, sí en la mayoría de las ocasiones, en cuanto que la presencia en la finca de, por ejemplo, un camino, un hueco en la pared o una acequia no son prueba palmaria e incontestable de la existencia de la servidumbre, pues pudieran haber sido dispuestos por el propietario mismo para el mejor servicio del fundo o bien constituir un hueco de mera tolerancia no constitutivo de derecho real. En última instancia, y como señala certeramente el autor citado, además de los peligros de esta orientación debe tenerse en cuenta que la realidad física en la que se basa esa apariencia siempre es imprecisa en cuanto al contenido y los efectos de ese presunto derecho de servidumbre²³⁰.

Por otra parte, quizás esta jurisprudencia no tenga directa aplicación al campo en el que nos movemos. No resulta del todo correcto equiparar una servidumbre aparente (piénsese en una servidumbre de acueducto, o en una de luces y vistas, por citar los

²²⁸ Exposición de Motivos que contiene afirmaciones tan claras como ésta: «... El crédito territorial... no puede prosperar y desenvolverse allí donde la propiedad, por efecto de las leyes que la rigen, no es una garantía indefectible de los préstamos. La propiedad no puede llenar cumplidamente este fin, mientras sea posible ocultar su verdadero estado; mientras no tengan completa y necesaria publicidad todas las cargas que pesan sobre ella; mientras duren en fin, las hipotecas tácitas y los gravámenes escondidos que afectan hoy al dominio de la tierra...».

²²⁹ Así lo defiende GARCÍA GARCÍA, J. M., «Derecho inmobiliario registral o hipotecario», tomo II, Madrid, 1993, pp. 223-224, quien considera que dicha jurisprudencia atenta contra el artículo 13 de la Ley Hipotecaria.

²³⁰ GARCÍA GARCÍA, «Derecho inmobiliario...», *cit.*, p. 224.

casos más usuales) a una situación posesoria como la del retentor del artículo 502²³¹. El retentor es un mero poseedor (con *ius possidendi* ciertamente, concedido por la ley), pero hay muchas modalidades de posesión, tantas como derechos reales o personales o situaciones fácticas con detentación física de una cosa, y la simple tenencia no manifiesta al adquirente el concepto en que posee, ... salvo que conste registralmente el título del poseedor²³². Aquí, el adquirente del inmueble ha obrado con diligencia, ya que no sólo ha confiado en el contenido del Registro (que era negativo en cuanto a la existencia de cargas), sino además en las informaciones facilitadas por el transmitente, quien también ha negado la presencia de las mismas²³³. El hecho de que el nuevo propietario hubiese comprobado sobre el terreno que en la finca se hallaba una persona ocupándose de ella no puede servir para destruir su posible buena fe, ya que razonablemente podría considerar que se trataba de un sujeto autorizado *ad hoc* por el transmitente, pero sin ninguna vinculación con el inmueble. Sobre esto volveremos más adelante.

Como puede comprobarse, la disputa de fondo es, en realidad, entre dos formas de publicidad (publicidad registral y publicidad posesoria). Lo cual nos lleva inexorablemente a profundizar un poco más en un tema general, como es el del fundamento último de nuestro sistema hipotecario, y en el valor que nuestro legislador ha querido realmente atribuir a la publicidad registral.

A este respecto, procede retroceder, aunque sea brevemente, a los orígenes de nuestro sistema hipotecario. Es cierto, como ha señalado Vallet de Goytisoló²³⁴, que originariamente «... el fin esencial del Registro fue dar publicidad a las limitaciones del domi-

²³¹ A juicio de MORENO TRUJILLO, «El régimen jurídico de las luces y vistas en el Derecho común español», *RDP*, febrero 1993, p. 154, «la apariencia (en las servidumbres) ... se ha de cifrar en la concurrencia de datos visibles permanentes y, además, que sean reveladores del uso de la servidumbre, apreciables éstos con una normal diligencia. Pero, aun así —añade—, es difícil de precisar la diferenciación, ya que la apariencia o inapariencia de la servidumbre no es un carácter intrínseco, permanente, rígido, invariable de cada uno de los tipos de servidumbre, lo que en esencia depende de las condiciones ambientales, espaciales, de circunstancias, en las cuales se disfruta su utilidad...».

²³² Como el propio A. CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, p. 95, reconoce, «...el título es un elemento decisivo en la prueba de la posesión...; y por otra parte, no puede haber posesión sin título porque la mera apariencia es una entidad abstracta que carece de contenido». Luego la posesión sin más, no proporciona certeza ni publica datos absolutamente fiables, siendo el título y su conocimiento público lo que da seguridad; de ahí, pues, la importancia del Registro y la razón de su preponderancia sobre la publicidad posesoria.

²³³ No entramos en este momento en si hubo o no ocultación dolosa de información por parte del transmitente, lo que podría repercutir, en su caso, en la posible nulidad del negocio por dolo (incluso por error) o en la responsabilidad por gravámenes ocultos (art. 1483 CC), aunque esto último podría ser bastante más dudoso.

²³⁴ VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», en *Estudios sobre derecho de cosas, cit.*, p. 409.

nio no dotadas intrínsecamente de visibilidad (censos, hipotecas, vinculaciones, fideicomisos...)», pero, como a continuación señala este autor, «se pretendió extender –y en muchas legislaciones se extendió– el Registro mucho más allá de lo que reclamaban las necesidades que provocaron su existencia», hasta el punto de convertirse en «el único órgano de publicidad». Quizás este objetivo último, que afectaría, por tanto, a cualquier carga que pesase sobre la propiedad inmobiliaria, incluidas todas las formas de posesión, no se logró plenamente al plasmarse en nuestros textos legales hipotecarios. Sin embargo, ello no puede ser, a nuestro juicio, un obstáculo para resolver la pugna entre el titular registral (tercer adquirente, normalmente de buena fe) y el poseedor no inscrito, haciendo caer de lado del primero la protección del Ordenamiento jurídico.

Como ha señalado recientemente el profesor Gordillo Cañas, nuestro sistema registral ha pretendido, siguiendo la inspiración originaria del modelo germánico, hacer del Registro una especie de duplicado de la antigua «Gewere», un elemento normalmente manifestador de la realidad, pero que cuando no coincide con lo que la realidad es configura una apariencia jurídicamente protegible²³⁵. «En relación con los inmuebles –sigue diciendo– se considera que la posesión pierde gran parte de su elocuencia manifestadora, y siendo aquí más hacedera la publicidad registral, se confía al Registro la función de hacer artificialmente cognoscibles por todos las situaciones jurídicas existentes»²³⁶. En nuestro sistema, la práctica de la inscripción no es elemento necesario de oponibilidad de los derechos reales, sino vehículo normal u ordinario de la misma; sin ella, la natural oponibilidad del derecho real se detiene ante el tercero de buena fe...²³⁷. Como el propio Prof. Gordillo ha dicho en otro lugar²³⁸, con el Registro se evita algo tan importante como la necesidad de efectuar comprobaciones del estado de los inmuebles, casi siempre difíciles y a veces prácticamente imposibles, propor-

²³⁵ GORDILLO CAÑAS, A., «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, II, 1994, p. 29.

²³⁶ GORDILLO CAÑAS, *ob. cit.*, pp. 77-78. Cita dicho autor en nota la opinión de J. González, para quien: «La posesión basta para legitimar a su autor, de suerte que es la forma reveladora de los derechos reales sobre los muebles. No pasa lo mismo con los inmuebles en los que la posesión no puede tener la misma importancia porque su ejercicio, exteriormente, no representa más que una parte mínima de la potestad de hecho que se puede adquirir sobre un predio... Y si la idea de la manifestación exterior de los derechos reales ha de ser consagrada, esto no es realizable más que instituyendo formas especiales por las cuales los derechos reales sobre los inmuebles pueden ser percibidos por los sentidos...».

²³⁷ GORDILLO CAÑAS, *ob. cit.*, p. 72.

²³⁸ GORDILLO CAÑAS, «Bases del Derecho de Cosas...», *cit.*, p. 559.

cionando un medio de publicidad más perfecto y creíble para la constatación de las situaciones jurídico-inmobiliarias a quienes adquieran de buena fe, que —añadimos nosotros— otras formas más rudimentarias e inseguras de publicidad, como la publicidad posesoria²³⁹.

Inexorablemente, procede, pues, referirse al concepto de «buena fe» como eje decisivo en la aplicación del artículo 34 L. Hipotecaria, y en admisión de excepciones al principio de fe pública.

Son diversos los conceptos de buena fe que utiliza la normativa hipotecaria. Teóricamente, el regulado en el artículo 34 L. Hipotecaria sigue una concepción meramente cognoscitiva de la inexactitud registral (téngase en cuenta la presunción posesoria del art. 38, aneja a cualquier derecho real inscrito, y que en caso de retención no se cumpliría), sin componente ético (o de diligencia exigible) alguno²⁴⁰.

Pero es que inclusive acogiendo el concepto más exigente de buena fe, el que se desprende del artículo 36 LH en relación a la usucapición *contra tabulas*, puede resultar difícil su infracción por el adquirente del inmueble retenido, cuando lo hace además a título oneroso e inscribe su adquisición en el Registro. ¿Qué nivel de diligencia cabe exigir a un adquirente en el conocimiento de las cargas y gravámenes preexistentes que pesan sobre la finca retenida? En primer lugar, cabe que el titular inscrito (el deudor propietario) no manifieste al adquirente la existencia de una retención: En estas circunstancias, la diligencia exigible al tercero que contrata con el propietario deudor para poder cumplir la exigencia legal es muy probable que se cumpla²⁴¹. Por lo pronto, se supone que debe haber

²³⁹ En esta misma dirección, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral», Univ. de Deusto, 1982, p. 31, ha dicho. «El hecho es que nuestro Código civil no contiene, respecto de los bienes inmuebles, una regla semejante a la que el artículo 464 formula para los muebles. Pero parece claro que los mismos argumentos que justifican las reglas legales de protección de la apariencia en el caso de los muebles bastan para mostrar la necesidad de alguna fórmula orientada a crear una "apariciencia" digna de tutela en lo que se refiere a los inmuebles y su tráfico. Esta fórmula, desechada como insuficiente la simple posesión, no puede ser otra que la de un Registro en el que se puedan inscribir, para conocimiento público, los acontecimientos real o potencialmente determinantes de un cambio en la titularidad de derechos reales u otras situaciones jurídicas que versen sobre los bienes inmuebles».

²⁴⁰ Así, entre otros muchos, RAGEL SÁNCHEZ, «Protección del tercero...», *cit.*, p. 168; SANZ FERNÁNDEZ, «Instituciones...», *cit.*, pp. 456 ss.

²⁴¹ De hecho, es perfectamente imaginable un desconocimiento excusable, y por tanto diligente, del adquirente o comprador cuando el propietario vendedor no informa u oculta la existencia de un gravamen, incluso inscrito en el Registro, dado que éste no proporciona conocimiento, sino una cognoscibilidad legal; ante la confianza generada por las informaciones dadas por el vendedor o enajenante. Esto es así —o puede serlo, según los casos—, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad por saneamiento de gravámenes ocultos. Cfr. al respecto COUTO GÁLVEZ, M. de, «Venta como libre de finca gravada», Madrid, 1996, p. 113, quien por cierto en ningún momento incluye al *ius retentionis* dentro de las posibles

examinado físicamente el inmueble, y, en principio, debería haberse percatado de que la finca estaba en manos de un tercero. Ahora bien, no siempre ese examen material del inmueble arrojará el resultado del conocimiento de la presencia de un tercero, pues puede que éste no se halle en ese momento detentándolo físicamente, con lo que habría buena fe al cumplirse el estándar de diligencia exigible.

Supongamos ahora que el tercer adquirente, en el examen de la finca anterior a la celebración del contrato, tiene conocimiento de que hay un tercero ocupando la misma²⁴². ¿Desaparece por ello la buena fe del adquirente? A nuestro juicio, no. Primordialmente porque la posesión puede darse en muchos conceptos, y el mero dato material de que la finca esté siendo detentada por un sujeto distinto del dueño no resuelve el problema jurídico de conocer el derecho que realmente se ostenta, y únicamente genera en el adquirente un estado de duda, de incertidumbre sobre una posible serie de cuestiones: a) duda sobre si se ostenta un derecho o se trata de una mera tenencia material transitoria, o en concepto de precario o de acto tolerado; b) si se ostenta algún derecho, duda sobre cuál es el derecho que se tiene²⁴³; y finalmente c) duda sobre el alcance, contenido y facultades del derecho, caso de conocerse de la existencia de un derecho de determinado tipo²⁴⁴. Ante esta perspectiva, ¿cuál será entonces la actitud diligente, exigible al tercero para poder considerarlo como de «buena fe», en esta concepción ética de la misma seguida en el artículo 36 LH? Básicamente consultar con el dueño, quien puede responder con evasivas, con falsedades o diciendo la verdad. La actitud dubitativa del tercero que adquiere el inmueble sólo puede resolverse, en última instancia, de un solo modo: acudiendo al lugar que proporciona la información más completa y presuntamente cierta de que disponen los particulares en nuestro Ordenamiento, a saber: el Registro de la Propiedad Inmobiliaria. Por tanto, la diligencia exigible al tercero que pretende adquirir una finca retenida termina con el acceso al Registro de la Propiedad y concluye con la publicidad inmobiliaria. Pero como

cargas o gravámenes a que se refiere el artículo 1483 CC, sobre saneamientos por vicios ocultos, recogiendo jurisprudencia del TS restrictiva al respecto (pp. 185-192).

²⁴² Por supuesto, se parte de la base de que ese «conocimiento» no pueda interpretarse, en un caso dado, como asentimiento o aceptación a la deuda pendiente de pago, es decir, como consentimiento tácito o por silencio a la asunción de deuda por el tercer adquirente; lo cual podría ocurrir en alguna ocasión.

²⁴³ Como ha señalado claramente NATOLI, «Il possesso», Milano, 1992, pp. 59-60, identificar los límites de relevancia de la situación posesoria no siempre es fácil, dada la posibilidad de que la actividad considerada entre en el esquema de este o aquel derecho.

²⁴⁴ Cfr. COUTO GALVEZ, *ob. cit.*, pp. 199-200, en relación al conocimiento del comprador en el artículo 1483 CC, opinión que no hay inconveniente en trasladar a este campo, en principio un tanto alejado del llamado saneamiento por gravámenes ocultos.

éste, el Registro, no va a publicar el derecho de retención legalmente reconocido al ex usufructuario en el artículo 502 CC, por las razones más arriba expuestas –salvo que se haya producido una anotación de embargo sobre la finca por el crédito que sirvió de causa a la facultad retentora–, resultará que, agotándose la diligencia del tercero en el acceso al Registro, su buena fe será indiscutible e irrefutable prácticamente siempre ²⁴⁵.

A la vista de lo anterior, lo que no se puede es, como ha hecho algún autor (Vallet) siguiendo esa concepción ética o diligente de la buena fe, situar el conflicto entre propiedad inscrita por tercer adquirente y posesión no inscrita, en unos términos muy restrictivos: cuando la posesión tiene publicidad –ha dicho Vallet–, es conocida o debe ser conocida por el tercero, y por tanto es oponible al mismo; sólo cuando el titular inscrito, por la índole de su derecho, no tropieza con la posesión y disfrute del poseedor extrarregistral, la ley le declara ileso y, por tanto, le permitiría oponer su buena fe ²⁴⁶. Está pensando claramente este autor en servidumbres muy concretas (no inscritas), acompañadas de una cierta posesión parcial de la cosa, que el adquirente pudo no haber conocido en la fase previa a la adquisición, por lo que respecto de ellas sí funcionaría la fe pública registral. Pues bien, a nuestro juicio, esta forma de plantear y resolver el antes señalado conflicto de intereses no es la más adecuada. No sólo en los casos de imposibilidad material de conocer la existencia de la servidumbre aparente, la pugna de intereses se resuelve en favor del titular inscrito, sino también en todos los casos antes señalados en los que la posible duda o incertidumbre sobre una situación posesoria con título (*ius possidendi*) y su posible eficacia real no pueda ser resuelta por el tercero diligente de otro modo que acudiendo a los datos registrales. No se puede olvidar que es al titular del derecho no inscrito –en nuestro caso, al

²⁴⁵ En esta misma línea, RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «Las garantías del contratista de inmuebles», Jaén, 1995, p. 59, para quien funcionaría el principio de inoponibilidad de lo no inscrito, siendo prioritario el dominio inscrito frente a la hipotética «carga», no inscrita, que supone la retención.

Vid. también MORELL Y TERRY, *ob. cit.*, p. 457.

²⁴⁶ VALLET DE GOYTISOLO, «Estudios...», *cit.*, p. 417. No son por lo demás relevantes, a pesar del énfasis que se pone en ellas, las palabras del autor en las que defiende a ultranza el dato posesorio frente a la publicidad registral de la adquisición por el tercero. «El propietario que posee y cultiva sus tierras, pero olvida su inscripción –afirma–, es diligente en lo sustancial, aunque negligia lo formal. En cambio, el tercer adquirente del titular inscrito y que a su vez inscribe, pero no se preocupó de examinar la finca, ni se interesó de su estado posesorio, será muy diligente en lo formal, pero habrá descuidado lo sustancial... No cabe duda que merece mil veces mayor protección el campesino que cultiva sus tierras, que las hace producir incorporándolas a la economía nacional..., que no aquel adquirente, probablemente especulador, que ...ni tan siquiera se ha dignado dar una mirada de comprensión al pedazo de la madre tierra que va a adquirir» (p. 413).

retentor ex artículo 502 CC— a quien le incumbe la carga de probar fehacientemente el conocimiento efectivo por el tercer adquirente de la existencia de aquella situación posesoria y —añadimos nosotros— de su exacto alcance y contenido; mientras esa prueba no se produzca habrá que presumir la buena fe del tercero y, en consecuencia, la inoponibilidad de la retención desde el punto de vista hipotecario²⁴⁷.

Pero, en última instancia, la tesis de la eficacia *erga omnes* de la retención (ya sea la del art. 502 o cualquier otra) contra el tercer adquirente que inscriba su adquisición en el Registro se topa con un obstáculo que, en el fondo, no es sino un prejuicio; y es precisamente eso lo que estamos tratando de evitar a lo largo de todo este trabajo. Nos referimos a que se está presuponiendo que un *ius retentionis* constituye una carga efectiva que pesa sobre el inmueble y que, por tanto, quien adquiere éste tiene un cierto deber de averiguar si la finca está o no limitada por tal derecho. Aun suponiendo que el tercer adquirente supiese que hay en la finca un poseedor (ex usufructuario), que su posesión procede justamente por una deuda impagada derivada de reparaciones extraordinarias, y que tal poseedor lo hace en concepto o con en título de «retentor», cabe imaginar que no haya mala fe del adquirente por ese motivo. Porque ante la inconcreción legal acerca de la figura del derecho de retención, bien puede entender o concebir ese tercero adquirente inscrito dicho derecho o facultad del retentor como algo distinto a una carga que grave la finca adquirida, esto es, en términos estrictamente personales, limitada, pues, su eficacia a las relaciones debitorias entre retentor y propietario enajenante, sin que por tanto afecte al tercer adquirente.

Como puede comprobarse, si se traslada toda la polémica al campo estrictamente hipotecario la conclusión que se obtiene es muy clara: el legislador no puede primar al retentor, sino que, en el conflicto de intereses entre éste y el tercer adquirente, ha de prevalecer la posición de este último, en tanto en cuanto haya cumplido los requisitos del artículo 34 LH, es decir, adquisición a título oneroso del titular registral, seguida de su inscripción en el Registro. Y en cuanto a la buena fe, habrá que presuponerla en todo caso, pues aun cuando sepa con certeza que hay en la finca un poseedor en concepto de retentor, su buena fe persistirá, ya que siempre podrá

²⁴⁷ Como ha dicho el T. Supremo en sentencia de 17 octubre 1989, la oponibilidad de un negocio jurídico o de una relación jurídica frente a terceros exige, o bien que dicho negocio (o acto) se acoja a la publicidad registral (cognoscibilidad legal), o bien que sea efectivamente conocido por los terceros y que se pruebe el hecho de ese conocimiento. Vid. RAGEL SÁNCHEZ, «Protección del tercero...», *cit.*, p. 101.

interpretar su posesión, ante las insuficiencias legales, como una posesión que no es oponible a terceros, sino únicamente al propietario deudor.

Claro que esta afirmación nos lleva a una conclusión última de mayor calado: la de la inoponibilidad de una posesión en concepto de retención a cualquier tercero adquirente de la finca retenida, tenga o no buena fe, haya adquirido o no a título oneroso. Dicho de otra manera, que a la vista de que no se ha demostrado que la retención sea oponible a terceros distintos del deudor (propietario, y mientras lo sea), hay que propugnar una prevalencia absoluta de la adquisición inscrita frente a la posesión retentoria. Quien adquiere confiando en lo que el Registro publica, debe ser defendido frente a un poseedor retentor no inscrito, no alcanzándole los efectos paralizadores de la retención sobre el inmueble adquirido. En realidad, tenemos en nuestra legislación civil e hipotecaria un ejemplo claro y significativo, aunque en un ámbito distinto, de lo que decimos. Se trata de la normativa sobre el arrendamiento y su inscripción en el Registro de la Propiedad. Tanto antes de la reforma de la LAU de 1994, que ha venido a dar acceso al Registro a todo tipo de arrendamientos de inmuebles, sin mayores exigencias, como antes de la misma, el legislador hipotecario ha venido regulando el conflicto de intereses entre el tercer adquirente que inscribe el dominio y el arrendatario de la finca. Aunque es cierto que se han dado en la jurisprudencia ciertas tendencias a priorizar al arrendatario, de lo que no cabe duda es de que, especialmente después de la LAU de 1994, el hecho de que la Ley Hipotecaria disponga la inscribibilidad de cualquier arrendamiento inmobiliario, sea o no urbano (y con la principal excepción de los arrendamientos de vivienda durante el período de los primeros cinco años: art. 14 LAU), es una prueba palpable de la incertidumbre derivada de la posesión arrendaticia (para nosotros, la posesión en concepto de retención) y, en consecuencia, acredita la intención del legislador de resolver esa duda o incertidumbre en favor siempre de lo inscrito, y nunca en favor de la apariencia generada por la posesión, la cual, por tanto, será inoponible a cualquier adquirente mientras no haya accedido al Registro el derecho que la sustenta²⁴⁸.

²⁴⁸ A este respecto, son significativas las recientes palabras de PAU PEDRÓN, «La protección del arrendamiento urbano», Madrid, 1995, pp. 60-61, quien, centrándose en la posición de quien adquiere de buena fe —es decir, cumpliendo las condiciones del artículo 34 LH— una finca gravada con arrendamiento no inscrito, señala: «Una adecuada valoración del Registro... exige un extremado rigor en apreciar únicamente el conocimiento seguro y pleno de situaciones jurídicas que existen al margen del Registro. Si se ha creado el Registro para simplificar y suplir las investigaciones jurídicas, no es lógico exigir investigación alguna al margen del Registro, ni siquiera cuando se tienen sospechas de que una

Volviendo ahora a la retención, hay que concluir que esa prevalencia de lo inscrito debe darse, a diferencia de lo que ocurre con el arrendamiento, inclusive aunque el adquirente conozca que el poseedor de la finca lo hace en concepto de retentor por el impago de las reparaciones extraordinarias, en virtud del artículo 502 CC; inclusive también aunque la adquisición se haya producido a título gratuito, pues no hay razón para dar primacía en estos casos a un poseedor en concepto de retentor frente a un adquirente gratuito que confió en que nada gravaba el inmueble²⁴⁹, ni siquiera un *ius retentionis* de muy incierta eficacia legal, que además no estaba inscrito²⁵⁰.

2.2 La posición del retentor ex usufructuario frente a los acreedores del propietario del inmueble retenido y frente a los titulares de otros derechos reales

Vistas las conclusiones extraídas del examen del conflicto entre el retentor ex usufructuario y la posición del tercero adquirente del inmueble retenido, procede a continuación un examen, aunque sea breve, del conflicto de intereses entre ese retentor y los demás sujetos susceptibles de verse afectados por una eficacia mayor o menor del *ius retentionis* regulado en el artículo 502 del Código civil. Sólo

determinada situación puede existir al margen del mismo. Permitir que se deposite la confianza en el Registro y a la vez se sospeche de su exactitud sería una incongruencia de la legislación hipotecaria y del sistema en su conjunto. En el caso de los inmuebles arrendados, la prueba frente a la presunción de buena fe del artículo 34 no debe considerarse simplificada o facilitada por el hecho de que el arrendamiento pueda tener una cierta publicidad por el contacto posesorio... La sospecha del adquirente sobre la existencia de arrendatarios no desvirtúa su buena fe ni —como se ha dicho— le obliga a realizar investigación alguna».

²⁴⁹ Excepcionalmente, habría que admitir la oponibilidad de esa retención posesoria ex artículo 502 frente a los adquirentes *mortis causa* a título universal como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1257 CC y habida cuenta el hecho de la idea generalizada de que todo heredero pasa a ocupar exactamente la misma posición jurídica que tenía su causante. Dado que el heredero o herederos suceden en la titularidad de la deuda que ostentaba el anterior propietario de la finca retenida, sus herederos se convertirán en nuevos deudores y, por tanto, en nuevos propietarios de aquélla, a los que les vinculará y será oponible la retención ejercida por el acreedor.

En la sucesión *mortis causa* a título particular, el sujeto que haya recibido el inmueble en concepto de legado no se verá afectado necesariamente por la retención ejercida por el ex usufructuario a menos que el título sucesorio le imponga la carga de asumir las deudas pendientes por reparaciones extraordinarias, lo cual se hará efectivo si el acreedor así lo consiente (pues, en caso contrario, el heredero o herederos serán los nuevos titulares de la deuda, aunque podrían luego, en las relaciones internas, reclamar su reembolso al legatario de la finca retenida).

²⁵⁰ Con esto no estamos defendiendo la aplicación de la llamada «tesis dualista» en relación a los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, pues nuestra postura no conduce necesariamente a ella. Somos firmes partidarios de la tesis monista clásica, a pesar de que existen autores de gran prestigio que defienden aquélla.

de este modo, y de nuevo siguiendo un estudio que prescindiera de criterios apriorísticos de solución, podremos extraer conclusiones ya sí definitivas sobre si la retención inmobiliaria del citado precepto legal tiene o no eficacia *erga omnes*, aun cuando pueda ser considerado como derecho puramente personal.

Analizaremos a continuación supuesto por supuesto, viendo qué principios informan nuestro ordenamiento en cada caso, a la hora de proteger unos u otros intereses, o de admitir una determinada eficacia a la retención de una finca, autorizada por la Ley en el artículo 502 del CC.

2.1.1 *El conflicto de intereses entre el retentor del artículo 502 y los otros acreedores del propietario deudor*

En este campo, la mayoría de los autores, estudiosos de la retención en general, no han dudado en otorgar al retentor una posición no preeminente respecto de los demás acreedores del propietario deudor. El argumento general es obvio: el derecho de retención no constituye un verdadero privilegio de cobro que sea por tanto oponible a los restantes acreedores del propietario de la finca retenida (el deudor)²⁵¹. El carácter restrictivo de los privilegios contenidos en los artículos 1921 ss. del Código civil impide incluir dentro del elenco a un derecho tan poco preciso como la retención. Ésta, en consecuencia, no puede jugar en las situaciones de quiebra del propietario como causa de separación del bien de la masa de la quiebra. Tampoco se le prohíbe, por el solo hecho de la retención, el embargo de la cosa retenida por cualquiera de los demás acreedores, con la subsiguiente ejecución y venta en subasta del inmueble²⁵².

Todos estos efectos de la retención constituyen una consecuencia lógica de las tesis hasta aquí defendidas, siendo en realidad su corolario. Resulta, por contra, incomprensible el ímprobo esfuerzo de los partidarios de la eficacia *erga omnes* de la retención, quienes llevados por la inercia de defender que el *ius retentionis* debe tener como efecto natural su oponibilidad frente a cualquier tercero, sea un nuevo adquirente, sea el resto de los acreedores del deudor pro-

²⁵¹ Cfr., a título meramente indicativo, SANCHO REBULLIDA, «La facultad...», *cit.*, p. 256; BONET RAMÓN, «Anotaciones a la STS 24 de junio de 1941», en *Rev. Derecho Privado*, 1941, p. 418; SATURNO, «Diritto di ritenzione...», *cit.*, p. 45; DERRIDA, *ob. cit.*, p. 181.

En contra, SABATER BAYLE, *ob. cit.*, p. 99.

²⁵² Cfr. DERRIDA, *ob. cit.*, p. 182, respecto del Derecho francés (aunque considera que no por eso podrá ponerse en poder y posesión de la cosa al adjudicatario de la misma tras la ejecución y venta en pública subasta).

pietario, fuerzan su eficacia hasta el punto de sostener el carácter privilegiado del derecho e incluso el de servir de obstáculo a cualquier ejecución singular o colectiva del inmueble.

En realidad, la defensa a ultranza de la eficacia de la retención ex artículo 502 (o cualquiera otra) frente a cualquier acreedor del propietario de la finca retenida se apoya en la idea más arriba criticada de la «garantía natural» del derecho, que debe conducir, para no desvirtuarlo, a hacerlo oponible a todos, impidiendo por tanto el embargo y subsiguiente ejecución por los otros acreedores a menos que se le satisfaga su crédito. Pero como ha puesto de manifiesto Saturno²⁵³, una tal ilimitada eficacia consentirá al deudor sustraer fácilmente un bien propio a la ejecución forzosa constituyendo sobre él un crédito asistido del derecho de retención, burlando las expectativas de los restantes acreedores.

No hay base legal en nuestro Ordenamiento para sostener una eficacia de la retención frente a la posible ejecución forzosa de los restantes acreedores. La idea abstracta de la retención como derecho que debe tener una virtualidad más allá de las relaciones personales retentor-deudor no sirve por carecer de apoyatura legal. En cambio, sí que existe una base legal clara para que los restantes acreedores del propietario, como cualquier otro acreedor, puedan embargar y ejecutar un bien que siempre ha sido de propiedad de su deudor común, en uso de los preceptos procesales pertinentes, pues la retención no implica en ningún caso –ni siquiera en aquellos ordenamientos en que dicho derecho lleva aparejado un privilegio– «la sustracción del bien retenido del patrimonio del deudor ni determina la inexpropiabilidad (inembargabilidad)» del mismo²⁵⁴. Así pues, en tales circunstancias, la forma normal de oposición del retentor a esta actitud no será otra que la de ejercitar una tercería. Pero siendo tercería de dominio debería demostrar la propiedad sobre la cosa, lo que en ningún momento podrá hacer. Tratándose de la otra opción, la tercería de mejor derecho tendrá que acreditar el carácter preferente de su derecho de crédito, siendo en este asunto obvio que los artículos 1921 ss. del Código civil –a salvo de lo que a continuación se dirá– no otorgan preferencia de cobro al titular de un derecho de retención²⁵⁵. Luego la eficacia de la retención ex artículo 502 CC no puede alcanzar a los demás acreedores del propietario deudor, por no existir ni un cauce procesal oportuno

²⁵³ SATURNO, «Diritto di ritenzione...», *cit.*, p. 45.

²⁵⁴ BONGIORNO, «Profili sistematici...», *cit.*, p. 458.

²⁵⁵ En la misma línea de rechazar el uso por el retentor de las tercerías, de dominio o de mejor derecho, se expresa LÓPEZ LÓPEZ, «Retención...», *cit.*, p. 63, recogiendo la opinión de Almagro Nosete.

para esgrimir el *ius retentionis* ni un apoyo sustantivo en el Código que le otorgue preferencia para el cobro.

Algún autor²⁵⁶ ha sostenido que la retención es eficaz frente a los acreedores del deudor en cuanto el embargo y subsiguiente ejecución que éstos realicen de la finca retenida no le afectará, pues aquéllos, a la hora de ejecutar, no podrán sustraerse al hecho mismo de que el inmueble está siendo retenido por otro y la ejecución no le podrá afectar. Esta tesis, sin embargo, además de constituir una petición de principio en cuanto que presupone, como más arriba se dijo, otorgar un valor a la posesión retentoria que habría de probar con apoyo en la ley, implica una consecuencia inaceptable: la de otorgar al retentor una posición jurídica absolutamente preeminente e inatacable, superior incluso a la de titulares de derechos reales inscritos (v. gr., hipotecas posteriores al crédito –preferente– que sirve de base a aquella ejecución), lo cual parece un efecto altamente improbable en nuestro Ordenamiento jurídico.

Si el tema se analiza desde la perspectiva de la retención ex artículo 502 como modo o manifestación de autotutela del acreedor, la conclusión será la misma. Como ha destacado Bongiorno al analizar los distintos supuestos de autotutela ejecutiva –siendo la retención un caso de autotutela llamada preventiva pasiva, y no ejecutiva–, y habida cuenta de que el Estado ostenta el monopolio de la justicia, inclusive en el caso de que la realización de los derechos es confiada a los particulares, los medios de autotutela no deben acarrear de ningún modo –ni siquiera los «ejecutivos»– perjuicio a aquellos acreedores concurrentes dotados de mayor preferencia en relación a quien ostentaba esa autotutela²⁵⁷. Resulta, por tanto, coherente con ese monopolio estatal de la tutela de los derechos que los excepcionales y residuales supuestos de autotutela subsistentes en nuestra legislación no lleguen a tener una eficacia tan ilimitada que se ocasione con ello una lesión de los restantes acreedores, quienes tienen derecho a que el Estado les proteja y tutele siguiendo los criterios generales (privilegios o *par conditio*), sin hacer excepciones por razón de autotutela. Ésta debe, pues, quedar reducida al ámbito de las relaciones personales entre acreedor y deudor.

Señalar, en última instancia, que no hay tampoco base legal ninguna que permita a un retentor dejar fuera de la masa de la quiebra el bien objeto de retención. Al respecto, López y López, a quien

²⁵⁶ SATURNO, «Il diritto di ritenzione...», *cit.*, pp. 74-75, quien usa el conocido adagio *nemo plus iuris in alium transferre...* para hacer oponible a los acreedores la carga o limitación del dominio que supone cualquier retención legal de bienes.

²⁵⁷ BONGIORNO, «Profili...», *cit.*, p. 453.

nos adherimos una vez más, ha sostenido una postura negativa por la comparación con la posición mucho más relevante y poderosa del acreedor pignoraticio, quien sólo puede separar el bien pignorado y ejecutarlo por separado si la prenda se constituyó por escritura pública o en póliza intervenida por Agente o Corredor²⁵⁸. Por lo demás, una cuestión tan crucial como ésta debería haberla resuelto de forma clara y contundente nuestro legislador. La ausencia de tal apoyatura legal debe inclinarnos por la solución negativa ante la índole absolutamente restrictiva de las excepciones a la ejecución universal.

Hay, no obstante, un aspecto en el que no ha pensado la doctrina (española) estudiosa de la retención, en cuanto a la eficacia del derecho del retenedor frente a otros acreedores del deudor común (el propietario de la finca), en especial en el campo de la retención en el usufructo (art. 502 CC). Se trata del origen del crédito del retenedor, que no es otro que la realización de obras de conservación sobre la finca. Ello hace pensar casi inmediatamente en que el crédito del ex usufructuario bien podría ser considerado como un crédito refaccionario, y en consecuencia gozar frente a los restantes acreedores del privilegio inherente a esta clase de derechos, tal como dispone el artículo 1923.3 y 5 CC²⁵⁹.

Para aceptar esta idea habría antes que argumentar sobre su consideración como crédito refaccionario, pues es sabido que, históricamente, tal denominación estaba restringida a los préstamos de dinero para la refacción de inmuebles. Sin embargo, no cabe ocultar que la jurisprudencia más reciente ha consolidado ya la tesis de que dentro de ese concepto se incluyen también los gastos hechos, por ejemplo, por el contratista de inmuebles para «rehacer» o simplemente «construir» donde antes no había nada²⁶⁰. Esta línea jurisprudencial amplia apoyaría fácilmente el criterio favorable a incluir también al usufructuario que hizo obras de reparación necesarias y urgentes en la finca²⁶¹.

²⁵⁸ LÓPEZ LÓPEZ, «Retención...», *cit.*, p. 66-67.

²⁵⁹ Como ha dicho recientemente MEZZANOTTE, *ob. cit.*, p. 76, «a través de la retención se procura tutelar la posición de quien ha aportado a la cosa mejoras o adiciones de los cuales se aprovechará el titular del derecho sobre la cosa...». Si bien se piensa, este fundamento es el mismo utilizado clásicamente para justificar la concesión a los constructores o a quien prestan para la refacción, del conocido privilegio por «créditos refaccionarios».

En España, ha defendido esta postura, aunque referida a la retención del artículo 453 CC, y sólo respecto de bienes muebles, DÍAZ ROMERO, «Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio», *cit.*, p. 99-100.

²⁶⁰ *Vid.* entre otras las sentencias del T. Supremo de 26 de marzo de 1976, 30 de marzo de 1990.

²⁶¹ *Vid.* al respecto el clásico trabajo de DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Los créditos derivados del contrato de obra», Madrid, 1977, iniciador de la tendencia doctrinal favorable a la consideración como refaccionarios de los contratistas de obras. Igualmente, GULLÓN BALLE-

La defensa de esta postura partidaria de considerar al retentor ex artículo 502 como acreedor refaccionario, y por tanto privilegio, ha de ser matizada. En primer lugar, en el sentido de que el privilegio de que gozaría tal retentor no sería demasiado potente en cuanto que, al no haberse inscrito su derecho (lo que será lo más normal, como vimos), ocuparía una posición secundaria en relación a otros acreedores más privilegiados (los acreedores hipotecarios, anticre- sistas, embargantes —con algunos matices— y los refaccionarios ins- critos).

Pero, sobre todo, de nuevo surge un dato relevante que echa por tierra la pretendida eficacia de la retención frente a terceros, en este caso los acreedores del deudor propietario, a saber: que esa presun- ta posición de privilegio del ex usufructuario ha nacido del crédito mismo por las reparaciones extraordinarias urgentes y no por el hecho de ser retentor. Así pues, el ex usufructuario gozará de tal privilegio, caso de admitirse, incluso aunque no ostente un *ius retentionis* sobre la cosa, pues, como es sabido, será facultativo para él el uso de tal derecho concedido por el artículo 502 CC. Luego parece obvio que la retención legal ex artículo 502 no otorga al retentor una posición preeminente frente a los demás acreedores, fuera del hecho de que, al ser hipotéticamente «acreedor refaccio- nario», goce frente a aquéllos del privilegio propio de estos crédi- tos, utilice o no la retención prevista en la norma.

2.1.2 *El conflicto entre retentor ex artículo 502 y otros titulares de derechos reales, inscritos o no (servidumbres, superficies, otros usufructos, etc.)*

Se trata ahora de dilucidar qué solución dar al problema plan- teado en el caso de que exista sobre el inmueble objeto de reten- ción, algún otro derecho real distinto del propio usufructo que legi- timó la retención. Sería, por ejemplo, la existencia de un nuevo usufructo, algún derecho de censo o superficie, etc., siendo estos derechos reales inscritos en el Registro. El problema sólo se plan-

TEROS «La prelación de créditos en el Código civil», Barcelona, 1962, p. 87; DEL ARCO- PONS, «Derecho de la construcción», Jaén, 1980, pp. 347 ss.; ROJO AJURÍA, comentario a la STS 21 mayo 1987, en *CCJC*, núm.14, abril-agosto 1987, pp. 4642 ss.; CORDERO LOBATO, «La jurisprudencia relativa a los privilegios del crédito salarial. En particular el crédito salarial refaccionario del artículo 32.2 del Estatuto de los trabajadores», *ADC*, 1993, IV, pp. 1923 ss.

Vid. también, recientemente, RUIZ-RICO RUIZ, «Las garantías del contratista de inmue- bles», *cit.*, pp. 13 a 45, quien sin embargo ha defendido la postura contraria a la seguida por la jurisprudencia reciente, propugnando la exclusión de los contratistas de inmuebles para la erección de un edificio nuevo, del ámbito de los créditos «refaccionarios» (art. 1922.3 y 5 CC).

teará, en principio, cuando se trate de derechos reales que conlleven posesión de la cosa, siendo, por tanto, incompatibles con la retención.

Caso de encontrarse el derecho de usufructo inscrito en el Registro, y aún no cancelado, el Registrador denegaría la inscripción de otro derecho real incompatible con el inscrito, y la cuestión se saldaría a favor del retentor.

No hallándose inscrito en el Registro el derecho real de usufructo, o habiendo sido ya cancelado pero existiendo retención, ¿qué ocurre con los derechos reales incompatibles con el mismo que se inscriban con posterioridad?

Se debería aplicar la misma solución que cuando analizábamos el caso de que un tercero adquiriese la finca sin constar inscrito el derecho de retención. Se trata aquí de la adquisición de un derecho real (aunque no sea el de propiedad) por un tercero que, amparado en la fe pública registral de que la finca consta como libre de cargas, adquiere un derecho real sobre la misma.

2.3 Conclusiones finales

A la vista de lo expuesto a lo largo de este último bloque, no cabe sino llegar a la indiscutible conclusión de que la retención de inmuebles, y en concreto su manifestación legal más clara en el Ordenamiento español, la del artículo 502.3 del CC, carece de eficacia *erga omnes*, como han venido sosteniendo diversos autores sobre la base de concepciones diversas y variadas acerca de su naturaleza jurídica. Nosotros hemos querido prescindir de juicios apriorísticos, basados justamente en esa presunta «naturaleza jurídica», para, partiendo de un derecho no clasificado en ninguno de los dos grandes bloques de derechos subjetivos patrimoniales, examinar con toda libertad –toda la que permite la metodología investigadora, en un asunto como éste, en el que la doctrina se ha explayado desde hace muchos años– el verdadero contenido y eficacia de ese derecho otorgado al ex usufructuario por las reparaciones extraordinarias urgentes hechas en la finca y no satisfechas por su propietario a la extinción del usufructo.

La conclusión última que podemos extraer es que dicha facultad de retener no puede ser oponible a terceros distintos del propietario deudor (y sus causahabientes a título universal *mortis causa*). Nos hemos movido todo el tiempo en el ámbito de la retención de bienes inmuebles, y especialmente en el de los inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad por terceros adquirentes, y en éste, hemos concluido que la prevalencia absoluta de la publicidad regis-

tral sobre la puramente posesoria conduce al resultado de rechazar la oponibilidad de la retención inmobiliaria frente a cualquier tercero que adquiera la finca y la inscriba en el Registro. Del mismo modo, los acreedores del deudor (propietario de la finca) no deben verse afectados por la retención del ex usufructuario más de lo que se pueden ver afectados por la posición que respecto de la finca ocupa el crédito mismo con base en el cual se otorga por ley el derecho de retener. En este sentido, y siempre y cuando se admita la consideración como «refaccionarios» de los créditos de quienes rehacen o construyen edificios o partes de los mismos, se podrá otorgar al retentor ex artículo 502 una posición relativamente privilegiada frente a los demás acreedores del deudor: la preferencia del artículo 1923.5 de los acreedores refaccionarios no inscritos ni anotados en el Registro.

Estas conclusiones no tienen que verse empañadas por el hecho de que los terceros afectados, ya sean el tercer adquirente de la finca, u otros acreedores o titulares de derechos reales sobre el inmueble, no hayan inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad. Las reglas y principios que rigen la inscripción registral y la eficacia de esta forma de publicidad sirven para reforzar argumentalmente la posición de aquellos sujetos frente al titular del derecho de retención, pero la conclusión defendida es prácticamente igual de válida si no hubo inscripción registral. Son válidos a tal fin todos los argumentos expuestos en su momento en los que no se aludía a la eficacia registral, y que en definitiva demuestran que en el Derecho español, a diferencia de otros ordenamientos de nuestro entorno, que han dado un mayor realce y efectividad al *ius retentionis* (en todo caso, o en supuestos especiales), hay al menos un dato incontestable: que no existen razones o argumentos *de lege lata* para sostener la eficacia *erga omnes* del derecho de retención concedido al ex usufructuario (y probablemente, de cualquier otro derecho de retención legal reconocido en nuestras leyes civiles comunes). En suma, la razón más poderosa para defender que la retención carece de eficacia generalizada y que, por tanto, es eficaz sólo *inter partes*, es justamente su carencia total de argumentos válidos para apoyar la eficacia *erga omnes*. El hecho de situarnos, como hemos intentado hacer, en un campo como el de las garantías reales o con eficacia real o *erga omnes*, obligaba a buscar apoyos y argumentos, del tipo que sea (históricos, lógicos, sistemáticos, etc.), para propugnarla en el derecho de retención del artículo 502. Al no encontrarlos, o al desecharlos por apriorísticos, ilógicos o insuficientemente asentados, no cabe otro remedio que construir ese derecho como un derecho o facultad con alcance puramente pose-

sorio, y limitado al deudor propietario y sus causahabientes universales (art. 1257 CC).

El precepto analizado –art. 502 CC– emplea el término «finca», y nos hemos limitado a ese objeto a la hora de tratar acerca de la eficacia de la retención allí concedida. No creemos, en última instancia, que nuestras conclusiones deban de variar por el hecho de que se admita, utilizando la analogía, que también la retención del ex usufructuario puede afectar a bienes muebles al poder recaer un derecho de usufructo también sobre bienes muebles concretos y determinados. Las razones son las mismas, aunque obviamente no las concernientes a la eficacia de la publicidad registral.

Breves reflexiones sobre las adquisiciones *a non domino* de inmuebles en el Ordenamiento alemán

DRA. CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ
Profesora Titular
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. *Preliminares.*—2. *Regulación de las adquisiciones a non domino en el Derecho alemán.*—3. *Acuerdo e inscripción, requisitos de la mutación jurídico-real: excepciones.*—4. *A propósito de la publicidad registral germánica.*—5. *Función real de la publicidad: crisis de la abstracción e inscripción constitutiva:* 5.1 Breve alusión a la crisis del principio de abstracción; 5.2 Un sistema puro de publicidad.—6. *Adquisición de un no titular en el Derecho alemán: presunción de veracidad del Registro de la Propiedad.*—7. *La protección de la buena fe como adquisición a non domino.*—8. *Realidades comparadas.*—9. *Recapitulación de ideas:* 9.1 A propósito de la abstracción. 9.2 A propósito del carácter de la inscripción. 9.3 A propósito de la buena fe y las adquisiciones *a non domino*. 9.4 A propósito de la publicidad y la eficacia.

1. PRELIMINARES

«Vislumbrar la unidad dentro de la variedad y encontrar las razones de las distintas variedades constituye la tarea que ha de rematar todo estudio comparativo fecundo»¹. Se trata de hacer un comparatismo de acercamiento que deje de ser una búsqueda de diferencias entre legislaciones para convertirse en inteligente invención de principios comunes². El Derecho registral es una rama del Derecho que siempre se ha prestado al método comparativo, aun-

¹ Cfr. CARRETERO GARCÍA, «Retorno al artículo 606», *RDR* 1984, p. 55; tb. RCDI 1965.

² *Vid.* CARRETERO GARCÍA, «La inexactitud registral (Derecho Comparado)», Ponencias y comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho Registral, publicadas por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid 1983, p. 378.

que, quizás, esta tendencia pueda verse cercenada en materias como la transmisión del dominio, la constitución de los derechos reales y valor de la inscripción, que, en principio, parecen mostrar divergencias más aparentes que reales.

Es sabido que cada país tiene el régimen registral que su tradición histórica, evolución legislativa y necesidades de protección le han impuesto, aunque es de admitir la existencia de unos puntos de contacto, ya que si todos los sistemas registrales parten de la necesidad de protección, hay que aceptar que la seguridad jurídica de los derechos y la publicidad de los mismos son elementos comunes en los diferentes sistemas³.

Seguridad y publicidad son, pues, las dos premisas básicas y comunes a todos los sistemas registrales, diferenciados en sus normativas y forma de entenderlas⁴. El análisis del sistema adquisitivo alemán en materia de inmuebles tiene justificación en la medida en que, como apunta Díez-Picazo, los Registros inmobiliarios son todos de origen germánico (la posible excepción puede estar en el sistema inglés) y su tradición se encuentra en las ciudades alemanas de la Edad Media⁵. Basado nuestro sistema en el mismo, aunque con peculiaridades propias⁶, razón es que sea aquél objeto no sólo de estudio, sino en este caso de una valoración crítica, partiendo de los dos elementos o premisas comunes: seguridad y publicidad, fundamento ambas de las adquisiciones a *non domino*⁷.

Con el análisis del referido sistema pretendemos determinar si, partiendo de su complejo modo de transmisión de la propiedad y

³ Como ha referido PAU PEDRÓN —«La comparación en Derecho registral». Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero. Madrid, 1985, p. 1048—, desde la perspectiva del Derecho registral comparado deben buscarse las soluciones al problema de la seguridad jurídica inmobiliaria.

⁴ Ha sido constatado que la publicidad inmueble es tan antigua como la misma propiedad a la que sirve, respondiendo su existencia a la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico inmobiliario. Cfr. MORO SERRANO, «Los orígenes de la publicidad inmobiliaria», *RCDI*, 1991, p. 571.

⁵ Vid. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión*. Madrid 1995, 4.ª edic., p. 306; *Sistema de Derecho Civil. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*. Madrid 1998, vol. III, 6.ª edic., p. 270.

⁶ Conocidas son las posiciones doctrinales que sobre este punto se han mantenido remitiéndonos para su consulta a la bibliografía citada en las notas 52 y 53. Por su parte, VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*. Coordinado por López López/Montés Penadés. Valencia 1994, p. 777, considera que las experiencias extranjeras, concretamente la francesa y la alemana, ayudan a comprender y valorar el sistema inmobiliario registral español, en cuya elaboración, como en otros campos del Derecho, se han tenido en cuenta.

⁷ El Derecho alemán admite la existencia de las llamadas adquisiciones a *non domino* a diferencia de lo que ocurre en el Derecho francés. Vid. al respecto TROPLONG, *Droit Civil espiqué. Privilèges et hypothèques*. Paris 1864, p. 355.

su sistema de publicidad se logra un mayor acercamiento entre las realidades registral y extrarregistral, ofreciendo, en consecuencia, una mayor seguridad al tráfico jurídico inmobiliario. Es decir, si por la existencia de un Registro llevado por fincas y de una inscripción sometida a un control cualificado, la protección otorgada al tercero que adquiere confiado en la apariencia registral es total; o, si por el contrario, su obsesión por «hacer coincidir a la apariencia con la realidad hasta subordinar ésta al instrumento que la publica» lo ha llevado a una total desfiguración desligada de lo que fue su inspiración originaria: la *gewere* ⁸.

En nuestra opinión, todo sistema registral debe buscar la exactitud, adoptar los medios idóneos para lograr la mayor concordancia posible entre Registro y realidad jurídica, ya que así será posible que «la inexactitud registral quede reducida a un excepcional mínimo» ⁹, pudiendo, en tal caso, «la Ley decidirse a sentar presunciones de exactitud» ¹⁰.

2. REGULACIÓN DE LAS ADQUISICIONES A NON DOMINO EN EL DERECHO ALEMÁN

La publicidad registral como el medio de manifestación de la propiedad y derechos reales inmobiliarios y de cuya apariencia son protegidos los terceros adquirentes de buena fe, permitiendo las adquisiciones *a non domino*, aparece regulada en el § 892 BGB, siendo los aspectos formales objeto de desarrollo en la Ordenanza del Registro (GBO) de 24 de marzo de 1897 y su reforma posterior de 5 de agosto de 1935.

Consideraciones de seguridad jurídica y protección del tráfico han hecho que en el Ordenamiento alemán la balanza, en el conflicto de intereses que toda adquisición *a non domino* implica se incli-

⁸ Cfr. GORDILLO CAÑAS, «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica», *ADC* 1994, p. 29.

⁹ Esta ha sido una de las causas que ha motivado la reforma del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria. En la Exposición de Motivos del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, se establece que: «Como consecuencia de la reforma introducida en la Ley 13/1996, y siguiendo la línea de la necesaria coordinación entre la realidad física y la jurídico-registral, ha sido necesario adaptar la normativa reglamentaria relativa a las circunstancias descriptivas de las fincas, admitiendo la posibilidad de aportación de planos de identificación, considerando la descripción perimetral de la finca como el medio preferente de identificación y previendo la constancia registral de las referencias catastrales (art. 51, reglas 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª)».

¹⁰ Cfr. CARRETERO GARCÍA, «La inexactitud registral...», *cit.*, p. 379.

ne a favor del adquirente adoptando criterios de justicia distributiva en la medida en que reconoce el ejercicio de las acciones propias del enriquecimiento sin causa (§ 816 BGB)¹¹. El instrumento utilizado por este Ordenamiento para hacer efectiva la protección del tráfico es el principio de la apariencia jurídica. Titular de la misma es el Registro de la Propiedad, de mayor eficacia que la creada por la posesión, aunque éste no es lugar para tratar esta cuestión, quedando destruida cuando el adquirente conoce positivamente de la inexactitud registral o existe asiento de contradicción. De todas formas, este tipo de adquisiciones deben ser consideradas como un caso excepcional.

En concreto, el § 892 BGB dice que:

«En beneficio de aquél que adquiere por negocio jurídico un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, el contenido del Registro vale como exacto, a no ser que contra dicha exactitud esté practicado un asiento de contradicción o que la inexactitud sea conocida para el adquirente Si el titular está limitado en la disposición de un derecho inscrito en el Registro en beneficio de una determinada persona, la limitación sólo es eficaz frente al adquirente, si resulta patente del Registro o si es conocida para dicho adquirente.

Si para la adquisición del derecho es necesaria la inscripción, es decisivo para el conocimiento del adquirente el momento de presentación de la solicitud de inscripción o, si el acuerdo necesario según el § 873 sólo tiene lugar más tarde, el momento de dicho acuerdo».

Quizá la pieza maestra del sistema alemán deba encontrarse en los principios de inscripción constitutiva y acuerdo abstracto consagrados en el § 873 BGB¹², para una vez conseguida la pretendida exactitud registral, a través de los mismos, sean establecidas las

¹¹ § 816: «1. Si un no titular de un objeto realiza una disposición sobre él que es eficaz frente al titular, está obligado a entregarle a este último lo que haya obtenido mediante la disposición. Si la disposición se realiza gratuitamente, la misma obligación es impuesta a aquél que adquiera una ventaja jurídica directamente a través de la disposición.

2. Si es realizada una prestación en beneficio de un no titular, que es eficaz frente al titular, el primero está obligado a entregar al segundo lo recibido».

¹² § 873: «1. La transmisión de la propiedad de una finca, el gravamen de una finca con un derecho así como la transmisión del gravamen de dicho derecho exige, en tanto que la ley no establezca otra cosa, el acuerdo del titular y de la otra parte en lo que se refiere a la producción de la modificación jurídica y de la inscripción de dicha modificación jurídica en el Registro.

2. Las partes están vinculadas mediante el acuerdo antes de la inscripción sólo si la declaración ha sido autenticada notarialmente o presentada ante la Oficina del Registro o archivado en la misma, o el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción de acuerdo con la disposiciones de la Ordenanza Registral».

presunciones de exactitud (§§ 891 y 892 BGB)¹³. Consideramos que lo que se ha pretendido con ello es robustecer el principio de fe pública. Las adquisiciones *a non domino* responden a un mecanismo diferente, cuyo impulso arranca no de las facultades del disponente sino de la necesidad de protección a la buena fe del adquirente¹⁴. Es decir, la adquisición *a non domino* es el resultado de la protección de la confianza depositada por el adquirente en el Registro. Por ello, es correcto que vayamos por partes.

3. ACUERDO E INSCRIPCIÓN, REQUISITOS DE LA MUTACIÓN JURÍDICO-REAL: EXCEPCIONES

El Ordenamiento alemán rechaza la teoría del título y el modo. Conforme a lo establecido en el § 873 BGB, la transmisión de la propiedad inmobiliaria, así como la constitución, transmisión y gravamen de derechos reales inmobiliarios, exigen, por un lado, el acuerdo del concedente y del adquirente sobre la modificación jurídica (*Einigung*), y, por otro, la inscripción de tal modificación en el Registro de la Propiedad (*Eintragung*)¹⁵. Es decir, en el Derecho alemán el proceso de adquisición de bienes inmuebles se caracteriza porque la adquisición del derecho no se produce mientras el acuerdo y la inscripción no tengan lugar¹⁶. Luego la inscripción pasa a ser un «elemento constitutivo de la transmisión».

La transmisión del dominio es, pues, el resultado del siguiente proceso:

1.º Acuerdo obligacional.

¹³ § 891: «1. Si se inscribe un derecho en el Registro para una persona se presume que está facultada al derecho.

2. Si se cancela un derecho inscrito en el Registro se presume que el derecho no existe».

¹⁴ Cfr. REGELSBERGER, *Der sogenannte Rechtserwerb vom Nicht-berechtigten. Iherings Jahrbücher*, 1904, p. 362.

¹⁵ Lo que se hace es dar nuevamente vida a la *Auflassung* judicial alemana en pleno siglo XIX y sobre todo a la inscripción en el Registro Inmobiliario. Para ello ha sido decisiva la Ley austriaca sobre Registro Inmobiliario de 1871 y la Ley prusiana sobre adquisición de la propiedad de 1872. Cfr. al respecto PLANITZ, *Principios de Derecho Privado germánico*. Traducción directa de la tercera edición alemana por Melón Infante. Barcelona 1957, p. 170.

¹⁶ Se trata de la unión del principio romano del consentimiento con el principio germánico de la inscripción. Cfr. GURSKY, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. § 873*. Berlin 1995, 13 Auflage, p. 285. Pero existe una excepción, tal es la contemplada en el § 3.2 a) GBO en el cual se establece que «las fincas del Estado Federal, de los Estados Federados, de los Municipios y de las Mancomunidades, de las iglesias, conventos y escuelas, las corrientes de agua, los caminos públicos, así como las fincas que están destinadas a una finalidad viaria de tránsito público», no se encuentran sujetas al requisito de la inscripción para ser transmitidas, lo cual no implica la imposibilidad de su posible inscripción, sino que podrán «recibir una hoja registral sólo a instancia de los propietarios o de un titular», no requieren la inscripción para ser transmitidas.

2.º Acuerdo real, base de la mutación jurídica y dirigido a la otra parte contratante (§ 20 GBO)¹⁷.

3.º Consentimiento formal, base de la inscripción y dirigido al Registrador (§ 19 GBO)¹⁸, aunque es posible la inscripción sin consentimiento formal cuando la misma se practica de oficio; en caso de demostrada inexactitud (§ 22 GBO); cuando se trata del asiento de contradicción contemplado en el § 1139 BGB¹⁹, o cuando se refiera a inscripciones practicadas como consecuencia de una ejecución forzosa.

4.º Solicitud de inscripción.

5.º Inscripción en el Registro de la Propiedad.

Ante esta realidad, nuestras interrogantes son las siguientes:

1.^a ¿Este mecanismo es común a todo tipo de modificaciones jurídicas?

2.^a ¿La inscripción como elemento responsable de la mutación jurídica depende de la validez del contrato traslativo o acuerdo obligacional que le sirve de base para hacer posible la transmisión?

3.^a ¿Ofrece el principio de inscripción imperante en el Ordenamiento alemán un sistema de adquisición más seguro que el español, por ejemplo, en el que la inscripción no goza de tal carácter constitutivo?

Respecto de la primera cuestión, es necesario tener en cuenta que son necesarios ambos requisitos sólo para las modificaciones jurídicas derivadas de un negocio jurídico, así como en todas aquellas que tengan esta causa. Las demás, que no se encuentren fundadas en un negocio jurídico, no requieren ni el acuerdo ni la inscripción, tal es el caso de la adquisición de inmuebles por herencia²⁰, o

¹⁷ § 20: «En caso de transmisión de una finca y en caso de constitución, modificación del contenido o transmisión de un derecho de superficie, sólo puede efectuarse la inscripción cuando se haya manifestado el necesario acuerdo real entre el titular y la otra parte».

¹⁸ § 19: «Se efectúa la inscripción cuando presta su consentimiento aquel cuyo derecho quedará perjudicado por la misma». Consagra este precepto el llamado «principio de consentimiento».

¹⁹ § 1139: «Si en la constitución de una hipoteca en garantía de mutuo ha sido excluida la expedición de una cédula hipotecaria, la solicitud del propietario al Registro, siempre que se realice antes del transcurso de un mes después de la inscripción de la hipoteca, es suficiente para un asiento de contradicción que se base en la no entrega del mutuo. Si el asiento de contradicción se realiza dentro del mes, tiene el mismo efecto que si el asiento de contradicción hubiese sido inscrito de manera simultánea con la hipoteca».

²⁰ El § 40 GBO contempla una serie de excepciones a la previa inscripción: 1.º Si una persona, cuyo derecho resultara perjudicado por una inscripción, es heredero del titular inscrito, no se aplicará la disposición del § 39.1.º del citado cuerpo legal –referida a la previa inscripción del perjudicado–, cuando haya de inscribirse la transmisión o extinción del derecho, o cuando la solicitud de inscripción se funde en el consentimiento del testador o

en virtud de ley (accesión u ocupación), por comunidad de bienes, o por adjudicación en subasta²¹; o casos que no necesitan acuerdo, sino solamente la inscripción, como es la constitución de una hipoteca forzosa o de embargo §§ 866 y 932 LPC²².

También existen modificaciones por negocios jurídicos que, en determinados casos, no requieren ni el acuerdo ni la inscripción; tales son:

1.º La constitución de un derecho sobre una finca propia, especialmente una deuda inmobiliaria de propietario (§ 1196 BGB²³), para lo que es suficiente la declaración unilateral de voluntad, sin acuerdo.

2.º La transmisión o gravamen de derechos de garantía con cédula, basta la forma escrita, sin necesidad de inscripción. Es suficiente la simple entrega del título si se trata de transmitir o gravar una deuda inmobiliaria al portador o una hipoteca en garantía de títulos al portador o a la orden (§§ 1154²⁴, 1069, 1187, 1195, 1274 BGB)²⁵.

del albacea dativo, o en un título ejecutivo dirigido contra el testador o albacea dativo; 2.ª Lo mismo rige para una inscripción realizada sobre la base del consentimiento de un albacea testamentario, o sobre la base de un título ejecutivo contra el mismo, siempre que el consentimiento o el título deban surtir efecto respecto del heredero. Luego es sólo en las adquisiciones negociales donde la inscripción se adentra entre los elementos del proceso constitutivo, que sin la misma no llega a completarse. En las demás, producidas directamente por obra de la ley la inscripción se limita a dar noticia general de ellas. En este sentido, MEIKEL/IMHOF/RIEDEL, *Grundbuchrecht*. Berlin 1957, 5. Auflage, p. 290.

²¹ En estos casos la inscripción del título correspondiente tiene un mero carácter declarativo o exteriorizador.

²² Como ya ha sido puesto de manifiesto por WOLFF, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas. Posesión. Derecho Inmobiliario. Propiedad*. Barcelona 1971. Traducción española con anotaciones de Pérez González y Alguer. Tomo III, vol. 1.º, 3.ª edic. al cuidado de Puig Brutau, p. 223; y HEDEMANN, *Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*. Berlin 1960, 3.ª Auflage, p. 98.

²³ Para la constitución de una deuda territorial es necesaria la declaración del propietario frente a la Oficina del Registro (GBA) de que la misma debe ser inscrita para él en el Registro, así como proceder a la práctica de su inscripción.

²⁴ Referido este precepto a la cesión del crédito, con el cual se suele trasladar además la hipoteca al adquirente, para lo que es necesaria la expedición de la declaración de cesión en forma escrita y la entrega de la cédula hipotecaria. Dicha forma escrita puede ser sustituida si la cesión es inscrita en el Registro. Si por el contrario se haya excluida la expedición de cédula hipotecaria, se aplica a la cesión del crédito lo establecido en los §§ 873 y 878 BGB, ya que nos encontramos ante la llamada hipoteca registral. En el caso de la cédula de hipoteca se produce una modificación de la situación jurídica fuera del Registro, mediante el consentimiento escrito y la entrega de cédula, con lo que se puede producir un caso de inexactitud en la inscripción, con el que debe contar el posible adquirente ya que el carácter de cédula de hipoteca aparece reflejado en el asiento, por lo que debe percatarse de la posibilidad de que la hipoteca haya recorrido muy diversos caminos por la entrega sucesiva de la cédula. Puede verse, al respecto, GIERKE, *Das Sachenrecht des Bürgerlichen Rechts*. Berlin/Frankfurt 1959, 4. Neuarbeitete Auflage, p. 48.

²⁵ Vid. WOLFF, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., p. 223.

Luego, en el Ordenamiento alemán, la inscripción constitutiva convive con la declarativa; la primera, como hemos observado, se da en las adquisiciones negociales, en las que la inscripción es un elemento más del proceso de mutación jurídica; y la segunda, en la que la inscripción hace pública la mutación producida, ésta opera al margen de la misma. Cabe decir, en consecuencia, que la inscripción en el sistema alemán es exigencia para una determinada transmisión registral, ya sea en su doble modalidad de aplicación absoluta –caso de funcionar con carácter constitutivo–, o relativa –cuando funciona con carácter meramente declarativo–.

Pero la consistencia de los derechos adquiridos sobre inmuebles no radica de una forma directa en la inscripción gracias a la fórmula adoptada por el BGB, en virtud de la cual queda independizado el alcance transmisivo de la inscripción del contrato de finalidad traslativa. Para lograr este objetivo se introduce la figura del acuerdo real y abstracto²⁶. Es éste un mecanismo artificioso y refinado, producto de la separación que el BGB ha establecido entre el negocio causal –el fin peculiar perseguido por las partes– y este convenio jurídico-real²⁷. El convenio exigido, según el § 873 BGB, se encuentra desligado del negocio causal que lo origina. Esto es lo que comúnmente conocemos como fenómeno de la «abstracción de la causa»²⁸, siendo su consecuencia más importante que la invalidez del negocio causal no afecta al convenio ya que se encuentra desligado de él²⁹.

El convenio ha sido considerado un «contrato»³⁰, sometido a las reglas generales sobre las declaraciones de voluntad y los con-

²⁶ Lo importante es que el acuerdo transmisivo sea válido, ya que el mismo se encuentra desligado de su causa precedente. Lo que se debe acreditar es que se quiso transmitir y adquirir respectivamente, no interesando el porqué. Por lo tanto, nulo el acto causal y válido el acuerdo transmisivo, la inscripción es válida y produce efectos. Por el contrario, si el acuerdo transmisivo carece de validez, la inscripción cae. El Registrador en su actividad calificadora debe limitarse al acuerdo transmisivo abstracto.

²⁷ Este llamado «principio de acuerdo real» se encuentra consagrado en el ya citado § 20 GBO.

²⁸ Vid. al respecto, WEIRICH, *Grundstücksrecht*. München 1985, p. 28; STÜRNER, *Lehrbuch des Sachenrechts*. München 1992, 16. Auflage, p. 43; WIELING, *Sachenrecht*. Berlin/Heidelberg/New York 1994, 2. Auflage, p. 11; WESTERMANN, *Sachenrecht. Grundlagen und Recht der beweglichen Sachen*. Heidelberg 1990, Band I, 6. Auflage von Westermann/Gursky/Pinger, p. 30; WILHELM, *Sachenrecht*. Berlin/New York 1993, p. 148; MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*. Heidelberg 1985, 2. Neubearbeitete Auflage, p. 89.

²⁹ Existen excepciones, tal y como lo han manifestado dos conocidas y renombradas sentencias del RG de 17 de septiembre de 1934 (RGZ 145, p. 154) y 19 de febrero de 1904 (RGZ 57, p. 96) en las que aunque se reconoce que la nulidad de un contrato jurídico-obligacional dirigido a prestaciones reales no trae necesariamente como consecuencia la nulidad del negocio real admite la excepción de que las partes deseen la dependencia entre ambos condicionando la efectividad del negocio real a la efectividad jurídica del obligatorio. Sobre el tema existe un importante estudio de GIERKE, *Das Sachenrecht...*, cit., pp. 45 ss.

³⁰ En este sentido se manifiesta HEDEMANN, *Sachenrecht...*, cit., p. 119.

tratos³¹. Mas hay autores que admiten³² que es el conjunto acuerdo e inscripción lo que forma un negocio jurídico³³ y, en concreto, de disposición contractual, real y abstracto, diferenciado del obligacional que le subyace, aunque normalmente se propone servir al fin perseguido por éste en calidad de negocio de atribución patrimonial, de prestación o de cumplimiento, o sea que desde el punto de vista económico forma con él una unidad³⁴.

El BGB en su § 873 no exige forma alguna para el acuerdo real, por lo que cabe deducir que rige una regla general de libertad, no tiene más excepción que la contenida en el § 925 del mismo texto, según el cual «*el acuerdo entre transmitente y adquirente, exigido por el § 873 para la transmisión del dominio de una finca, tiene que ser formulado por las partes simultáneamente ante el Organismo competente*». El § 57.3.3) de la Ley de Documentación de 1969 ha llegado al extremo de prohibir que el acuerdo real se manifieste ante el Registro, por lo que la doctrina ha interpretado³⁵ que parece

³¹ Sobre la aplicabilidad de estas reglas es acerca de lo único que existe unanimidad en la doctrina. Vid. STÜRNER, *Lehrbuch...*, cit., p. 180; WIELING, *Sachenrecht...*, cit., p. 255; WESTERMANN, *Sachenrecht. Immobiliarsachenrecht*. Heidelberg 1988, Band II, 6. Auflage, p. 97; SCHWAB/PRÜTTING, *Sachenrecht*. München 1994, 25. Auflage, p. 59; PERREY, *Die Rechtsstellung des Käufers zwischen Auflassung und Eintragung*. Flensburg 1951, p. 12.

³² Existen sectores de la doctrina alemana que estiman que el convenio por sí sólo no tiene el carácter de contrato, sino el conjunto de acuerdo e inscripción. Vid. al respecto, WOLFF, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., p. 225; LENT, *Sachenrecht*. München/Berlin 1954, 4. Auflage, pp. 37 ss. Esta cuestión tiene importancia a efectos de determinar el significado de la inscripción en el total proceso de mutación jurídico-real.

³³ Se ha negado, con frecuencia, que ambos elementos constituyan un contrato, en la medida en que sólo el acuerdo contiene las dos declaraciones de voluntad privada, que son esenciales en todo contrato, siendo por su parte la inscripción un acto estatal y de derecho público –así lo entiende WOLFF, ídem, p. 226–; pero aunque todo contrato debe tener dos declaraciones de voluntad, es erróneo negar la posibilidad de que pueda contener algo más –así lo considera Von TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechst*. Band II, 1910-1918, pp. 221 ss–. Luego llamar contrato al solo acuerdo que no es más que uno de los elementos del contrato carecería de sentido y daría lugar a confusiones, razón por la cual la propia Ley evita el término contrato; más desdichado aún es definir el acuerdo como un contrato condicionado por la inscripción, en la medida en que la misma es un elemento esencial y no una condición. Además, el negocio jurídico al cual se refiere el § 892 BGB en relación al adquirente de buena fe exige que se trate de un derecho inscrito para que sea posible la adquisición a non domino por parte del tercero que confía en la apariencia.

³⁴ Según WOLFF, ídem, p. 224, cabe dudar de si es totalmente justificado el aumento de protección que se concede al adquirente y a terceras personas al hacer que la adquisición de derechos reales se efectúe sólo en virtud de un contrato real y con independencia de la causa jurídica. Pero hay que partir –como apunta el autor– de que, en todo caso, el adquirente no tiene por qué recibir tal protección, pues ya en virtud del derecho vigente debe restituir lo adquirido sin causa a tenor de las normas sobre el enriquecimiento injusto. Si él dispone luego en favor de terceras personas, el conocimiento que las mismas tengan de la falta de causa jurídica en la persona del enajenante sólo se toma en consideración, a tenor del derecho vigente, en los raros casos límite del § 826 BGB, siendo bastante y mucho más satisfactorio protegerlas sólo en el caso de desconocimiento de aquellos vicios con arreglo al § 892 BGB.

³⁵ Vid. al respecto, HORBER, *Grundbuchordnung, mit der Ausführungsverordnung, der Grundbuchverfügung und den wichtigsten Nebenbestimmungen*. München 1980, p. 189;

así, en principio, existir una contradicción con lo establecido en el § 873.2 BGB al decir que «... los interesados sólo están vinculados al acuerdo si las declaraciones se han documentado judicial o notarialmente o se han emitido ante la Oficina del Registro (GBA)³⁶ o se han entregado a ésta o si el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción conforme a las disposiciones de la Ordenanza Registral»³⁷. De la interpretación de este precepto cabe deducir que el acuerdo real que no revista alguna de estas formas enumeradas será válido y eficaz pero no vinculante, lo cual supone, además, una excepción a la regla aplicable a todos los negocios jurídicos de que eficacia y vinculatoriedad coinciden, ya que el efecto más importante de un negocio jurídico es la vinculatoriedad. Desde la perspectiva registral la cuestión es más sencilla, ya que la inscripción no puede practicarse sin la existencia de una previa autorización o consentimiento del interesado, siendo la entrega de la autorización o consentimiento una de las formas del § 873 BGB, por lo que el Derecho hipotecario impide que llegue al Registro un acuerdo real no vinculante, la autorización o consentimiento hace vinculante al acuerdo real³⁸.

En términos generales, podemos precisar que:

1.º Acuerdo real e inscripción han sido considerados como elementos constitutivos³⁹, quedando excluida la adquisición en la medida en que se da la ausencia de alguno de ellos. Por lo que el tráfico jurídico de fincas en su conjunto, con la excepción prevista en el § 3 de la Ordenanza, se encuentra subordinado al acuerdo real y la inscripción en el Registro.

WACKE. *Münchener Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch. Sachenrecht.* § 873. München 1986, Band 4, 2. Auflage, p. 126; LANGE/SCHYHING/ SCHIEMANN, *Fälle zum Sachenrecht.* München 1994, 3. Auflage, p. 28.

³⁶ Actual «Organismo competente», tras la redacción dada por la Ley de Documentación de 1969.

³⁷ La Oficina del Registro (GBA) debe tener en cuenta, conforme a la AGBG (Ley sobre la regulación del Derecho de las Condiciones Generales de la Contratación), la ineficacia del acuerdo, la cual resulta de la documentación para la inscripción. Sobre el control y facultades de intervención de la Oficina del Registro, *vid.* HAGER. *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb.* München 1990, pp. 428 ss.

³⁸ *Vid.* PAU PEDRÓN, «Panorama del sistema Inmobiliario alemán». *RCDI* 1982, p. 980; «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales». *RCDI* 1994, p. 2.208.

³⁹ HEDEMANN, *Sachenrecht...*, *cit.*, p. 79; WEIRICH, *Grundstückrechts...*, *cit.*, p. 26, estima que el acuerdo es el elemento voluntario de carácter negocial y la inscripción el elemento ejecutivo de eficacia publicitaria; WESTERMANN, *Immobiliasachenrecht...*, *cit.*, Band II, p. 91; LUTTER, «Die Grenzen des sogenannten Gutgläubensschutzes im Grundbuch». *AcP* 164 (1964), p. 122; GURSKY, *Staudingers Kommentar ...*, *cit.*, § 873, p. 286; WACKE, *Münchener Kommentar...*, *cit.*, § 873, p. 116; STÜRNER, *Soergel Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch. § 873.* Stuttgart/Berlin/Köln 1989, Band 6, p. 96; *Lehrbuch...*, *cit.*, p. 180, habla de doble acto declarativo de voluntad o de complejo de hechos.

2.º Acuerdo real e inscripción son una disposición⁴⁰, siendo el disponente el titular cuyo derecho inmobiliario se grava o transmite, en la medida en que éste aparece inscrito como titular, el adquirente que confíe en el Registro quedará protegido por el § 892 BGB. Acuerdo e inscripción son, como hemos referido, un contrato abstracto⁴¹, independientes del negocio causal que le sirve de base. En el caso de que el negocio causal fuese declarado nulo, el derecho inmobiliario que se haya transmitido o constituido sólo dará origen a las acciones de repetición, a tenor de las ya referidas normas sobre el enriquecimiento sin causa.

3.º Acuerdo e inscripción deben coincidir para que tenga lugar la adquisición del derecho⁴². Si opera la inscripción de otra cosa diferente que no sea la acordada por las partes, no se produce ni la adquisición acordada ni la inscrita. Partiendo de esta realidad pueden producirse dos fenómenos:

a) Que el acuerdo anteceda a la inscripción o siga a la misma: en el caso de que el acuerdo preceda, el titular no ha perdido aún mediante el mismo su derecho⁴³. Puede todavía disponer de él en otra forma, incluso cuando el acuerdo se le ha hecho vinculante (§ 873.2 BGB); y sólo cuando se ha hecho vinculante son ineficaces las ulteriores limitaciones de la disposición (§ 878 BGB). El adquirente, mientras no se haya efectuado la inscripción, no ha adquirido el derecho y, por tanto, no puede disponer de él por su cuenta, ni enajenarlo ni gravarlo. El adquirente ha adquirido así una expectativa de derecho que, en el sentido del § 812 BGB, puede considerarse algo susceptible de dar lugar a una *condictio*. En el caso de que se den los supuestos de los §§ 873.2 y 878 BGB, el enajenante puede todavía retirarle esta expectativa mas si el enajenante ha consentido en la inscripción, está en manos del adquirente dar efectividad a la inscripción y entrar en la plena posesión del derecho⁴⁴.

b) Que la inscripción preceda al acuerdo: en tal caso se crea una transitoria inexactitud en el Registro y hasta que no se haya celebrado el acuerdo se da una pretensión de rectificación contra lo

⁴⁰ Cfr. WOLFF, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., p. 225.

⁴¹ Cfr. GURSKY, *Staudingers Kommentar...*, cit., § 873, p. 296.

⁴² Así se manifiestan, WOLFF, *Sachenrecht*. München 1994, 12. Auflage, p. 174; WEIRICH, *Grundstücksrecht...*, cit., p. 36.

⁴³ En los casos en que ha de preceder el contrato real abstracto, el Registrador alemán está facultado –aunque no obligado– para controlar la legalidad del negocio causal. *Vid.* al respecto GANZER, *Grundbuchrecht*. Berlin 1992, p. 55. Aunque cabe considerar que en determinados extremos, como la representación, está obligado a comprobarlos aun en el caso de que exista el acuerdo real abstracto. *Vid.* SCHWAB/ PRÜTTING, *Sachenrecht...*, cit., p. 107.

⁴⁴ WOLFF, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., p. 230.

inscrito. Aunque la inscripción no le otorga un derecho real en el sentido del BGB sí adquiere una apariencia de derecho real, apariencia que representa un derecho especial análogo a la posesión⁴⁵. Lo que se trata de evitar, con esta inscripción basada exclusivamente en el consentimiento formal, es el período de inseguridad que sufre el adquirente por la posibilidad de que otro negocio contradictorio proveniente del mismo causante llegue al Registro antes que el celebrado con él. Este supuesto origina una inexactitud parecida a la ocasionada por la mutación real que se produce en la realidad extrarregistral antes de la inscripción y mientras la misma se practica.

Hemos referido que para la adquisición es necesaria la concurrencia de ambos elementos: acuerdo e inscripción, pero es posible que se dé un intervalo temporal entre ambos, generándose en tal caso ciertos peligros. Este espacio de tiempo puede durar lo que se estime necesario, siendo en todo caso preciso que:

1.º Si ha precedido el acuerdo, en el momento de la inscripción no ha de haber sido anulado de un modo eficaz.

2.º Si ha precedido la inscripción, el acuerdo sólo puede verificarse mientras la inscripción subsista⁴⁶.

Tras este primer acercamiento, breve porque el objetivo no es constatar el ya estudiado sistema adquisitivo alemán, nuestro interés se centra ahora en la tercera de las cuestiones antes apuntada, es decir, determinar si el carácter constitutivo de la inscripción evita las posibles inexactitudes y, en concreto, la divergencia entre la realidad extrarregistral y la registral, lo que supone una reducción de los posibles casos de adquisiciones *a non domino*, las cuales responderían, además, a un supuesto de hecho concreto, con lo que se cumpliría lo afirmado por algunos autores españoles respecto del Registro alemán⁴⁷.

Si esta situación fuese real la adquisición de buena fe en el Ordenamiento alemán no gozaría de interés. Sin embargo, al igual que ocurre en el Ordenamiento español, para que proceda la protección del tercero que confía en la apariencia del Registro debe mediar, por un lado, buena fe por parte del mismo, no puede ser, pues, conocedor de la inexactitud registral, aunque veremos que en

⁴⁵ STÜRNER, *Lehrbuch...*, cit., p. 29; TIEDTKE, «Erwerb beweglicher und unbeweglicher Sachen kraft guten Glaubens». Jura 1983, p. 518.

⁴⁶ Vid. WOLFF, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., p. 231.

⁴⁷ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. Derecho Inmobiliario Registral*. Madrid 1984, tomo III bis, p. 29, afirma que «el Registro alemán es notoriamente más cierto que el español».

términos diferentes a nuestro Derecho, y, por otro lado, conocido es el famoso asiento de contradicción que permite la rectificación del Registro.

Entiéndase éste nuestro principal objetivo con el presente estudio, el cual puede ser interpretado como una crítica al supervalorado sistema alemán de adquisición de la propiedad de bienes inmuebles, así como el cauce idóneo para cuestionarnos el valor de la inscripción constitutiva como mecanismo para garantizar las adquisiciones. En nuestra opinión, el objetivo que todo sistema registral debe perseguir es ofrecer seguridad a las adquisiciones que conforme a lo en él publicado se realizan⁴⁸, con independencia del mecanismo transmisivo/ adquisitivo operante en cada sistema. Por lo tanto, nuestra pregunta es la siguiente, ¿cuál es el mecanismo idóneo para lograr un total acercamiento entre la realidad registral y la extrarregistral? De existir el mismo, el ámbito de la adquisición de buena fe quedaría muy reducido y los asientos de rectificación serían casos aislados e insólitos.

4. A PROPÓSITO DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL GERMÁNICA

Podemos considerar que tres son las bases sobre las que se levanta nuestro sistema hipotecario⁴⁹: la teoría del título y el modo, la consideración de la inscripción registral como cuestión de forma—externa y ajena al proceso transmisivo— y la ponderación ético-jurídica del comportamiento de quienes intentan aclarar en torno a la publicidad sus intereses en pugna: por un lado, la conducta negligente de quien habiendo adquirido no practica la oportuna inscripción, y, por otro, la buena fe de quien confió en el Registro.

Parece ser que, frente al mismo, el sistema germánico en su ideal de obtener la seguridad del tráfico intenta que sea el Registro el autor de la misma, utilizando para ello todos los mecanismos que tenga a su alcance para lograr el acercamiento absoluto entre la rea-

⁴⁸ Como dijo GÓMEZ DE LA SERNA, *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*. Madrid 1.862, tomo I, p. 195, «para que la publicidad sea eficaz tiene que ser completa: de otro modo, en lugar de dar protección a los adquirentes y prestamistas se convierte en un lazo para sorprenderlos». Un sistema de publicidad que no garantice la seguridad del tráfico—como ha señalado GORDILLO CAÑAS, «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario..., cit.», p. 70—, puede llevar a lo que ha ocurrido en el Derecho francés, en el que la Ley no se compromete con la información registral, por lo que adquirir de quién en el Registro francés aparece como dueño no pone a salvo de la evicción de la finca adquirida.

⁴⁹ Así han sido ciertamente referidas por GORDILLO CAÑAS, «La peculiaridad..., cit.», p. 70.

lidad registral y la extrarregistral. Para ello, como ya hemos constatado⁵⁰, recurre al desglose entre el contrato transmisivo y el acuerdo traslativo y a la independización total entre ambos; a la consideración de la inscripción como fase del proceso de adquisición, por lo que la misma es considerada elemento constitutivo, de tal forma que lo no inscrito no existe; y por último, a un sistema de *numerus clausus* que determina los derechos que entran en el tráfico inmobiliario⁵¹.

Pero no pretendemos ahora adentrarnos en una cuestión que ya ha sido muy debatida, tal es el situar a nuestro sistema hipotecario bien en la órbita germánica⁵² o en la latina⁵³, cuando en realidad podemos afirmar que, aunque adscrito al sistema alemán, goza de «singularidades propias»⁵⁴, sino determinar la viabilidad actual del sistema germánico, analizar si el mismo cumple el fin propio de la publicidad: publicar el derecho y garantizar, mediando buena fe, la seguridad del tráfico jurídico realizado al amparo de su apariencia.

El fin de la publicidad «no es el interés de los particulares contra el de los particulares; es el interés público en combinación con el particular... En una palabra, lo que debía buscarse es dar la mayor protección posible a todos los intereses sociales y civiles, y poner las cosas en disposición de que nadie se viera en el caso de abstenerse de contraer sobre bienes inmuebles, retraimiento fatal porque

⁵⁰ Vid. también la opinión en este sentido de GORDILLO CAÑAS, ídem, p. 74.

⁵¹ Los derechos reales inmobiliarios quedan reducidos en el Derecho alemán a: las servidumbres prediales y personales, el usufructo, la carga real, los derechos de adquisición preferente, la hipoteca, la deuda territorial y la deuda de renta. Este criterio, doctrinalmente sostenido, puede resultar tal vez sin efecto por la figura de la carga real, la cual puede tener variados contenidos, aunque el § 1105 BGB en la actualidad se limita a decir que una finca puede ser gravada con prestaciones. Al respecto SCHAWB, *Sachenrecht*. München 1989, 22. Neubearbeitete Auflage, pp. 358 y 359, puntualiza que la carga real puede tener por objeto prestaciones de dar y prestaciones de hacer; pudiendo las limitaciones ser periódicas o aisladas, y la duración del derecho, determinada o indeterminada.

⁵² Vid. entre otros, DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Madrid 1986, p. 34; SANZ FERNÁNDEZ, «El Registro y la realidad jurídica». AAMN 1965, tomo XIV, p. 480; CARRETERO GARCÍA, «Los principios hipotecarios y el Derecho Comparado». RCDI 1974, p. 33; GORDILLO CAÑAS, «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...», cit., p. 23; GARCÍA GARCÍA, «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario». RCDI 1994, p. 2.275.

⁵³ En este sentido se han manifestado ERTL, *—Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. § 873-902. Berlin 1989, 12. Neubearbeitete Auflage, p. 15-, para quien nuestro sistema junto con el francés e italiano, son de publicidad preclusiva; PLANIOL/RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français. Les biens*. Paris 1952, tomo III, 2.ª edic., p. 613. Por su parte, CHICO Y ORTIZ *—Estudios sobre Derecho hipotecario*. Madrid 1994, tomo I, 3.ª edic., p. 162- defiende que el sistema hipotecario español tiene, en su proyección publicitaria, un encuadre dentro de los sistemas latinos de protección registral al recoger el principio de inoponibilidad de los actos que no estén inscritos (art. 32 LH), pero por razones de influencia germánica el sistema español también recoge el principio de exactitud registral en favor del adquirente protegido (art. 34 LH).

⁵⁴ Así, CHICO Y ORTIZ *—ibidem*, pág 162- siguiendo a LACRUZ BERDEJO al encuadrar el sistema español lo califican de *sui generis*. No por ello podemos admitir, como hace

disminuye el crédito territorial y agrícola, desprestigia la propiedad del suelo...»⁵⁵. En resumen, ofrecer seguridad al tráfico jurídico inmobiliario⁵⁶, por lo que aparece la relación entre la seguridad, como exigencia del tráfico, y el Registro, como instrumento a su servicio; es este el medio que se predispone para la pública constancia de los derechos inmobiliarios y para conseguir la seguridad del tráfico de los mismos⁵⁷.

En definitiva, la publicidad lo que hace es demostrar la existencia de los derechos reales; la auténtica inseguridad creada por la existencia de derechos ocultos y la tensión que, por este motivo, surge entre el titular que no inscribe y el adquirente del mismo, genera la necesidad de crear un instrumento que permita, de forma justa y equitativa, solventar este problema mediante la publicidad de los derechos, la cual va a permitir la protección de aquél que de buena fe adquiere en base a lo que el Registro publica, frente a aquél que no publicando su derecho pretende sorprender al tercero. Este es el verdadero objetivo de la publicidad desde un punto de vista positivo, que en nuestra opinión es el que debe primar. El logro de este efecto debe ser la meta prioritaria de todo sistema de publicidad, adoptando para su obtención los mecanismos menos complejos posibles, ya que se trata de garantizar la adquisición de buena fe, no de garantizar la transmisión en cuyo proceso pueden darse ciertas anomalías⁵⁸.

CARRETERO GARCIA –«Los principios hipotecarios..., *cit.*». p. 35–, que por el hecho de ampliar la visión comparatista y dar prevalencia al problema sobre el sistema, quepa considerar que en la medida en que en el Derecho español se rechaza la inscripción constitutiva y el puro principio de inoponibilidad, tropecemos con un sistema, igualmente alejado de las legislaciones germánicas que de las latinas, en el que el principio de fe pública registral en solitario, minado por el requisito de la onerosidad del tercero no pasa de ser una «colosal carpa de circo», bajo la cual vive un puro régimen de clandestinidad inmobiliaria.

⁵⁵ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, *La Ley Hipotecaria...*, *cit.*, p. 196.

⁵⁶ Según EHRENBERG –*Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit*. Iherings Jarbücher 1904, p. 274–, el primer requisito exigido por la seguridad del tráfico consiste en que la existencia y el contenido de los derechos no puedan derivar dudosos.

⁵⁷ Cfr. GORDILLO CAÑAS, «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliarios-Registrales: Sistema español». *ADC* abril/junio 1995, p. 558.

⁵⁸ Como sabemos, en el Derecho francés la inscripción del acto adquisitivo garantiza al adquirente de los efectos de una transmisión que anteriormente se haya realizado y no haya sido objeto de inscripción, pero no garantiza la situación del adquirente o tercero, quien en el caso de haber adquirido de un no titular, no adquirirá a *non domino*, de forma similar a como se produce en el Derecho español o alemán, sino, todo lo más, podrá adquirir por usucapción para poder consolidar dicha adquisición. El sistema francés de publicidad negativa o preclusiva no garantiza al tercero en su adquisición. OLIVER –*Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*. Madrid 1892, p. 226– determina que «en el sistema francés el dominio de los inmuebles se transmite en momentos distintos, según se trate del transmitente o de las demás personas extrañas. Respecto del primero, se transmite el dominio desde que ha manifestado su consentimiento, y respecto del público, *erga omnes*, desde que se practica el asiento correspondiente en el

El Registro debe, pues, garantizar la seguridad del tráfico, protegiendo a los adquirentes del dominio y demás derechos sobre la cosa. En la medida en que el Registro garantiza, debe proteger a los terceros que adquieren confiados en él de las posibles inexactitudes registrales, puesto que, aunque se adopte un sistema de inscripción constitutiva este fenómeno es totalmente posible⁵⁹, para ello se prevé el principio de fe pública como favor de la Ley al tercero de buena fe. La protección registral entra en funcionamiento cuando realidad y Registro no coinciden y además se ha operado una adquisición por parte de un sujeto que ha confiado en una publicidad inexacta. Luego, en este sistema de garantía de seguridad, el papel que desempeña la inscripción en aras a poder evitar la divergencia entre realidad y Registro es casi inapreciable. Es decir, en Alemania los supuestos de inmatriculación serán menos numerosos dado el valor de la inscripción en el proceso de mutación jurídica; además, una adquisición realizada al amparo del principio de fe pública registral se va a producir, con independencia del carácter constitutivo o no de la inscripción, o sea la inscripción no evita las adquisiciones inmobiliarias *a non domino* porque la misma no garantiza la exactitud del Registro. La protección registral parte del error que la publicidad emanada del Registro genera en el tercero de buena fe, quien adquiere el derecho de quien realmente no es su titular, porque ya dejó de serlo o nunca lo fue porque la inscripción era nula.

Por lo tanto, aunque convertida la inscripción en elemento de constitución de la adquisición negocial *inter vivos*, e independizada del contrato obligacional que la fundamenta, se han sentado las

Registro. De suerte que, según el sistema francés, un derecho absoluto, cual es el derecho sobre cosa, y el primero de ellos, el de propiedad, degenera en un derecho relativo, resultando además la contradicción de que sobre una misma finca existan a la vez dos propietarios: el adquirente, que lo es solamente para el transmitente, y éste, que sigue siéndolo para todos los demás» (aclaración: nos ha sido imposible consultar la obra de Oliver, la cita textual es tomada de GORDILLO CAÑAS, «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...», *cit.*», nota 158, p. 67). Por lo tanto, la buena fe puede decirse que no queda bien parada en el sistema francés —en este sentido, GORDILLO CAÑAS, *ibidem*, p. 67—, ya que conociendo la venta anterior, puede adquirir el comprador posterior; por el contrario, el adquirente de buena fe, de anterior comprador fraudulento queda desprovisto de toda protección. El Registro no constituye en este Ordenamiento una garantía de seguridad, se limita a garantizar al adquirente que inscribe que su transmitente no ha enajenado previamente en favor de otro, pero no le garantiza la titularidad de dicho transmitente.

⁵⁹ Esto queda demostrado en el sistema alemán por el § 894 BGB: «Si el contenido del Registro respecto a un derecho en la finca, un derecho sobre dicho derecho o una restricción de una disposición del tipo indicado en el § 892.1 no está de acuerdo con la situación jurídica real, la persona cuyo derecho no está inscrito o no lo esté exactamente o que se vea perjudicada por la inscripción de un gravamen o una restricción inexistentes, está facultada a exigir de la persona cuyo derecho se ve afectado por la rectificación, el consentimiento para la rectificación del Registro».

bases que, unidas a la solidez de los principios formales del sistema registral, pueden establecer la presunción legal de exactitud de lo publicado⁶⁰, pero que, a pesar de ello, no pueden garantizarla en términos absolutos. Esto lo demuestra la clara necesidad del juego de la buena fe, como requisito imprescindible para el desencadenamiento del proceso de protección del tercero que adquiere confiado en la apariencia registral y el llamado asiento de contradicción, como medio enervador de la fe pública registral que se concede al sujeto que se ve perjudicado por una publicidad inexacta. Luego es patente la posibilidad de una discordancia entre la realidad y el Registro⁶¹.

En nuestra opinión, el hecho de que en el Derecho alemán se le atribuya a la inscripción carácter constitutivo hace que se le prive a la misma de su verdadera función, tal es la publicación de las situaciones jurídicas inmobiliarias a fin de ofrecer a los terceros un modelo garantizado de actuación, es decir, lo no inscrito es nulo y la inscripción es requisito de validez de lo inscrito (publicidad negativa y positiva).

En el sistema actual del BGB la inscripción desciende de ser la forma sustancial única de la *Auflassung* hasta convertirse en un acto aparte que, junto con la *Auflassung*, integra la transmisión de la propiedad, siendo la inscripción un elemento constitutivo y válido nada más que si es precedida o seguida de la *Auflassung*; sin ésta la inscripción es una mera apariencia. Luego vale siempre la *Auflassung* sobre la inscripción, salvo en el caso de que ese asiento claudicante hubiera sido seguido de otro asiento a favor de un adquirente a título oneroso y de buena fe. Resultado de esta situación, la Ley, ante la presencia del tercero en el asiento posterior, transforma el asiento precedente en una verdad definitiva *iure et de iure*. Respecto y en beneficio de tercero, el asiento precedente se ha convertido en un asiento del sistema de la inscripción sustantiva, con exactitud e integridad⁶².

La fe pública registral consagrada en el BGB se encuentra en sintonía con la antigua *gewere*⁶³ y es desarrollada de forma parale-

⁶⁰ Vid. GURSKY, *Staudingers Kommentar...*, cit., § 891. Berlin 1989, 12. Neubearbeitete Auflage, p. 26; WACKE, *Münchener Kommentar*. § 891. München 1986, 2. Auflage, p. 262; STÜRNER, *Soergel Kommentar. Sachenrecht*. § 891. Stüttgart/Berlin/Köln 1989, Band 6, 12. Auflage, p. 195.

⁶¹ Vid. GURSKY, ídem, § 892, p. 56; WACKE, ídem, § 892, p. 271; STÜRNER, ídem, § 892, p. 199.

⁶² Cfr. STÜRNER, *Lehrbuch...*, cit., p. 220.

⁶³ La idea de la continuidad entre posesión, publicidad registral y apariencia jurídica es desarrollada en Alemania por STINTZING, *Besitz, Gewere Rechtsschein*. AcP 109 (1912), pp. 347 ss.

la a lo previsto para los bienes muebles (§ 932)⁶⁴, concibiéndose la publicidad registral como vehículo de manifestación de la propiedad y de los derechos reales inmobiliarios, siendo el instrumento necesario de su esencial absolutividad y oponibilidad *erga omnes*⁶⁵, haciendo posible en favor de los terceros que confían en su apariencia la adquisición *a non domino* del inmueble en cuestión⁶⁶.

5. FUNCIÓN REAL DE LA PUBLICIDAD: CRISIS DE LA ABSTRACCIÓN E INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

5.1 Breve alusión a la crisis del principio de abstracción⁶⁷

La teoría del negocio abstracto tuvo desde un principio sus más duros críticos⁶⁸, precursores de una tendencia que con posterioridad a la publicación del BGB en vez de ir en detrimento ha alcanzado una mayor trascendencia. Responde a épocas más recientes la ya conocida obra de Heck⁶⁹, cuyas críticas recaen sobre el negocio real

⁶⁴ § 932: «1. En virtud de transmisión realizada de acuerdo con el § 929, el adquirente también se convierte en propietario incluso si la cosa no pertenece al enajenante, a menos que no actúe de buena fe en el momento en el que, en virtud de estas disposiciones, adquirió la propiedad. En el caso del § 929.2, se aplica esto cuando el comprador ha obtenido la posesión del enajenante.

2. El adquirente no actúa de buena fe si conoce, o debido a negligencia grave desconoce, que la cosa no pertenece al enajenante».

Vid. al respecto WIEGAND, «Der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen nach § 932 BGB». JuS 1974, p. 203.

⁶⁵ ERTL, *Kommentar...*, cit., § 873-902, p. 14; SCHAWB/PRÜTTING, *Sachenrecht...*, cit., p. 88; WEIMAR, *Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten*. Stüttgart 1973, 3. Auflage, p. 41.

⁶⁶ Vid. WILHELM, *Sachenrecht...*, cit., p. 348; STÜRNER, *Lehrbuch...*, cit., p. 221; WEIMAR, *ibídem*, p. 41; WACKE, «Mala fides superveniens non nocet-scientia superveniens nocet». JA 1981, p. 233; WIEGAND, «Der öffentliche Glaube des Grundbuch». JuS 1975, p. 209.

⁶⁷ No pretendemos hacer una crítica al principio de abstracción de la causa, ni tampoco recoger las opiniones más sobresalientes de la doctrina alemana al respecto, labor ésta ya realizada en España, a propósito del reconocimiento de deuda, entre otros, por DE LOS MOZOS -«Negocio abstracto y reconocimiento de deuda». ADC 1966, pp. 377 ss.- y ALBIEZ DOHRMANN -*El reconocimiento de deuda: aspectos contractuales y probatorios*. Granada 1987, pp. 111 ss.-, sino hacer constancia, una vez más, de esta realidad.

⁶⁸ Así, antes de la publicación del BGB ha sido de gran trascendencia el trabajo de STROHAL -*Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*. Iherings Jahrbücher 1.889, pp. 335 ss.-, quien defendía una fundamentación causal del negocio real de disposición; en la actualidad, SCHAWB, *Sachenrecht...*, cit., pp. 8 ss.

⁶⁹ *Das Abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*. Tübingen 1937. Incluso ha llegado a considerarse -*Grundrecht des Sachenrecht*. Tübingen 1930, p. 123- que a efectos de protección del tráfico y seguridad jurídica en la contratación de inmuebles la supresión del acuerdo abstracto no alteraría su eficacia. En términos parecidos, EISENHARDT, «Die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts und die Überwindung des Abstraktionsprinzips». JZ 1991, p. 271. A pesar de la difusión que la teoría de Savigny tuvo fuera de las fronteras alemanas, el Código civil austriaco representa un modelo de coexistencia de inscripción constitutiva y siste-

abstracto exigido para la transmisión de la propiedad. Su crítica se encuadra en la llamada «jurisprudencia de intereses» surgida en Alemania frente a la «jurisprudencia de conceptos».

Por su parte Flume⁷⁰, estudia el fenómeno del negocio abstracto considerando que toda atribución necesita un fundamento jurídico, una causa, que puede ser negocial o legal, tomando para ello como paradigma la transmisión de la propiedad. Según este autor, en el Ordenamiento alemán los llamados «negocios de atribución abstractos» tienen una conformación análoga a la de los negocios atípicos en la medida en que el fundamento de la atribución no forma parte del negocio. En cambio, en los negocios causales el fundamento de la atribución sí pertenece al contenido del negocio. En consecuencia, la transmisión de la propiedad es un negocio atípico. Estima por ello Flume⁷¹ que la regulación atípica del negocio de atribución que abstrae su fundamento jurídico, se manifiesta con la regulación de los negocios jurídicos como negocio abstracto⁷².

Pese a las críticas, en la doctrina alemana⁷³ predomina la concepción abstracta en el Derecho de Cosas⁷⁴. Frente a esto debemos considerar, como apunta Flume⁷⁵, que la protección que se preten-

ma causal, sin acuerdo real abstracto formulado inmediatamente antes de la inscripción, como lo demuestra el contenido de los §§ 4 GBG, donde se hace referencia a la inscripción constitutiva, y §§ 424 y 425 del citado texto en relación con los §§ 421 a 451 y 481 AGBG donde se reconoce que la inscripción descansa sobre un contrato generador de obligaciones —*Vid.* al respecto ÁLVAREZ ROMERO y LÓPEZ MEDEL, «El Derecho Inmobiliario y el Registro de la Propiedad en Austria». *RCDI* 1964, pp. 3 ss.—. Otra prueba de ello es el Código civil suizo, el cual, pese a reconocer el carácter constitutivo de la inscripción en los §§ 656 y 666 ZGB, recoge la tradición romanista del título y el modo en los §§ 965 y 974 para inmuebles, aunque dejando abierta la interrogante para el caso de los muebles, ya que el principio de causalidad no aparece formulado de forma expresa. La doctrina no duda de su vigencia, un apoyo de la misma se encuentra en la interpretación a *sensu contrario* del § 975 del ZGB. *Vid.*, DESCHENAUX, *Le Registre Foncier*. Friburgo 1983, p. 591; MOECKE, *Kausale Zession und Gläubiger Forderungserwerb. Ein Beitrag zur Überwindung des Abstraktionsprinzips*. Freiburg 1962, p. 20. En España encontramos la conocida obra de SERRANO Y SERRANO —*El Registro de la Propiedad en el Código Civil Suizo*. Valladolid 1934, pp. 4 ss.—, quien considera que la fórmula suiza de la inscripción constitutiva pero no abstracta es en la actualidad incuestionable y no discutida doctrinalmente, siendo este sistema desde un punto de vista irrefutable.

⁷⁰ *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft*. New York 1979, Band II, 3. Auflage, p. 152

⁷¹ *Ídem*, p. 153.

⁷² LANGE, en varios trabajos —«Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung in Boden und Fahrnisrecht». *AcP* 146 (1941), pp. 28 ss.; «Aus dem Rechtsleben, Rechtswirklichkeit und Abstraktion». *AcP* 148 (1943), pp. 188 ss.—, criticó el principio de abstracción, defendiendo para una futura reforma del Derecho alemán la implantación del principio causalista.

⁷³ *Cfr.* WOLFF/RAISER, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Sachenrecht*. Tübingen 1957, tomo III, pp. 117 ss.; WESTERMANN, *Sachenrecht. Grundlagen und Recht...*, *cit.*, p. 30.

⁷⁴ Conocidas son las opiniones en defensa de la misma de Von TUHR —*Der Allgemeine...*, Band II, p. 103— y JAHR, —«Zur iusta causa traditionis». *ZSS* 80 (1963), pp. 147 ss.—.

⁷⁵ *Allgemeiner...*, *cit.*, p. 176.

de alcanzar en interés de los terceros o de los posteriores adquirentes se obtiene técnicamente mediante la protección de la buena fe. La seguridad del tráfico jurídico en Alemania queda garantizada por medio de otras instituciones, como son el Registro de la Propiedad y la buena fe. Afirma Heck ⁷⁶ que la doctrina alemana va a tomar esta exigencia, en aras de la seguridad del tráfico jurídico, de la protección del adquirente de buena fe como tema central para combatir el principio de abstracción ⁷⁷.

Además, hay que tener en cuenta que la situación de los terceros y posteriores adquirentes en sistemas en donde está vigente el principio de abstracción es más desfavorable en la medida en que el efecto del negocio abstracto se puede ver limitado por la posibilidad de impugnación del negocio (§§ 119, 122 y 142 BGB) ⁷⁸.

Queda así patente que no es necesario para proteger a terceros adquirentes el negocio abstracto; esto es posible por otra vía: la fe pública.

5.2 Un sistema puro de publicidad

Partiendo de una realidad como es la crisis que padece el principio de abstracción, unida al fenómeno de la inscripción como elemento del proceso transmisivo que no garantiza la concordancia entre realidad y Registro, es necesario defender un sistema puro de publicidad ⁷⁹. Según el mismo, «lo que consta en el Registro es lo jurídicamente existente, mientras que lo que pudiendo haberse ins-

⁷⁶ «El negocio jurídico abstracto». RCDI 1965, pp. 1449 ss.

⁷⁷ Como apuntara ÁLVAREZ SUAREZ -*El problema de la causa en la tradición*. Madrid 1945, pp. 102 ss.-, cuando una legislación como la alemana regula la protección del adquirente de buena fe de un modo sustantivo, puede tranquilamente renunciar a la transmisión abstracta y configurar la transmisión de un modo causal, es decir, de tal manera que la transmisión sea nula y, sin embargo, otorgar al segundo adquirente un derecho bien sentado, en consideración a la confianza que presta a la apariencia jurídica que representa la inscripción en el Registro o el hecho de que sea poseedor.

⁷⁸ La impugnabilidad es una nulidad pendiente de la voluntad de un participante determinado, unida a la admisión de una validez provisional. Es impugnabile un negocio cuando habiendo producido los efectos de un negocio jurídico sin defecto, es enervado en virtud de la declaración de voluntad de un participante determinado (§ 142 BGB). Como causas de impugnación juegan el error, el dolo, la intimidación antijurídica (§§ 119 y 123 BGB) y la declaración de voluntad inexacta (§ 120 BGB). La impugnación eficaz anula totalmente el negocio con efecto retroactivo, siendo el mismo considerado nulo desde el principio (§ 142 BGB). La retroactividad de la impugnación del negocio real no excluye la adquisición por terceros de buena fe durante el período de pendencia. Cfr. LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Madrid 1956, vol. 1.º, traducción de la última edición alemana con notas en español por José M.º Navas, pp. 252 ss. *Vid. tb.* al respecto, ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Barcelona 1935, tomo I, vol. 2.º, 13.ª revisión por Nipperdey, traducción de la 39.ª edic. alemana por Pérez González y Alguer, pp. 185 ss.

⁷⁹ Teniendo, incluso, presente lo dicho por GORDILLO CAÑAS, -«Bases del Derecho de Cosas...», *cit.*», p. 528-, quien define a nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria

crita no lo fue es inexistente»⁸⁰; y que el tercero que adquiere un inmueble o derecho real de quien aparece, conforme a los libros del Registro, como verdadero titular del bien o derecho que se transmite es objeto de una protección total en su adquisición basada en una presunción *iuris et de iure*. Conforme a la misma, su adquisición es verdadera e inatacable, aun cuando el titular transmitente, que aparece como titular registral, no lo sea en la realidad extrarregistral.

Con ello se hace referencia a lo que ha sido denominada como «estática y dinámica de los derechos» en el intento de elaborar un concepto de publicidad en el que tenga cabida la solución de los conflictos que puedan surgir entre la seguridad en la tenencia de los derechos y la seguridad en la adquisición de los mismos⁸¹. En concreto, la llamada publicidad legitimadora.

Lo que interesa, a efectos de la publicidad, son los medios articulados por cada Ordenamiento para dar a conocer los titulares de los bienes y el estado en el que éstos se encuentran a fin de dar seguridad y eficacia al tráfico jurídico inmobiliario⁸².

En consecuencia, la inscripción constitutiva y la abstracción no hacen más que complicar el proceso transmisivo, sin aportar una «seguridad complementaria». Es decir, mediando la protección de la apariencia basada en la buena fe del adquirente, expedientes como la abstracción e inscripción constitutiva pierden el papel principal que en otras épocas han ostentado en favor de un sistema causalista que excluye la mala fe y la inscripción obligatoria con el único fin de acercar realidad y Registro⁸³. Así, el previo conocimiento de la realidad extrarregistral no supone una excepción a la integridad del Registro como instrumento de publicidad y seguridad del tráfico, sino una paralización de su eficacia inmunizante⁸⁴.

«como un conjunto normativo inspirado en la doctrina de la protección de la apariencia jurídica».

⁸⁰ Vid. SERRANO ALONSO, *Conceptos fundamentales de Derecho Hipotecario*. Oviedo 1993, 2.ª edic., p. 20; en el mismo sentido, CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario...*, cit., tomo I, p. 245.

⁸¹ En este sentido, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 290.

⁸² LACRUZ BERDEJO -*Elementos...*, cit., p. 11-, considera que la finalidad de la publicidad registral es la protección del tráfico jurídico; la «agilización» de las transacciones inmobiliarias, ya que suple con la garantía que supone la consulta de un Registro público las indagaciones que sobre la titularidad de los derechos es necesario realizar. Vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derechos reales...*, cit., p. 767; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. Madrid 1986, 2.ª edic., p. 528.

⁸³ Vid., SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «La adquisición a non domino de bienes inmuebles: un supuesto de inscripción necesaria y esencial». Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva. Madrid 1998, tomo II, pp. 1265 ss.

⁸⁴ Como señala GORDILLO CAÑAS -«La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...», cit., p. 75-, adquisición abstracta y protección del adquirente de buena fe son instrumentos tendentes a un mismo fin, pero de inspiración diferente ya que, o la seguridad del tráfico se obtiene por la abstracción, en cuyo caso la mala fe no cuenta -vid. GURSKY, *Staudin-*

El objetivo perseguido por la abstracción se consigue también a través del expediente de la buena fe, prescindiendo con ello del acuerdo traslativo autónomo y eliminando, en consecuencia, los vicios del mismo y la mala fe en esta adquisición *a non domino*. En nuestra opinión, la adquisición *a non domino* basada en la publicidad debe responder a la función que cumple, no a las exigencias del mecanismo adquisitivo.

6. ADQUISICIÓN DE UN NO TITULAR EN EL DERECHO ALEMÁN: PRESUNCIÓN DE VERACIDAD DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Ya hemos comprobado que, pese al carácter constitutivo del que goza la inscripción en el Derecho alemán, es posible un auténtico desacuerdo entre situación jurídica verdadera y Registro Inmobiliario. Prueba de ello es que están vigentes en el Ordenamiento alemán dos principios de gran trascendencia en relación al problema que nos ocupa: tales son el de presunción de exactitud del Registro de la Propiedad (§ 891 BGB) y protección a favor de aquél que confía en el Registro inexacto (§ 892 BGB).

Como en otros Ordenamientos, el Registro de la Propiedad en el sistema alemán constituye la base para el tráfico jurídico de los bienes inmuebles⁸⁵, por lo que ha sido dotado por el legislador de una presunción de veracidad y eficacia ante la buena fe, de crucial trascendencia en el caso de que el Registro de la Propiedad no coincida con la realidad o situación jurídica legal.

La presunción legal del § 891 BGB parte de que el Registro de la Propiedad refleja los derechos sobre bienes inmuebles de un modo cierto y completo. Su concreción se encuentra relacionada con el § 1006 BGB⁸⁶; la inscripción en el Registro de la Propiedad

gers Kommentar..., cit., § 873, p. 321. Por su parte, LACRUZ BERDEJO –*Elementos...*, cit., p. 30– afirma que «como en Alemania la inscripción en el Registro es un requisito integrante de la transmisión de la propiedad, el conocimiento de las relaciones obligacionales anteriores a dicha transmisión no suponen mala fe», o se obtiene la protección atendiendo a la buena fe del adquirente, lo cual supone la existencia de un defecto en el proceso adquisitivo.

⁸⁵ Vid. STÜRNER, *Lehrbuch...*, cit., p. 127; SCHAWB, *Sachenrecht...*, cit., p. 43; WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 160.

⁸⁶ § 1006: «1. Se presume a favor del poseedor de una cosa mueble que él es el propietario de una cosa. Esto, sin embargo, no es aplicable frente a un poseedor anterior si la cosa le fue robada, o si la ha perdido o extraviado de cualquier otra manera, a menos que se trate de dinero o títulos al portador.

2. Se presume a favor del poseedor anterior que durante su posesión él era propietario de la cosa.

3. En caso de posesión mediata la presunción es aplicable al poseedor mediato».

en cuanto fundamentación, transmisión y supresión de los derechos sobre bienes inmuebles va más allá de la propiedad y engloba también la existencia o inexistencia de derechos reales limitados sobre los bienes inmuebles⁸⁷. Esta presunción no solamente actúa en favor de persona inscrita, sino también en su contra.

El § 891 BGB es una regla sobre la carga de la prueba que goza de gran importancia en los pleitos de propiedad⁸⁸. Cuando se trata de predios inscritos se toma como punto de partida el Registro, y se presume que el que aparece inscrito como propietario lo es en realidad. Mas esta presunción goza también de eficacia negativa, es decir, cuando un derecho está cancelado en el Registro se presume que ya no existe, lo cual favorece principalmente al propietario, quien queda liberado de un gravamen por la inexistencia de tales derechos.

Es lo que se ha venido a llamar presunción positiva (positive Vermutung)⁸⁹ y presunción negativa (negative Vermutung)⁹⁰. Esta doble presunción es el resultado de haber trasladado los efectos legitimadores de la *gewere* o posesión germánica a la inscripción. La inscripción es apariencia de derecho, como lo era la *gewere*⁹¹. Así, donde media apariencia de que el derecho existe (inscripción),

⁸⁷ Vid. WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 161.; WEIMAR, *Der gutgläubiger Erwerb...*, cit., p. 41; WIELING, *Sachenrecht...*, cit., p. 268.

⁸⁸ En este sentido, GURSKY, *Staudingers...*, cit., § 891, p. 45.

⁸⁹ Se presume que un derecho inscrito existe y que pertenece al que aparece en el asiento como dueño. Quien discuta la existencia del derecho o la propiedad del que aparece como dueño debe cargar con la prueba. Aquel al que importe el derecho inscrito puede recurrir a esta presunción legal (BGH DNotZ 1970, 411). Por tanto, actúa también bajo la carga del inscrito, por ejemplo, cuando se hacen valer derechos reales o personales frente a una persona inscrita como propietario. Al que esté inscrito como acreedor de un derecho hipotecario sobre el inmueble se le aplica la presunción del § 891 BGB sólo cuando éste tiene la cédula hipotecaria en propiedad (BayObLG DNotz 1974, 93). Para la cesión de un derecho hipotecario sobre bienes inmuebles al margen del Registro de la Propiedad (§ 1155 BGB) rige la presunción del § 891.1 BGB si el acreedor justifica su derecho a través de la posesión de la cédula y de la justificación de la cadena ininterrumpida de acreedores, remontándose hasta el acreedor inscrito mediante aclaraciones publicas autenticadas de cesión (KG NJW 1973, 56). Vid. al respecto WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., pp. 161 y 162. En el mismo sentido, entre otros, WILHELM, *Sachenrecht...*, cit., p. 348; SCHAWB/PRÜTTING, *Sachenrecht...*, cit., p. 92; STÜRNER, *Lehrbuch...*, cit., p. 229; Soergel..., cit., § 891, p. 195; GURSKY, *Staudingers...*, cit. § 891, p. 33; WACKE, *Münchener...*, cit., § 891, p. 262; WIEGAND, «Der öffentliche...», cit., p. 206.

⁹⁰ Cuando un asiento se cancela se presume que deja de existir el derecho a partir del momento de la cancelación (BGH NJW 1969, 2139). El que sostenga la pervivencia del derecho cancelado tiene que probar que se canceló sin razón justificada (§ 891.2 BGB). La cancelación puede verificarse mediante una anotación, o bien si al transmitirse el bien inmueble no se inscribió al mismo tiempo el derecho, en otro folio (§ 46 GBO). Vid. WEIRICH, ídem, p. 162. En términos parecidos, WILHELM, íbidem, p. 348; SCHAWB/PRÜTTING, ídem, p. 93; STÜRNER, íbidem, pp. 229 y 195, respectivamente; GURSKY, ídem, p. 37; WACKE, ídem, p. 268; WIEGAND, íbidem, p. 206.

⁹¹ Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., tomo III, vol. 1.º, 3.ª edic., p. 266.

se presume que el derecho existe; mas donde media apariencia de haberse extinguido el derecho (cancelación), se presume que el derecho no existe⁹².

Los efectos que las presunciones pueden tener sobre el procedimiento se traducen en que la regla de la carga probatoria contenida en el § 891 BGB rige para todos los procedimientos, ya sean de Derecho público o privado; pero ya hemos manifestado su importancia en los pleitos de propiedad⁹³. La Oficina del Registro de la Propiedad (GBA) debe tratar a los inscritos como titulares; es verdad que la falta de veracidad es notoria, por ejemplo, cuando esto se extrae del contenido de las actas del Registro, actas judiciales (adjudicación en remate judicial) o de certificados públicos⁹⁴. El que demanda fundándose en un derecho inscrito tiene que afirmar la existencia del derecho, pero no probarlo. Por lo tanto, el propietario que afirma que su propiedad se encuentra libre de un gravamen ya cancelado está exento de la carga de la prueba.

Por lo que a la extensión o ámbito de la presunción se refiere, hay que decir, conforme a lo establecido en el § 891 BGB, que solamente alude a los derechos susceptibles de inscripción, en concreto, la propiedad y derechos reales limitados inscritos en las secciones 2.^a y 3.^a del BGB. Quedan, pues, exceptuadas:

1.º Las limitaciones de disponer inscritas pero inexistentes, ya que no son derechos reales⁹⁵.

⁹² Estas presunciones tiene sus correspondencias en el Derecho español en los artículos 38 y 97 LH

⁹³ Vid. GURSKY, *Staudingers...*, cit., § 891, p. 45; WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 162.

⁹⁴ KG NJW 1973, 56.

⁹⁵ Cfr. WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 162. En cambio, si el Registro no menciona las limitaciones de disposición, el tercer adquirente de buena fe puede confiar en su silencio. Al respecto, cabe decir que, conforme a lo establecido en el BGB y la Ordenanza del Proceso Civil, debemos de distinguir dos tipos:

1.º Las absolutas o de interés público, no son inscribibles y afectan al adquirente aunque no figuran en el Registro, no pudiendo alegarse frente a ellas la buena fe.

2.º Las relativas o de interés privado, son inscribibles y solamente afectan al adquirente si constan en el Registro. Las mismas pueden tener su origen en: a) La Ley, como la que afecta al heredero fiduciario; b) Una disposición judicial, como la prenotación de prohibición de disponer.

Las llamadas limitaciones de disponer de origen contractual no son inscribibles ya que el § 137 BGB les niega eficacia real. Vid. tb. WACKE, *Münchener Kommentar...*, cit., § 891, p. 264; PAU PEDRON, «Panorama...», cit., p. 992; EIRANOVA ENCINAS, *Código Civil alemán comentado*. Madrid 1998, p. 279. Como ha constatado CAÑIZARES LASO «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias». ADC 1991, p. 1.500-, a efectos de terceros la prohibición de disponer no inscrita no les afecta cuando los mismos se encuentren protegidos por la fe pública registral, siendo mantenidos, en consecuencia, en su adquisición. Según la autora —p. 1499— de ser admitida la inscripción constitutiva para la eficacia real de las prohibiciones de disponer sería posible obtener dos regímenes jurídicos distintos de las prohibiciones establecidas en actos jurídicos a título gratuito: por un lado, las prohibiciones no inscritas, que sólo originan un vínculo obligacional, de tal forma que la infracción

2.º Las contradicciones; las mismas sólo tienen la función de evitar una adquisición de buena fe⁹⁶.

3.º Los datos sobre la calidad real y las proporciones del inmueble, es decir, circunstancias de hecho.

4.º Los derechos de arrendamiento.

Por su parte, las anotaciones preventivas fundamentan tan sólo una presunción de existencia cuando la pretensión aseguradora existe realmente⁹⁷. En consecuencia, cabe decir, en primer lugar, que la presunción de exactitud no alcanza a los datos de hecho, tampoco entra dentro de su campo la capacidad de obrar; y, en segundo lugar, la presunción de exactitud desvía la carga de la prueba, el que sostiene la inexactitud del Registro debe probarla.

7. LA PROTECCIÓN DE LA BUENA FE COMO ADQUISICIÓN A *NON DOMINO*

Conocida es por todos la quiebra que en materia del Derecho de Cosas se produce del principio vigente en el Derecho de obligaciones (§ 404 ss. BGB) en favor de la protección del tráfico jurídico mediante las posibilidades que ofrece la adquisición de buena fe⁹⁸. Al adquirente de una cosa mueble se le protege, aunque la cosa no pertenezca al enajenante, salvo que el adquirente no actúe de buena fe en el tiempo en que adquiere la propiedad⁹⁹. Pero la protección otorgada al adquirente de un bien inmueble o de un derecho sobre un bien inmueble va aún más allá, ya que, como hemos tenido ocasión de comprobar, se protege en su buena fe a aquel que adquiere por negocio jurídico confiado en la exactitud del Registro, salvo que contra la misma se haya practicado un asiento de contra-

de la misma da lugar a una indemnización de daños y perjuicios, siendo el acto realizado válido, y, por otro, las prohibiciones inscritas en el Registro de la Propiedad dotadas de eficacia real originada por la inscripción en el Registro, siendo el acto realizado incumpliendo la misma nulo en su vertiente traslativa.

⁹⁶ No fundamentan derechos reales, mediante la inscripción de una contradicción no queda afectada la presunción de veracidad, la misma sólo tiene la función de impedir una adquisición de buena fe. Es decir, anuncian a un tercer adquirente la incoación de un procedimiento de rectificación registral, no cierra el Registro, sino que hace ineficaces los actos posteriores a él si el derecho del reclamante se confirma judicialmente.

⁹⁷ Cfr. WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 162.

⁹⁸ La razón por la cual el legislador defiende al tercero que confía en la apariencia en su conflicto con el verdadero titular es la protección de la buena fe, ésta es la que desencadena en la valoración del legislador esa medida legal de protección. Cfr. en este sentido REGELSBERGER, *Der sogennante...*, cit., p. 354.

⁹⁹ No actúa el adquirente de buena fe si es conocido para él o desconocido como consecuencia de culpa grave que la cosa no pertenece al enajenante (§§ 932.2 y 935 BGB). Le perjudica tanto el conocimiento positivo como el desconocimiento por gran negligencia.

dicción o que la inexactitud sea conocida por el adquirente. Se produce el fenómeno en virtud del cual —según Weirich¹⁰⁰— «la apariencia de derecho reemplaza al Derecho»¹⁰¹.

El riesgo de una posible adquisición *a non domino* de buena fe obliga a la Oficina del Registro de la Propiedad (GBA) y a los interesados al mayor de los cuidados¹⁰². En la medida de lo posible deben evitarse las incorrecciones, y las ya inscritas deben ser corregidas lo antes posible. Las reglas sobre la adquisición de buena fe garantizan, pues, un alto grado de corrección material y son por ello uno de los pilares que sustentan el sistema alemán del Registro de la Propiedad¹⁰³.

Pero para que opere esta protección otorgada por el Registro de la Propiedad es necesario que concurran una serie de requisitos¹⁰⁴:

1.º Inexactitud del Registro de la Propiedad, derivada de la existencia de un derecho inscribible que no ha sido objeto de inscripción, o por haberse inscrito un derecho inexistente. Esta inexactitud o inscripción incompleta puede referirse a la propiedad, a un Derecho real limitado sobre la finca, a un derecho sobre la finca o a una limitación de disponer¹⁰⁵ susceptible de inscripción. Supuestos de hecho son, por ejemplo:

¹⁰⁰ «Der Rechtsschein ersetzt das Recht». *Grundstückrecht...*, cit., p. 163. Vid. tb. WESTERMANN, «Der öffentliche Glaube des Grundbuchs». JuS 1963, pp. 3 y 5; WIEGAND, «Der gutgläubige Erwerb beweglicher...», cit., p. 201.

¹⁰¹ En la adquisición de buena fe de bienes inmuebles desempeña un papel importante la protección otorgada a la buena fe en el caso de la apariencia hereditaria (§§ 2366 y 2367 BGB). Inscrita la herencia en el Registro de la Propiedad, la protección basada en la buena fe se aplica exclusivamente al derecho sobre bienes inmuebles. Si el causante permanece aún como titular inscrito entran en juego los dos efectos de la protección: 1.º La apariencia hereditaria fundamenta la protección de la buena fe respecto a la posición hereditaria del disponente; 2.º La apariencia hereditaria no fundamenta, sin embargo, la suposición de que el objeto del cual el titular aparente dispone pertenece a la herencia.

¹⁰² Las presunciones contenidas en el § 891 BGB funcionan principalmente, como hemos referido, en el orden procesal, pero resultan insuficientes en el tráfico jurídico inmobiliario. El sujeto que desee obtener un derecho sobre un bien inmueble no se siente protegido si sólo puede partir de la presunción de que la persona que aparece inscrita y de la cual lo adquiere es en realidad el auténtico propietario y no un mero titular aparente; su principal objetivo es poder estar totalmente seguro de esta situación.

¹⁰³ Cfr. WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 164; TIETKE, *Gutgläubiger Erwerb im Bürgerlichen Recht, im Handels und Wertpapierrecht sowie in der Zwangsvollstreckung*. Berlín/New York 1985, p. 89; SCHMIDT, «Das problem des Gutgläubigen Erwerbs». *Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts*. AcP 191 (1991), p. 518.

¹⁰⁴ WIEGAND —«Der öffentliche...», cit., pp. 206 ss.— habla de presupuestos objetivos y subjetivos, incluyendo entre los primeros a: 1.º Inexactitud del Registro; 2.º Ausencia de asiento de contradicción; 3.º Inscripción en el Registro; y entre los segundos la buena fe del adquirente. Vid. tb. LUTTER, «Die Grenzen des sogenannten...», cit., pp. 126 y 127.

¹⁰⁵ Vid. al respecto SCHÖNFELD, «Verfügungsbeschränkungen und öffentlicher Glaube des Grundbuchs». JZ 1959, pp. 140 ss.; RÜHWEDEL, «Grundlagen und Rechtswirkungen sogenannter relativer Verfügungsverbote». JuS 1980, p. 161.

- El enajenante inscrito que no es propietario real, a pesar de haberse inscrito un derecho real limitado, para el Derecho material no ha nacido o se ha cancelado;
- Una limitación persistente de la facultad de disposición del legitimado que no ha sido inscrita (§§ 51 y 52 GBO) ¹⁰⁶;
- Una carga que ha sido injustificadamente cancelada de modo que materialmente aún existe.

2.º Pretensión derivada de un derecho inscrito; la fe pública garantiza la validez de las disposiciones sobre un derecho inscrito, por lo que se presupone un negocio de disposición sobre el mismo.

3.º Disposiciones realizadas, por negocio jurídico eficaz, de la propiedad o de un derecho real inscrito ¹⁰⁷.

4.º Pretender la protección del tráfico, por lo que se le niega su aplicación a los casos en los que sólo se encuentra interesada una persona, no pudiendo en consecuencia ser calificado como negocios de tráfico ¹⁰⁸. En concreto, el instituto de la protección de la buena fe debe proteger el tráfico jurídico de bienes inmue-

¹⁰⁶ § 51: «En la inscripción de un heredero fiduciario ha de expresarse al tiempo del derecho del fideicomisario, y cuando el heredero fiduciario quede libre de las limitaciones de sus facultades dispositivas se hará constar de oficio esta liberación».

§ 52: «Si existe un albacea testamentario nombrado, ha de ser inscrito de oficio al tiempo de practicarse la inscripción a favor del heredero, a no ser que el bien hereditario no esté sujeto a la administración del albacea».

¹⁰⁷ Ya hemos constatado que las modificaciones de derecho que sobrevienen por fuerza de la Ley o que descansan en un acto administrativo no pueden llevar a una adquisición de buena fe. Tal es el caso, por ejemplo, del sujeto que hereda la propiedad de otro, propietario aparente, que injustamente la tiene inscrita a su nombre. En este caso no hay adquisición ya que la sucesión no es adquisición por negocio jurídico (§ 1922 BGB). Por el contrario, si un propietario aparente está falsamente inscrito como propietario y muere, siendo inscrito su sucesor por causa de la herencia aparente, vendiendo éste posteriormente el inmueble en cuestión a otro sujeto, aunque él no ha devenido propietario porque no ha adquirido por negocio jurídico, sino por sucesión (§ 1922 BGB), el tercero que adquirió de él sí ha adquirido la propiedad en la medida en que haya mediado buena fe por parte del mismo que ha confiado en el asiento del Registro de la Propiedad. En parecidas circunstancias se encuentra la mujer casada que pacta en capitulaciones matrimoniales el régimen económico de sociedad de gananciales, apareciendo inscrito el marido sin causa bastante como propietario; en este caso no hay adquisición por parte de la mujer, es un efecto legal de lo pactado en capitulaciones matrimoniales (§ 1416 BGB). Cabe también citar el caso del acreedor que adquiere en el curso de una ejecución forzosa una hipoteca aseguradora sobre el bien inmueble de un propietario aparente, realizándose después la subasta judicial de la hipoteca es adjudicada a un tercero (§ 81 ZVG): la hipoteca no surte efecto porque la protección de la buena fe solamente se da en el ámbito de las adquisiciones por negocios jurídicos. Sin embargo, el tercero devendrá propietario conforme al § 90 ZVG, ya que en la adjudicación de un procedimiento de remate la adquisición es constitutiva. El acreedor originario debe pasar su parte perdida por el remate judicial al verdadero propietario, en la medida en que él ha obtenido el dinero sin causa jurídica que lo fundamente (§ 812 BGB). Vid. WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 164.

¹⁰⁸ Esclarecedor es al respecto el siguiente caso: el propietario aparente que de buena fe traspasa un bien inmueble de su patrimonio a una sociedad limitada, siendo el único propietario de la misma así como su gerente. En realidad, jurídicamente existe un nuevo portador del derecho, pero económicamente se interpone una identidad entre el enajenante y el

bles y así facilitarlo. El adquirente de un derecho sobre un bien inmueble no tiene generalmente ninguna posibilidad real, aparte del Registro de la Propiedad, de obtener información sobre una determinada relación jurídica. Sin embargo, según los §§ 891 y ss. BGB, se protegerá únicamente a quien adquiera mediante un negocio de tráfico. Quien, por el contrario, está tan cerca del enajenante que debiera haber conocido sus relaciones, no obtiene protección alguna. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el concepto «negocio de tráfico» no dice nada respecto del trasfondo económico de la disposición realizada, ya que también se protegerá la adquisición gratuita si se da un negocio de tráfico¹⁰⁹.

5.º No existir en el momento de la inscripción del derecho una inscripción contradictoria respecto a la veracidad del Registro de la Propiedad (§ 892 BGB). La contradicción puede estar inscrita como consecuencia de:

a) Una disposición o aceptación provisional del afectado (§ 899.2 BGB)¹¹⁰.

b) Una sentencia ejecutiva con ocasión de una declaración de voluntad (§ 895 ZPO).

c) Una actuación de oficio, conforme al § 18.2 GBO¹¹¹, cuando la petición anterior tiene por objeto una inscripción declarativa no modificadora del derecho.

d) Una actuación de oficio, según el § 53.2 GBO¹¹², cuando la Oficina del Registro de la Propiedad (GBA), lesionando las prescripciones legales, lleva a cabo una inscripción a través de la cual el mismo se hace incorrecto¹¹³.

adquirente. La sociedad limitada no puede entenderse que haya adquirido de buena fe. *Vid.* también, supuestos referidos por WOLFF, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., pp. 272 y 273.

¹⁰⁹ En este sentido, WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 165.

¹¹⁰ § 899.2: «La extensión –del asiento de contradicción contra la inexactitud– se realiza basándose en una medida judicial provisional o basándose en el consentimiento de la persona cuyo derecho se ve afectado por la rectificación del Registro. No es necesario, para que se dicte la medida judicial provisional, que se haga probable el riesgo del derecho del contradictor».

¹¹¹ § 18.2: «Si antes de la ejecución de la solicitud se solicita otra inscripción que concierna al mismo derecho, se practicará de oficio una prenotación o un asiento de contradicción en beneficio de la solicitud primeramente presentada; ese asiento equivale como ejecución de esa solicitud. La prenotación o el asiento de contradicción se cancelarán de oficio cuando se deniegue la solicitud primeramente presentada».

¹¹² § 53.2: «En el caso de hipoteca, deuda territorial o deuda de renta no es necesario, para la práctica de un asiento de contradicción, la presentación de cédula cuando el asiento de contradicción tenga el contenido expresado en el § 41.1.2 (cuando el asiento se ordene por una medida provisional, y el asiento de contradicción se funde en que la hipoteca o el crédito, para cuya garantía se ha constituido aquélla, no subsisten, o están sujetos a una excepción o están inscritos erróneamente)».

¹¹³ *Vid.* GURSKY, *Staudingers Kommentar...*, cit., § 892, p. 60; WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 165.

6.º Tratarse de un adquirente de buena fe ¹¹⁴; ésta se presume siempre, salvo que cuando al efectuarse la disposición ¹¹⁵:

a) Se encontrara inscrito un asiento de contradicción (§ 892.1 BGB);

b) La inexactitud sea conocida por el adquirente ¹¹⁶. El juego de la buena fe solamente es excluido por el conocimiento positivo y no, como ocurre en materia de muebles (§ 932 BGB), por la ignorancia debida a negligencia inexcusable, en la medida en que el Registro de la Propiedad garantiza una mayor confianza ¹¹⁷. Sólo actúa de buena fe el que cree que el Registro antes de la adquisición del derecho era correcto. No basta la creencia de que es correcto después de la inscripción del adquirente. La buena fe del § 892 BGB es un concepto negativo ¹¹⁸. No cabe la protección del adquirente cuando de una inscripción del Registro se desprende que otra inscripción es inexacta o existe alguna posibilidad de que lo sea ¹¹⁹.

¹¹⁴ Inmiscuimos en el tema de la buena fe supone adentrarnos en uno de los conceptos que como ha referido Díez-PICAZO —*La doctrina de los propios actos*. Barcelona 1965, p. 134—, «es uno de los más difíciles de aprehender del Derecho Civil y, además, uno de los conceptos jurídicos que ha dado lugar a más larga y apasionada polémica».

¹¹⁵ Especialmente la adquisición del derecho, porque aquel que haya adquirido de buena fe no pierde lo adquirido si posteriormente se entera de la inexistencia del derecho de su transmitente. En el caso de que para la adquisición del derecho es necesario el acuerdo y la inscripción conforme a lo preceptuado en el § 873 BGB, y se emite primeramente el acuerdo, es decisivo para el conocimiento del adquirente el momento en que se haya presentado la instancia de inscripción (§ 892.2 BGB). Si en ese momento el tercero obra de buena fe, no le perjudica su posible conocimiento posterior; pero si en dicho momento no existe siquiera la inscripción inexacta, según el § 892.1 BGB, todo dependerá del momento en el que se perfeccione la adquisición del derecho. Puede verse al respecto TIEDTKE, «*Erwerb beweglicher...*, cit.», p. 518.

¹¹⁶ El § 892 solamente exige desconocimiento de la inexactitud registral, sin tener en cuenta el origen del error.

¹¹⁷ Sobre el adquirente no pesa ninguna carga de tener que informarse, las posibles dudas no se equiparan a un conocimiento, tampoco juega la inexactitud de forma semejante al *dolus eventualis*. Vid. WACKE, *Münchener Kommentar...*, cit., § 892, p. 286. El conocimiento de la inexactitud del Registro no es idéntico al conocimiento de los hechos —RG 98, 215, 220—, de los que deriva la inexactitud. El adquirente obra de mala fe si conoce la inexactitud aunque ignore las causas; sin embargo, obra de buena fe si conoce los hechos pero no deduce la inexactitud del Registro por desconocimiento del derecho o por creer que el Registro es exacto por algún motivo. Cfr. WOLFF, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., p. 274; WEIRICH, *Grundstückrecht...*, cit., p. 166. Por su parte, WIEGAND —«*Der öffentliche...*, cit.», p. 208— considera que se actúa de mala fe cuando el adquirente conoce de la divergencia entre el contenido del Registro y la realidad jurídica.

¹¹⁸ Cfr. WOLFF, *idem*, p. 275. El adquirente ha adquirido de buena fe sobre la exactitud del Registro de la Propiedad; la misma sólo será excluida por un conocimiento positivo de la inexactitud (§ 892.1 BGB). La duda sobre la inexactitud o desconocimiento negligente no es suficiente. Un error de derecho puede impedir el conocimiento; así, quien conoce los hechos pero tiene por exacto al Registro de la Propiedad es de buena fe. Incumbe la prueba para adquisición de mala fe a quien la alegue de oficio (§ 892.1 BGB). Vid. tb. LUTTER, «*Die Grenzen des sogenannten...*, cit.», pp. 123 y 169 ss.

¹¹⁹ Refiriéndose al artículo 34.2 LH, pone de manifiesto MIQUEL GONZÁLEZ —«*Observaciones en torno a la buena fe*». Homenaje al Profesor Juan Roca Juan. Murcia 1989, p. 504— que se considera decisivo por el legislador el conocimiento, sin hacerse referencia

7.º Ser un adquirente, bien a título oneroso o bien a título gratuito aunque con efectos diferentes, ya que en el primer caso responde el disponente (§ 816 BGB) y en el segundo el adquirente ¹²⁰.

Es, por tanto, indiferente que el tercero adquiera del titular aparente a título oneroso o gratuito; en ambos supuestos adquiere la perfecta propiedad. En el ámbito de los derechos subjetivos patrimoniales y respecto al enriquecimiento sin causa (§ 816 BGB), en su expresión general comprende como caso más importante éste al que nos referimos ¹²¹. El *non dominus* efectúa un acto de disposición, el cual es eficaz contra el *verus dominus*, y esto es así porque el adquirente es de buena fe conforme a lo establecido en el § 935 BGB. Por lo que debemos de distinguir:

1.º Si la transmisión es a título oneroso, el *non dominus* está obligado a entregar lo percibido al *verus dominus* despojado (§ 816.1 BGB). El ejercicio de la acción de enriquecimiento que conlleva la reintegración de los derechos arrebatados por el *non dominus* es ajena a la posible existencia de daños en el patrimonio del *verus dominus* ¹²².

a la diligencia. Añade que un Registro como el español en el que impera el principio de legalidad parece que no puede imponer al adquirente «suplementarios» deberes de diligencia para averiguar una posible inexactitud registral. «No cabe –en palabras del autor– exigir diligencia respecto de materias que han sido sometidas a la calificación de funcionarios especial y altamente preparados al efecto».

¹²⁰ La doctrina imperante hoy en Alemania en materia de enriquecimiento sin causa es la llamada «teoría de la diferenciación». *Vid.*, entre otros, Von CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*. Gesammelte Schriften. Tübingen 1968, Band I, p. 209; *Leistungsrückgewahr bei gutgläubigen Erwerb*. Festschrift für Gustav Boehmer. Bonn 1954, pp. 145 ss.; LOEWENHEIM, *Bereicherungsrecht*. München 1989, p. 8; CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*. München 1994, Band II.2, 13.ª Auflage, p. 129. Nos encontramos ante un supuesto de Leistungskondition. STÜRNER, *Lehrbuch...*, *cit.*, p. 182. Siguiendo la línea doctrinal adoptada, dentro del enriquecimiento por intromisión existen dos teorías –DÍEZ-PICAZO, «La doctrina del enriquecimiento injustificado». Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa. Madrid 1988, p. 118 ss.–, la llamada teoría de la antijuridicidad y la teoría de la atribución –no vamos a centrarnos en el análisis de las mismas ya que escapa del objeto de nuestro estudio; un análisis exhaustivo podemos encontrar en la reciente monografía de BASOZABAL ARRUE, *Enriquecimiento injustificado por intromisión*. Madrid 1998, pp. 54 ss.–, siendo esta última consagrada por Von CAEMMERER, «Bereicherung...», *cit.*, p. 209– y la dominante en la actualidad en Alemania –CANARIS/LARENZ, *ídem*, p. 168–; según ésta el enriquecimiento es injustificado en la medida en que la cosa es utilizada por quien no es el verdadero titular (titular registral o aparente) y sin mediar consentimiento del *verus dominus*, lo que está en contradicción con la «atribución» de bienes y derechos que implica todo derecho de propiedad –Von CAEMMERER, *ídem*, p. 234–. Asimismo DÍEZ-PICAZO –*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*. Madrid 1993, tomo I, p. 108– sitúa entre los casos generales de aplicación de la llamada *condictio* por intromisión derivados del ejercicio eficaz del *ius disponendi* sobre un bien ajeno, la disposición eficaz por un titular registral en aplicación del artículo 34 LH.

¹²¹ El objetivo principal es la protección de los derechos arrebatados por el *non dominus* mediante la reintegración al patrimonio del *verus dominus* del provecho obtenido por aquél. En este sentido Von CAEMMERER, «Bereicherung...», *cit.*, p. 230, y LOEWENHEIM, *ídem*, p. 74.

¹²² Von CAEMMERER, *ídem*, p. 234. La compatibilidad entre ambas acciones ha sido tradicionalmente defendida en España. En este sentido, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El enrique-*

2.º Si, por el contrario, la transmisión es gratuita, es el tercero de buena fe el que resulta enriquecido; y si tiene todavía la cosa en su poder, el enriquecimiento está a la vista y ha de restituirlo (§ 816.1.2 BGB) ¹²³. El verdadero titular que ha sido desposeído tiene –análogamente al § 822 BGB– una actuación obligatoria, en la medida en que lo adquirido gratuitamente, siempre que el receptor se haya enriquecido, debe ser transmitido a aquel a cuya carga se ha realizado la adquisición ¹²⁴.

A estos requisitos, añade Schwab ¹²⁵, que es necesario que se den además los otros presupuestos exigidos por la legislación para la validez de la adquisición; es decir, el acuerdo real, consentimiento para la inscripción, capacidad del disponente, facultades del representante e inexistencia de prohibiciones legales de disponer.

Cabe así considerar que mientras el § 892 BGB protege al adquirente de un derecho sobre un inmueble, el § 893 BGB amplía esta protección de buena fe a dos supuestos más:

1.º Si es efectuada una prestación a aquél a cuyo nombre está inscrito un derecho en el Registro en base a este derecho.

2.º O si entre él y otra persona es celebrado, en base a este derecho, un negocio jurídico que no está en el ámbito de las dispo-

cimiento sin causa. Granada 1989, p. 110.; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., tomo I, p. 105; MIQUEL GONZÁLEZ, voz «Enriquecimiento injustificado». *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid 1995, tomo II, pp. 2805 y 2806; CLAVERIA GOSALBEZ, *La causa del contrato*. Zaragoza 1998, p. 264. Resulta ilustrativa, al respecto, la sentencia de 19 de febrero de 1999 –AC 1999, núm. 26, pp. 1.648 ss.–, sobre acción por enriquecimiento injusto. En la misma se determina que «la acción de enriquecimiento sin causa no es ninguna sanción civil que se imponga como consecuencia de una conducta culposa»; «siendo una contradicción pretender mantener junto a cada norma positiva que otorga acciones y fija plazos de ejercicio la vigencia coetánea de la doctrina del enriquecimiento sin causa, que deja aquella reducida a la nada. De ahí que la acción de enriquecimiento deba entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el de la acción de enriquecimiento». Niega en este caso la confluencia entre la acción de enriquecimiento y la aquiliana del artículo 1902 CC «porque los daños y perjuicios no los pide la parte actora por vía de acción de responsabilidad extracontractual, sino por la acción de evicción, subsidiariamente por acción pauliana, y subsidiariamente por vía de enriquecimiento injusto». Luego esta acción es subsidiaria de acciones específicas previstas por la Ley en casos determinados.

¹²³ Respecto de la extensión de la pretensión de enriquecimiento, el § 818 BGB específica: «1. La obligación de restitución se extiende a los emolumentos derivados y a todo lo que el receptor adquiriera, ya sea en virtud de un derecho obtenido o como indemnización por la destrucción, daño o sustracción del objeto obtenido.

2. Si la restitución es imposible a causa de la naturaleza del objeto obtenido, o si el receptor, por cualquier otra razón, no está en posición de restituir, indemnizará el valor.

3. La obligación de restituir o de indemnizar el valor queda excluida tan pronto como el receptor ya no esté enriquecido...».

¹²⁴ Vid. MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona 1995, vol. 1.º, edic. española Martínez Sarrión, p. 718.

¹²⁵ *Sachenrecht...*, cit., p. 77.

siciones del § 892 BGB, el cual contenga una disposición sobre dicho derecho.

La adquisición por parte del tercero de bienes de un no titular, de un titular registral y la pérdida de éstos por su titular, titular no registral, es definitiva, sin perjuicio, claro está, de los correspondientes deberes de indemnización, de carácter obligatorio, que deben tener lugar¹²⁶. Al tener la misma carácter definitivo puede el tercero de buena fe disponer libremente de la cosa o derecho.

La adquisición *a non domino* por parte del tercero de buena fe es consecuencia de admitir el contenido del Registro como exacto, en la medida en que la Ley le atribuye, en forma de ficción¹²⁷, al *non dominus* una legitimación para disponer a favor de terceros de un derecho ajeno que no ha sido inscrito. Cuando el *non dominus* transmite al tercero de buena fe, éste adquiere derechos existentes, es decir, no se produce la extinción de la propiedad antigua y la constitución de una nueva. Pero no por ello el tercero es sucesor jurídico, ya que su antecesor (*non dominus*) no ostenta derecho en el cual basar la adquisición de su derecho. El adquirente de buena fe adquiere del *non dominus* la propiedad sobre un bien del titular real, no porque éste la tuviera, sino a pesar de que la tenía el titular real y no el aparente¹²⁸.

En resumen, la buena fe es la razón por la que legalmente se opta por proteger al tercero frente al verdadero titular. Supone error sobre la situación real y confianza en la situación aparente. La inscripción registral que en principio nace como fiel reflejo de la realidad puede llegar a convertirse en un medio creador de apariencias¹²⁹.

¹²⁶ Operada la pérdida por parte del titular real de su derecho a raíz de la protección otorgada a la adquisición del tercero de buena fe, se generan una serie de derechos en su favor conforme a lo establecido en el ya referido § 816 BGB. A ello cabe añadir lo establecido en el § 818.3 BGB. Por último, conforme al § 822 BGB: «Si el receptor transfiriere la cosa adquirida gratuitamente a un tercero, y si como consecuencia de esto la obligación del receptor a la restitución del enriquecimiento queda excluida, el tercero está obligado a la restitución del enriquecimiento como si lo hubiese recibido del acreedor sin causa jurídica». LOEWENHEIM, *Bereicherungsrecht...*, cit., pp. 61 y 62.

¹²⁷ Cfr. WOLFF, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., p. 278; SCHAWB, *Sachenrecht...*, cit., p. 83; STÜRNER, *Lehrbuch...*, cit., p. 229; WEIMAR, *Der gutgläubige Erwerb...*, cit., p. 41; Von CAEMMERER, *Leistungsrückgewahr...*, cit., pp. 145 ss.; BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*. München 1989. 15 Auflage, p. 207; GURSKY, *Staudingers...*, cit., § 892, p. 57; LUTTER, «Die Grenzen des sogenannten...», cit., p. 124; WIEGAND, «Der öffentliche...», cit., p. 206; «Rechtsableitung vom Nichtberechtigten». JuS 1978, p. 147; WACKE, *Münchener...*, cit., § 892, p. 272; HAGER, *Verkehrsschutz...*, cit., p. 421; MEIKEL/IMHOF/RIEDEL, *Grundbuchrecht...*, cit., p. 291; ALTMETZEN, *Disponibilität des Rechtsscheins*. Köln 1993, p. 233.

¹²⁸ Cfr. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. München 1989, 7. Auflage, p. 238; Von TUHR, *Derecho Civil. Parte General*. Madrid 1927, traducida y concordada al español por Roces, 2.ª edic., p. 110; LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., pp. 199 ss.

¹²⁹ Se admiten en el Derecho alemán tres grupos de casos de apariencia: 1.º Los encuadrados dentro de lo que podríamos denominar «función de liberación» (Liberations-

Es por lo que la buena fe se va a convertir en el elemento principal «relativizándose ante ella»¹³⁰ los que se pueden llegar a considerar medios a su servicio: la fe pública.

8. REALIDADES COMPARADAS

En la medida en que la finalidad perseguida por ambos sistemas es la misma: dotar de seguridad al tráfico jurídico inmobiliario a fin de fomentarlo, ya que es la base de toda economía y el efecto que se produce es idéntico, porque tanto en nuestro sistema como en el alemán se mantiene en firme la adquisición de quien reúna los requisitos necesarios para gozar de la protección de la fe pública, debemos olvidar la preeminencia del sistema alemán para, a través del análisis comparativo de sus elementos, determinar las ventajas e inconvenientes de ambos instrumentos tendentes a lograr un fin único y común: la adquisición *a non domino* de bienes inmuebles por el tercero de buena fe.

En los dos sistemas, para que actúe la fe pública registral es necesario que de los asientos del Registro derive algo que está en discordancia con la realidad¹³¹.

En el Derecho español la inexactitud se define en el artículo 39 LH, pudiendo derivar de las diversas causas establecidas en el artículo 40 LH o de cualquier otra. La fe pública actúa pues, al igual que en Derecho alemán, en una «zona de apariencia»; aunque reconocida por el Derecho en favor de un tercero de buena fe (art. 34 LH), no permanece aquél inactivo ante la misma de ahí que se establezcan medidas para proceder a la rectificación del Registro inexacto (art. 40 LH). Por su parte, el § 894 BGB ante la inexactitud concede la facultad de rectificación. La discordancia realidad/Registro en el Derecho alemán puede deberse a la inexactitud o a lo que llamamos un «contenido incompleto»¹³².

funktion); 2.º Poder aparente de representación o representación aparente (Scheinvertretungsmacht); y 3.º Disposiciones por un no titular (Verfügungen Nichtberechtigter). *Vid.* al respecto, ALTMEPPEL, *Disponibilität...*, *cit.*, pp. 1 ss.

¹³⁰ GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente. (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*. Sevilla 1978, p. 478.

¹³¹ Nunca el Registro puede, siempre y en todo caso, reflejar fiel e íntegramente la realidad. En el Ordenamiento alemán no cabe la protección de la buena fe (§ 892 BGB) cuando se trata de adquisiciones que no derivan de negocio jurídico, inscripciones improcedentes, prescripción de servidumbres prediales (§ 1.028 BGB), futuras prestaciones accesorias (§ 1.158 BGB) y prestaciones accesorias vencidas y no pagadas (§ 1.159 BGB). *Vid.* MEIKEL/IMHOF/RIEDEL, *Grundbuchrecht...*, *cit.*, p. 291.

¹³² Así, mientras ante supuestos de inexactitud por no acceso al Registro de la Propiedad de alguna relación jurídica se procede, en el Derecho español, a la rectificación por la inscripción del título (art. 40 LH), en el Derecho alemán, dado su carácter constitutivo, esta

Debe tratarse además de un derecho inscrito, o sea que para que la adquisición *a non domino* prospere debe de celebrarse un negocio jurídico entre el titular inscrito (*non dominus*) y otra persona (tercero de buena fe), en virtud del cual se realice un acto de disposición sobre un derecho registrado (§§ 893 BGB y 34 LH).

Pero las diferencias entre ambos Ordenamientos no se hacen esperar; en el Derecho alemán queda protegido tanto quien adquiere un derecho real sobre una finca como el que realiza una prestación a favor de quien en el Registro aparece como titular del derecho a recibirla; en cambio, en el Derecho español está protegido el adquirente de un derecho real, pero la fe pública no ampara a los acreedores del titular inscrito ni a los que cumplen una prestación a favor de éste ¹³³.

El tercero debe actuar de buena fe, no conocer la inexactitud del Registro ¹³⁴. Así, mientras en el Derecho alemán la misma debe existir en el momento de presentación de la solicitud de inscripción (§ 892.2 BGB) ¹³⁵, en el Derecho español parece ser que debe apreciarse en el momento de la adquisición ¹³⁶. Pero, a nuestro entender, la principal y más grave diferencia radica en el posible juego de la mala fe, que no es sino consecuencia del sistema adquisitivo de abstracción de la causa ¹³⁷.

Por último, cabe referir que sólo se protegen en nuestro Ordenamiento las adquisiciones a título oneroso, en el Derecho alemán no se aprecian diferencias entre adquisiciones a título oneroso o gratuito, sino sólo a efectos de resarcimiento ¹³⁸.

situación es impensable, ya que la inexactitud no deriva de la ausencia de inscripción porque en este caso no hubiese operado la mutación jurídico-real, por lo que se suele recurrir para la rectificación del Registro, bien al procedimiento general mediante el ejercicio de la acción de rectificación (§ 894 BGB) o al previsto en el § 22 GBO, con fianza a través de anotación preventiva conforme a los §§ 899 BGB y 53.1.1 GBO. En Alemania el Registrador puede, actuar por propia iniciativa y con carácter subsidiario poniendo el Registro en concordancia con la realidad (§§ 82 y 83 GBO).

¹³³ Vid. al respecto, CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho...*, cit., tomo I, pp. 304 ss.; WOLFF, *Tratado de Derecho Civil...*, cit., pp. 281 y 282.

¹³⁴ Cfr. WIEGAND, «Der öffentliche...», cit., p. 208.

¹³⁵ Vid. WIEGAND, ídem, p. 210; TIEDTKE, «Erwerb beweglicher...», cit., p. 521.

¹³⁶ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, *Sistema...*, cit., vol. 3.º, p. 334; VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derechos reales...*, cit., p. 888; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales...*, cit., p. 596; LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., p. 189. Para más información vid. el estudio realizado en «La adquisición *a non domino...*», cit., pp. 1.252 ss.

¹³⁷ Como ha referido GORDILLO CAÑAS —«Bases del Derecho de Cosas...», cit., pp. 561 y 562—, en Alemania la mala fe queda reducida a constituir un obstáculo a las ventajas que la publicidad brinda a los terceros, mientras que en España la buena fe es la razón justificadora y desencadenante del expediente protector. Por lo que el referido autor considera que conseguir la seguridad del tráfico en el sistema alemán y español tiene matices diferentes: mientras que en el primero el tráfico en abstracto es el beneficiario directo de los expedientes concebidos al servicio de la seguridad, en España no hay protección directa del tráfico, sino lo que ésta obtiene a través de lo que se concede a los terceros de buena fe.

¹³⁸ La disparidad va aún más allá, ya que si el adquirente a título gratuito enajena a un tercero a título oneroso, en el Derecho español queda éste sin protección, y en el alemán sí

9. RECAPITULACIÓN DE IDEAS

9.1 A propósito de la abstracción

Respecto de la abstracción, podríamos considerar antinatural la separación entre la transmisión y el fundamento real y material que la sustenta¹³⁹.

La superposición acuerdo obligacional/real plantea problemas fundamentalmente prácticos, sobre todo en lo referente a los vicios, en la medida en que no está muy claro que los posibles vicios de la voluntad y la ilicitud de la causa de que esté afectado el negocio obligacional repercutan en la validez del acuerdo real. Braandt¹⁴⁰ mantiene que la ilicitud del contrato obligacional no afecta a la ilicitud del acuerdo real, lo que, en nuestra opinión, permitiría el juego de la mala fe en el caso de ser conocida la ilicitud del negocio obligacional por el tercero adquirente de buena fe. Otros autores, como Westermann¹⁴¹, defienden la permeabilidad de ambas relaciones contractuales, con lo cual no se plantearía el problema anterior.

Frente al mismo, nuestro sistema traslativo de derechos reales es causal: el título es la causa del modo y el negocio es la causa de la continuación del derecho real. La nulidad del título hace inoperante la tradición y, en su caso, la inscripción. El negocio causal reúne la doble función de acuerdo obligacional y acuerdo real o voluntad de transmisión efectiva.

9.2 A propósito del carácter de la inscripción

Bien sabemos que la inscripción es premisa ineludible para el ejercicio de los derechos sobre bienes inmuebles¹⁴². Mediante la misma quedan tuteladas las relaciones jurídicas inmobiliarias de

la obtiene (§ 893 BGB). Vid. al respecto HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil*. Derechos reales. Madrid 1955, vol. 2.º, revisión y notas de Díez Pastor y González Enriquez, pp. 132 y 133.

¹³⁹ En este sentido, SCHAWB, *Sachenrecht...*, cit., p. 10. El carácter abstracto de la transmisión en el Derecho alemán desliga la eficacia de la inscripción de la validez del acto jurídico en virtud del cual ha sido realizada. La operación llevada a cabo en el Registro debe ser legal para la producción de efectos.

¹⁴⁰ Cit. PAU PEDRÓN, «Panorama...», cit., p. 979.

¹⁴¹ *Sachenrecht. Immobiliarsachenrecht...*, cit., p. 98.

¹⁴² Es hora de atacar la ausencia de inscripción, es hora de superar los efectos que su falta provoca: 1.º Disminución de la función social del Registro en los casos de falta de inmatriculación o interrupción del *tracto* que pueden llegar a generar la existencia de titularidades aparentes y reales; 2.º Indeterminación respecto de terceros del momento en el que se produce el cambio de propiedad; 3.º Sigue sin solucionarse el problema de los datos físicos del Registro, excluidos también del ámbito de la fe pública. PAU PEDRÓN «Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios». Boletín de Información Jurídica del Ministerio

acuerdo con su naturaleza y trascendencia social; se intenta corregir, también, la divergencia entre Registro y realidad extrarregistral y se obtiene la seguridad de que las declaraciones judiciales y administrativas descansan sobre la base sólida y segura del Registro de la Propiedad ¹⁴³.

La coincidencia entre eficacia y publicidad es, pues, una exigencia de la propia institución registral ¹⁴⁴. Por lo tanto, mantener la discordancia entre eficacia y publicidad no lleva más que al robustecimiento de la institución de la inexactitud. Si lo que aparece publicado en el Registro de la Propiedad produce eficacia frente a terceros, es una consecuencia lógica que todos deban conocer cuál es la situación real en la que viven y se encuentran los derechos reales. La institución registral será tanto más eficaz cuanto más fiel sea respecto de la realidad extrarregistral la publicidad ofrecida por la misma.

Como sabemos, en nuestro Ordenamiento, a diferencia del Derecho alemán, la concordancia entre los pronunciamientos registrales y la realidad se deja al libre arbitrio de los particulares, pese a que la eficacia de la llamada «verdad oficial» se lleva al extremo mediante el principio de fe pública, como en el sistema germánico. Con la diferencia de que mientras el legislador alemán ofrece un sistema de inscripción constitutiva en un intento de acercar ambas realidades, el español se despreocupa, en nuestra opinión, de articular un medio a través del cual sea posible obtener la concordancia entre esas dos realidades que lograrían la coincidencia entre eficacia y publicidad: nos referimos a las realidades registral y extrarregistral.

Bien es cierto que, con independencia del mecanismo adquisitivo, el acceso al Registro de la Propiedad de las transmisiones operadas siempre va a causar el mismo efecto: tal es publicar el derecho existente o provocar la adquisición en su caso. Tanto en un supuesto como en otro la consecuencia es idéntica a efectos de las adquisiciones basadas en lo en él publicado. La diferencia más importante radica en que el sistema alemán pretende conseguir el acercamiento entre realidad y Registro complicando el sistema transmisivo, cuando las adquisiciones basadas en la apariencia registral viven al margen del sistema de transmisión, es decir, para que se produzca una adquisición *a non domino* es igual que la ins-

de Justicia. Julio 1991, núm. 1604, pp. 3.371 y 3.372-, denuncia, entre otras, algunas de estas consecuencias ante la falta de eficacia constitutiva de la publicidad registral.

¹⁴³ Vid. PAU PEDRÓN, «Eficacia de la inscripción...», *cit.*, p. 2.190.

¹⁴⁴ Así lo entiende PAU PEDRÓN, *ídem*, p. 3.365.

cripción tenga carácter constitutivo o no, ya que la misma opera basada en lo establecido en el Registro.

Por lo tanto, aunque en el Ordenamiento español se le conceda a la inscripción un valor relativo, alcanza un valor absoluto cuando lo que se trata de proteger es el tráfico jurídico de bienes inmuebles y, en consecuencia, al adquirente de buena fe que lo hace apoyado en las declaraciones del Registro.

Lo importante es que las mutaciones jurídicas lleguen de alguna forma al Registro, así en el sistema español la inscripción es la fase final que dota al derecho real de plena eficacia, siendo la misma necesaria y esencial para que opere la fe pública; mientras, en el Ordenamiento alemán la inscripción es constitutiva, pero siendo igualmente necesaria y esencial para que opere la adquisición *a non domino*.

A efectos de la adquisición producida al amparo de la fe pública el carácter de la inscripción no tiene trascendencia, ya que, aunque en el Derecho español, no es necesaria para que el derecho real quede válidamente constituido con plena eficacia real y, en el Derecho alemán, sea el elemento imprescindible de la mutación jurídica, la adquisición *a non domino* deriva de la buena fe y el carácter necesario y esencial que la inscripción tiene en este caso especial de adquisición de la propiedad, ya que sin ambos elementos la misma no opera.

En consecuencia, la inscripción en las adquisiciones *a non domino*, tanto en el Ordenamiento alemán como en el español, produce un efecto defensivo e inmunizante, ya que defiende al adquirente de las acciones de nulidad o revocación que pueden esgrimirse contra su transferente. La inscripción inmuniza al adquirente de buena fe de las consecuencias destructivas del derecho defectuoso o inexistente del transmitente, siempre que las deficiencias de esta titularidad no las constate el Registro de la Propiedad.

Podemos afirmar que, en ambos Ordenamientos, a través de la inscripción se hace triunfar a la apariencia jurídica sobre la divergente realidad extrarregistral, lo publicado en el Registro aparece como una verdad incontrovertible, a fin de asegurar a los terceros que contraten de buena fe confiados en sus declaraciones.

9.3 A propósito de la buena fe y las adquisiciones *a non domino*

Debemos partir de una realidad, tal es, que la seguridad se obtiene por la protección dispensada a la buena fe. Es cierto que proteger una adquisición basada en lo publicado en el Registro y en la buena fe del adquirente en aras de la seguridad del tráfico tiene total

justificación y es consecuencia lógica del principio de fe pública. Ahora, también es cierto que permitir esta misma adquisición cuando por el mecanismo de adquisición es posible el juego de la mala fe —lo cual sucede en el sistema abstracto alemán— desvirtúa el principio de la buena fe y la importancia del mismo en las adquisiciones fundamentadas en la fe pública ¹⁴⁵.

Si partimos de un sistema de publicidad en el que el Registro es generador de apariencia jurídica protegible, la adquisición basada en la buena fe vive al margen del valor de la inscripción en el sistema transmisivo. El carácter constitutivo de la inscripción no excluye las inexactitudes registrales generadas por la divergencia realidad/Registro, ya que el origen de las mismas es muy diverso. En las adquisiciones *a non domino* la inscripción no forma parte del proceso adquisitivo, es un requisito necesario y esencial para que pueda operar, ya que se apoya en la publicidad del Registro.

La publicidad en el Derecho alemán sirve a la «visibilidad de los derechos» ¹⁴⁶, mediante la misma todo dueño de un inmueble dispone de un instrumento general de conocimiento del derecho del cual es titular, pudiendo oponerlo a cualquiera. Por el contrario, también cualquier tercero, gracias a esa publicidad, puede disponer de toda la información que sea de su interés acerca del derecho ajeno. En las adquisiciones *a non domino* la inscripción es necesaria, en el sentido de que la Ley la supedita a la producción del efecto jurídico, pero no es constitutiva del efecto jurídico-real.

Si la publicidad es estudiada como punto de apoyo de la confianza del tercero de buena fe, lo que hay que buscar es el mecanismo idóneo para dotar a esa publicidad de eficacia. La adquisición *a non domino* deriva de lo publicado en el Registro y la buena fe del adquirente en base a la concesión que en estas condiciones otorga la Ley al tercero cuando, en otras circunstancias o, mejor dicho, no dándose los requisitos exigidos no se produciría. La adquisición *a non domino* es un puro favor de la Ley al tercero en base a su buena fe. Aunque se establezca un sistema de inscripción constitutiva las inexactitudes registrales van a seguir existiendo, luego las adquisiciones que se operen derivadas de la misma tienen su origen en la Ley en ese caso especial contemplado por el Ordenamiento de protección al tercero de buena fe que, confiado en la exactitud del Registro, es inducido a error. Cuando realidad y Registro coinciden

¹⁴⁵ Como ha constatado GORDILLO CAÑAS —«Bases del Derecho de Cosas...», *cit.*», p. 561—, el sistema —refiriéndose, claro está, al vigente en Alemania— en su complejidad resulta artificioso e innecesariamente sobrecargado y lleva a una protección del tráfico en la que caben «indiferencialmente» los terceros tanto de buena como de mala fe.

¹⁴⁶ Vid. STÜRNER, *Lehrbuch...*, *cit.*, p. 29; ERLT, *Staudingers...*, *cit.*, §§ 873-902, p. 14.

no surge la necesidad de proteger al tercero de buena fe. Luego, el supuesto de hecho será el error registral en base al cual se produce una adquisición basada en esa inexactitud publicada por el Registro, aunque mediando la buena fe del adquirente. Por lo tanto, la inscripción constitutiva no excluye a las adquisiciones basadas en la apariencia registral.

La protección registral presupone el error ocasionado por la publicidad al tercero de buena fe, si el tercero protegido adquiere un derecho de quien no es titular bien, porque dejó de serlo o nunca lo fue –si la inscripción es nula–, el sistema legal presupone una publicidad de efectos positivos cuya virtualidad consagran los principios de legitimación y fe pública.

La inscripción debe cumplir una función publicadora de las situaciones jurídicas inmobiliarias no constitutiva; de ahí la idoneidad de la inscripción obligatoria pero no de la constitutiva. La inscripción ofrece una pauta segura de actuación: su carácter constitutivo no garantiza que lo publicado por el Registro sea más cierto que si no goza de dicho carácter.

Hay que buscar, pues, los medios para que el Registro sea exacto, visto que el carácter constitutivo de la inscripción no ha puesto fin a las inexactitudes registrales, es decir, que el Registro pueda constituir un fiel reflejo de las situaciones inmobiliarias. Lo publicado por el Registro en la medida en que genera confianza en los adquirentes debe desplegar su protección basada, no en el hecho de que lo publicado en el Registro es fiel reflejo de la realidad, sino precisamente en esa «confianza» depositada por aquellos que no siendo parte en el acto inscrito referido al derecho desconocen la realidad misma.

El Registro que nace con el fin de dar a conocer las situaciones inmobiliarias se convierte en el vehículo que permite las adquisiciones *a non domino* basadas en la buena fe del adquirente. Si la finalidad perseguida es la seguridad del tráfico, el Registro aparece como el medio que garantiza las adquisiciones realizadas en base a lo en él publicado.

9.4 A propósito de la publicidad y la eficacia

A través de los mecanismos transmisivos abstracto y causal se consigue proteger al adquirente de buena fe, pero lo ideal es articular un mecanismo adquisitivo que:

1.º Permita la concordancia entre realidad y Registro mediante un sistema de inscripción, para desarrollar una publicidad eficaz.

2.º No sobrecargue el mecanismo adquisitivo con fases o expedientes que obstaculizan, en última instancia, el acceso al Registro.

3.º Admita un principio de fe pública basado en la auténtica buena fe del tercero perceptible en todo el proceso de transmisión a través de un mecanismo causal y no abstracto.

En la medida en que abstracción e inscripción van por separado, lo cual queda demostrado en el Ordenamiento alemán a través de los casos en los que exigiéndose la inscripción no se requiere el acuerdo real sino que es suficiente el causal, adoptemos y defendamos un sistema de adquisición que garantice y que tienda a lograr un único objetivo: la necesaria coincidencia entre eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios.

Si ese es nuestro objetivo, no hay que desterrar la idea de dotar a la inscripción de un carácter obligatorio para lograr el acercamiento entre realidad y Registro, pero adoptando a su vez un mecanismo de adquisición de escasa complejidad en el que la buena fe del tercero sea apreciable en todo el proceso adquisitivo, evitándose así los segundos consentimientos, en definitiva, la superación de la abstracción en beneficio de la causalidad.

Es evidente que con la inscripción se protegen los intereses de las partes y de los terceros, luego facilitemos el acceso al Registro de las realidades extrarregistrales. Conforme el ciudadano tome conciencia de que el acceso al Registro garantiza su adquisición, se hará ésta una práctica habitual como ha ocurrido con la hipoteca, aunque la misma en ese caso tiene carácter constitutivo.

La conveniencia de que la transmisión de inmuebles tenga reflejo en el Registro se debe sobre todo a razones de eficacia publicitaria, así como al papel que desempeña el Registro en la determinación de la adquisición de la propiedad cuando existe incertidumbre social sobre el verdadero adquirente. Lo publicado en el Registro y el acceso al mismo garantizan la seguridad del tráfico.

En una sociedad de masas tan despersonalizada como la actual, la incertidumbre en torno a la persona del último adquirente debe ser superada, y eso sólo es posible acercando la realidad al Registro. El ideal es hacer primar al Registro, pero adoptando las medidas necesarias para lograr su concordancia con la realidad, pero a su vez sin tener que sobrecargar el sistema transmisivo. Si, como hemos constatado, la verdadera función de la inscripción es la publicación de las situaciones inmobiliarias para ofrecer a los terceros un modelo garantizado de inscripción, el que la misma forme parte del sistema de adquisición lo que hace es ofrecer un modelo

transmisivo complejo y en el que se priva a la inscripción de su verdadera misión.

Quizás el estudio del sistema alemán nos sirve para superar la idea de la inscripción constitutiva¹⁴⁷ y defender la adopción, por nuestros textos legales y vida social, de una inscripción que verdaderamente logre el fin de la misma.

La buena fe va a ser, en última instancia, la que va a poner en marcha el sistema de protección que el Registro prevé para el tercero que confía en lo publicado; pero para que la fe pública funcione y se base en una auténtica buena fe debe existir un sistema que supere la abstracción pero que a su vez acerque realidad y Registro.

Podemos concluir afirmando que tanto en un Ordenamiento como en otro y, con independencia del mecanismo transmisivo/adquisitivo adoptado, las adquisiciones *a non domino* no son sino casos de facultad dispositiva registral sin facultad dispositiva civil que permiten, ante la discrepancia realidad/Registro, que los titulares inscritos que no son dueños efectivos dispongan registralmente otorgando actos perfectamente inscribibles y preservando al adquirente de los resultados de la inexistencia del derecho en el transferente.

¹⁴⁷ Tan defendida por PAU PEDRÓN en «Eficacia y publicidad...», *cit.*, pp. 3.364 ss.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

AYUDAS DE ESTADO

1. **Reglamento (CE) núm. 68/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas a la formación. DOCE, L, núm. 10, de 13 de enero de 2001.**
2. **Reglamento (CE) núm. 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas de minimis. DOCE, L, núm. 10, de 13 de enero de 2001.**
3. **Reglamento (CE) núm. 70/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas. DOCE, L, núm. 10, de 13 de enero de 2001.**

CONSUMIDORES

4. **Recomendación de la Comisión, de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda. DOCE, L, núm. 69, de 10 de marzo de 2001.**

La fórmula que recubre esta interesante normativa (la recomendación) enmascara la importancia de su contenido: la información que debe suministrarse al consumidor en relación con los créditos hipotecarios para la compra o transformación de un inmueble privado que posea o aspire a adquirir.

La Recomendación se acompaña de dos anexos, uno conteniendo la información general relativa a la identidad, dirección del prestamista y a las características de los créditos vivienda en general y del crédito ofrecido en particular; el otro, que asume el alcance de «Ficha europea de información normalizada», posee un contenido más detallado y personalizado.

5. **Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en *materia de consumo*. DOCE, L, de 19 de abril de 2001.**

La Recomendación se aplica a los órganos responsables de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo que, independientemente de su denominación, buscan resolver un litigio mediante una aproximación de las partes a fin de obtener una solución de común acuerdo. Los principios desarrollados son el de imparcialidad de las personas responsables del procedimiento, transparencia (acceso a la información, facilitación de datos relativos a procedimiento, costes, calendario, valor del acuerdo...), eficacia (acceso electrónico del procedimiento, gratuidad o proporcionalidad de costes, no-necesidad de representante, plazos breves) y equidad.

DERECHO INSTITUCIONAL

6. **Reglamento (CE) núm. 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo y de la Comisión. DOCE, L, núm. 145, de 31 de mayo de 2001.**

El objeto del presente Reglamento es definir los principios, condiciones y límites, por motivos de interés público o privado, por los que se rige el derecho de acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión al que se refiere el artículo 255 del Tratado CE de modo que se garantice el acceso más amplio posible a los documentos, así como establecer normas que garanticen el ejercicio más fácil posible de este derecho y promover las buenas prácticas administrativas para el acceso a los documentos.

7. **Reglamento (CE) núm. 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. DOCE, L, núm. 8, de 12 de enero de 2001.**

Sobre la base del artículo 286 del Tratado el presente Reglamento establece las condiciones generales de la licitud del tratamiento de datos personales por parte de todas las instituciones y organismos comunitarios en la medida en que dicho tratamiento se lleva a cabo para el ejercicio de actividades que pertenecen al ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Se regulan aspectos tales como los derechos del interesado, la confidencialidad y seguridad del tratamiento, el responsable de la protección de los datos, la autoridad de control independiente o las vías de recurso.

ENTIDADES DE CRÉDITO Y SEGUROS

8. **Directiva 2001/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguro. DOCE, L, de 20 de abril de 2001.**

Las disposiciones de esta Directiva, en la línea de las contenidas en la Directiva 2001/24/CE, se aplican también a medidas de saneamiento y a los procedimientos de liquidación relativos a sucursales que posean en el territorio de la Comunidad las compañías de seguros cuyo domicilio social se halle fuera de la Comunidad.

9. **Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de abril de 2001 relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito. DOCE, L, núm. 125, de 5 de mayo de 2001.**

La presente Directiva se aplicará a las entidades de crédito y a sus sucursales creadas en un Estado miembros distinto del Estado donde se encuentra el domicilio social, tal como se definen en los puntos primero y tercero del artículo 1 de la Directiva 2000/12/CE, salvo las condiciones y excepciones previstas en el apartado 3 del artículo 2 de dicha Directiva. Las disposiciones de la presente Directiva relativas a las sucursales de una entidad de crédito que tenga su domicilio social fuera de la Comunidad se aplicarán únicamente cuando dicha entidad tenga sucursales como mínimo en dos Estados miembros de la Comunidad. En ellas se detallan las medidas de saneamiento y el procedimiento de liquidación, con el tratamiento de temas como la ley aplicable a la liquidación, las situaciones de los bienes objeto de cláusulas de reserva de dominio, la compensación y la novación, el ejercicio de derechos de propiedad o de otros derechos sobre instrumentos cuya existencia o transferencia suponga una inscripción en un Registro, en una cuenta o en un sistema de depósito centralizado, los pactos de recompra y otros.

ESPACIO JUDICIAL

10. **Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOCE, L, núm. 12, de 16 de enero de 2001.**

El Reglamento supone la «conversión» del Convenio de Bruselas sobre la misma materia que vincula a España desde febrero de 1991. Entre las novedades sobresalientes del Reglamento con relación al Convenio se encuentran una nueva regulación de la competencia judicial internacional en materia contractual en general, de contratos individuales de trabajo –que pasan a tener una nueva sección–, de contratos celebrados con los consumidores, contratos de arrendamiento de inmueble por temporada, responsabilidad no contractual y otros aspectos, entre los que destaca la toma en consideración de los nuevos medios de comunicación y contratación electrónica o la definición de momentos y circunstancias procesales relevantes. En el ámbito del reconocimiento de resoluciones extranjeras destaca la eliminación de

alguno de los «controles» (como el de la ley aplicada por el juez extranjero) o la modificación de otros tan interesantes como el relativo a la notificación regular y tempestiva al demandado.

POLÍTICA SOCIAL

11. **Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. DOCE, L, núm. 82, de 22 de marzo de 2001.**

RELACIONES EXTERIORES

12. **Reglamento (CE) núm. 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. DOCE, L, núm. 81, de 21 de marzo de 2001.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS TRABAJOS LEGISLATIVOS

APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

13. **Decimoséptimo informe anual sobre el control de la aplicación del *Derecho comunitario* (1999). DOCE, C, núm. 30, de 30 de enero de 2001.**

COMERCIO ELECTRÓNICO

14. **Dictamen del Comité Económico y social sobre el tema «Incidencia del *comercio electrónico* en el mercado interior». DOCE, C, núm. 123, de 25 de abril de 2001.**

Las recomendaciones formuladas por el CES en lo que atañe a los aspectos jurídicos inciden en el establecimiento de un marco jurídico europeo e internacional a fin de lograr un acceso al comercio electrónico que ofrezca garantías a los consumidores; en la creación de un marco jurídico para los ámbitos no cubiertos por la Directiva sobre el comercio electrónico y en el establecimiento de un marco alternativo de resolución de litigios (distinto del judicial).

COMPETENCIA

15. **Comunicación de la Comisión - Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal.** DOCE, C, núm. 3, de 6 de enero de 2001.
16. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre *competencia* previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1017/68, (CEE) núm. 2988/74 (CEE) núm. 4056/86 y (CEE) núm. 3975/87 (Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado)»** DOCE, C, núm. 155, de 29 de mayo de 2001.

Entre las observaciones efectuadas por el CES se encuentra una genérica relativa a la poca consideración de sus apreciaciones anteriores en lo tocante a la «seguridad jurídica» y la protección del sistema comunitario de la competencia, así como la excesiva remisión que la propuesta de la Comisión efectúa a actos posteriores de la propia Comisión en aspectos no irrelevantes (y sin indicar suficientemente contenidos, criterios, limitaciones y plazos).

CONSUMIDORES

17. **Dictamen del Comité Económico y social sobre el tema «Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con *consumidores*».** DOCE, C, núm. 116, de 20 de abril de 2001.

El CES valora el Informe de la Comisión, de 27 de abril de 2000, sobre aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Dicho informe presentó un doble objetivo: por una parte, analizar críticamente el sistema elegido para la armonización legislativa y su concreta incorporación y aplicación por parte de los Estados miembros; por otra, abrir un debate público con vistas a la revisión y eventual reformulación del sistema vigente. El CES comparte en esencia la visión crítica de la Comisión, ratificando puntos clave tales como: *a)* la forma en que se incorporó la Directiva no condujo a una verdadera armonización de los diferentes ordenamientos nacionales; *b)* no fue idéntica la interpretación que los Estados miembros hicieron del alcance y naturaleza de las disposiciones de la Directiva; *c)* tampoco es homogénea, en términos de eficacia, la forma en que los distintos Estados miembros aplican las normas que han incorporado a sus ordenamientos.

DERECHO INSTITUCIONAL

18. **Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Niza el 26 de febrero de 2001.** DOCE, C, núm. 80, de 10 de marzo de 2001.

19. **Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. DOCE, C, núm. 364, de 18 de diciembre de 2000.**

DERECHOS DE AUTOR

20. **Posición común (CE) núm. 48/2000 aprobada por el Consejo el 28 de septiembre de 2000 con vistas a la adopción de la Directiva 2000/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de ..., relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los *derechos de autor* en la sociedad de la información. DOCE, C, núm. 344, de 1 de diciembre de 2000.**

El propósito de la propuesta de la Comisión consiste en brindar un marco jurídico armonizado y adecuado a los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. Adapta y completa el marco vigente con objeto de garantizar un funcionamiento sin problemas del mercado interior y crear un entorno favorable que proteja y estimule la creatividad y las actividades innovadoras en la Comunidad. Asimismo la propuesta tiene por objeto desarrollar las nuevas obligaciones internacionales derivadas del Tratado de la OMPI sobre derechos de autor (WCT) y del Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT), celebrados el 20 de diciembre de 1996 en Ginebra.

ESPACIO JUDICIAL

21. **Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOCE, C, núm. 12, de 15 de enero de 2001.**

Como consecuencia de lo dispuesto en el nuevo Título IV del TCE tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Ámsterdam y los acuerdos del Consejo Europeo de Tampere (octubre de 1999) aparece este Proyecto del Consejo que utiliza un tanto confusamente el «principio de reconocimiento mutuo» para aludir a un Programa que sencillamente profundiza en la eficacia de las resoluciones judiciales dictadas en materia civil por los Tribunales de un Estado miembro en el resto de los Estados. Para ello se parte de los instrumentos existentes (y de las materias aún huérfanas de reglamentación *ad hoc*) y se organiza temporalmente un plan de medidas y propuestas que culminarían con la supresión del exequátur.

22. **Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal. DOCE, C, núm. 12, de 15 de enero de 2001.**

El Programa de medidas incluye, en este caso, la consideración de las resoluciones penales definitivas pronunciadas con anterioridad por el Juez de otro Estado miembro, la ejecución de las resoluciones previas a la sentencia, las resoluciones condenatorias y las resoluciones adoptadas en el marco de las medidas consecutivas a una condena penal.

23. **Declaración del Reino Unido en relación con el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.** DOCE, C, núm. 13, de 16 de enero de 2001.

El Gobierno del Reino Unido (Unidad de Enlace de Gibraltar para Asuntos de la Unión Europea, adscrita al Ministerio de Asuntos Exteriores y para la Commonwealth y con sede en Londres) certificará como auténticos los documentos que contengan dichas resoluciones judiciales del Tribunal gibraltareño. A tal efecto, el Tribunal de Gibraltar formulará la necesaria solicitud a la mencionada Unidad. La certificación se expenderá en forma de nota.

24. **Dictamen de los Gobiernos de la República francesa, del Reino de Suecia y del Reino de Bélgica encaminado a que el Consejo adopte una Decisión marco relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas.** DOCE, C, núm. 75, de 7 de marzo de 2001.

La decisión se enmarca dentro de la idea del reconocimiento mutuo que el Consejo Europeo reunido en Tampere consideró piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y en materia penal. El hecho de que dicho principio deba aplicarse también a las resoluciones previas a la fase de formación de las sentencias motiva la Decisión. Su título II establece el núcleo principal del procedimiento de ejecución de las resoluciones de embargo preventivo y de aseguramiento de prueba.

25. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopción del Reglamento del Consejo relativo a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de vista de los hijos.** DOCE, C, núm. 14, de 16 de enero de 2001.
26. **Propuesta modificada de Reglamento del Consejo relativa a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.** DOCE, C, núm. 62E, de 27 de febrero de 2001.
27. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Iniciativa de la República Federal de Alemania con vistas a la adopción de un Reglamento del Consejo relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil»** DOCE, C, núm. 139, de 12 de mayo de 2001.

El Consejo Europeo, reunido en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, recordó la necesidad de elaborar, dentro del ámbito del artículo 65 del Tratado, nuevas normas procesales para los asuntos transfronterizos, en particular en el ámbito de la obtención de pruebas. En relación con la Inicia-

tiva de Alemania el CES muestra su conformidad con la elección del Reglamento como el instrumento jurídico adecuado, por su valor añadido ya que es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, así como con el contenido de la propuesta de Reglamento sometido a consulta, con algunas observaciones.

28. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [COM (1999) 348 final C5-0169/1999 1999/0154 (CNS)]. DOCE, C, núm. 146, de 17 de mayo de 2001.**
29. **Información comunicada por los Estados miembros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. DOCE, C, núm. 151, de 22 de mayo de 2001.**

El presente texto contiene parte de las informaciones que deben ser objeto de una publicación, con arreglo al apartado 2 del artículo 23 del Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo. Se trata de la información comunicada por los Estados miembros relativa a los artículos 2 (organismos transmisores), 3, 4, 9, 10, 13, 14, 15 y 19 del Reglamento (CE) núm. 1348/2000 (en lo sucesivo, «el Reglamento»). La información comunicada por Alemania se refiere a las medidas provisionales aplicables hasta la entrada en vigor de la legislación alemana relativa a la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario. Hay también que precisar que Dinamarca no está ligada por el Reglamento. Las informaciones relativas a los organismos receptores designados por cada Estado miembro no se incluyen, ya que el manual en el que serán recogidas debe ser sometido a la consideración del Comité mencionado en el artículo 18 del Reglamento antes de su publicación. Las informaciones aquí publicadas, y en especial las relativas a las autoridades centrales, permiten en la práctica la aplicación del Reglamento.

PATENTE COMUNITARIA

30. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo sobre la patente comunitaria». DOCE, C, núm. 155, de 29 de mayo de 2001.**

Como observaciones generales, el CES estima que para que se acepte la propuesta de Reglamento del Consejo sobre una patente comunitaria se deben resolver una serie de cuestiones conexas, como la necesidad de obtener la cooperación de la Organización Europea de Patentes. El Comité aprueba la propuesta de que la Comunidad pase a ser parte del Convenio de la Patente Europea como forma de introducir una patente comunitaria. Señala que la Oficina Europea de Patentes acoge con satisfacción esta propuesta y cooperará activamente en su aplicación a fin de facilitar el acceso a una patente cuyo ámbito de validez se extienda a toda la Comunidad Europea.

Para ello será necesario introducir algunas modificaciones al Convenio de Munich, que deberían ser acordadas por otra conferencia diplomática sobre el Convenio de Munich. Incide el CES en la necesidad de que las negociaciones para la revisión del Convenio de Munich tenga en cuenta la necesidad de adoptar medidas para que, en un cierto plazo, se adapten las posibles nuevas modificaciones de forma simbiótica para mantener la coherencia entre el Reglamento y el Convenio.

RECONOCIMIENTO MUTUO

31. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre «Reconocimiento mutuo en el mercado interior (Observatorio del Mercado Único)».** DOCE, C, núm. 116, de 20 de abril de 2001.

El CES emite su opinión sobre el presente y futuro del «reconocimiento mutuo» estableciendo una serie de recomendaciones a propósito de la Comunicación de la Comisión sobre el reconocimiento mutuo [COM (1999) 299 final, de 16 de junio de 1999].

RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

32. **Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde de la Comisión relativo a la *responsabilidad* civil por productos defectuosos.** DOCE, C, núm. 378, de 29 de diciembre de 2000.

En relación con una eventual modificación de la Directiva el Parlamento emitió la siguiente resolución:

1. Opina que cualquier reforma de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos debe basarse en hechos probados inequívocamente;

2. Pide a la Comisión que consiga pruebas objetivas no sólo formulando preguntas a las partes interesadas, sino también aplicando métodos científicos e implicando a la comunidad académica y a la sociedad civil;

3. Cree, en este sentido, que debería utilizarse en todo su alcance la Decisión 372/1999/CE del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se aprueba un programa de acción comunitaria relativo a la prevención de lesiones en el marco de la acción en el ámbito de la salud pública (1999-2003), para recopilar datos relevantes sobre lesiones personales causadas por productos defectuosos;

4. Sugiere la posibilidad de poner en marcha proyectos de investigación idóneos para este ámbito jurídico en el espacio de coincidencia entre la justicia correctiva basada en la culpa y la responsabilidad sin culpa basada en un principio de redistribución de riesgos; recuerda que en relación con el derecho de obligaciones se han conseguido notables resultados gracias a diversas iniciativas como la Comisión Lando y el «Centro Europeo del Derecho de Seguros e Indemnizaciones» («Europäisches Zentrum für Schadenersatz- und Versicherungsrecht») de Viena;

5. Opina que un mayor desarrollo de la legislación sobre responsabilidad por productos defectuosos podría ser un buen punto de partida para iniciar

un proceso de reflexión sobre la posibilidad y la conveniencia de una mayor armonización del Derecho privado en los ámbitos relativos al mercado;

6. Recomienda que, si algún hecho sólidamente probado de resultados de la evaluación de los efectos de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos sugiere la necesidad acuciante de adoptar medidas legislativas anticipadas, la Comisión presente las propuestas legislativas oportunas lo antes posible; recomienda asimismo que, en cualquier caso, los legisladores de la Unión Europea emprendan un diálogo y una revisión extensos sobre el desarrollo de la legislación comunitaria en materia de responsabilidad por productos, aun en el caso de que no se necesite ninguna acción inmediata sobre la base del Libro Verde y las respuestas al mismo;

7. Opina que cualquier diálogo que pueda emprenderse en respuesta a la anterior recomendación debería tratar con especial atención los aspectos de la Directiva que han despertado una cierta preocupación en el Parlamento durante la consulta y el debate recientes, y en particular:

La cuestión de la carga de la prueba y otras disposiciones procesales, como por ejemplo las que facilitan que la parte damnificada acceda a información y documentos que están en posesión del fabricante o del proveedor del producto que supuestamente ha causado el daño;

Las excepciones a la responsabilidad estricta, especialmente en relación con los «riesgos de desarrollo»;

La exclusión de la responsabilidad por daños ocasionados al darse un uso comercial o profesional a productos que, por lo general, también se usan como productos de consumo;

La conveniencia de los actuales plazos de responsabilidad civil, sobre todo teniendo en cuenta el problema de los defectos latentes cuyos efectos dañinos sólo se manifiestan pasado un período de tiempo considerable;

Las distintas categorías de daños cubiertas por la responsabilidad por productos (por ejemplo, tanto los daños físicos como los psíquicos);

El enfoque que hagan los tribunales de la cuantificación de los daños en los litigios relativos a la responsabilidad por productos, en comparación con el enfoque en casos de responsabilidad civil por culpa o negligencia;

La conveniencia de establecer unas cuantías mínimas y máximas por responsabilidad en caso de daño;

Los problemas pertinentes de acceso a la justicia;

8. Opina que la seguridad alimentaria puede garantizarse mejor con la aprobación, adaptación y aplicación de instrumentos jurídicos que contengan requisitos sobre producción, etiquetado y localización; constata que la Directiva sobre responsabilidad por productos sólo puede surtir un efecto protector muy limitado;

9. Encarga a su Presidenta que transmita la presente resolución al Consejo, a la Comisión, y a los Parlamentos de los Estados miembros. [Vid. Informe de la Comisión: sobre la aplicación de la Directiva 85/374 relativa a la responsabilidad por productos defectuosos (COM 00/893, 31/1/01)].

SEGUROS

33. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los seguros de vida (versión refundida) [COM(2000) 398 final - 2000/0162(COD)]. DOCE, C, núm. 365E, de 19 de diciembre de 2000.**

II. PRÁCTICA DEL TJCE Y DEL TPICE *

APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES

34. **STJCE de 3 de mayo de 2001, Asunto C-28/99, Jean Verdonck, Ronald Everaert, Édith de Baedts. Cuestión prejudicial. Aproximación de las legislaciones. Directiva 89/592/CEE del Consejo, de 13 de noviembre de 1989, sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada. Facultad de los Estados miembros de adoptar disposiciones más restrictivas. Concepto de disposición nacional de aplicación general. (Sala Sexta).**
35. **STJCE de 10 de mayo de 2001, Asunto C-203/99, Henning Vedfeldt/ Århus Amtskommune. Cuestión prejudicial. Aproximación de las legislaciones. Directiva 85/374/CEE. Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Puesta en circulación del producto fabricado y utilizado en el marco de una prestación médica. Daño moral. Exoneración de la responsabilidad. Requisitos. (Sala Quinta).**
36. **STJCE de 18 de enero de 2001, Asunto C-151/00, Comisión de las Comunidades Europeas / República Francesa. Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento de Estado. Tratamiento de datos personales y protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. Artículo 15 de la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones No adaptación del Derecho interno. (Sala Cuarta).**

AYUDAS DE ESTADO

37. **STJCE de 15 de febrero de 2001, Asunto C-99/98, República de Austria / Comisión de las Comunidades Europeas. Ayuda de Estado. Recurso de anulación. Proyecto de ayuda de Estado en el sector de los semiconductores de potencia. Notificación a la Comisión. Contenido de la notificación y de las preguntas adicionales formuladas por la Comisión. Naturaleza y duración del plazo de investigación. Derecho de oposición de la Comisión. Artículo 93, apartado 3, del Tratado CE (actualmente artículo 88 CE, apartado 3). (Tribunal de Justicia en Pleno).**

* La información que sigue ha sido obtenida a partir del Boletín de Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, preparado por la División de Prensa e Información del Tribunal de Justicia (L-2925 Luxemburgo). En ella se da cuenta de las resoluciones dictadas desde el 20 de noviembre de 2000 hasta el 18 de mayo de 2001, con exclusión de las relativas a agricultura, fiscalidad, funcionarios y política regional. En la presente crónica se ha procedido a realizar una selección de dicha práctica, teniendo en cuenta los comunicados de prensa de la citada División de Prensa e Información.

38. **STJCE de 13 de marzo de 2001, Asunto C-379/98, PreussenElektra AG / Schleswag AG. Cuestión prejudicial. Ayudas de Estado. Electricidad. Fuentes de energía renovables. Normativa nacional que impone a las empresas suministradoras de electricidad una obligación de compra de electricidad a precios mínimos y que reparte las cargas derivadas de esta obligación entre esas empresas y las empresas de gestión de redes situadas en un nivel de distribución anterior. Ayuda de Estado. Compatibilidad con la libre circulación de mercancías. (Tribunal de Justicia en Pleno).**
39. **STPICE de 4 de abril de 2001, Asunto T-288/97, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia / Comisión de las Comunidades Europeas. Ayudas de Estado. Transportes de mercancías por carretera. Ayudas de Estado. Recurso de anulación. Perjuicio para los intercambios comerciales entre los Estados miembros y distorsión de la competencia. Requisitos para una excepción a la prohibición establecida en el artículo 92, apartado 1, del Tratado CE (actualmente art. 87 CE, apartado 1, tras su modificación). Ayudas nuevas o ayudas existentes. Principio de protección de la confianza legítima. Principio de proporcionalidad. Motivación. (Sala Cuarta ampliada).**

CIUDADANÍA DE LA UNIÓN

40. **STJCE de 20 de febrero de 2001, Asunto C-192/99, The Queen / Secretary of State for the Home Department, ex parte: Manjit Kaur. Cuestión prejudicial. Ciudadanía de la Unión. Nacionalidad de un Estado miembro. Declaraciones del Reino Unido sobre la definición del término nacional. Ciudadano británico de Ultramar. Para determinar si una persona tiene la condición de nacional en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte con arreglo al Derecho comunitario, procede referirse a la Declaración de 1982 del Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, relativa a la definición del término «nacionales», que sustituyó a la Declaración de 1972 del Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre la definición del término «nacionales», anexa al Acta final del Tratado relativo a la Adhesión a las Comunidades Europeas del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. (Tribunal de Justicia en Pleno).**

COMPETENCIA

41. **STJCE de 7 de diciembre de 2000, Asunto C-214/99, Neste Markkinointi Oy / Yötuuli Ky y otros. Cuestión prejudicial. Competencia. Acuerdos de compra exclusiva. Acuerdos relativos a estaciones de servicio. Duración. Contribución significativa de los contratos de un proveedor al cierre del mercado. Distinción en función de los contratos del mismo proveedor. (Sala Sexta).**

42. **STJCE de 14 de diciembre de 2000, Asunto C-344/98, Masterfoods Ltd / HB Ice Cream Ltd HB Ice Cream Ltd / Masterfoods Ltd. Cuestión prejudicial. Competencia. Artículos 85 y 86 del Tratado CE (actualmente arts. 81 CE y 82 CE). Procedimientos paralelos ante los órganos jurisdiccionales nacionales y comunitarios. Cuando un órgano jurisdiccional nacional se pronuncia sobre un acuerdo o una práctica cuya compatibilidad con los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado CE (actualmente arts. 81 CE, apartado 1, y 82 CE) ya ha sido objeto de una Decisión de la Comisión, dicho órgano no puede adoptar una resolución contraria a tal Decisión, aun cuando ésta se oponga a una resolución dictada por un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia. Cuando el destinatario de la Decisión de la Comisión ha interpuesto, en el plazo previsto en el artículo 173, párrafo quinto, del Tratado CE (actualmente art. 230 CE, párrafo quinto, tras su modificación), un recurso de anulación contra ésta, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si procede suspender el procedimiento hasta que recaiga una resolución definitiva sobre el citado recurso de anulación o con objeto de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. (Tribunal de Justicia en Pleno).**

43. **STPICE de 31 de enero de 2001, Asuntos acumulados T-197/97 y T-198/97, Weyl Beef Products BV, Exportslachterij Chris Hogeslag BV, Groninger Vleeshandel BV / Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia. Artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente art. 81 CE, apartado 1). Recurso de anulación. Desestimación de una denuncia. Interés comunitario. Relación entre el artículo 85 del Tratado CE y el artículo 92 del Tratado CE (actualmente art. 87 CE, tras su modificación). (Sala Cuarta).**

44. **STPICE de 31 de enero de 2001, Asunto T-156/98, RJB Mining / Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia. Artículo 66.2 del Tratado CECA. Concentración de empresas. Producción de carbón. Ayudas de Estado. Admisibilidad. (Sala Primera),**

45. **STPICE de 20 de febrero de 2001, Asunto T-112/98, Mannesmannröhren-Werke AG / Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia. Recurso de anulación. Competencia. Decisión de solicitud de información. Multas coercitivas. Derecho a negarse a dar una respuesta que implique el reconocimiento de una infracción. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. (Sala Primera ampliada).**

46. **STJCE de 17 de mayo de 2001, Asunto C-340/99, TNT Traco SpA / Poste Italiane SpA, anciennement Ente Poste Italiane, y otros. Cuestión prejudicial. Competencia. Artículos 86 y 90 del Tratado CE (actualmente arts. 82 CE y 86 CE). Servicios postales. Normativa nacional que somete la prestación de servicios de correo rápido por entidades que no gestionan los servicios universales al pago de**

la tasa postal aplicable normalmente a los servicios universales. Atribución de los ingresos procedentes del pago de dicha tasa a la entidad que tiene encomendada la gestión exclusiva de los servicios universales. (Sala Sexta).

CONVENIO RELATIVO A LA COMPETENCIA JUDICIAL

47. **ATJCE de 5 de abril de 2001, Asunto C-518/99, Richard Gaillard / Alaya Chekili. Cuestión prejudicial. Convenio relativo a la competencia judicial/ejecución de resoluciones judiciales. Artículo 104, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento. Convenio de Bruselas. Artículo 16, número 1. Competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios. Ámbito de aplicación. Acción de resolución de la venta de un inmueble y de indemnización de daños y perjuicios: no determina una competencia exclusiva sobre derechos reales sobre bienes muebles. (Sala Sexta).**

DERECHO DE SOCIEDADES

48. **STJCE de 7 de diciembre de 2000, Asunto C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH / Post & Telekom Austria AG. Cuestión prejudicial. Derecho de sociedades. Contratos públicos de servicios. Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. Directiva 92/50/CEE. Contratos públicos de servicios en el sector de las telecomunicaciones. (Sala Sexta).**
49. **STJCE de 7 de diciembre de 2000, Asunto C-94/99, ARGE Gewässerschutz / Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft. Cuestión prejudicial. Derecho de sociedades. Contratos públicos de servicios. Artículo 59 del Tratado CE (actualmente art. 49 CE tras su modificación). Directiva 92/50/CEE. Procedimiento de adjudicación de contratos públicos. Igualdad de trato de los licitadores. Discriminación por razón de nacionalidad. Libre prestación de servicios. (Sala Sexta).**

LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

50. **STJCE de 11 de enero de 2001, Asunto C-464/98, Westdeutsche Landesbank Girozentrale / Friedrich Stefan. Cuestión prejudicial. Libre circulación de capitales. Normativa nacional que prohíbe la inscripción de una hipoteca en moneda extranjera. Violación de dicha prohibición antes de la entrada en vigor del Derecho comunitario en Austria. Interpretación del artículo 73B del Tratado CE (actualmente art. 56 CE). Repercusión del Derecho comunitario en forma de regularización de la inscripción: 1) El artículo 73B del**

Tratado CE (actualmente art. 56 CE) debe interpretarse en el sentido de que dicha disposición se opone a una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal, que obliga a inscribir en moneda nacional una hipoteca destinada a garantizar un crédito pagadero en la moneda nacional de otro Estado miembro. 2) El artículo 73B del Tratado debe interpretarse en el sentido de que dicha disposición no se aplicaba en Austria antes de la fecha de adhesión de la República de Austria a la Unión Europea. 3) El artículo 73B del Tratado debe interpretarse en el sentido de que dicha disposición no puede regularizar, a partir de la entrada en vigor en Austria del Tratado CE, una inscripción hipotecaria que adolecía en dicho sistema jurídico nacional de una nulidad absoluta e insanable que producía efectos *ex tunc* y entrañaba la inexistencia de dicha inscripción. (Sala Quinta).

LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

51. STJCE de 23 de noviembre de 2000, Asunto C-135/99, Ursula Elsen / Bundesversicherungsanstalt für Angestellte. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Seguridad social de los trabajadores migrantes. Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Artículos 3 y 10 y Anexo VI, letra C, punto 19. Seguro de vejez. Cómputo de periodos de crianza de un hijo cubiertos en otro Estado miembro. (Sala Quinta).
52. STJCE de 23 de noviembre de 2000, Asunto C-421/98, Comisión de las Comunidades Europeas / Reino de España. Libre circulación de personas. Incumplimiento de Estado. Artículos 2 y 10 de la Directiva 85/384/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985, para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos en el sector de la arquitectura. Real Decreto 1081/1989, de 28 de agosto de 1989. Restricciones al ejercicio de la actividad de arquitecto en función de la definición de la profesión en el Estado miembro de origen del título. Incumplimiento. (Sala Quinta).
53. STJCE de 30 de noviembre de 2000, Asunto C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst / Republik Österreich. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Artículo 177 del Tratado CE (actualmente art. 234 CE). Concepto de órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros. Libre circulación de personas. Artículos 48 del Tratado CE (actualmente art. 39 CE, tras su modificación) y 7, apartados 1 y 4, del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. Igualdad de trato. Ascenso por antigüedad. Carrera realizada en parte en el extranjero. (Sala Quinta).
54. STJCE de 5 de diciembre de 2000, Asunto C-448/98, Jean-Pierre Guimont. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa. Situa-

ción puramente interna. Fabricación y comercialización de queso «emmental» sin corteza. El artículo 30 del Tratado CE (actualmente art. 28 CE tras su modificación) se opone a que un Estado miembro aplique a los productos importados de otro Estado miembro, en el que se producen y comercializan legalmente una normativa nacional que prohíbe, en ese Estado miembro, la comercialización con la denominación «emmental» de un queso desprovisto de corteza. (Tribunal de Justicia en Pleno).

55. **STJCE de 14 de diciembre de 2000, Asunto C-55/99, Comisión de las Comunidades Europeas / República Francesa. Libre circulación de mercancías. Incumplimiento de Estado. Libre circulación de mercancías. Medidas de efecto equivalente. Reactivos médicos. Procedimiento obligatorio de registro aplicable a todos los reactivos. Obligación de indicar el número de registro en el envase exterior y en el prospecto que acompaña a cada reactivo. (Sala Sexta).**
56. **STJCE de 15 de febrero de 2001, Asunto C-230/99, Comisión de las Comunidades Europeas / República Francesa. Libre circulación de mercancías. Incumplimiento de Estado. Infracción del artículo 30 del Tratado CE (actualmente art. 28 CE tras su modificación). Normativa nacional relativa a los materiales y objetos de caucho en contacto con productos y bebidas alimenticios. Reconocimiento mutuo. Falta de requerimiento en debida forma. Inadmisibilidad del recurso. (Sala Sexta).**
57. **STJCE de 8 de marzo de 2001, Asunto C-405/98, Konsumentombudsmannen (KO) / Gourmet International Products AB (GIP). Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Artículos 30 y 36 del Tratado CE (actualmente arts. 28 CE y 30 CE tras su modificación). Libre prestación de servicios. Artículos 56 y 59 del Tratado CE (actualmente arts. 46 CE y 49 CE tras su modificación). Legislación sueca sobre la publicidad de bebidas alcohólicas. Modalidades de venta. Medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa. Justificación por la protección de la salud pública. (Sala Sexta).**

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

58. **STJCE de 8 de marzo de 2001, Asunto C-68/99, Comisión de las Comunidades Europeas / República Federal de Alemania. Libre circulación de personas. Incumplimiento de Estado. Libertad de establecimiento. Libre prestación de servicios. Seguridad social. Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Financiación del régimen de seguridad social de artistas y periodistas que trabajan por cuenta propia. Contribución exigida a las empresas que comercializan las obras de artistas y periodistas, calculada a partir de la retribución satisfecha a éstos. Cómputo de las retribuciones abonadas a artistas y periodistas sujetos a la legislación de seguridad social de otro Estado miembro. (Sala Sexta).**

59. STJCE de 8 de marzo de 2001, Asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98, Metallgesellschaft Ltd y otros, Hoechst AG, Hoechst (UK) Ltd / Commissioners of Inland Revenue, HM Attorney General. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Libertad de establecimiento. Libre circulación de capitales. Pago a cuenta del impuesto sobre sociedades por los beneficios repartidos por una filial a su sociedad matriz. Sociedad matriz domiciliada en otro Estado miembro. Violación del Derecho comunitario. Acción de restitución o acción de indemnización. Intereses. (Sala Quinta).
60. STJCE de 8 de marzo de 2001, Asunto C-215/99, Friedrich Jauch / Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Seguridad social de los trabajadores migrantes. Régimen austriaco de previsión del riesgo de necesidad de asistencia. Calificación de las prestaciones y licitud del requisito de residencia en relación con el Reglamento (CEE) núm. 1408/71. (Tribunal de Justicia en Pleno).
61. STJCE de 1 de febrero de 2001, Asunto C-108/96, Dennis Mac Quen, Derek Pouton, Carla Godts, Youssef Antoun / Grandvision Belgium SA. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Interpretación del artículo 5 del Tratado CE (actualmente art.10 CE) y de los artículos 30, 52 y 59 de Tratado CE (actualmente arts. 28 CE, 43 CE y 49 CE, tras su modificación). Legislación nacional que prohíbe a los ópticos efectuar determinados exámenes de la vista. Legislación nacional que restringe la comercialización de aparatos que permiten efectuar determinados exámenes de la vista que están reservados únicamente a los oftalmólogos. (Sala Quinta).
62. STJCE de 15 de marzo de 2001, Asunto C-85/99, Vincent Offermanns y Esther Offermanns. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Concepto de prestación familiar. Normativa nacional que establece el pago de anticipos sobre una pensión alimenticia que adeuda un trabajador a su hijo menor de edad. Una prestación como el anticipo sobre pensiones alimenticias establecida por la österreichische Bundesgesetz über die Gewährung von Vorschüssen auf den Unterhalt von Kindern (Unterhaltsvorschußgesetz) (Ley Federal austriaca relativa a la concesión de anticipos sobre pensiones alimenticias a los hijos) constituye una prestación familiar en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra h), del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971 Requisito de nacionalidad del hijo: no. (Sala Quinta).

LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

63. STJCE de 15 de marzo de 2001, Asunto C-165/98, André Mazzoleni / Inter Surveillance Assistance SARL Cuestión prejudicial. Libre prestación de servicios. Desplazamiento temporal de trabajadores para la ejecución de un contrato. Directiva 96/71/CE. Salario mínimo. Los artículos 59 del Tratado CE (actualmente art. 49 CE, tras su modificación) y 60 del Tratado CE (actualmente artículo 50 CE) no se oponen a que un Estado miembro imponga a una empresa establecida en otro Estado miembro y que efectúe una prestación de servicios en el territorio del primer Estado miembro la obligación de pagar a sus trabajadores la retribución mínima que fijen las normas nacionales de dicho Estado. Sin embargo, la aplicación de tales normas podría resultar desproporcionada cuando se trate de trabajadores de una empresa establecida en una región fronteriza que deban realizar, a tiempo parcial y durante breves períodos, parte de su trabajo en el territorio de uno o varios Estados miembros distintos del Estado de establecimiento de la empresa. En consecuencia, incumbe a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida determinar si la aplicación a la referida empresa de una normativa nacional que establece un salario mínimo es necesaria y proporcionada para garantizar la protección de los trabajadores afectados y, de ser así, en qué medida. (Sala Quinta).

MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

64. ATJCE de 10 de mayo de 2001, Asunto C-144/99, Comisión de las Comunidades Europeas / Reino de los Países Bajos. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado. Directiva 93/13/CEE. Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Jurisprudencia nacional, aun cuando se la reputa consolidada, que interprete unas disposiciones de Derecho interno en un sentido considerado conforme con las exigencias de la Directiva: adaptación incompleta del Derecho interno. (Sala Quinta).

POLÍTICA COMERCIAL

65. STJCE de 3 de mayo de 2001, Asuntos acumulados C-76/98 P y C-77/98 P, Ajinomoto Co., Inc. The NutraSweet Company / Consejo de la Unión Europea. Comisión de las Comunidades Europeas. Política comercial. Recurso de casación. *Dumping*. Valor normal. Existencia de una patente en el mercado interior del exportador. Incidencia de una supuesta ilegalidad del Reglamento por el que se establece un derecho antidumping provisional sobre la legalidad del Reglamento por el que establece un derecho *antidumping* definitivo. (Sala Sexta).

POLÍTICA SOCIAL

66. **STJCE de 7 de diciembre de 2000, Asunto C-79/99, Julia Schnorbus / Land Hessen. Cuestión prejudicial. Política social. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Regulación del acceso a las prácticas jurídicas preparatorias en el Land Hessen. Prioridad a los candidatos que hayan prestado un servicio militar o civil. No discriminación directa. Sí discriminación indirecta. (Sala Sexta).**

67. **STJCE de 14 de diciembre de 2000, Asunto C-457/98, Comisión de las Comunidades Europeas / República Helénica. Política social. Incumplimiento. Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social. Aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social. No adaptación del Derecho interno. (Sala Quinta).**

68. **STJCE de 25 de enero de 2001, Asunto C-172/99, Oy Liikenne Ab / Pekka Liskojärvi, Pentti Juntunen. Cuestión prejudicial. Política social. Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresa. Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. Contratos públicos de servicios. Servicios de transporte público no marítimo. (Sala Sexta).**

69. **STJCE de 8 de febrero de 2001, Asunto C-350/99, Wolfgang Lange / Georg Schünemann GmbH. Cuestión prejudicial. Política social. Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral. Duración de la jornada o semana laboral normal. Normas aplicables a la prestación de horas extraordinarias. Régimen de prueba. (Sala Quinta).**

70. STJCE de 29 de marzo de 2001, Asunto C-62/99, Betriebsrat der bofrost* Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG / Bofrost* Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG. Cuestión prejudicial. Política social. Petición de decisión prejudicial. Artículo 11, apartados 1 y 2, de la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. Información que las empresas deben proporcionar previa solicitud. Información para determinar la existencia de una empresa que ejerce el control dentro de un grupo de empresas de dimensión comunitaria. (Sala Sexta).

RELACIONES EXTERIORES

71. STJCE de 14 de diciembre de 2000, Asuntos acumulados C-300/98 y C-392/98, Parfums Christian Dior SA / Tuk Consultancy BV. Assco Gerüste GmbH y Rob van Dijk, que actúa con el nombre comercial «Assco Holland Steigers Plettac Nederland» / Wilhelm Layher GmbH & Co. KG y Layher BV. Cuestión prejudicial. Relaciones exteriores. Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (Acuerdo ADPIC). Artículo 177 del Tratado CE (actualmente art. 234 CE). Competencia del Tribunal de Justicia: sí. . Medidas provisionales. Interpretación. Efecto directo El artículo 50 del Acuerdo ADPIC deja a las Partes contratantes, en el marco de sus propios sistemas jurídicos, que precisen si el derecho a ejercitar acciones judiciales al amparo de las normas generales del Derecho nacional sobre actos ilícitos, en particular, en materia de competencia desleal, con el fin de proteger un modelo industrial contra las imitaciones, debe calificarse de «derecho de propiedad intelectual». (Tribunal de Justicia en Pleno).
72. STJCE de 20 de marzo de 2001, Asunto C-33/99, Hassan Fahmi, M. Esmoris Cerdeiro-Pinedo Amado / Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank. Cuestión prejudicial. Relaciones exteriores. Artículo 41 del Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos. Artículo 3 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Seguridad social. Artículo 7 del Reglamento (CEE) núm. 1612/68. Artículos 48 y 52 del Tratado CE (actualmente arts. 39 CE y 43 CE, tras su modificación). Libre circulación de personas. No discriminación. Titulares de una pensión de invalidez que no residen ya en el Estado miembro competente. Modificación de la legislación en materia de financiación de estudios. (Tribunal de Justicia en Pleno).

BIBLIOGRAFÍA

Libros

GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso: *La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual*, ed. Comares, Granada, 2001, 596 pp.

Los estudios acerca de los derechos de propiedad intelectual en nuestro país, cuyos orígenes se remontan al siglo XIX (a partir de la Ley de 10 de junio de 1847) habían permanecido históricamente en un estado de apacible letargo que combinaba apariciones más o menos aisladas y afortunadas con largos lapsos de escasa producción científica. La situación, sin embargo, parece haber dado un giro en los últimos años, en los que, al hilo del progreso científico y técnico, han proliferado diversas obras que pretenden analizar con el rigor jurídico necesario un sector del derecho a veces muy técnico y complejo como es el de la propiedad intelectual. Dentro de esta «nueva ola» de autores y obras que disertan sobre autores y obras sobresale por méritos propios el libro que ahora comentamos, que contiene en lo fundamental el contenido de la tesis doctoral de su autor, Alfonso González Gozalo.

I. El libro se estructura en dos partes bien diferenciadas, a las que precede el recomendable (por original) prólogo de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. En la primera de ellas se analizan algunas de las cuestiones más espinosas que los artículos 86 y ss. del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, TRLPI) plantean. En la segunda, se hace un recorrido por los distintos derechos morales que poseen los autores de la obra audiovisual y los intérpretes y ejecutantes de la misma.

Comienza la primera parte con un capítulo que ha sido reducido respecto del que se contenía en la tesis doctoral por motivos editoriales, por lo que su lectura debe completarse con el artículo dedicado al concepto de la obra audiovisual que el propio González Gozalo ha publicado en *pei* (*Revista de Propiedad Intelectual*), núm. 7, 2001, pp. 6-69. En este capítulo I se glosa la definición de obra audiovisual contenida en el artículo 86 del TRLPI, primero a su vez de los que el Título VI dedica a las «obras cinematográficas y demás obras audiovisuales». La confusa definición de la norma y los continuos progresos técnicos que se han producido en el sector del audiovisual hacen necesario deslindar correctamente qué tipos de creaciones son obras audiovisuales (como las denomina el propio art. 86.2) y cuáles no pueden tener tal carácter. Para ello, Alfonso González Gozalo, partiendo del concepto legal, analiza los rasgos que distinguen a la obra audiovisual. El primero de ellos es la necesidad de que exista una «serie de imágenes asociadas», haciendo hincapié en que la asociación no significa necesariamente que deban dar sensación de movimiento, si tenemos en cuenta la definición de grabación audiovisual del artículo 120 TRLPI y la interpretación de términos

como «plano» y «secuencia de imágenes». Basta, por tanto, con un cierto carácter secuencial o dinámico, sin que la impresión deba ser la de animación. La secuencia de imágenes, además, no hace falta que tenga una coherencia o carácter lineal, como puede ocurrir en los videojuegos o en las películas interactivas, en las que el propio espectador decide el curso de la acción. Es suficiente una cierta coherencia temática y secuencial. La obra audiovisual está esencialmente destinada a darse a conocer por medio de un aparato de proyección o medio de comunicación pública de la imagen y del sonido (lo que la doctrina llama la necesidad de «mediación técnica»), por lo que no puede ser percibida directamente por el público sin la ayuda de dichos aparatos. La mención que el artículo 86 hace de la «comunicación pública» (concluye acertadamente González Gozalo) no es equiparable a la correspondiente facultad patrimonial contenida en el artículo 20 TRLPI, y únicamente significa (en un sentido amplio) que la obra se hace accesible al público por medio de aparatos o mecanismos técnicos como televisores, proyectores de cine, DVD, etc. En torno a la distinción entre obra audiovisual y grabación audiovisual, cree el autor que la obra audiovisual existe incluso cuando no se haya registrado o grabado en soporte alguno (por ejemplo, el caso de una obra televisiva que se haya emitido en directo y no se haya grabado), en contra de la doctrina dominante. Aunque discrepe en este punto del autor (la definición del art. 86 hace referencia a que la obra audiovisual existe «con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras», lo que creo expresa la idea de que dicho soporte existe en todo caso, aunque sea irrelevante qué técnica se use para fijar la obra) la cuestión es meramente académica, pues en la práctica toda obra audiovisual se graba, con lo que la distinción entre obra y grabación audiovisual es un problema únicamente de originalidad, como el propio Alfonso González Gozalo manifiesta. Acerca del requisito de la originalidad, se hace ver, a mi juicio acertadamente, que en muchas ocasiones la labor creativa en la obra audiovisual es más sutil o leve que en otro tipo de creaciones. Así, un ángulo de cámara, un corte de montaje determinado o una disposición de los actores en el plano puede tener una importancia clave para la obra, siendo por tanto fuente de originalidad. Esta percepción de la originalidad permite entender que son obras audiovisuales especies tales como los documentales, los reportajes o incluso los programas de noticias o las retransmisiones deportivas, que en muchas ocasiones incluyen además comentarios o montajes *ad hoc*. Concluye el capítulo con una somera mención a algunas especies relevantes de obras audiovisuales, deslindando brevemente pero con gran exactitud los conceptos de obra cinematográfica, obra videográfica, obra televisiva, videoclip y obra multimedia. Sobresale el tratamiento de la obra multimedia, espinosa cuestión que creo que se despacha con elegancia y corrección.

II. Posiblemente la cuestión más compleja que plantea el régimen jurídico de la obra audiovisual es la de la atribución de la titularidad de derechos de propiedad intelectual. La obra audiovisual suele tener un carácter complejo, que implica a un gran número de personas que aportan su creatividad (guionista, director, montador, director de fotografía, director musical, por mencionar sólo algunos). A ellos hay que añadir otros «creadores secundarios» como decoradores, estilistas, directores de vestuario, etc., cuyo trabajo es en muchas ocasiones esencial para el resultado de la obra (se puede pensar, por ejemplo, en la importancia de los decorados y la fotografía en la obra cinematográfica «Goya en Burdeos»). Añadamos además al productor de la

obra (que es el que hace la inversión y explota comercialmente la obra) y la imprescindible labor creativa de los actores, y podemos comprender cómo es necesario ordenar de algún modo la cuestión de qué derechos tiene cada uno de los «ingredientes» que contribuyen a elaborar la «tarta» de la obra audiovisual y, de modo central, quién o quiénes son «los autores» de la obra. A ello dedica el libro dos capítulos, los números II y III.

En el capítulo II el profesor González Gozalo expone cuáles han sido las soluciones que a este problema han dado los ordenamientos en el Derecho comparado, haciendo gala de una profunda vocación universitaria, tanto por el dominio de los idiomas como por el gran aparato bibliográfico exhibido, lo que, sin embargo, no empece la claridad y fluidez de la exposición. Se recuerda el conflicto que late entre los autores de las obras (que son aquellos que con su actividad intelectual las llevan a cabo) y el productor de las mismas, que con frecuencia asume la iniciativa y soporta el riesgo, por lo que exige en consecuencia explotar patrimonialmente la obra hasta sus últimas consecuencias. Para solucionar dicha tensión, los ordenamientos en el Derecho comparado se han dividido en torno a dos «tradiciones», que se corresponden con las culturas jurídicas que podíamos denominar anglosajona y continental. En la primera de ellas (el sistema del *film copyright* anglosajón) se entiende, de acuerdo con su habitual pragmatismo, que el productor es el titular originario de los derechos sobre la obra, simplificando de esta manera la explotación económica de la misma y dándosela desde el principio al que asume la iniciativa y el riesgo. Los autores, naturalmente, conservan sus derechos sobre las aportaciones concretas que han realizado, siempre que sean individualizables. En una segunda aproximación (los denominados sistemas pluralistas, propios del derecho continental), se reputan autores a las personas que efectivamente han realizado una aportación creativa a la obra audiovisual. Dentro de los sistemas pluralistas existen, a su vez, dos maneras de lograr que en la práctica sea posible para el productor explotar la obra. La primera establecer una presunción *iuris tantum* que permite que mediante el contrato de producción el productor adquiera derivativamente los derechos relevantes para explotar la obra, con independencia, claro está, del derecho conexo que tiene sobre la grabación audiovisual. Esta es la solución adoptada por países como España, Alemania o Francia. En otros ordenamientos, sin embargo (caso de Italia), la cesión es legal, con independencia de la conclusión en el caso concreto de contratos entre los que la ley considera autores y el productor. Como se puede deducir fácilmente, tal disparidad dificulta de un modo importante la explotación internacional de obras audiovisuales, pues en cada estado existen personas diferentes que obtienen un ramillete de facultades y derechos distintos de acuerdo con cada ordenamiento nacional.

Para mitigar estas dificultades se han incluido en el Convenio de Berna dos artículos, 14 y 14 bis, que, como bien dice el profesor González Gozalo, no resuelven, sin embargo, en la práctica la cuestión. Se detiene la primera parte de este capítulo II en la historia legislativa del Convenio, que hace patente que las distintas tradiciones jurídicas y los intereses en juego sólo hicieron posible un acuerdo de mínimos que González Gozalo califica de «decepcionante». Resulta intachable tanto el recorrido histórico como la crítica de *lege data*, aunque me plantea una duda la afirmación del autor de que en el Convenio de Berna hay una norma general (no explícita) que presupone que sólo pueden ser autores de obras audiovisuales las personas físicas que las han creado, puesto que cuando se quiere permitir la titularidad originaria

a las personas jurídicas se hace de forma expresa, como en el caso del artículo 15.2 para las obras cinematográficas. Y mi duda surge porque creo que el artículo 15.2 no está estableciendo una presunción de autoría, sino estableciendo una presunción *iuris tantum* de que el productor de una obra es aquella persona física o jurídica que aparezca en los créditos como tal, en una norma paralela a la que el párrafo precedente sienta para los autores. El productor, sin embargo, será o no considerado titular originario de derechos de acuerdo con cada derecho nacional. Al igual que en el caso del Convenio de Berna, Alfonso González Gozalo explica de forma concisa pero brillante las normas vigentes en las Directivas comunitarias que afectan al sector audiovisual, dejando bien clara la inseguridad jurídica que reina en la materia, especialmente respecto del plazo de protección y de las personas que los distintos ordenamientos nacionales califican como «autores». De nuevo el recurso a la historia legislativa de las normas resulta muy útil para comprenderlas. Lo único que he hecho en falta en esta parte de la exposición es una mención más rotunda de que la cuestión del derecho moral ha sido uno de los escollos más importantes para el acuerdo, pues junto con países tradicionalmente muy generosos en este aspecto (Francia) se encontraban Estados que históricamente han recelado de los derechos morales, por mucho que la armonización internacional les haya forzado a admitirlos en versión descafeinada (Reino Unido, Irlanda).

Ningún reparo puedo oponer a la exposición de los distintos ordenamientos nacionales en materia de autoría y titularidad de derechos sobre las obras audiovisuales, que se contiene en el apartado IV de este segundo capítulo. Partiendo de la distinción entre sistemas pluralistas, del *film copyright* e híbridos, el autor repasa los ordenamientos francés, alemán, italiano, australiano, estadounidense, británico, griego, japonés e incluso de los países nórdicos (a través de distintas notas al pie, en especial la voluminosa nota 134) en un alarde de erudición y curiosidad intelectual digno de elogio en un jurista joven. Son numerosas las menciones de doctrina y jurisprudencia, y esta última está actualizada (caso *Norowzian* en el Reino Unido). Como en ocasiones anteriores, la brevedad no está reñida con la exactitud, sobre todo en el caso alemán, que se presta a disquisiciones doctrinales por el peculiar régimen de la *UrhG* (ley de derechos de autor alemana). El repaso de los orígenes de la doctrina del *work for hire* en los Estados Unidos a partir de los modos de actuación de los grandes estudios cinematográficos en los años dorados de Hollywood es especialmente recomendable, pues además de hacernos comprender el trasfondo de la postura de los Estados Unidos en la materia nos remite a la siempre apasionante lectura de un clásico del maestro S. Lumet.

III. El capítulo III se dedica a analizar quiénes de entre los múltiples integrantes de una obra audiovisual ostentan derechos de propiedad intelectual respecto de la misma en el ordenamiento español, a la vista de la regulación de los artículos 87 a 89, 105 ss. y 120 ss. del TRLPI. Como en el caso del Derecho comparado, Alfonso González Gozalo se muestra minucioso, repasando qué derechos corresponden a cada función. Después de un breve recorrido histórico se explica de forma detallada cuál es el régimen que para la autoría de la obra se señala en el TRLPI, que, alineándose con los sistemas pluralistas, enumera una lista de personas (el director-realizador, los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos y los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas *ad hoc* para la realiza-

ción de la propia obra audiovisual) que son considerados autores de la obra audiovisual. Alineándose con la doctrina dominante, se sostiene que dicha lista es cerrada, y que otras aportaciones creativas serán, si son originales, protegibles en cuanto que aportación, pero no título de coautores de la obra audiovisual (como puede ser el caso del director de fotografía). Son varios los aciertos a mi juicio en esta materia. Primero, prestar atención a las funciones concretas de los creadores, y no a los cargos que desempeñan. En segundo lugar, destacar que la obra audiovisual es por imperativo legal una obra en colaboración respecto de las personas mencionadas en la lista del artículo 87, pero que en realidad funcionalmente se comporta en muchas ocasiones como una obra colectiva, sobre todo cuando la relación que hay entre el director o realizador y su equipo es vertical y éste tiene un marcado papel en todo el proceso de creación. El tercer acierto consiste en revisar los casos concretos de los derechos que corresponden al director o realizador, los que se atribuyen a los autores de las aportaciones literarias (muy recomendable la parte que describe el proceso de creación de las series televisivas modernas, como las comedias de situación tipo *Friends*, en las cuales lo que hay es un verdadero equipo de autores que trabajan bajo la directa supervisión del coordinador de guiones) y los de los autores de las aportaciones musicales.

Como las aportaciones a la obra en colaboración de escritores y músicos son separables, es necesario delimitar si son obras preexistentes incorporadas o auténticas aportaciones, cuestión ésta que debe decidirse atendiendo al propósito con el que fueron creadas. Dicha solución sin duda es casuística, pero lo cierto es que en la práctica la existencia de un contrato de obra suscrito por el creador facilitará la prueba en un buen número de casos. Respecto del criterio de identificación de las aportaciones a la obra audiovisual como auténticas obras originales (que pueden explotarse por separado cuando sean individualizables) se extraen unas interesantes consecuencias prácticas a partir del artículo 7.3 TRLPI, en especial respecto del plazo de protección y el derecho moral que añade un interesante *plus* a una idea que ya había sido expresada con alguna claridad en la doctrina española.

Coherente es también el estudio del régimen de las obras independientes que se incorporan a la obra audiovisual (como las canciones que se sincronizan a las imágenes), en donde se respetan escrupulosamente los criterios sentados anteriormente. Más dudas me plantean algunas afirmaciones respecto del derecho conexo de los artistas intérpretes o ejecutantes, pues aunque respecto de actores, músicos y bailarines creo que el análisis es correcto, no puede decirse lo mismo en cuanto a la actividad del director de fotografía, el cámara o el montador. Ni siquiera forzando el tenor legal podemos entender que el montador, por ejemplo, es un artista intérprete o ejecutante. Si el problema es que la lista del artículo 87 es cerrada, debemos defender una ampliación de la misma, o bien una lista abierta, pero no forzarla. Es cierto que en muchas ocasiones el montador y el director de fotografía tienen una actividad creadora decisiva (creo que el cámara no tiene tanta relevancia, al estar más vinculado por las órdenes del director-realizador y del propio director de fotografía), y si no son autores de la obra audiovisual y su aportación no es susceptible de ser individualizada, habremos de concluir, eso sí, con pesar, que nuestra ley no protege la actividad creativa de estas personas desde el punto de vista patrimonial. Otra opción, quizá mas pragmática, vería en la lista del artículo 87 un *numerus apertus*, sobre todo porque el tenor literal de

la norma lo permite y de este modo se protege a todos los interesados, teniendo en cuenta que en la práctica el productor contrata tanto con el director o realizador como con el montador o el director de fotografía.

IV. El segundo problema «tradicional» (además de la titularidad de los derechos) que han debido solventar los legisladores en materia de propiedad intelectual es cómo conjugar los derechos morales inherentes a la condición de autor con la necesaria explotación comercial por parte del productor de una obra en la que colaboran un gran número de personas, como suele ser la obra audiovisual. Mientras que la cuestión ha sido resuelta en los países anglosajones (sedes de las principales productoras audiovisuales) en un sentido netamente favorable al productor, en los países de tradición continental se ha llegado a un equilibrio delicado que hace patente la tensión entre los deseos de protección a los autores y la necesidad del productor de afrontar la explotación de la obra libre de trabas. A estas cuestiones dedica Alfonso González Gozalo la segunda parte de su obra. En el primero de los cuatro capítulos dedicados al derecho moral de los participantes en la obra audiovisual, dedicado a «cuestiones generales», el profesor González Gozalo se muestra a la vez clásico e innovador. Clásico en el planteamiento de la cuestión y en la propia estructura interna del capítulo, e innovador en las conclusiones, que frecuentemente contradicen lo que en nuestro país es doctrina dominante. Sobresale además en toda esta segunda parte la atenta lectura de la jurisprudencia extranjera, necesaria en una materia como ésta sobre la cual con tanta parquedad como poca precisión científica se han pronunciado nuestros tribunales.

Tras una breve introducción histórica se presenta el a veces ambiguo y esquivo concepto de «derecho moral», entendiendo el autor que no estamos ante un derecho de la personalidad sino ante un derecho *sui generis*, derivado de la especial cualidad de autor, conclusión a la que se llega después de un atento estudio de sus rasgos esenciales, como son la inalienabilidad, la irrenunciabilidad, la inembargabilidad, la imprescriptibilidad y su eficacia *erga omnes*. A continuación se realiza un repaso de las facultades que integran el derecho moral del autor en general, contenidas en el artículo 14 TRLPI. En este primer apartado del capítulo, sobresalen dos afirmaciones a mi juicio. En primer lugar, que caben renunciaciones parciales mediante contrato. En segundo lugar, que el derecho moral es sólo una parte más del derecho de autor y no su piedra angular.

Creo que mantiene el nivel de claridad y corrección el autor cuando expone las restricciones específicas que tienen los autores de la obra audiovisual, aun cuando se me escapa por qué motivo se exponen antes los límites a los derechos (apartado II de este capítulo IV) que el propio contenido de los derechos, tarea a la que se dedica el capítulo siguiente. Tras el consabido recorrido por la historia legislativa española, se expone el alcance de los artículos 91 y 92, trufado de oportunas referencias al Derecho comparado. Al hilo del artículo 91 TRLPI se explica correctamente el supuesto de hecho de la norma en términos de incumplimiento contractual, y por eso mismo no estoy de acuerdo con el autor cuando entiende que es justa causa para que juegue el precepto que el autor deje incompleta su aportación el impago de la cantidad acordada con el productor. Más acertadas me parecen la aplicación analógica del artículo 91 a los autores de aportaciones literarias y musicales y las referencias a los derechos que conserva el autor sobre su aportación, de la cual el productor no puede disponer indiscriminadamente (especialmente

en el caso del derecho de remuneración y de resto de las facultades del derecho moral, excluida, claro está, la facultad de divulgación que el art. 91 afecta directamente). Entiende González Gozalo, con la doctrina minoritaria, que no hay privación del derecho moral sino un adelanto de su ejercicio al momento de la firma del contrato. En cuando a la coordinación entre los artículos 91 y 92.1 TRLPI, se concluye acertadamente que el segundo es preferente por ser ley especial, salvo en el supuesto de que no pueda lograrse un acuerdo por causa de fuerza mayor. Analizando ya de un modo concreto el acuerdo para la fijación de la versión definitiva de la obra audiovisual, no entiendo por qué en esta ocasión se prescinde de la analogía con los autores de las aportaciones literarias y musicales, que antes fueron protegidos por analogía, pero el tratamiento global del precepto resulta sumamente preciso y esclarecedor. Por último, el análisis del artículo 93.1 resulta asimismo acertado, entendiendo que afecta únicamente a atentados que se dan estrictamente en el ámbito de la producción, pero no para aquellos que tengan lugar fuera de ese marco. Además, se recalca que existe una mera suspensión temporal del ejercicio del derecho, pero en ningún modo una privación definitiva.

V. El capítulo V es, en términos cuantitativos y cualitativos, el núcleo de esta segunda parte dedicada a los derechos morales sobre la obra audiovisual. En él se repasan las seis facultades derivadas del derecho moral de un modo general, aunque siempre se presta atención a las singularidades que pueda haber en el ámbito audiovisual. Como en el caso del capítulo anterior, el análisis jurídico es ortodoxo y las conclusiones siempre razonadas, de acuerdo con la línea habitual en este jurista. El tratamiento minucioso y exhaustivo de las cuestiones planteadas que se corresponden con la vocación universitaria del autor y el carácter de tesis doctoral del texto que ha servido de soporte a esta publicación son especialmente visibles en este capítulo.

Sin introducciones innecesarias se aborda el estudio del derecho de divulgación, comenzando por una descripción del mismo y de la distinción entre el momento del ejercicio del derecho y el acto material de la divulgación. Tres aciertos destacan con luz propia. Primero, entender que el autor autoriza de modo genérico la divulgación de la obra, pero que es el cesionario de los derechos de explotación el que decide la modalidad concreta bajo la cual ha de producirse dicha divulgación. Segundo, que el derecho de divulgación se «agota» una vez que se ha ejercitado, sin que sea necesario un nuevo consentimiento para cada modo de explotación, postura que acarrearía grandes dificultades prácticas. Tercero, que el derecho de inédito protege tanto obras acabadas como inacabadas. En el caso concreto de la obra audiovisual, entiende el autor que el ejercicio del derecho de divulgación se produce en el momento de celebrar el contrato de producción, opción que tiene la virtud de combinar teoría y práctica de un modo adecuado. También entiende el profesor González Gozalo que el derecho de divulgación puede ejercerse en los casos en los que la obra audiovisual se explota antes de fijarse una versión definitiva de la misma, siempre que no se haya llegado a un acuerdo razonable por la conducta abusiva o contraria a la buena fe del productor, e incluso si tenemos en cuenta que en principio el derecho de divulgación sólo puede ejercerse respecto de la obra ya terminada. Concluye su reflexión Alfonso González Gozalo con la idea de que si el productor u otro cesionario de los derechos patrimoniales decide finalmente no explotar la obra podrá haber incumplimiento de contrato e incluso lesión del derecho moral de divulgación, pero no se le puede obligar a que acometa la empresa si no es su voluntad hacerlo.

Como en el caso del derecho de divulgación, el análisis del derecho de paternidad es prolijo y detallado, tanto en su vertiente positiva (que al autor se le atribuya su obra) como negativa (que no se le atribuya si no lo desea). Dicho derecho encuentra, en su vertiente positiva, un límite importante en determinadas obras (como las publicitarias y los *videoclip*) que no incluyen el nombre del autor por imperativos del sector. En estos casos hay una renuncia concreta del derecho (art. 1258 CC). Aunque lo critica Alfonso González Gozalo, creo que estamos en el mismo caso en las obras televisivas e incluso en las obras audiovisuales que luego son objeto de radiodifusión, pues no es razonable en términos económicos perder gran parte de la audiencia de una cadena para poder mostrar los títulos de crédito. En cuanto al conflicto entre el deseo del autor de mantenerse oculto y el interés de la comunidad en conocer el nombre del autor de una obra, se acierta cuando se reconduce la cuestión en términos de libertad de información de un modo casuístico. Termina el estudio del derecho de paternidad con unas breves anotaciones sobre el inexistente derecho a rechazar la atribución de una falsa autoría (cuestión ésta que atañe más al derecho al honor) y el ejercicio *post mortem* del derecho de paternidad. En el caso concreto de la obra audiovisual, y como ya se defendió para el derecho de divulgación, el derecho de paternidad podrá ejercerse incluso durante la fase de elaboración de la obra audiovisual.

El derecho de integridad es sin duda el que más importancia práctica tiene en el ámbito audiovisual, y ello justifica las más de cien páginas que se le dedica, conjugando las aportaciones doctrinales con referencias a la jurisprudencia nacional y extranjera, muy ilustrativas en esta materia. Utilizando su esquema habitual, se estudia la regulación del derecho en el Convenio de Berna y en el Derecho comparado, para a continuación fijar su configuración de acuerdo con nuestro TRLPI. Son especialmente valiosos, a mi juicio, los criterios de ponderación de los intereses involucrados, que huyendo de algunas tendencias subjetivistas tendentes a favorecer en todo caso al autor se detienen en aspectos más objetivos, como son el carácter de la obra (artístico o funcional), el tipo de alteración producida, el soporte material de la misma, si la obra ha sido concluida en el seno de una relación laboral, y, sobre todo, si media una autorización puntual por parte del autor. También acierta González Gozalo cuando entiende que los artículos 64.1 y 78.2 TRLPI tienen carácter meramente obligacional en caso de incumplimiento. Tras unas breves nociones sobre el derecho a la integridad en la obra en colaboración y en el caso concreto de la obra audiovisual, se incide en el juego del derecho a la integridad durante la fase de realización de la obra (suspensión momentánea, pero no privación, teniendo siempre en cuenta el consentimiento del autor). Posteriormente se analiza la cuestión cuando la obra ya se encuentra finalizada, comenzando una vez más con un completo estudio del Derecho comparado (Francia, Alemania, Italia) para a continuación sumergirse de lleno en el juego del artículo 92.2 TRLPI. Dicha norma se interpreta en el sentido de que no puede suponer una privación de los derechos morales, pero sí una matización al ejercicio de los mismos, que es controlado por las personas que tienen la tarea de fijar la versión definitiva, debiendo tener en cuenta en todo caso los criterios de ponderación antes expuestos para apreciar la existencia de un atentado al derecho moral. Este mismo artículo 92.2 otorga al productor o realizador una posición de defensa de la obra que le da prerrogativas *cuasimorales* oponibles *erga omnes*, pero que no se impone al derecho moral que el artículo 14.4.º reconoce a los autores. La última parte de este apartado

se dedica a analizar conductas habituales en el medio audiovisual que pueden constituir un atentado al derecho a la integridad, como pueden ser la digitalización, la recopilación de fragmentos en programas de gazapos, el *panscanning*, el *lexiconage*, la inserción del logotipo de la cadena televisiva sobrepresionado en la obra audiovisual y, sobre todo, los casos de las interrupciones publicitarias, el subtítulo y doblaje y el coloreado de películas que originalmente fueron rodadas en blanco y negro. En ellas González Gozalo muestra una vez más su dominio del funcionamiento de la industria y adopta una postura moderada y casuística, que tiene en cuenta tres factores fundamentales. Primero, que frecuentemente los autores consienten, expresa o tácitamente, estas prácticas, habituales por otro lado en la industria. Segundo, que en muchas ocasiones son imprescindibles para la explotación comercial de la obra. Tercero, que, sin embargo, puede darse en el caso concreto una violación del derecho a la integridad cuando la modificación sea abusiva o atente contra los intereses o la reputación del autor, atendiendo a las circunstancias. Posición moderada ésta que creo conjuga el realismo con una suficiente protección de los autores.

Más breves son las explicaciones en torno a los derechos de modificación, retirada y acceso al ejemplar raro o único de la obra. En cuanto al derecho de modificación, dos aciertos. Primero, que, en contra de alguna doctrina, también juega frente a obras no divulgadas si están finalizadas. Segundo, que la modificación se distingue de la transformación en la intención de sustituir la obra original por una nueva (modificación) o por otra derivada que coexiste con la anterior (transformación). Respecto de las especificidades del derecho de modificación en el ámbito audiovisual cuando la obra ya está terminada, entiende el profesor González Gozalo que el primer párrafo del artículo 7.2 se impone a la regulación del artículo 92.2, por lo que es necesario el consentimiento de todos los coautores para modificar la obra audiovisual, salvo que se trate de modificaciones menores.

El derecho de retirada o de arrepentimiento se analiza, como los anteriores, de acuerdo a un esquema clásico (objeto, sujeto, límites), para estudiar a continuación su aplicación concreta en el ámbito audiovisual, en el que (caso raro en la práctica) será necesario el consentimiento de todos los autores. Una aportación individualizable se podrá retirar si no daña la obra en su conjunto, lo mismo que una obra preexistente incorporada. Sin embargo, cuando la aportación u obra no se puedan escindir sin perjuicio de la totalidad de la obra audiovisual (por ejemplo, el argumento), deberá haber acuerdo de todos los coautores. En cuanto al momento de ejercicio del derecho, debe ser cuando la obra ya esté finalizada, por imperativo del artículo 93.1, reconociendo el propio autor que una interpretación distinta es abiertamente *contra legem*.

Termina el capítulo V con el estudio del derecho de acceso al ejemplar único o raro (más breve que los anteriores por su menor interés práctico) que se ventila por la regla general del artículo 14. 7.º TRLPI, y con unas notas acerca de la garantía del autor de que no se destruirá el soporte original de la versión definitiva de la obra audiovisual sin su consentimiento (art. 93.2 TRLPI).

VI. Tras analizar los derechos morales de los autores de la obra audiovisual en el capítulo anterior, el VI se dedica brevemente al derecho moral de los autores de obras independientes que se incorporan a la audiovisual y el que poseen los artistas, intérpretes y ejecutantes, como el autor de la novela que se adapta al cine y el actor o bailarín en una comedia musical. Respecto

de los autores de obras independientes incorporadas a la audiovisual, se aclara que en este caso no se aplican las especiales restricciones que rigen durante la elaboración de la obra audiovisual de los artículos 93.1 y 91 TRLPI. Sin embargo, las modificaciones que los autores de obras incorporadas consintieron contractualmente no podrán atacar a la sustancia o esencia de la obra si surge conflicto con los autores de la obra audiovisual o con el productor. Una vez acabada la obra, los derechos morales de todos los autores deben ser respetados, constriñéndose mutuamente. Los artistas, intérpretes y ejecutantes, que no son autores, no tienen en sentido estricto derechos morales, pero el artículo 113 TRLPI les concede facultades con un claro contenido moral, como es el derecho a reclamar que su nombre conste en sus interpretaciones y ejecuciones y el derecho a oponerse a deformaciones o mutilaciones que lesionen su prestigio o reputación. Defiende, a mi juicio con acierto, Alfonso González Gozalo que los derechos de autor del artículo 14 TRLPI no son extrapolables en este caso, porque ni la ley lo dice (art. 132 TRLPI) ni es necesario, ya que están suficientemente amparados por el artículo 113 y otras disposiciones legales, como la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Además, el derecho al reconocimiento del nombre se entiende remitido de acuerdo a los usos en ciertas ocasiones (obras publicitarias). Respecto del derecho a la «integridad» de la actuación, los conflictos con los autores de la obra audiovisual deben solucionarse caso a caso, haciendo una ponderación de intereses, pues ninguno prevalece de manera automática. Como ya se dijo, la inclusión en este grupo de colaboradores de la obra audiovisual que no son citados en el artículo 87 como autores es, desde mi punto de vista, criticable.

VII. En el último capítulo del libro, el VII, se dedican unas breves notas al ejercicio de los derechos morales de los autores, artistas, intérpretes y ejecutantes, sistematizando de modo coherente el régimen fragmentado que se contiene en los artículos 7.2, 7.4 y 92 TRLPI. En resumen, y en el caso más importante, el de los autores, para el ejercicio de las facultades «defensivas» (en especial, integridad) de la obra audiovisual estará legitimado cualquiera de ellos (salvo oposición de otro coautor), y para el ejercicio de las facultades positivas (divulgación) será necesario el consentimiento de todos. Se añaden además unas consideraciones sobre el ejercicio de los derechos de los autores de obras independientes incorporadas a la obra audiovisual y de los artistas intérpretes y ejecutantes, además de alguna mención a las acciones de los artículos 139 y 140 TRLPI. Concluye el libro con una exhaustiva bibliografía y un útil índice de casos citados.

En resumen, estamos ante una obra que consolida a su autor dentro del panorama científico de la propiedad intelectual y que será en el futuro una referencia ineludible para todos aquellos, universitarios o no, que estén interesados en los derechos de autor y derechos conexos sobre la obra audiovisual.

LAMARCA I MARQUÈS, Albert: *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Real Colegio de España, Bolonia, 2001, 277 pp.

No ha sido sino hasta tiempos relativamente recientes que la doctrina española ha prestado atención a la posición jurídica del acreedor no sólo como titular de derechos y facultades, sino también de deberes o, con mayor precisión, de cargas, entendidas como aquel comportamiento que debe observar el acreedor en su propio interés si quiere obtener determinados resultados o evitarse consecuencias negativas. Constituye todavía la obra de referencia, en este sentido, el trabajo del profesor Antonio Cabanillas Sánchez, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil* (Madrid, 1988), quien ahora ha dedicado otra monografía a *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral* (Madrid, 2000). Mas el estudio no podía detenerse ahí, pues quedaba huérfana de investigaciones monográficas la imposibilidad de la prestación no ya por culpa del deudor, sino por un hecho del acreedor. A cubrir este vacío se dirige el libro del Dr. Albert Lamarca i Marquès, profesor de la Universitat Pompeu Fabra, cuyo origen radica en su tesis leída en Bolonia, que más tarde reelaboró durante una estancia en el Instituto Max-Planck de Hamburgo.

La estructura del libro del Dr. Lamarca es lineal o progresiva. El primer capítulo se dedica al análisis de la posición jurídica del acreedor en la relación obligatoria. En él pone de relieve que la relación obligatoria no puede sustentarse únicamente en el análisis de la posición jurídica del deudor, sino que, por el contrario, hay que buscar unos términos de equilibrio entre ambas posiciones jurídicas, puesto que el deudor no puede caracterizarse de modo exclusivo por estar en una situación de sujeción al acreedor por razón de la obligación que ha asumido frente a él. Así, si ciertamente el acreedor tiene un interés en el cumplimiento, que es tutelado por el Código civil (arts. 1166 o 1167), este interés no es ilimitado. Estos límites vienen constituidos, en primerísimo orden, por el principio general de la buena fe. Pero, por otra parte, es necesario reconocer al deudor un interés en liberarse de la obligación, cuya máxima concreción se halla en la posibilidad que le concede el ordenamiento jurídico de extinguir la obligación mediante el ofrecimiento del pago y su posterior consignación (arts. 1176 y ss. CC).

Esto lleva al autor a dedicar el segundo capítulo de su obra a la cooperación del acreedor en el cumplimiento. Y es que el interés del deudor en liberarse requiere las más de las veces la colaboración del acreedor, ni que sea recibiendo el pago que se le ofrece cumpliendo con los requisitos exigidos de identidad e integridad. La cooperación del acreedor al cumplimiento debe configurarse sin duda como una carga. No cabe constreñir al acreedor a prestar tal colaboración. El deudor no tiene un derecho a liberarse, y por ello el Código civil no prevé ningún mecanismo de ejecución forzosa de dicha pretendida obligación. Es más, precisamente lo que arbitra el ordenamiento jurídico-civil es un mecanismo de liberación sin la voluntad del acreedor, cual es la consignación de la cosa debida, que queda a su disposición, lo que es sintomático de que el acreedor sigue sin haber recibido la prestación, pese a que el deudor, si consigue la declaración judicial de que la consignación ha sido bien realizada, habrá conseguido su objetivo de liberarse. Por ello, la cooperación del acreedor es una carga, puesto que si no presta esa colaboración indispensable lo que sucederá es que, constatada la voluntad de cumplir del

deudor, el acreedor incurrirá en mora, con los efectos perjudiciales que ello supone para su posición jurídica.

Siguiendo esta estructura que he denominado lineal o progresiva, a continuación el Dr. Lamarca pasa en el capítulo tercero al estudio de la mora del acreedor. La mora del acreedor es ya una institución bien estudiada en el panorama doctrinal español y europeo, y en este sentido el Dr. Lamarca sintetiza perfectamente el estado de la cuestión. Tras analizar los requisitos y los efectos de la *mora accipiendi*, el autor concluye con unas sugerentes reflexiones acerca del rol que corresponde a esta figura. En su opinión, la mora del acreedor pretende mantener el equilibrio de intereses presentes en la obligación, en la medida en que respeta tanto el interés del deudor en obtener su liberación como el interés del acreedor en el cumplimiento. Ni uno se libera ni el otro ve extinguido su derecho de crédito. Pero sí que el deudor se asegura, sin necesidad de tener que acudir al procedimiento de consignación, de la inexistencia de costes adicionales como consecuencia del retraso en el cumplimiento y se evita la declaración de incumplidor, con la relevancia que ello pudiera tener en caso de que el acreedor pretendiera instar la vía resolutoria de los artículos 1124 o 1504 CC.

En el capítulo cuarto, el más extenso, el Dr. Lamarca entra de lleno en el análisis de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa imputable al acreedor. Han sido los autores alemanes quienes han estudiado con mayor profundidad la imposibilidad de la prestación por hecho del acreedor. Aquí quizá cabría realizar una pequeña observación terminológica al Dr. Lamarca, por cuanto se refiere al incumplimiento «por causa imputable al acreedor», y esta expresión presenta un cierto regusto «culpabilístico», que no se corresponde con la convincente defensa que en páginas anteriores nuestro autor realiza de la cooperación del acreedor como carga y no como obligación. Aunque, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el Código civil no contempla sistemáticamente la imposibilidad de la prestación por hecho del acreedor, como tampoco no contempla institucionalmente su doble posición jurídica como titular de derechos y cargas, el Dr. Lamarca intenta identificar supuestos en nuestro Código que encajen en esta categoría. Así, señala como ejemplo más claro el artículo 1590 CC en sede de contrato de obra, y se refiere, además, a la responsabilidad de fondistas y mesoneros (art. 1783 CC), el acreedor que permite que otro se convierta en acreedor aparente por su posesión del crédito (art. 1164 CC) o el acreedor que deja perjudicar la cambial (art. 1170.2 CC). Con ello, el autor se sitúa ante una de las nociones más conflictivas del núcleo duro del derecho de obligaciones: la imposibilidad de la prestación, cuya sustitución en el Código civil alemán por la de *Pflichtverletzung* dista por el momento de haber generado el consenso necesario (véase, por todos, Ulrich Huber, «Das geplante Recht der Leistungstörungen», en Wolfgang Ernst y Reinhard Zimmermann (eds.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen, 2001, p. 31 ss; y, sobre la reforma del BGB en materia de obligaciones, la aportación del propio Albert Lamarca i Marquès, «La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB», en *Indret 2/2002* [<http://www.indret.com>]). La tesis del autor es que si el acreedor provoca la imposibilidad de la prestación con su propia actuación, no cabe que luego pretenda el cumplimiento por parte del deudor. Tesis que apoya en diversos preceptos del Código civil –no sólo los que tratan de supuestos más o menos evidentes de *mora creditoris*– que sin duda otorgan una base suficiente para defender tales conclusiones. Los efec-

tos jurídicos que todo ello comportaría serían la no imputación al deudor del incumplimiento, lo que, tratándose de contratos bilaterales, se traduciría en la inviabilidad de la rescisión del contrato y en el mantenimiento consiguiente del deber de prestación a cargo del acreedor, a su vez deudor sinalagmático. Con el matiz que, a fin de mantener el equilibrio en el sinalagma, el deudor no pueda acabar resultando enriquecido por el hecho del acreedor, por lo que propone que de la contraprestación a cargo del acreedor deban deducirse las ganancias y los ahorros que se hayan deducido de la imposibilidad para el deudor.

El último capítulo del libro aborda el hecho del acreedor en la unificación del derecho privado. Este capítulo constituye otra de las grandes aportaciones que realiza el Dr. Lamarca. No es todavía frecuente que la doctrina española preste la necesaria atención al proceso de unificación jurídica que viene desarrollándose en Europa en los dos últimos decenios no sin dificultades aunque también con significativos hitos (véase Sergio Cámara Lapuente, «Hacia un Código civil europeo: ¿realidad o quimera?», *La Ley*, núm. 4748, de 5 de marzo de 1999). Pues bien, el Dr. Lamarca dedica todo un capítulo a analizar el objeto de su estudio en la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías y en el *soft law*, tanto por lo que se refiere a los Principios Unidroit como a los Principios de Derecho Contractual Europeo elaborados por la Comisión que preside el danés Ole Lando. Aunque los tres textos parten de unas premisas comunes, la Convención de Viena y los Principios Lando presentan una regulación más parecida, en la que intentan un equilibrio entre la tradición continental y el *common law* que se traduce en una aparente inexistencia de *mora creditoris*, en la medida en que esta figura es ajena a la tradición anglosajona, en la cual el acreedor es tan responsable de *breach of contract* como el deudor. No obstante, el hecho del acreedor se contempla en todas las propuestas como impedimento a la declaración del incumplimiento del deudor.

Este último capítulo permite subrayar uno de los principales méritos del libro, cual es su derroche bibliográfico. El Dr. Lamarca no ha escatimado esfuerzos en la consulta de autores italianos y alemanes, cuya cita tanto enriquece las abundantes notas que acompañan al texto. En este sentido, tal vez se echa de menos una atención paralela al derecho inglés, lo que sin duda hubiera dado lugar a una espléndida monografía comparatista. No era ese, sin embargo, el objetivo del Dr. Lamarca, que sí que nos ofrece una obra de primerísimo orden sobre un tema, la imposibilidad de la prestación debida al hecho del acreedor, que viene a llenar un vacío en la literatura jurídica española que sólo cabe esperar que se nutra pronto con nuevas aportaciones del autor.

Antoni VAQUER ALOY
Universitat de Lleida

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Josep Maria BECH SERRAT, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, María Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. *Varia*.—II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.—Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

ARRIGHI DE CASANOVA/DOUVRELEUR: «La codification par ordonnances. À propos du Code de commerce», *SJ*, 2001, núm. 2, I-285, pp. 61-64.

Efectos que provoca el recurso a las ordenanzas en materia de comercio. Naturaleza y efectos de tales ordenanzas y principios aplicables por la codificación del Código de comercio. (*I. S. P.*)

BASEDOW, J. : «Codification of Private Law in the European Union: the making of a hybrid», *ZEuP*, vol 9, 2001, pp. 35-49.

El autor propone decididamente un Código comunitario de Derecho de contratos y superar el estado actual que ofrece sólo regulaciones parciales de algunos aspectos del Derecho de obligaciones. Se sugiere un procedimiento legislativo en tres fases que podría conducir a tal regulación comunitaria en el plazo de veinte o treinta años. (*I. G. P.*)

BEIGNIER/MOUTON: «La constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction», *RDS*, 2001, núm. 21, cah. r., pp. 1636-1642.

La sentencia de la Asamblea plenaria de 2 de junio de 2000 de la Corte de casación declara que la Constitución posee, sin ninguna ambigüedad posible, un valor jurídico superior al concedido a los tratados internacionales. Tal decisión no constituye ni una contradicción a la vista del monismo jurídico ni un freno a la influencia creciente del derecho internacional sobre el derecho estatal. Supone un singular cambio de la distinción monismo/dualismo. (*R. A. R.*)

BUREAU/MOLFESSUS: «Le nouveau code de commerce? Une mystification», *RDS*, 2001, cah. des aff., núm. 4, chr. pp. 361-369.

Según una ordenanza de 18 de septiembre de 2000, el nuevo Código de comercio tiene vocación de reagrupar, organizar y, en ciertas condiciones, modificar las disposiciones legislativas relativas a la materia correspondiente, con una tendencia hacia la accesibilidad y la inteligibilidad del derecho. El resultado es escaso. La reagrupación es parcial, la organización del código defectuosa y las modificaciones operadas rebasan ampliamente la habilitación acordada. (*I. S. P.*)

DEBRUCHE: «La restauration de l'intégrité du droit positif français à l'épreuve du tour d'échelle: luxe ou nécessité?», *RTDC*, 2000, núm. 3, pp. 507-524.

Estudia la integridad sustancial y formal del derecho positivo francés y el derecho comparado. (*R. A. R.*)

HUGLO: «La mission spécifique d'une Cour Suprême dans l'application du Droit Communautaire: L'exemple de la Cour de Cassation française», *GP*, 2000, núm. 327-328, pp. 7-14.

Necesidad de un Tribunal Supremo comunitario que aplique únicamente Derecho comunitario, colmando lagunas e incluso creando Derecho. (*I. S. P.*)

MALAURIE: «La pensée juridique du Droit civil au xx^e. siècle», *SJ*, 2001, núm. 1, I-283, pp. 9-14.

Importancia del pensamiento jurídico del siglo XX por su novedad de ideas y su fortaleza. Su diferencia con la doctrina. Influencia en el pensamiento jurídico de las corrientes filosóficas e importancia de varios autores: Planiol, Saleilles, Gény, Ripert y Carbonnier. (*R. A. R.*)

MENGGONI, L.: «Diritto e tecnica», *RTDPC*, 2001, núm. 1 pp. 1-10.

Reflexión sobre el diálogo sostenido entre el profesor N. Irti y el filósofo E. Severino: positivismo y valores éticos. (*M. R. D. R.*)

NIGLIA, L.: «Ai confini tra diritto privato e legislazione comunitaria. La teoria dell'obbligo interpretativo», *RTDPC*, 2001, núm. 1, pp. 65-100.

Análisis comparado de algunos problemas de interpretación en el procedimiento de adaptación y uniformación del derecho comunitario: jurisprudencia italiana, alemana e inglesa. (*M. R. D. R.*)

PANZAROLA, A.: «La notificazione degli atti extragiudiziali negli Stati membri dell'Unione Europea», *NLCC*, 2000, núm. 6, pp. 1161-1195.

Análisis del Reglamento CE núm. 1348/2000, de 29 de mayo de 2000, con entrada en vigor prevista para el 31 de mayo de 2001, pero aún no cumplida, que modifica y perfecciona el sistema diseñado por la Convención de La Haya de 1965, sobre la disciplina de la notificación y comunicación de los Estados miembros de la Unión Europea de los actos judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial: ámbito de aplicación, procedimiento de transmisión y notificación, y fecha de validez de la notificación. (*M. R. D. R.*)

PETERSEN, J.: «Die Anfechtung der ausgeübten Innenvollmacht», *AcP*, 2001, núm.3, pp. 375-390.

La impugnación del poder y sus efectos en el caso de que el representante ya haya celebrado el negocio representativo. (*I. G. P.*)

SARGOS: «Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la cour de cassation. Le garde-fous des excès du droit», *SJ*, 2001, núm. 12, I-306, pp. 589-593.

Subsistencia de los principios generales del derecho a pesar de la absorción de una gran cantidad de ellos en los códigos civiles del XIX. Defensa de su autonomía y su función. (*I. S. P.*)

SUDRE: «À propos du dynamisme interprétatif de la Cour Européenne des droits de l'homme», *SJ*, 2001, núm. 28, I-335, pp. 1365-1368.

Interpretación progresista de la Convención europea de derechos del hombre por parte del tribunal europeo. Alargamiento de la aplicación del derecho mediante la interpretación judicial; extensión del contenido del derecho garantizado. (*R. A. R.*)

TARUFFO, M.: «Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto», *RTDPC*, 2001, núm. 1, pp. 11-31.

Observaciones sobre el poder creativo del juez, el peligro de la actuación por arbitrio y la necesidad de justicia, congruencia y justificación de la decisión judicial. (*M. R. D. R.*)

VV. AA.: «Le devoir de loyauté en droit des affaires», *GP*, 2000, núm. 338-340.

Número especial dedicado a las ponencias presentadas en el Coloquio de 28 de octubre de 1999 sobre el deber de lealtad en el derecho de los negocios. (*R. A. R.*)

DERECHO DE LA PERSONA

ASCANI, F.: «Note sul diritto all'immagine e sulla tutela risarcitoria. Il "testimonial" casuale», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 1, pp. 77-90.

Artículo dedicado al abuso del derecho a la propia imagen. (*Alma R. G.*)

BARTSCH, H.: «Die posmortale Schweigepflicht des Arztes beim Streit um die Testierfähigkeit des Patienten», *NJW*, 2001, pp. 861-863.

El deber de silencio postmortal de los médicos en conflicto con la capacidad de testar del paciente. (*M. P. G. R.*)

BENOIT-ROHMER: «La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *RDS*, 2001, núm. 19, cah. r., pp. 1483-1492.

La carta de derechos europeos proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 por el Consejo, la Comisión y el Parlamento de la Unión Europea se

inscribe en la dinámica antigua a favor de la protección de los derechos del hombre. (*I. S. P.*)

BIANCA, C. M.: «I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua— nota a C. cost. 23 novembre 2000 n. 532», *GC*, 2001, núm. 3, pp. 594-599. (*M. R. D. R.*)

CARON, Ch.: «Le festival confronté à la qualification d'œuvre collective», *RIDA*, núm. 188, abril 2001, pp. 3-35.

¿Puede calificarse al festival como una obra colectiva? Éste es el interrogante al que trata de dar respuesta el autor, desde la óptica del Derecho francés, que no se ocupa directamente de ello. (*C. J. D.*)

CILIBERTI, R.: «La rettificazione di attribuzione di sesso: aspetti giuridici», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 346-366.

Artículo acerca de los problemas jurídicos que plantea el cambio de sexo. (*Alma R. G.*)

DALLA TORRE, G.: «Registro dei battesimi e tutela dei dati personali: luci ed ombre di una decisione— nota a Trib. Padova, decr. 29 maggio 2000», *GC*, 2001, núm. 1, pp. 236-241. (*MRDR*).

DURANTE, V.: «Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale», *NGCC*, 2001, núm. 2, pp. 132-148.

La idea de salud en la evolución normativa y jurisprudencial italiana. (*Alma R. G.*)

ERAMO, F.: «Prime applicazioni della nuova legge sull'obiezione di coscienza», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 193-199.

La resolución del Tribunal de Bari de 6 de octubre de 1999 constituye una de las primeras decisiones en materia civil sobre la nueva ley reguladora de la objeción de conciencia. (*Alma R. G.*)

FAVOREU: «La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés», *RDS*, 2001, núm. 22, cah. r., pp. 1739-1744.

La noción de libertad fundamental ha sido sustituida por el reconocimiento de la libertad pública. (*R. A. R.*)

FINOCCHIARIO, M.: «Pretesa inapplicabilità degli art. 737 ss. Cp.c. nel procedimento di ammissibilità della domanda di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale ex art. 274 c.c.— nota a Cass. 20 ottobre n. 13892», *GC*, 2001, núm. 2, pp. 392-393. (*M. R. D. R.*)

GIACCHERO, G.: «Luci e ombre in materia di rettifica nell'illecito di diffamazione a mezzo stampa», *RTDPC*, 2001, núm. 1, pp. 121-138.

Reflexión sobre la reparación del daño producido por difamación en medios de comunicación impresa: el derecho de rectificación. (*M. R. D. R.*)

GIACOBBE, E.: «Questioni vecchie sulla condizione giuridica del concepito — nota a Cass. pen., sez IV, 13 novembre 2000», *GC*, 2001, núm. 3, pp. 721-731. (*M. R. D. R.*)

GINSBURG, J. C.: «Toward supranational copyright law? The WTO panel decision and the “three-step test” for copyright exceptions», *RIDA*, núm. 187, enero 2001, pp. 3-65.

Estudio acerca de las tres condiciones que el artículo 9.2 del Convenio de Berna y el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC exigen para discernir la legitimidad de las limitaciones o de las excepciones al derecho de autor previstas por las diversas legislaciones. (C. J. D.)

GOUTAL, J. L.: «Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d’auteur», *RIDA*, núm. 187, enero 2001, pp. 67-109.

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor, de diciembre de 1996, que aún no ha entrado en vigor, tiene por objeto la protección de los derechos de los autores en el sistema digital. El artículo supone una reflexión acerca del posible retroceso que el Tratado supondría en el concepto civil francés del Derecho de autor, al inspirarse en el *copyright* propio de los países de la *common law*. (C. J. D.)

GRIDEL: «Retour sur l’image du préfet assassiné: dignité de la personne humaine et liberté de l’information d’actualité», *RDS*, 2001, núm. 11, cah. r., pp. 872-877.

El respeto a la dignidad del ser humano no cesa con su muerte, por lo que no deben publicarse imágenes degradantes para la persona. (I. S. P.)

HAFT, F./EISELE, J.: «Zur Einführung: Rechtsfragen des Datenverkehrs im Internet», *JuS*, 2001, pp. 112-120.

Introducción a algunas cuestiones jurídicas sobre el tráfico de datos a través de *Internet*. (M. P. G. R.)

HUFEN, F.: «*In dubio pro dignitate*. Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens», *NJW*, 2001, pp. 849-857.

In dubio pro dignitate. Autodeterminación y protección constitucional al final de la vida.

La actual discusión sobre la «ayuda a morir» es guiada ante todo por civilistas y penalistas, pero tiene también implicaciones constitucionales. Así, a través de los artículos 2.I y 2 II de la Constitución alemana se garantiza la primacía de la voluntad expresa del paciente. También la voluntad presunta tiene un claro valor constitucional. Apenas suficientemente remarcada es la protección del matrimonio y de la familia en las situaciones fronterizas entre la vida y la muerte. El artículo 2 de la Constitución entra también en acción como límite a la autodeterminación individual cuando el Estado hace prevalecer el valor de la vida frente a los intentos de facilitar la ayuda activa a morir. El supremo valor es la dignidad humana. La dogmática de los derechos humanos debe actuar aquí, como en otras cuestiones fronterizas de la medicina, la ética y el Derecho, para la racionalización de un debate histórico y ético. (M. P. G. R.)

HUGENHOLTZ, P. B.: «Chronique des Pays-Bas», *RIDA*, núm. 187, enero 2001, pp. 111-175.

En el marco de la legislación holandesa sobre el Derecho de autor, el autor da noticia de las incidencias legislativas y jurisprudenciales que han tenido lugar entre los años 1995 y 2000. (*C. J. D.*)

KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS: «De Biarritz à Nice: Le projet de charte des droits fondamentaux est-il bien articulé avec le droit de l'Union?», *GP*, 2000, núm. 303-304, pp. 18-23.

Trata sobre la posibilidad y el valor, no solamente simbólico, del proyecto de Carta de los Derechos Humanos en el marco de la Unión Europea. (*R. A. R.*)

MATHIEU: «La directive européenne relative à la brevetabilité des inventions biotechnologiques, le droit français et les normes internationales», *RDS*, 2001, núm. 1, cah. r., pp. 13-17.

Introducción en Derecho francés de la directiva europea relativa a la patente de descubrimientos bioéticos y su compatibilidad con el derecho local, que puede admitirse con algunas reservas. (*I. S. P.*)

NIBOYET: «La confirmation par la Cour de justice des communautés européenne de l'integration des droit fondamentaux au systeme de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *GP*, 2000, núm. 275, pp. 21-24.

La competencia de la Corte de justicia para asegurar el respeto a los derechos fundamentales en el marco del sistema de Bruselas. (*R. A. R.*)

NOTE: «What We Talk About When We Talk About Persons: The Language of a Legal Fiction», *Harvard L. Rev.*, 2001, vol. 114, pp. 1745-1768.

En esta nota se estudia el concepto jurídico de persona partiendo del estudio de tres supuestos conflictivos, como son la consideración de persona de los esclavos, de las personas jurídicas y de los fetos. En estos supuestos se pone de manifiesto la vinculación entre la consideración de persona a efectos legales y las cuestiones éticas y morales, así como la oscilación con que los tribunales han resuelto estas materias. (*M. V. V.*)

PELLEGRINO, A.: «La tutela dell'infermo psichico nel trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera in una sentenza della S.C.: una giusta riaffermazione di principi ormai consolidatisi, ma non sempre adeguatamente valorizzati ed applicati dalla giurisprudenza di merito», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 21-40.

Principio general de voluntariedad de los tratamientos sanitarios. Especiales garantías para el paciente sometido a tratamientos sanitarios de carácter obligatorio por enfermedad mental. (*Alma R. G.*)

REDON: «L'interruption volontaire de grossesse de la mineure ou l'exercice interposé du droit parental», *RDS*, 2001, núm. 15, cah. r., pp. 1194-1195.

El derecho al aborto es un derecho personal. Los padres no pueden recurrir en representación de su hijo menor. (*I. S. P.*)

RICKETSON, S.: «Letter from Australia», *RIDA*, núm. 188, abril 2001, pp. 117-245.

Descripción de la evolución legislativa del Derecho de autor en Australia, en los último seis años. (C. J. D.)

RUPP, H. H.: «“Dienende” Grundrechte, “Bürgergesellschaft”, “Drittwirkung” und “soziale Interdependenz” der Grundrechte», *JZ*, 2001, pp. 271-277.

Derechos fundamentales instrumentales, sociedad civil, eficacia frente a terceros e interdependencia social de los derechos fundamentales. (M. P. G. R.)

SARGOS: «Réflexions “médico-légales” sur l’interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique», *SJ*, 2001, núm. 21-22, 1-322, pp. 1041-1044.

Estudio a propósito de la Ley de 17 de noviembre de 1975 sobre interrupción voluntaria del embarazo y su olvido en la práctica actual. Necesidad de que se cumplan los requisitos establecidos cuando es por motivos terapéuticos y posibles responsabilidades en caso de no observación de tales requisitos. (R. A. R.)

SIEMES, C.: «Gewinnabschöpfung bei Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit durch die Presse», *AcP*, 2001, núm. 2, pp. 202-231.

Los derechos de la personalidad se encuentran sometidos a una creciente escalada de agresiones que se producen en gran medida desde los medios de comunicación impresos, que tienden a ofrecer lo que no puede en realidad denominarse información y afecta a la esfera privada de las personas, al servicio de intereses comerciales. Desde la sentencia del *BGH* de 15 noviembre 1994 en el caso «Carolina de Mónaco», se ha abierto un nuevo camino para determinar la indemnización en el caso de lesión de derechos de la personalidad, que permite tomar en consideración las ganancias obtenidas por el medio de difusión. En el estudio se analiza en sentido crítico esta jurisprudencia, ya consolidada, y se contrasta con las distintas soluciones que ofrece el *BGB*. (I. G. P.)

TORREMANS, P. L. C.: «The law applicable to copyright: which rights are created and who owns them?», *RIDA*, núm. 188, abril 2001, pp. 37-115.

El autor analiza cuestiones relativas a la ley aplicable en el complejo marco de las relaciones entre el Derecho de autor y el Derecho internacional privado. Se trata de un estudio de Derecho comparado que toma como punto de partida y de referencia el Derecho inglés. Son tres las cuestiones a las que se dedica: 1. La ley aplicable a los derechos emanados del derecho de autor; 2. La atribución de la obra a su autor o quién debe ser considerado como tal; 3. El titular de los derechos nacidos del derecho de autor. (C. J. D.)

PERSONA JURÍDICA

AMBROSI, I.: «Verso una semplificazione della disciplina delle persone giuridiche, delle associazioni, delle fondazioni e degli enti non riconosciuti», *NLCC*, 2000, núm. 6, pp. 1202-1216.

Comentario a la ley 27 de junio de 2000, núm. 192, y *d.p.r. 10 febbraio 2000*, núm. 361, sobre procedimiento de atribución de personalidad jurídica y extensión de su capacidad. (*M. R. D. R.*)

BERLUCCHI, A.: «Prime brevi riflessioni in tema di controllo sulle fondazioni alla luce della normativa vigente e delle prospettive di riforma— nota a TAR. Lomb., sez. III, 23 giugno 2000, n. 4598», *GC*, 2001, núm. 1, pp. 281-286. (*M. R. D. R.*)

DE GIORGI, M. V.: «La scelta degli enti privati: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale?», *NGCC*, 2001, núm. 2, pp. 83-95.

El actual contenido normativo del concepto persona jurídica. En concreto, los sistemas de inscripción previstos por las leyes especiales. (*Alma R. G.*)

DE GIORGI, M. V.: «La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti regolati nel primo libro cc», *NLCC*, 2000, núm. 6, pp. 1321-1350.

Amplio comentario al *d.p.r. 10 febbraio 2000*, núm. 361, que simplifica y reforma el procedimiento de atribución de personalidad jurídica a los entes privados, modificando el acto constitutivo y el régimen de los estatutos. (*M. R. D. R.*)

PIRAINO, S.: «Capacità di azione dell'ente pubblico nei rapporti fra diritto pubblico e diritto privato», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 233-252.

La alternancia de instrumentos de derecho común y de derecho público en las relaciones entre la Administración y los terceros, acentuada por una tendencia progresiva a la privatización de la acción administrativa, reaviva el interés por la cuestión de la capacidad de las organizaciones públicas reconocidas como personas jurídicas. (*Alma R. G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

AGOSTINI/ROUSSEL: «Les droits de replantation», *RDS*, 2001, núm. 23, cah. r., pp. 1813-1817.

La Corte de casación persiste en postular la extrapatrimonialización de los derechos de replantación que el legislador pueda conceder. (*I. S. P.*)

ALLEVA, F.: «Questioni in tema di nesso di causalità naturale», *NGCC*, 2001, núm. 1, pp. 81-89.

Estudio de varias decisiones jurisprudenciales sobre la relación de causalidad (determinación del nexo de causalidad material, concurso de causas imputables y concausas naturales, suicidio e interrupción del nexo causal, causalidad humana y concurso de causas, causalidad material y causalidad jurídica). (*Alma R. G.*)

ANDRINI, M.C.: «Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica», *CI*, 2001, núm. 1, pp. 134-241.

Artículo dedicado al problema de las normas formales a la luz de las nuevas reglas del mercado. (*Alma R. G.*)

ANGELONI, F.: «Ancora sul precedente di Cassazione: questa volta sotto il profilo della responsabilità civile del magistrato che lo disattende senza indicare le ragioni della propria decisione», *CI*, 2001, núm. 1, pp. 30-47.

Casística sobre las diversas hipótesis de responsabilidad civil del juez. (*Alma R. G.*)

AUBERT: «Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000)», *RDS*, 2001, núm. 6, cah. r., pp. 489-491.

Tras un análisis teórico de la sentencia llega a la conclusión de que la cuestión central en ella es la causalidad. (*R. A. R.*)

AYNÉS: «Prejudice de l'endant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de cassation», *RDS*, 2001, núm. 6, cah. r., pp. 492-496.

La causalidad no es la principal discusión que suscita la sentencia de 17 de noviembre de 2000 de la Corte de casación, Asamblea plenaria, sino la reflexión sobre si el drama del niño constituye un perjuicio irreparable. (*I. S. P.*)

BACCARINI, P.: «Abolizione della omologa degli atti societari e semplificazioni nella pubblicità», *NLCC*, 2000, núm. 6, pp. 1250-1271.

Análisis de los artículos 30-35 de la *l. 24 novembre 2000, n. 340*, sobre régimen de publicidad legal en las operaciones de fusión y escisión de sociedades, y homologación de actos societarios: nuevo sistema de control, competencias, etc. (*M. R. D. R.*)

BAMFORTH, N.: «The True "Horizontal Effect" of the Human Rights Act 1998», *L. Q. R.*, vol. 117, 2001, pp. 34-41.

El autor tercia en la polémica desarrollada en el volumen anterior de esta misma revista sobre la eficacia horizontal de la ley con la que el Reino Unido ha incorporado a su ordenamiento jurídico el CEDH. (*J. R. I.*)

BARENGHI, A.: «Determinabilità e determinazione unilaterale nel diritto dei contratti: appunti sul sistema nordamericano», *RDC*, 2001, núm. 1, parte primera, pp. 99-145.

Amplio estudio del requisito del «requirements contract», del derecho anglosajón para la perfección del contrato y la necesidad de adaptación al código uniforme de derecho contractual comercial y a los Principios de Derecho Contractual Europeo. (*M. R. D. R.*)

BERENGUER-GUILLON/GALLIER: «L'offre et la collecte de CV en ligne», *GP*, 2000, núm. 301-302, pp. 21-25.

La oferta colectiva en *Internet*. (*R. A. R.*)

BERGEN, Ch.: «Rechtliche Rahmenbedingungen anwaltlicher Dienstleistungen über das Internet», *NJW*, 2001, pp. 1530-1536.

Las condiciones jurídicas, marco de prestación de servicios de abogado a través de *Internet*.

El creciente significado de los modernos medios de comunicación en el trabajo de los abogados plantea la cuestión de las ventajas del asesoramiento jurídico a través de *Internet*. Este artículo se ocupa de las condiciones marco en los aspectos laborales, contractuales y procesales. Un punto central lo constituyen las disposiciones europeas. (*M. P. G. R.*)

BERGER, K. P.: «The principles of European Contract Law and the concept of the “Creeping Codification” of law», *ZEUP*, vol. 9, 2001, pp. 21-34

Los Principios de Derecho Europeo de Contratos se examinan por el autor como manifestación de un proceso que poco a poco permitirá la uniformidad del Derecho privado europeo. La situación actual recuerda el debate entre Thibaut y Savigny en el siglo XIX: entre los partidarios de una pronta codificación y los que buscan un proceso de armonización. Los «Principios» aludidos penetran en los diferentes ordenamientos a través de su utilización por el legislador, el acuerdo de las partes y la propia formación jurídica. (*I. G. P.*)

BETLEM, G./HONDIUS, E.: «European Private Law after the Treaty of Amsterdam», *ERPL*, vol. 9, 2001, pp. 3-20.

El Tratado de Amsterdam no ha afectado de forma significativa al proceso de armonización del Derecho privado sustantivo, a diferencia de los aspectos procesales y las reglas de conflicto. Como ponen de relieve los autores, el camino hacia una unificación del Derecho europeo privado no puede realizarse a través de una Directiva, sino que por el momento ha de seguir los pasos de la Comisión Lando. (*I. G. P.*)

BILOTTI, E.: «Regolamento di confini ed evizione parziale», *NGCC*, 2001, núm. 1, pp. 118-126.

Garantía por evicción en el contrato de compraventa. (*Alma R. G.*)

BISSY: «L'indemnit  d'immobilisation», *RDI*, 2000, núm. 3, pp. 287-306.

Estudio sobre su naturaleza jurídica, influencia en el contrato de venta y su revisión. (*I. S. P.*)

BOSGIRAUD-STEPHENSON: «La vente immobilière: un site juridique pollu ?», *RDI*, 2000, núm. 3, pp. 279-286.

Problemas jurídicos de la venta de inmuebles. Criterios que permiten determinar el objeto de la venta. Obligaciones de información del vendedor. Usos actuales y su crítica. (*R. A. R.*)

BRANDANI, S.: «Vizi della cosa promessa in vendita: ancora incertezze nella giurisprudenza in relazione ai remedi di tutela accordabili al promissario acquirente», *NGCC*, 2001, núm. 2, pp. 152-162.

Contrato preliminar y tutela del promissario adquirente en el caso de vicios y deformidad de la cosa prometida en venta: evolución jurisprudencial. (*Alma R. G.*)

BRIGHT, S.: «Liability for the Bad Behaviour of Others», *Oxford J. Legal Stud.*, 2001, vol. 21(2), pp. 311-330.

El artículo se pregunta si el propietario de un inmueble debe responder por daños que terceras personas –por ejemplo, meros ocupantes– producen a los vecinos de aquél mediante actividades desarrolladas en el mismo. Los tribunales ingleses entienden que sí, dado que el propietario que no hace nada para impedir el comportamiento dañoso continúa una *nuisance* iniciada por los terceros (según el principio establecido por la *House of Lords en Sedleigh-Denfield v O'Callaghan* [1940] AC 880). Frente a ello, Bright defiende que el propietario sólo debe responder cuando haya autorizado la actividad dañosa o tenga un deber contractual de proteger del daño a sus vecinos. (A. R. G.)

BRUTTI, N.: «Ratifica del contratto e certezza dei rapporti giuridici», *Archiv. Giur.*, fasc. I, 2001, pp. 77-115.

Análisis de la figura de la ratificación en la doctrina y jurisprudencia italianas. El autor trata las teorías más relevantes acerca de su naturaleza jurídica, así como algunos supuestos de aplicación práctica de la mencionada figura, como el mandato realizado por el falso representante o la ratificación de actos unilaterales. (B. F. G.)

BUSANI, A.: «Discrezionalità del *lessor* nella determinazione del prezzo di vendita al *lessee* del bene oggetto di *leasing back*», *NGCC*, 2001, núm. 1, pp. 35-53.

Artículo dedicado al contrato de *leasing back*: estructura del contrato, venta con fin de garantía, indicios de licitud del contrato, parámetros para la determinación del precio. (Alma R. G.)

BUSCH, D./HONDIUS, E.: «Ein neues Vertragsrecht für Europa: Die Principles of European Contract Law aus niederländischer Sicht», *ZEuP*, 2001, núm. 2, pp. 223-247.

El 16 de diciembre de 1999 se aprobó la nueva redacción de los «Principios de Derecho Europeo de Contratos», elaborados por la «Comisión Lando». Los autores analizan el proceso de elaboración de tales «Principios», su aplicación en la práctica y la posibilidad de que constituyan la base del futuro Derecho contractual europeo. (I. G. P.)

BUSNELLI, F. D.: «Postilla a COUR DE CASS., ass. Plén., 17.11.2000», *NGCC*, 2001, núm. 2, pp. 215-220.

Acerca de la responsabilidad a causa del nacimiento de un bebé no querido. (Alma R. G.)

CALVARI, F.: «In tema di applicabilità dell'art. 2054 cod. civ. al trasporto di cortesia», *NGCC*, 2001, núm. 1, pp. 65-69.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 21 de enero de 2000 sobre el transporte de cortesía y la presunción de culpa del conductor. (Alma R. G.)

CALVO: «La récusation des arbitres CCI: Théorie et pratique», *GP*, 2000, núm. 336-337, pp. 30-36.

Nuevo reglamento de arbitraje internacional de 7 de abril de 1997. Deberes de los árbitros y su recusación. (I. S. P.)

CAMILLERI, E.: «Gli acquisti degli enti diversi dalle società e la “gratuità in entrata”», *RDC*, 2000, núm. 6, parte segunda, pp. 801-827.

Comentario acerca de la identidad de razón en el fundamento de los artículos 17, 600 y 786 cc., las lagunas de la c.d. Bassanini bis (*l. 15 maggio 2000, n. 127*), y la nueva regulación de la *l. 22 giugno 2000, n. 192*, sobre los actos de adquisición onerosos y lucrativos de diversos entes sociales. (*M. R. D. R.*)

CANARIS, C.W., «Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen», *JZ*, 2001, pp. 499-530.

La reforma del Derecho del incumplimiento.

El autor, miembro de la Comisión que elaboró el Proyecto de reforma del Derecho de obligaciones, actualmente en discusión en Alemania, estudia las principales normas de este Proyecto en relación con el incumplimiento de las obligaciones, incluyendo además al final del artículo una sinopsis con las principales modificaciones de la versión consolidada del Proyecto (marzo 2001), respecto del Proyecto de discusión inicial (otoño 2000). (*M. P. G. R.*)

CAPRIOLI: «La directive européenne núm. 1999/93/ce du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques», *GP*, 2000, núm. 303-304, pp. 5-17.

Estudio del reconocimiento del valor jurídico de la firma electrónica. Rol y poderes de la Comisión. Las reglas de funcionamiento de la prestación de servicios de certificación. (*R. A. R.*)

CAPUTO, E.: «Revocatoria fallimentare avente per oggetto la cessione di un contratto- osservazione a Trib. Como 4 maggio 2000», *GC*, 2001, núm. 2, p. 539. (*M. R. D. R.*)

CARLEVARIS: «La qualification des décisions des tribunaux arbitraux dans le règlement d'arbitrage CCI et dans la jurisprudence française», *GP*, 2000, núm. 336-337, pp. 11-15.

Naturaleza jurídica de las decisiones de los tribunales de arbitraje. (*I. S. P.*)

CHINDEMI, D.: «Limiti della responsabilità del gestore di parcheggio in area recintata», *NGCC*, 2001, núm. 1, pp. 50-52.

Comentario a la sentencia de apelación del tribunal de Milán de 30 de mayo de 2000 acerca del contrato de aparcamiento: ¿contrato de depósito o contrato de arrendamiento? (*Alma R. G.*)

CONFORTI, A.: «Limiti all'accertamento della violazione al dovere di diligenza: sono veramente insindacabili le scelte gestionali degli amministratori?», *NGCC*, 2001, núm. 2, pp. 223-229.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Parma de 3 de noviembre de 1999 acerca del exacto contenido de la obligación de diligencia en el cumplimiento de sus tareas por parte del administrador: individualización de los criterios para la valoración del daño operado. (*Alma R. G.*)

CONGRESS: «Centennial World Congress on Comparative Law», *Tul. L. Rev.*, 2001, vol. 75(4), pp. 859-1245.

Número monográfico de la *Tulane Law Review*, que recopila las ponencias presentadas en el último Congreso Mundial de Derecho Comparado. En él participaron algunos de los más prestigiosos especialistas del Derecho comparado, como los profesores K. D. Kerameus, David S. Clark, James Gordley, Ole Lando, Pierre Legrand, Ugo Mattei o Rodolfo Sacco. Especialmente destacables son aquellas ponencias que, como las de Kerameus o Gordley, se centran en el papel del derecho comparado para la formación del jurista; aquellas que, como las de David S. Clark, el profesor Lando o Ugo Mattei y Anna di Robilant, explican el valor del derecho comparado en el actual proceso de aproximación del derecho patrimonial europeo; o bien aquellas otras que, como la del profesor Sacco, hacen balance de cien años de historia del movimiento iuscomparatista. (*J. S. F.*)

COOTE, B.: «The Performance Interest, *Panatown*, and the Problem of Loss», *L. Q. R.*, 2001, vol. 117, pp. 81-95.

Frente al principio general conforme al que un contratante sólo puede exigir indemnización por aquellos daños efectivamente producidos por incumplimiento contractual que él mismo experimente, y no por los que sufra otra persona (*Dunlop v. Lambert* [1839] 6 CL. & F.600), el Derecho británico admite una excepción: la indemnización de tales daños a favor del contratante procederá si ambas partes conocían en el momento de contratar que un eventual incumplimiento causaría daños a un tercero –básicamente, debidos a la transmisión al mismo de la propiedad de la cosa objeto del contrato–, y el tercero no dispone de otro remedio frente a la parte incumplidora (*St Martins's Property Corporation Ltd. v. Sir Robert McAlpine Ltd* [1994] A. C. 85; y *The Albazero* [1977] A. C. 774). En el reciente caso *Alfred A. Alpine Construction Ltd. v. Panatown Ltd.* [2000] 3 W.R.L. 946, la *House of Lords* considera que el comitente que había encargado la construcción de un edificio en un solar perteneciente a un tercero no tiene derecho a indemnización de los daños derivados de graves deficiencias en la obra entregada –incluyendo gastos de demolición– porque el tercero que realmente los sufre antes ha concluido un acuerdo con el contratista mediante el que éste se compromete a actuar con toda la diligencia razonable en la ejecución del contrato de obra. (*J. M. B. S.*)

CONTIS/CORDIER: «Les accords de distribution à l'épreuve de l'internet», *SJ*, 2001, núm. 15-16, I-313, pp. 752-756.

Problemas jurídicos que se presentan entre los contratantes por la realización de contratos mediante *Internet*. Control de los derechos de propiedad intelectual por el productor; posibilidad de violación de una cláusula de exclusividad territorial por el distribuidor. (*R. A. R.*)

COSTANTINO, M.: «Falso negativo e danno ingiusto», *RDC*, 2001, núm. 1, parte segunda, pp. 1-26.

Comentario acerca de la responsabilidad civil médica por fallos en los diagnósticos con producción de daños para los pacientes: garantías de calidad del servicio y reglas de conductas. (*M. R. D. R.*)

COSTANZA, M.: «La revoca del mandato ed i suoi effetti-nota a Cass. 11 agosto 2000 núm. 10739», *GC*, 2001, núm. 4, pp. 1028-1029. (*M. R. D. R.*)

D'ALESSANDRO, P.: «La Corte costituzionale interviene sulla vicenda degli interessi bancari anatocistici», *NLCC*, 2000, núm. 6, pp. 1303-1311.

Análisis de la sentencia de la Corte cost. 17 de octubre de 2000, núm. 425, sobre anatocismo bancario, en relación a la legitimidad del artículo 25.3 del *d. lgs. n. 342/99* sobre la materia. (*M. R. D. R.*)

DE GANDE: «La responsabilité des intermédiaires de l'internet ou ISP: l'apport du proje de la loi sur la société de l'information», *RDS*, 2001, núm. 24, cah. des aff., pp. 1934-1938.

Aplicación de la ley francesa de 1 de agosto de 2000 que sanciona tal responsabilidad. Necesidad de corregir tal ley mediante una nueva regulación en proyecto. (*I. S. P.*)

DELLACASA, M.: «La responsabilità del vettore nel trasporto stradale di cose tra vecchie questioni e possibili scenari evolutivi», *CI*, 2001, núm. 1, pp. 242-299.

Problemas jurídicos actuales sobre el contrato de transporte de cosas. (*Alma R. G.*)

DI PIETROPAOLO, M.: «Sulla prescrizione del diritto al risarcimento del danno subito dal compratore per l'attribuzione di cosa viziata o mancante di qualità o di *aliud pro alio*», *NGCC*, 2001, núm. 2, pp. 184-190.

Garantía por vicios y responsabilidad del vendedor: prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad del vendedor por los daños derivados de vicios de la cosa. (*Alma R. G.*)

DI PIETROPAOLO, M.: «Osservazioni in tema di anatocismo», *NGCC*, 2001, núm. 2, pp. 96-119.

Reciente doctrina jurisprudencial en materia de capitalización de intereses: distinción entre capitalización y anatocismo. (*Alma R. G.*)

DOUAOUT: «La réparation du trouble médiatique», *RDS*, 2001, núm. 17, cah. r., pp. 1333-1339.

El error causado por los medios puede consistir en nueva desinformación pública. En este caso no habrá que responder más que del restablecimiento de la opinión errónea ¿Puede además constituir un error individual? (*R. A. R.*)

EIDENMÜLLER, H.: «Zur Effizienz der Verjährungsregeln im geplanten Schuldrechtsmodernisierungsgesetz», *JZ*, 2001, pp. 283-287.

Sobre la eficiencia de las reglas de prescripción en la planeada ley de modernización del Derecho de obligaciones. (*M. P. G. R.*)

ESPER: «L'information médicale du malade à l'hôpital public», *GP*, 2000, núm. 352-354, pp. 6-11.

Imposición por el Consejo de Estado del deber de información al enfermo. Rigor de la indemnización por su falta. Estudio jurisprudencial. (*I. S. P.*)

FABRE: «Les contrats de distribution et internet à la lumière du nouveau règlement communautaire», *RDS*, 2001, cah. des aff., núm. 5, chr. pp. 432-440.

En la distribución en *Internet* concurren los sistemas tradicionales pero con un complemento. Trata de los contratos jurídicos y sus posibilidades. (R. A. R.)

FARGE: «L'application au cautionnement du bref délai prévu en matière de crédit mobilier à la consommation», *SJ*, 2001, núm. 14, 1-310, pp. 697-702.

Crítica del autor a la posición de la corte de casación francesa por aplicar el mismo régimen jurídico a las acciones sobre crédito mobiliario concedido a los consumidores que a las garantías personales de tales operaciones. Interpretación que ha de darse al artículo L 311-37 del Código de los consumidores. (I. S. P.)

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: «Le régime de la responsabilité civile de l'administrateur selon la loi espagnole sur les sociétés anonymes», *GP*, 2000, núm. 277-276, pp. 7-26.

Comienza con la exposición de los principios directrices: las características esenciales de la responsabilidad del administrador; los elementos constitutivos de la responsabilidad; la responsabilidad en caso de pluralidad de administradores; los mecanismos de la reparación, y la responsabilidad en presencia de causas legales de disolución de la sociedad. Pasa a continuación a su aplicación. (R. A. R.)

FERRERI, S.: «La riforma americana della vendita e la convenzione delle Nazioni Unite del 1980 (CISG): un progresso verso l'armonia o la dissonanza?», *RDC*, 2001, núm. 1, parte primera, pp. 147-172.

Análisis de la reforma americana del contrato de compraventa tras la Convención de las Naciones Unidas de 1980, y el *Uniform Commercial Code*: problemas de adaptación del ordenamiento interno y aplicación en las relaciones internacionales. (M. R. D. R.)

FOREST/FRIEDMAN: «Quelle protection pour les supports numériques?», *GP*, 2000, núm. 301-302, pp. 10-12.

Segunda parte del trabajo en el que se trata la estandarización del hecho y el recurso a las normas reglamentarias. (I. S. P.)

GALGANO, F.: «La compravendita dei calciatori», *CI*, 2001, núm. 1, pp. 1-8.

Aspectos jurídicos de la cesión de jugadores de fútbol. (Alma R. G.)

GENTILE, A.: «L'inefficacia del contratto telematico», *RDC*, 2000, núm. 6, parte primera, pp. 747-773.

Estudio de los diferentes supuestos de invalidez o ineficacia de los contratos telemáticos: fundamento y límites en relación a la protección de consumidores en contratación a distancia. (M. R. D. R.)

GIACOBBE, E.: «Questioni vecchie sulla condizione giuridica del concetto – nota a Cass. pen., sez IV, 13 novembre 2000», *GC*, 2001, núm. 3, pp. 721-731. (M. R. D. R.)

GIOVE, S.: «Sulla validità della clausola di aumento del canone di locazione», *NGCC*, 2001, núm. 1, pp. 45-48.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 1 de febrero de 2000 sobre el aumento de la renta en los arrendamientos de inmuebles no destinados a vivienda. (*Alma R. G.*)

GIRACA, M. P.: «Riflessioni in tema di danno ambientale e tutela degli interessi diffusi», *CI*, 2001, núm. 1, pp. 394-426.

Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad por daño al medio ambiente (legitimación activa de las asociaciones ecológicas, problema del derecho al resarcimiento del daño). (*Alma R. G.*)

GRECO, L.: «La rilevanza civile e amministrativo-contabile del danno da parto», *NGCC*, 2001, núm. 1, pp. 55-73.

La naturaleza de la responsabilidad médica externa. El error en el diagnóstico del ginecólogo. El parto por cesárea: ¿una elección obligada? La responsabilidad civil y administrativa-contable del médico. (*Alma R. G.*)

GRUNEWALD, B.: «Vorschläge für eine Neuregelung der anfänglichen Unmöglichkeit und des anfänglichen Unvermögens», *JZ*, 2001, pp. 433-436.

Propuesta para una nueva regulación de la imposibilidad originaria y de la insolvencia originaria. (*M. P. G. R.*)

GRYNBAUM: «La Directive “Commerce électronique” ou l’inquiétant retour de l’individualisme juridique», *SJ*, 2001, núm. 12, I-307, pp. 594-602.

Estudio a propósito de la directiva comunitaria 2000/31, de 8 de junio de 2000, sobre comercio electrónico. Formación del contrato; inexistencia de formalismos y presunción de no responsabilidad del prestador de servicios mediante *Internet*. (*R. A. R.*)

HAAS/THORÉ: «L’évaluation du prejudice dans les affaires de cybersquattig», *GP*, 2000, núm. 301-302, pp. 28-31

La evaluación del perjuicio en *Internet*. (*I. S. P.*)

HEIDERHOFF, B.: «Einflüsse des europäischen Privatrechts zum Schutz des Verbrauchers auf das deutsche Zivilprozessrecht», *ZEuP*, 2001, núm. 2, pp. 276-300.

Las directivas europeas sobre diversos aspectos del Derecho de los consumidores han provocado una marcada inclinación del Derecho civil hacia la protección del consumidor. La finalidad del estudio es determinar las consecuencias que esas modificaciones del Derecho sustantivo tienen para el Derecho procesal. (*I. G. P.*)

HENSSLER, M.: «Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen», *NJW*, 2001, pp. 1521-1529.

La prohibición de representación de intereses contrapuestos.

Las nuevas decisiones dan al autor de este artículo la ocasión de ocuparse fundamentalmente de la prohibición de representación de intereses contrapuestos. (*M. P. G. R.*)

HILL, J.: «The Role of the Donee’s Consent in the Law of Gift», *L. Q. R.*, 2001, vol. 117, pp. 127-149.

En el Derecho británico la donación algunas veces se perfecciona desde el momento de su aceptación por el donatario, cuando se le transmite la propiedad de la cosa y la donación deviene irrevocable (*Two-sided Model*); y en otras ocasiones, es a partir de la realización de los actos necesarios por el donante que se entiende transmitida la propiedad de la cosa al donatario y se presume *iuris tantum* la aceptación de la donación por parte de éste (*One-sided Model*). Consciente de esa realidad, Hill se plantea a cuál de ambos modelos cabe reconducir ciertas donaciones (donaciones *inter vivos* de bienes muebles, donaciones con forma *ad solemnitatem*, donaciones *mortis causa*, entre otras) y cuáles son sus implicaciones. (*J. M. B. S.*)

HOCQUETBERTG: «Le particularisme des promesses synallagmatiques de vente immobilière en droit local d'Alsace-Moselle», *RTDC*, 2000, núm. 4, pp. 781-797.

La *anéantissement* de la promesa de venta en derecho local y sus efectos. (*R. A. R.*)

HOFER, S.: «Der Schadensersatzanspruch des Käufers bei Sachmängeln – Grundsätze, Wertungen und Konstruktionen», *AcP*, 2001, núm. 2, pp. 275-292.

La autora analiza los precedentes y el sentido de la norma contenida en el § 463 *BGB*, referida a la indemnización que puede solicitar el comprador en caso de ausencia de una cualidad asegurada o afirmada por el vendedor, y como alternativa a las acciones redhibitoria y *quantum minoris*. (*I. G. P.*)

HONLET/BAECQUE: «La réforme des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques (à propos de la loi n.º 2000-642 du 10 juillet 2000)», *RDS*, 2001, núm. 2, cah. r., pp. 141-148.

La Ley de 10 de julio de 2000 pone fin a un monopolio secular de las comisiones sobre las ventas de muebles en lugares públicos, a fin de garantizar la libre prestación de servicios y de devolver a Francia el lugar perdido en el comercio del arte internacional. (*I. S. P.*)

HONSELL, H.: «Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB», *JZ*, 2001, pp. 278-283.

La Directiva sobre compraventa de bienes de consumo y garantías postventa y su transposición en el *BGB*.

La Directiva 1999/44, de 25 de mayo de 1999, sobre la compraventa de bienes de consumo y garantías postventa debe ser transpuesta en el *BGB* a través de la ley de modernización del Derecho de obligaciones. El artículo trata una vez más este tema, abordando algunas cuestiones importantes no tratadas hasta ahora o no tratadas con la suficiente intensidad y echa una breve ojeada al Derecho comparado de países vecinos como Austria o Suiza. (*M. P. G. R.*)

JACOPIN: «Les mentions contractuelles “coutumières” un droit imaginaire? À propos des mentions manuscrites “hors-la-loi”...», *SJ*, 2001, núm. 3, 1-288, pp. 121-127.

Estudio sobre la costumbre de incluir en los contratos de adhesión, normalmente bancarios, las cláusulas: leído y aprobado; visto, aceptado, etc.

Necesidad de tener cuidado en los contratos ante tales expresiones, pues una vez firmado el contrato se presume su conocimiento y conformidad total por el firmante. (R. A. R.)

JARROSSON: «Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001», *SJ*, 2001, núm. 27, I-333, pp. 1317-1324.

Estudio a propósito del nuevo artículo 2061 del Código civil francés que permite incluir en todos los contratos celebrados por razón de una actividad profesional insertar una cláusula de compromiso. Para el autor se restituye al arbitraje el equilibrio que tenía durante el siglo XIX. Necesidad de que la jurisprudencia aclare y precise el término «actividad profesional». (I. S. P.)

JOLY: «La nouvelle génération des doubles délais extinctifs», *RDS*, 2001, núm. 18, cah. des aff., pp. 1450-1457.

Diferencia de plazos en materia de extinción del derecho y extinción de la acción en la venta y garantía de bienes de consumo, recogido en la Directiva de 25 de mayo de 1999, siguiendo el modelo de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980. (R. A. R.)

KAPLOW, L./SHAVELL, S.: «Fairness Versus Welfare?», *Harvard L. Rev.*, 2001, vol. 114, núm. 4, pp. 961-1388.

El artículo defiende que las concepciones sobre la justicia no deben desempeñar papel alguno en la evaluación de normas jurídicas. El único criterio relevante debe ser el de si la norma favorece o no el bienestar –en sentido amplio– de las personas. Para los autores, dejarse guiar en estas cuestiones por ideas de justicia puede significar que se acabe sacrificando dicho bienestar, lo que a su juicio no estaría justificado. El hecho de que existan normas sociales que orienten las decisiones de las personas en sus relaciones con los demás explica que generalmente la doctrina o los legisladores reconozcan un valor a las ideas de justicia, pero no justifica que las mismas se conviertan en principios autónomos con los que evaluar normas jurídicas. (A. R. G.)

KAYSER: «Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique?», *RDS*, 2001, núm. 24, cah. r., pp. 1889-1892.

Según la sentencia de 17 de noviembre de 2000 las condiciones de la responsabilidad civil permiten indemnizar a un niño perjudicado porque su madre encinta no fue informada, por culpa médica, de que la rubéola podía afectar al feto. (I. S. P.)

KELOSCHKE, C./HONDIUS, E.: «Towards a European Sales Law –Legal Challenges posed by the Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees», *ERPL*, vol. 9, 2001, pp. 157-161.

Los núms. 2 y 3, vol. 9, de la *ERPL* se dedican de forma monográfica a la Directiva 99/44/CE de Parlamento y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre venta y garantía de bienes de consumo, a su implementación y/o repercusión en los distintos países de la Unión, con diversos estudios provenientes de todos los países europeos. El primer artículo trata de forma general las distintas cuestiones que se suscitan en los países de la Unión. La primera es de carácter «formal»: determinar el camino adecuado para la transposición de la Directiva. Los otros aspectos son sustantivos: la definición de consumidor,

la jerarquía de remedios y las garantías. Para terminar, se analizan los efectos de la Directiva para la armonización de Derecho privado en Europa. (*I. G. P.*)

KIESEL, H.: «Verzug durch Mahnung bei Geldforderungen trotz § 284 III BGB», *NJW*, 2001, pp. 108-111.

Mora a través de requerimiento en las obligaciones pecuniarias, a pesar del § 284.III BGB. (*M. P. G. R.*)

KLESTA DOSI, L.: «La clausola “visto e piaciuto” nella vendita di beni mobili usati», *NGCC*, 2001, núm. 1, pp. 111-115.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Monferrato de 31 de julio de 2000 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. (*Alma R. G.*)

KOHLER, J.: «Das Rücktrittsrecht in der Reform», *JZ*, 2001, pp. 325-337.

El derecho de desestimiento en la reforma.

El Proyecto del Ministerio de Justicia sobre la modernización del Derecho de obligaciones amplía, por un lado el campo de aplicación del derecho de desestimiento y, por otro lado, modifica muchos de sus fundamentos dogmáticos y también sus efectos. (*M. P. G. R.*)

KONTOROVICH, E.: «The Mitigation of Emotional Distress Damages», *U. Chi. L. Rev.*, 2001, vol. 68, pp. 491-520.

El artículo estudia los problemas que conlleva la indemnización de los denominados *emotional distress damages*. Se trata de encontrar un equilibrio entre la compensación íntegra del daño y la necesidad de evitar demandas triviales basadas en la existencia de supuestas «angustias» o «alteraciones emocionales» sin entidad suficiente para constituir un daño indemnizable. Kontorovich expone las dificultades de limitar este tipo de daños, relata el fracaso de la jurisprudencia norteamericana a la hora de aplicar a ese campo la regla del deber de la víctima de mitigar el daño (por ejemplo, someterse a un tratamiento psiquiátrico para reducir su gravedad) y propone otras vías alternativas para limitar las indemnizaciones. En concreto, sugiere reconducir los daños por *emotional distress* a una serie de categorías objetivas, para reducir el riesgo que comporta un criterio basado en la «gravedad subjetiva», aplicado por algunos jueces y tribunales. (*J. S. F.*)

KREBBER, S.: «Die vertragliche Pflicht des Verkäufers zur Übergabe einer Gebrauchsanweisung», *AcP*, 2001, núm. 3, pp. 333-374.

La complejidad técnica del objeto de la compraventa suscita en muchas ocasiones la cuestión de si puede afirmarse la existencia de un deber general del vendedor de suministrar al comprador las instrucciones o los conocimientos precisos para el adecuado uso y disfrute del bien adquirido. El autor niega tal deber con carácter general, sin perjuicio de que existan diversos cauces a través de los cuales en muchos casos pueda afirmarse que existe tal deber y cuál es su alcance. (*I. G. P.*)

LE CAE: «Rollers et droit des assurances», *GP*, 2000, núm. 271-272, pp. 6-11.

Status jurídico. Con motivo de la aparición de los patinetes se pregunta el autor si vamos hacia un nuevo régimen de la circulación y qué incidencia tienen sobre el contrato de seguros. (R. A. R.)

LECLERQ: «Quelles conséquences engendre le dépôt de bilan de l'assuré sur le contrat d'assurance-vie individuelle?», *GP*, 2000, núm. 271-272, pp. 12-16.

Consecuencia del balance de cuentas de un asegurado sobre el seguro de vida mixto. (I. S. P.)

LEENEN, D.: «Die Neuregelung der Verjährung», *JZ*, 2001, pp. 552-561.

Las nuevas normas sobre la prescripción.

Contribución del autor sobre las normas de la prescripción contenidas en el Proyecto en discusión sobre la modernización del Derecho de obligaciones (otoño 2000) y la versión consolidada del mismo de marzo de 2001 en el tema de la prescripción de las acciones, que junto con el incumplimiento y los derechos legales de garantía constituyen los puntos centrales de la reforma del Derecho de obligaciones. (M. P. G. R.)

LEPAGE: «Du sens de la mesure en matière de responsabilité civile sur internet: la loi, la jurisprudence et la fournisseur d'hebergement», *RDS*, 2001, núm. 4, cah. r., pp. 322-327.

La responsabilidad civil en *Internet* ha estado en un primer momento presidida por la jurisprudencia sobre el fundamento del derecho común. Pero la Ley de 1 de agosto de 2000 regula las disposiciones relativas a la responsabilidad en *Internet*. (R. A. R.)

LEWIS, R.: «Increasing the Price of Pain: Damages, The Law Commission and *Heil v. Rankin*», *Modern L. R.*, 2001, vol. 64, núm. 1, pp. 100-111.

El artículo comenta la sentencia *Heil v. Rankin* ([2000] 3 All ER 138), en la que la *Court of Appeal* inglesa decidió aumentar las indemnizaciones pagadas en concepto de daño moral, siguiendo la estela de la propuesta de la *Law Commission* en un informe publicado en 1999 (*The Law Commission Report No 257, Damages For Non-Pecuniary Loss* (1999)). Richard Lewis es especialmente crítico con esta decisión. Considera que las razones aducidas por el tribunal (según la *Court of Appeal*, el incremento era «justo y razonable, era conforme a la percepción social y tenía en cuenta el impacto social») pueden ser válidas para la mayoría de las personas, pero carecen de justificación desde el punto de vista del interés público. El autor destaca que unas indemnizaciones por daño moral elevadas son una de las causas más importantes del excesivo coste, ineficiencia e injusticia del sistema de responsabilidad civil. (J. S. F.)

LUCAS DE LEYSSAC/LACAZE: «Le paiement en ligne», *SJ*, 2001, núm. 10, I-302, pp. 477-482.

El pago en línea como consecuencia del desarrollo del comercio electrónico. Necesidad de establecer instrumentos de pago fiables. Sistemas actuales y sistemas futuros como los proyectos de moneda electrónica fiduciaria. (I. S. P.)

LUMINOSO, A.: «Privatizzazione c.d. sostanziale tra contrattazione di diritto privato e interesse pubblico», *CI*, 2001, núm. 1, pp. 73-97.

Los contratos de privatización: ¿estructura de derecho privado al servicio de intereses también públicos? (*Alma R. G.*)

MAGGIOLO, M.: «Effetti contrattuali a protezione del terzo», *RDC*, 2001, núm. 1, parte primera, pp. 39-71.

Estudio de los efectos contractuales con daño para terceros, en relación con la institución alemana *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*. Fundamentos y presupuestos de protección de terceros. (*M. R. D. R.*)

MAIGNÉ-GABORIT/BARBIER: «La révision triennale du loyer du bail commercial à la hausse», *GP*, 2000, núm. 299-300, pp. 23-27.

Trata de la modificación material de los factores locales de comercialidad y la variación del 10 por 100 del valor arrendaticio. (*R. A. R.*)

MEOLI, B.: «Il mutuo ad interessi usurari tra interpretazione giurisprudenziale e decretazione d'urgenza», *NGCC*, 2001, núm. 2, pp. 120-131.

La sanción civil de la usura. El préstamo que deviene usurario: la interpretación doctrinal y jurisprudencial al respecto. (*Alma R. G.*)

MONTESANO, L.: «Contenuti e sanzioni delle obbligazioni da contratto preliminare», *RTDPC*, 2001, núm. 1, pp. 33-42.

Breve análisis del artículo 2932 CC, y disciplina sobre la validez y efectos de la contratación preliminar y su diferencia con los contratos definitivos. (*M. R. D. R.*)

MONTI, A.: «Environmental risk: a comparative law and economics approach to liability and insurance», *ZEuP*, vol. 9, 2001, pp. 51-79.

El autor estudia el daño al medio ambiente y propone soluciones basadas en la acción del legislador, estableciendo responsabilidad objetiva, en estrecha relación con las compañías de seguros y los seguros obligatorios. En la segunda y tercera parte del trabajo analiza diversos sistemas, comparándolos con el modelo propuesto, así como las líneas que guían la política medioambiental de la Unión Europea. (*I. G. P.*)

MOTSCH, R.: «Risikoverteilung im allgemeinen Leistungsstörungenrecht», *JZ*, pp. 428-433.

Reparto del riesgo en el Derecho general del incumplimiento.

El autor analiza desde consideraciones de política jurídica y de conveniencia para el comercio las reglas del *BGB* sobre el reparto del riesgo y se pregunta si el Proyecto de Reforma del *BGB* contiene una alternativa mejor. (*M. P. G. R.*)

MOURRE: «Le Droit français de l'arbitrage international face à la Convention Européenne des droits de l'homme», *GP*, 2000, núm. 336-337, pp. 16-29.

Aplicación de la Convención en el arbitraje: aplicación directa y renuncia a las garantías que ello conlleva. Consecuencias de tal aplicación. (*I. S. P.*)

NATALE, A.: «La conversione del negozio nullo per vizio di forma convenzionale», *NGCC*, 2001, núm. 2, pp. 165-169.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 5 de octubre de 2000 acerca de la renuncia a la forma convencional y la conversión del contrato amorfo. (*Alma R. G.*)

NIGLIA, L.: «Ai confini tra diritto privato e legislazione comunitaria. La teoria della obbligo interpretativo», *RTDPC*, 2001, núm. 1, pp. 65-100.

Análisis comparado de algunos problemas de interpretación en el procedimiento de adaptación y uniformación del derecho comunitario: jurisprudencia italiana, alemana e inglesa. (*M. R. D. R.*)

NOGUIER: «Irresponsabilité actuelle /responsabilité virtuelle?», *GP*, 2000, núm. 301-302, pp. 26-27.

La responsabilidad en *Internet*. (*R. A. R.*)

NOGUIER/BENSOUSSAN: «Publicité virtuelle à la télévision: légitimité des prohibitions actuelles?», *GP*, 2000, núm. 301-302, pp. 6-8.

Con la definición de publicidad y publicidad virtual, estudia los sectores prohibidos en la publicidad televisiva y la oportunidad de la regla. (*I. S. P.*)

NUTTENS: «La loi Fauchon du 10 juillet 2000 ou la fin de la confusion de la faute civile et de la faute pénale d'imprudence», *GP*, 2000, núm. 278-279, pp. 7-12.

Nos habla sobre la génesis del texto de la nueva definición de culpa penal de imprudencia, en la que se analiza la relación de causalidad. Estudio de la responsabilidad de las personas morales. (*R. A. R.*)

PALMERINI, E.: «Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?», *NGCC*, 2001, núm. 2, pp. 210-215.

El nacimiento de un niño no querido, ¿es un daño resarcible? (*Alma R. G.*)

PARDOLESI, P.: «La responsabilità del *falsus procurator*: opportunità perduta nell'ambito dell'interesse negativo?», *FI*, 2001, núm. 5, pp. 1658-1665.

Con la sentencia de 29 de septiembre de 2000 el Tribunal Supremo italiano vuelve a pronunciarse sobre la naturaleza extracontractual de la responsabilidad del *falsus procurator*. (*Alma R. G.*)

PAULUS, Ch./ZENKER, W.: «Grenzen der Privatautonomie», *JuS*, 2001, pp. 1-9.

Fronteras de la autonomía privada.

El artículo presenta una categorización, sistematización y ejemplarificación de los problemas planteados por la autonomía privada. (*M. P. G. R.*)

PETRONE, L. M.: «La responsabilità civile del professionista nel settore tecnico», *GC*, 2001, núm. 2, pp. 63-82.

Análisis de la responsabilidad civil del profesional liberal técnico en el ámbito de las «profesiones intelectuales». (*M. R. D. R.*)

PICCININI, S.: «Il comportamento del debitore ceduto nel contratto di *factoring*», *GC*, 2001, núm. 1, pp. 27-48.

Análisis del comportamiento del deudor cedido en el contrato de *factoring*: responsabilidad contractual y extracontractual. (*M. R. D. R.*)

PICOD: «L'obligation de communication préalable à l'épreuve de la directive communautaire sur la publicité comparative», *RDS*, 2001, cah. des aff., núm. 11, chr., pp. 914-917.

Estudia la compatibilidad o incompatibilidad del artículo 121-12 del Código de consumidores con la Directiva 97/55/CE, llegando a la conclusión de que, en una segunda lectura, puede encontrarse la compatibilidad entre uno y otro texto. (*I. S. P.*)

PIGNARRE: «A la redécouverte de l'obligation de praestare», *RTDC*, 2001, núm. 1, pp. 41-76.

Trata de la insuficiencia de la división entre obligaciones de dar y de hacer, abogando por una nueva clasificación de las obligaciones en función del objeto: obligaciones de prestar subordinadas a la obligación de dar; obligaciones de prestar coordinadas con la obligación de dar. Pasa luego a la encarnación de estas obligaciones en los distintos tipos de contrato: uso; prestación de servicios; etc. (*R. A. R.*)

PIOTRAUT: «La notion de gravité dans le code civil», *GP*, 2000, núm. 261-263, pp. 4-12 y 29-35.

Se pregunta el autor cuándo una acción debe ser considerada grave y qué función cumple la consideración de la gravedad de la acción en el Código civil. Considera que tiene una dualidad de funciones y existe un contraste de interpretaciones. (*I. S. P.*)

PLAIA, A.: «Organizzazioni "piramidali" e interessi del consumatore: il giudice ordinario e la l. n. 281 del 1998 – nota a Trib. Torino, ord. 3 ottobre 2000», *GC*, 2001, núm. 3, pp. 816-818. (*M. R. D. R.*)

PONZANELLI, G.: «Responsabilità del produttore», *RDC*, 2000, núm. 6, parte segunda, pp. 913-920.

Estudio de la propiedad industrial. Marcas y nombres comerciales en el ámbito de las redes telemáticas y su protección en el *cyberspacio*. (*M. R. D. R.*)

RAULT: «La protection de l'acquéreur d'un bien immobilier», *SJ*, 2001, núm. 6, I-294, pp. 297-303.

Estudio a propósito del artículo 72 de la ley de 13 de diciembre de 2000 que refuerza la protección del adquirente no profesional de un bien inmueble. Protección de su consentimiento y limitación de las cantidades de dinero a pagar. (*R. A. R.*)

RAWACH: «La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents pré-contractuels dans l'interprétation du contrat», *RDS*, 2001, cah. des aff., núm. 2, chr., pp. 223-226.

Aunque entre las partes acuerden que en la interpretación de un contrato no se tendrán en cuenta las relaciones precontractuales o el precontrato, es dudoso que un juez o árbitro prescinda de ellos cuando debe decidir sobre su interpretación. (I. S. P.)

RICCIO, A.: «Usurarietà sopravvenuta nei mutui», *CI*, 2001, núm. 1, pp. 48-72.

Artículo acerca del anatocismo bancario. (Alma R. G.)

RIVA, I.: «Il contratto di *sale and lease back* e il divieto di patto commissorio», *CI*, 2001, núm. 1, pp. 300-324.

Estudio acerca del contrato atípico *sale and lease back*. (Alma R. G.)

RONAGEL, A.: «Das neue Recht elektronischer Signaturen. Neufassung des Signaturgesetzes und Änderung des BGB und der ZPO», *NJW*, 2001, pp. 1817-1826.

El nuevo Derecho de la firma electrónica. Nueva versión de la ley de firma electrónica y modificación del *BGB* y de la *ZPO*.

El 22 de marzo de 2001 entró en vigor la nueva ley de firma electrónica, que sucede a la primera de 1997. Esta nueva versión transpone al Derecho alemán la Directiva sobre firma electrónica y extrae las consecuencias de la anterior regulación. (M. P. G. R.)

ROCELLA, A.: «Aspetti giuridici del mercato dell'arte», *CI*, 2001, núm. 1, pp. 427-439.

Los bienes culturales como mercancías sujetas a un régimen de circulación especial. Recientes desarrollos normativos sobre el mercado del arte. (Alma R. G.)

ROHE, M.: «Gründe und Grenzen deliktischer Haftung –die Ordnungsaufgaben des Deliktsrechts (einschließlich der Haftung ohne Verschulden in rechtsvergleichender Betrachtung)», *AcP*, 2001, núm 2, pp. 117-164.

El autor examina las bases y los límites de la responsabilidad extracontractual. El estudio se realiza desde una perspectiva comparativa para determinar la función del actual Derecho de daños, teniendo en cuenta tanto la responsabilidad basada en la culpa como los supuestos de responsabilidad sin culpa. (I. G. P.)

ROJINSKI: «Cyberespace et nouvelles régulations technologiques», *RDS*, 2001, cah. des aff., núm. 10, chr., pp. 844-847.

Con *Internet*, la tecnología no es solamente el objeto sino el vehículo de la norma, en el sentido de que incorpora directamente opciones jurídicas, como con los sistemas de gestión electrónica de los derechos de autor. Estas normas técnicas pueden entrar en concurrencia con el derecho de los Estados. (R. A. R.)

ROSBOCH, A.: «Conclusioni del contratto», *RDC*, 2000, núm. 6, parte segunda, pp. 899-911.

Síntesis de información legislativa y jurisprudencial acerca de diferentes casos de formación y perfección del contrato, al hilo de las nuevas tecnologías:

comercio electrónico, firma digital, etc., y en relación con el nuevo derecho privado europeo. (*M. R. D. R.*)

ROTH, W. H.: «Europäischer Verbraucherschutz und BGB», *JZ*, 2001, pp. 475-490.

Protección del consumidor en Europa y *BGB*.

El artículo constituye la aportación del autor a los trabajos y simposios celebrados en Alemania con motivo del Proyecto de Reforma del Derecho de obligaciones. En el artículo se analiza el Derecho europeo de protección del consumidor (su competencia, sus consecuencias, el concepto de consumidor activo, su desarrollo, antecedentes y fines, las principales Directivas), así como el proceso de transposición del mismo en los Derechos internos de los Estados, respecto del cual hace unas consideraciones sobre política legislativa general y presenta las alternativas, como la elaboración de leyes especiales, modificaciones en el Código de comercio, y se pregunta por la viabilidad de un Código del consumidor, analizando finalmente la integración de las normas de protección al consumidor en el *BGB*. (*M. P. G. R.*)

ROTH, H.: «Die Reform des Werkvertragsrechts», *JZ*, 2001, pp. 543-551.

La reforma del contrato de obra.

Análisis de la versión consolidada del Proyecto de ley de reforma del Derecho de obligaciones en materia de contrato de obra, con especial referencia a los derechos de garantía en caso de incumplimiento o cumplimiento tardío. (*M. P. G. R.*)

ROULET: «Sous-traitance “oculte”: La faute du maître de l’ouvrage, ses conséquences», *GP*, 2000, núm. 306-309, pp. 19-21.

En relación con la sentencia de la corte de apelación de París de 30 de marzo de 2000, sección B, el autor estudia las obligaciones del maestro de obra en materia de subcontrata oculta. (*I. S. P.*)

RUSSO, E.: «Adempimento del dovere e adempimento dell’obbligazione», *RDC*, 2000, núm. 6, parte primera, pp. 737-746.

Análisis del problema de coordinación de los artículos 1176 y 1218 CC, sobre cumplimiento del deber y de la obligación. Significado de dichos artículos y ámbito de aplicación de los mismos. (*M. R. D. R.*)

SCARSO, A.: «Unternehmer als Vertragsparteien. Die Anwendbarkeit des Gesetzes über missbräuchliche Klauseln», *ZEuP*, 2001, núm. 2, pp. 379-399.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 20 de octubre de 1999 sobre la aplicación al empresario de las normas sobre cláusulas contractuales abusivas. (*I. G. P.*)

SCHAPP, J.: «Empfielht sich die “Pflichtverletzung” als Generaltatbestand des Leistungstörungsrechts?», *JZ*, 2001, pp. 583-589.

¿Se recomienda (el concepto de) *Pflichtverletzung* como supuesto de hecho general del derecho del incumplimiento?

El Proyecto en discusión para una Ley de modernización del Derecho de obligaciones mantiene el concepto tradicional en Alemania de *Pflichtverletzung* del deudor en el § 280.I de su versión consolidada, en el punto central de su concepción del incumplimiento de la obligación. El artículo examina críticamente si este concepto es recomendable como supuesto de hecho general para el Derecho del incumplimiento de la obligación. (M. P. G. R.)

SCHACKEL, T.: «Der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses bei Nichterfüllung von Verträgen», *ZEuP*, 2001, núm. 2, pp. 248-275.

El autor analiza la indemnización del denominado «interés contractual negativo», en caso de incumplimiento, comparando las soluciones del Derecho alemán, de los derechos angloamericanos, la perspectiva del Derecho romano-francés, así como los criterios que se reflejan en el Derecho de la compraventa internacional, los Principios Unidroit y los Principios de Derecho Europeo de Contratos. (I. G. P.)

SCHLECHTRIEM, P.; COEN, C.; HORNING, R.: «Restitution and Unjust Enrichment in Europe», *ERPL*, vol.9,2001, pp. 377-415.

Los autores comienzan por poner de relieve la dificultad del tema enunciado: restitución y enriquecimiento injusto en Europa. Los contornos son difusos, la elaboración doctrinal extensa y variada y las diferencias entre los distintos sistemas produce confusión. La finalidad del estudio es establecer las bases esenciales en la materia que son comunes a la mayoría de los sistemas legales europeos. (I. G. P.)

SCHMIDT, K.: «Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig. Besprechung des Grundlagengerichts II ZR 331/00 vom 29.1.2001, *JuS*, fascículo 5, 2001, p. 509.

La sociedad civil: capacidad jurídica y capacidad para ser parte.

El artículo analiza las razones dogmáticas y las consecuencias prácticas de la decisión del *BGH* de 29 de enero de 2001 que supone un cambio de orientación en la jurisprudencia relativa a la sociedad civil. (M. P. G. R.)

SCHMIDT-KESSEL, M.: «Die Zahlungsverzugsrichtlinie und ihre Umsetzung», *NJW*, 2001, pp. 97-103.

La Directiva sobre mora en los pagos y su transposición.

Con la Directiva 2000/35 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, el Derecho privado comunitario ha tocado una vez más en el núcleo del Derecho privado interno de los países de la Unión Europea. La Directiva regula cuestiones relativas a la mora. La Directiva define la morosidad exclusivamente por el incumplimiento de los plazos contractuales o legales del pago; además contiene una definición sobre los pactos de reserva de dominio, así como rasgos rudimentarios de un procedimiento de ejecución. Los contratos de consumo están excluidos de su ámbito de aplicación. El Ministerio de Justicia alemán quiere transponer la Directiva en el marco de la discutida Ley de modernización del Derecho de Obligaciones. Para ello se debe también modificar el § 284.III *BGB*. (M. P. G. R.)

SCHÖN, W.: «Zur Analogiefähigkeit des § 571 BGB», *JZ*, 2001, pp. 119-127.

Sobre la posibilidad de analogía del § 571 *BGB*.

Con la respuesta a la pregunta de si el § 571 *BGB* (según el cual la venta de una cosa arrendada no supone la extinción del arrendamiento) sólo contiene una excepción relativa al contrato de arrendamiento o es una expresión de un pensamiento jurídico general, se precisa al mismo tiempo el lugar del precepto en el sistema de Derecho civil, entre el Derecho de obligaciones y el Derecho de cosas. (*M. P. G. R.*)

SCHULTE BRAUCKS, R.: «Zahlungsverzug in der Europäischen Union», *NJW*, 2001, pp. 103-108.

Mora en los pagos en la Unión Europea.

Presentación de los fundamentos, antecedentes y aprobación de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. (*M. P. G. R.*)

SCHULZE, G.: «Rechtsfragen des Selbstbedienungskaufs. Zur Abgrenzung von Qualifikations- und Identitätsaliud beim Stückkauf über vertauschte Ware», *AcP*, 2001, núm. 2, pp. 232-255.

Análisis de diversos problemas relacionados con la compra de artículos expuestos en un establecimiento abierto al público, en el que los compradores se sirven a sí mismos y pagan al pasar por caja: perfección de la oferta, calificación del contrato, transmisión del dominio, error sobre la identidad del objeto, etc. (*I. G. P.*)

SGROI, C.: «Clausole d'uso, clausole vessatorie e clausole abusive», *GC*, 2001, núm. 3, pp. 115-147.

Amplio comentario acerca de las cláusulas de uso y generales, vejatorias y abusivas, con especial referencia a su determinación, contenido, clases e interrelación entre las cláusulas de uso y las abusivas. (*M. R. D. R.*)

SICCHIERO, G.: «L'interpretazione della clausola normativa», *CI*, 2001, núm. 1, pp. 98-133.

Diversos aspectos acerca de la interpretación de los contratos colectivos. (*Alma R. G.*)

SPANGARO, A.: «Tassi di interesse divenuti usurari alla luce della l. n. 108/1996: nullità sopravvenuta o inefficacia?», *NGCC*, 2001, núm. 2, pp. 135-148.

Aplicación de la nueva ley italiana 108/1996 a la cláusula que prevé intereses usurarios: ¿nulidad sobrevenida o ineficacia sucesiva? (*Alma R. G.*)

STAUCH, M.: «Risk and Remoteness of Damage in Negligence», *Modern L. R.*, 2001, vol. 64, núm. 2, pp. 191-214.

En el Derecho angloamericano suele decirse que el autor del daño no responde cuando éste es demasiado remoto. Tras analizar esta regla a la luz de diversos hitos jurisprudenciales, Stauch defiende que para afirmar o negar la existencia de nexo causal es preciso distinguir previamente entre los conceptos de daño y riesgo. En su opinión, lo verdaderamente importante no es el carácter remoto del daño como tal, sino el del riesgo de que dicho daño se produzca. El concepto de riesgo se identifica aquí con el conjunto de circunstancias o condiciones que da lugar a dicho daño. (*A. R. G.*)

STOLL, H.: «Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungstörungen», *JZ*, 2001, pp. 589-597.

Noticias sobre la nueva regulación del incumplimiento.

Contribución del autor a la discusión que plantean las nuevas normas relativas al incumplimiento contractual en las distintas versiones de los Proyectos de reforma del Derecho de obligaciones en Alemania. (*M. P. G. R.*)

TANDEAU DE MARSAC: «Le principe de responsabilité pénale des personnes morales a t-i-il amélioré la situation des dirigeants face au risque de mise en cause de leur responsabilité pénale?», *GP*, 2000, núm. 277-276, pp. 3-6.

Comenzando por el principio de la acumulación, nos habla de la responsabilidad del representante como condición necesaria y previa. Expone luego la tesis de la autonomía de la responsabilidad de la persona moral. (*R. A. R.*)

ULMER, P.: «Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk», *JZ*, 2001, pp. 491-497.

La ley de condiciones generales de la contratación: una particular labor de interpretación.

El Proyecto de ley de reforma del Derecho de obligaciones, además de la integración de diversas normas de protección al consumidor, pretende la integración de la Ley de condiciones generales en la Parte general del Derecho de obligaciones. El autor analiza las ventajas e inconvenientes de esta última integración y se pregunta si la singularidad del derecho de condiciones generales de la contratación no es un obstáculo para dicha integración. (*M. P. G. R.*)

VARANO, E.: «L'azione revocatoria ordinaria e la doppia alienazione immobiliare», *NGCC*, 2001, núm. 2, pp. 248-253.

La doble venta de bienes inmuebles: un debate siempre abierto. (*Alma R. G.*)

VIDIRI, G.: «Il contratto di sponsorizzazione: natura e disciplina», *GC*, 2001, núm. 1, pp. 3-25.

Análisis del contrato de esponsorización: concepto, ámbito, naturaleza jurídica, elementos esenciales del contrato y partes, con especial referencia a la esponsorización en el medio televisivo. (*M. R. D. R.*)

VILLIEN: «Vers une unification des régimes de responsabilité en matière de troubles de voisinage dans la construction immobilière», *RDI*, 2000, núm. 3, pp. 275-278.

Problemas de responsabilidad en las relaciones triangulares entre constructor, arquitecto y vendedor. Relaciones jurídicas, principios aplicables y soluciones jurídicas. (*I. S. P.*)

VISINTINI, G.: «Danno ingiusto e lesione di interessi legittimi», *CI*, 2001, núm. 1, pp. 9-29.

Nuevas hipótesis de responsabilidad civil extracontractual como respuesta a la amplia gama de intereses tutelados en la actualidad. (*Alma R. G.*)

WACKE, A.: «Donner et retenir ne vaut: Kein Schenkungsvollzug ohne Aushändigung», *AcP*, 2001, núm. 2, pp. 256-274.

Estudio sobre el principio *Donner et retenir ne vaut*: su vigencia como principio básico procedente del Derecho romano y presente en la mayoría de los países europeos, incluso en los que han admitido la tradición consensual. La idea de que la donación no sometida a forma exige entrega efectiva de la cosa mueble donada se defiende con vigor, a la vista de cierta jurisprudencia alemana que admite en estos supuestos el constituto posesorio. (*I. G. P.*)

WADDAMS, S. M.: «Johanna Wagner and the Rival Opera Houses», *L. Q. R.*, vol. 117, 2001, pp. 431-458.

Documentado análisis de las circunstancias de hecho y de derecho del famoso caso inglés *Lumley v. Gye* (1853) sobre interferencia dolosa en relaciones contractuales ajenas. (*J. R. I.*)

WESTERMANN, P.: «Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs», *JZ*, 2001, pp. 530-543.

El nuevo derecho de la compraventa con inclusión de la compraventa de bienes de consumo.

Con el análisis simultáneo de la Directiva 1999/44, del Proyecto de la Comisión para la Reforma del Derecho de obligaciones y del Proyecto de Reforma en discusión, el autor estudia temas como el de la relación entre el derecho de saneamiento y el Derecho general de obligaciones en el contrato de compraventa y analiza la transposición de la Directiva, así como algunos problemas concretos como el derecho de regreso del último vendedor, o la concurrencia de compraventa de consumo y compraventa que no sea de consumo. (*M. P. G. R.*)

WILHELM, J./DEEG, P.: «Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen», *JZ*, 2001, pp. 223-233.

Imposibilidad sobrevenida e insolvencia sobrevenida.

El artículo interpreta las reglas generales de la imposibilidad sobrevenida y la insolvencia sobrevenida en el Derecho vigente y las enfrenta a las del Proyecto de Reforma del Derecho de obligaciones presentado por el Ministerio de Justicia alemán. (*M. P. G. R.*)

ZAVARO: «Les règles de l'art», *GP*, 2000, núm. 306-309, pp. 3-10.

Estudio sobre la evolución que ha experimentado la jurisprudencia en cuanto a la responsabilidad en que incurre un profesional y la apreciación de su actuación contraviniendo las reglas del arte. (*R. A. R.*)

ZELCEVIC-DUHAMEL: «La notion d'économie du contrat en droit privé», *SJ*, 2001, núm. 9, I-300, pp. 423-429.

Utilización de la noción de economía del contrato como instrumento de análisis del contrato y como elemento para evitar la oscuridad o insuficiencia del contrato a la hora de conocer la voluntad de una de las partes. Su influencia en los efectos y ejecución del contrato. (*I. S. P.*)

ZIMMERMANN, R.: «Schuldrechtsmodernisierung?», *JZ*, 2001, pp. 171-181.

¿Modernización del Derecho de obligaciones?

Este artículo constituye una versión de la contribución de su autor al Symposium sobre el Proyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones del Ministerio de Justicia alemán, celebrado los días 17 y 18 de noviembre de 2000, en *Regensburg*. El artículo muestra el Proyecto de reforma en su relación con el contenido actual del *BGB* y lo analiza desde la perspectiva de la evolución jurídica de los últimos veinte años. Examina especialmente la relación entre codificación y tradición. (*M. P. G. R.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ATIAS: «Principe majoritaire et modification réputée non écrite du règlement de copropriété», *RDS*, 2001, núm. 11, cah. r., pp. 878-880.

Una sentencia que no aplica una resolución de la Asamblea modificando el reglamento de cooperativas, en el régimen de contestación a las decisiones mayoritarias, crea incertidumbre. (*I. S. P.*)

BALSAMO, P.: «Distribuzione *on line* di file musicali e violazione del copyright: il caso Napster», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 1, pp. 34-59.

De nuevo sobre la propiedad intelectual. (*Alma R. G.*)

BÉCOURT: «Quelques commentaires sur le rapport Gaudrat», *GP*, 2000, núm. 350-351, pp. 4-7.

Necesidad de una solución unitaria ante la diversidad de opiniones doctrinales. Problemas terminológicos. Actividades de creación y de ejecución sucesiva. Explotación de obras originales. Adquisición de derechos patrimoniales y renuncia. Tendencia a la creación plural coordinada. (*R. A. R.*)

BERNAULT: «Exégèse de l'article L.122-2, 6.º, du code de propriété intellectuelle: la notion d'oeuvre audiovisuelle en droit d'auteur», *RDS*, 2001, núm. 27, cah. des aff., pp. 2188-2192.

Necesidad de dar una noción de obra audiovisual ante el desarrollo de los medios audiovisuales nuevos distintos a los previstos en el Código de propiedad intelectual. (*I. S. P.*)

BONET: «L'usage du nom d'autrui dans une marque: à propos de l'arrêt Viagra de la Cour d'appel de Paris du 15 décembre 2000», *RDS*, 2001, núm. 16, cah. des aff., pp. 1298-1305.

Problemas ante la confusión que puede existir entre un nombre notorio y la marca de un tercero. Aplicación del artículo 711-4.g del Código de propiedad intelectual. (*R. A. R.*)

BOUSSAGEON: «L'évolution du statut de la copropriété, histoire et prospective», *GP*, 2000, núm. 257-258, pp. 2-4.

Un pequeño recorrido histórico. (*I. S. P.*)

BOUYEURE: «La représentation à l'assemblée générale», *GP*, 2000, núm. 257-258, pp. 5-10.

Estudia el principio de libertad de representación, sus excepciones y sus límites. La forma, el contenido y la verificación de los mandatos. Los casos particulares, las consecuencias de la representación y la sanción de las reglas relativas a la representación. (R. A. R.)

BURROWS, A.: «Proprietary Restitution: Unmasking Unjust Enrichment», *L. Q. R.*, 2001, vol. 117, pp. 412-430.

El autor critica que la *House of Lords* aplique las reglas del derecho de propiedad y no del enriquecimiento injustificado para resolver el caso *Foskett v. McKeown* [2000] 2 W.L.R.1299, en el que un *trustee* toma dinero de los fondos de un *trust*, lo ingresa en sus cuentas bancarias, lo utiliza fraudulentamente para el pago de las primas de una póliza de seguro de vida, y después se suicida dejando a sus hijos como beneficiarios de la misma. Burrows hace algunas observaciones acerca de la necesidad de que concurra un enriquecimiento a costa del demandante para que pueda apreciarse la procedencia de esta última institución y expone algunos principios en orden a atribuir a la misma unos efectos restitutorios de carácter personal o real. (J. M. B. S.)

CAPOULADE: «Les ordonnances présidentielles et les syndicats en difficulté», *GP*, 2000, núm. 257-258, pp. 11-20.

Sobre el procedimiento, la administración provisional y la gestión del pasivo. (I. S. P.)

CHAZAL/VICENTE: «Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil», *RTDC*, 2000, núm. 3, pp. 477-507.

Hace el autor una crítica del principio de la transferencia inmediata de la propiedad. Estudia la naturaleza jurídica de la transferencia de la propiedad y el momento en que la transferencia se produce. (R. A. R.)

CHIMENTI, L.: «In tema di cessione di diritti di sfruttamento di opere cinematografiche», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 1, pp. 69-77.

Comentario a la sentencia de apelación del Tribunal de Roma de 25 de septiembre de 2000 acerca de la duración de la tutela de una obra cinematográfica. (Alma R. G.)

CORDELIER: «Le conseil syndical», *GP*, 2000, núm. 257-258, pp. 38-46.

El marco legal y el espacio de libertad en que se desenvuelve. (I. S. P.)

CORNU: «L'esperance d'intangibilité dans la vie des oeuvres. Réflexions sur la longévité de certains biens», *RTDC*, 2000, núm. 4, pp. 697-734.

Diferencia la intangibilidad por naturaleza de la intangibilidad por afección y las distintas vicisitudes por las que puede pasar la intangibilidad. (R. A. R.)

DE SANCTIS, V. M.: «Diritti degli autori e diritti del produttore di opere audiovisive», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 1, pp. 91-109.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 18 de febrero de 2000 sobre el derecho de creación de la obra cinematográfica. (Alma R. G.)

DE SANTIS, S.: «Imposta comunale sugli immobili e determinazione dell'indennità di esproprio— nota a C. cost., 25 luglio 2000 n. 351 e a Cass. 22 aprile 2000 n. 5283», *GC*, 2001, núm. 2, pp. 317-323. (*M. R. D. R.*)

DI FABIO, P.: «Pay Tv piattaforma digitale e decoder unico: una difficile evoluzione normativa», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 1, pp. 1-8.

Aspectos jurídicos de los nuevos medios de comunicación. (*Alma R. G.*)

DUCREY/LANCRENON: «Dessine-moi une maison!», *GP*, 2000, núm. 350-351, pp. 8-18.

Derechos del propietario para autorizar la explotación de imágenes de sus bienes. Choque con el artículo 544 del Código. Estudio de ese derecho como nuevo. (*I. S. P.*)

DYMANT: «Procédure civile d'exécution obligation de réponse immédiate du tiers saisi», *GP*, 2000, núm. 343-344, pp. 10-16.

Estudio a propósito de las sentencias del Consejo de Estado de 9 de junio de 2000 y de la Corte de Casación, sección 2.^a, de 5 de julio de 2000, sobre admisión de recurso por exceso de poder. (*R. A. R.*)

ERCOLANI, S.: «Il diritto d'autore: la legge italiana e le linee di evoluzione nella società dell'informazione», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 1, pp. 19-33.

Especial referencia a la protección de las obras musicales, SIAE y gestión colectiva. (*Alma R. G.*)

GALEAZI, G.: «Il diritto d'autore tra vecchie e nuove formulazioni», *NLCC*, 2000, núm. 6, pp. 1218-1240.

Reflexiones acerca de la disciplina del derecho de autor tras la entrada en vigor de la Ley de 18 de agosto de 2000, núm. 248, en relación con la evolución tecnológica y la «piratería informática» (software, multimedia, bancos de datos, archivos musicales en *Internet*, reprografía, etc.). (*M. R. D. R.*)

GIVERDON: «Copropriété et exclusion», *GP*, 2000, núm. 257-258, pp. 21-27.

La exclusión en el espacio urbano y la exclusión en el derecho de alquiler. (*I. S. P.*)

HAMOU: «Peut-il exister un droit de propriété sur l'image des biens?», *GP*, 2000, núm. 350-351, pp. 19-26.

Estudio negando la existencia del derecho a la propiedad sobre la imagen de los bienes. (*R. A. R.*)

KINDL, J.: «Gutgläubiger Mobilärerwerb und Erlangung mittelbaren Besitzes», *AcP*, 2001, núm. 3 pp. 391-410.

La adquisición *a non domino* de bienes muebles ha sido siempre un tema discutido, como pone de relieve el autor, a pesar de que el *BGB* la admite, con base en la posesión y la buena fe, en el § 932. El autor examina algunos puntos discutidos en relación con este precepto y distintas formas de garantía atípica. (*I. G. P.*)

LAMOUREUX: «Enregistrement de marques et caractères distinctifs», *GP*, 2000, núm. 320-321, pp. 22-27.

Nota a la sentencia del Tribunal de Versalles, sección 12.^a, de 2 de diciembre de 1999, sobre adquisición de la propiedad de una marca y la prioridad en el uso. (*I. S. P.*)

LEFRANC: «Le nouveau public (réflexions comparatistes sur les décisions “Napster” et “MP3. com”)», *RDS*, 2001, cah. des aff., núm. 1, chr., pp. 107-112.

Trata de la circulación de ficheros musicales en *Internet* y los debates que suscita. La forma en que esta circulación perturba los derechos de autor en relación con la explotación tradicional en la que existe un monopolio de la reproducción. (*R. A. R.*)

MARTIN: «Valeurs mobilières: défense d’une théorie», *RDS*, 2001, núm. 15, cah. des aff., pp. 1228-1230.

Problemas jurídicos que plantea la desmaterialización de los títulos valores. La falsedad de la no escrituración. (*I. S. P.*)

MARTIN/VIGAND: «Brevets d’invention: Brevetabilité et contrefaçon», *GP*, 2000, núm. 289-291, pp. 2-8.

La doctrina de la contravención parcial está relacionada la antigua jurisprudencia de la Ley de 1844, que ignora las reivindicaciones de marcas. (*R. A. R.*)

MAYR, C.: «La penalità di mora nel diritto d’autore», *CI*, 2001, núm. 1, pp. 368-393.

La mora en la legislación italiana en materia de marcas y patentes. (*Alma R. G.*)

MERRILL, T. W./SMITH, H. E.: «The Property/Contract Interface», *Colum. L. Rev.*, 2001, vol. 101, pp. 773-852.

En este artículo se analiza la distinción entre los derechos reales y los derechos de crédito, sobre la base de los costes de información que se vinculan a unos y otros, así como la distinta naturaleza de las normas que los regulan (normas dispositivas e imperativas). Finalmente, se analizan aquellas figuras híbridas que presentan características comunes a los derechos reales y a los derechos de crédito, como *bailments*, *landlord-tenant law*, *security interests* y *trusts*. (*M. V. V.*)

PASSA: «La Directive du 22 mai 2001 sur le droit d’auteur et les droits voisins dans la société de l’information», *SJ*, 2001, núm. 26, I-331, pp. 1261-1270.

Estudio sobre la Directiva citada cuyo fin es armonizar las prerrogativas de los derechos en la Comunidad para favorecer la explotación del mercado interior, imponiendo una protección jurídica de las medidas de prevención e identificación. El autor critica las lagunas del texto sin dejar de resaltar su importancia por intentar la unificación del Derecho de autor en la Unión Europea. (*I. S. P.*)

PERROT/THÈRY: «Saisie-attibution: la situation du tiers saisi (les arrêts du 5 juillet 2000)», *RDS*, 2001, núm. 9, ch. r., pp. 714-724.

Nota a las sentencias de la Corte de casación civil de 5 de julio de 2000 sobre embargo y medidas conservatorias. (R. A. R.)

SCHOEN, S.: «Kulturgüterschutz bei –illegaler- Rückkehr kriegsbedingt verbrachter Kulurgüter aus Russland nach Deutschland», *NJW*, 2001, pp. 537-543.

Protección de bienes culturales por el retorno ilegal de bienes culturales relacionados con la guerra desde Rusia hacia Alemania. (M. P. G. R.)

SEBASTIO, F.: «L'utilizzo del *domain name* su un sito internet con possibile pregiudizio del titolare del marchio concorrente (possibili connessioni con la normativa sulla tutela della concorrenza e del mercato e della pubblicità ingannevole e comparativa) – nota a Trib. Lecco 31 maggio 2000», *GC*, 2001, núm. 4, pp. 1103-1110. (M. R. D. R.)

SIZAIRE/LEBATTEUX: «Surendettement. Copropriété. Difficultés», *GP*, 2000, núm. 257-258, pp. 28-37.

Tratamiento del subarriendo de los particulares y su relación con la copropiedad. (I. S. P.)

SPADA, P.: «*Domain Names* e dominio dei nomi», *RDC*, 2000, núm. 6, parte primera, pp. 713-736.

Estudio de la propiedad industrial, marcas y nombres comerciales, en el ámbito de las redes telemáticas y su protección en el *cyberspacio*. (M. R. D. R.)

VÉRON: «Contrefaçon de brevet d'invention, usage expérimental et essais cliniques», *GP*, 2000, núm. 352-354, pp. 12-20.

Estudio de Derecho Comparado sobre la situación legislativa y jurisprudencial del tema. Puesta en marcha de los medicamentos en los países industrializados. (R. A. R.)

VÉRON: «Les essais cliniques en vue de la mise sur le marché d'un médicament générique en peuvent être conduits avant l'expiration des droits de propriété industrielle sur le médicament princeps», *GP*, 2000, núm. 292-293, pp. 9-14

Sobre la génesis del nuevo régimen, el texto adoptado y la asimilación de los ensayos de bioequivalencia y los actos de uso experimental. Juego no conforme con la Constitución. (I. S. P.)

VV AA: «La publicité», *GP*, 2000, núm. 331-333.

Número especial bajo la dirección de F. Greffe sobre la incidencia de la publicidad en los derechos fundamentales en diversos países. (R. A. R.)

WITT, C. H.: «Die Rechtsfigur des Besitzdieners im Widerstreit zwischen Bestands- und Verkehrsschutz», *AcP*, 2001, núm. 2, pp. 165-210

La figura jurídica del servidor de la posesión ajena, como aquel que ejerce un señorío de hecho sobre una cosa pero bajo las instrucciones de otro (el

Besitzherr), no es considerado poseedor conforme al § 855 *BGB*, pero tiene una considerable importancia en la práctica. El autor analiza varios problemas que pueden suscitar las relaciones entre el servidor de la posesión ajena y los terceros que actúen de buena fe, confiando en la apariencia de dominio que deriva de la tenencia de la cosa. Entre otros supuestos, la posible adquisición del dominio de un bien mueble que no pertenece al transmitente, contemplada en el § 932 *BGB*. El autor concluye que el servidor sólo puede ser considerado tal cuando en las relaciones con terceros actúe en nombre ajeno, mientras que ha de considerársele poseedor si actúa en nombre propio. (I. G. P.)

DERECHO DE FAMILIA

ALAGNA, S.: «Famiglia di fatto e famiglia di diritto a confronto: spunti in tema di rapporti bancari», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 281-301.

Artículo sobre la actividad bancaria en las relaciones de familia. (Alma R. G.)

AMBANELLI, A.: «La disciplina del *pacte civil de solidarit e del concubinage*», *NGCC*, 2001, núm. 1, pp. 75-82.

Artículo dedicado al contenido de la Ley francesa 944/1999 relativa al Pacto Civil de Solidaridad que representa para este país un concreto reconocimiento de las uniones no matrimoniales. (Alma R. G.)

ARTUS: «Le mineur plac e en application des articles 375 et suivants du code civil et le contentieux de la responsabilit  devant le juge administratif», *RDS*, 2001, núm. 1, cah. r., pp. 18-20.

Las acciones de responsabilidad fundadas tanto en el párrafo cuarto como en el primero del artículo 1384 del Código civil dan lugar, por el juego judicial, a la aplicación del régimen de responsabilidad sin culpa de guardián. (R. A. R.)

BAINHAM, A.: «Men and Women Behaving Badly: Is Fault Dead in English Family Law?», *Oxford J. Legal Stud.*, 2001, vol. 21(2), pp. 219-238.

Con ocasión del debate reabierto últimamente en Estados Unidos, se examina el papel actual del concepto de culpa en Derecho de Familia inglés, ejemplificado en cuestiones como las causas de divorcio y sus efectos económicos o la custodia de los hijos. Concluye que una conducta reprobable actual influye sin duda en el resultado de ciertos pleitos familiares; pero que, por el contrario, la culpabilidad referida a eventos del pasado ha perdido casi totalmente su relevancia, aunque siga en la letra de la ley. (J. R. I.)

BAL FILORAMO, L.: «Vissuti di sterilit  nella coppia e procreazione assistita», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 314-327.

Problemática psicológica y jurídica relativa a la esterilidad femenina y masculina, sobre todo en relación con el remedio de la procreación asistida. (Alma R. G.)

BATTEUR: «L'interdit de l'inceste. Principe fondateur du droit de la famille», *RTDC*, 2000, núm. 4, pp. 759-780.

Trata de las prohibiciones de uniones matrimoniales en ciertos supuestos que revelan la evidencia de la prohibición del incesto; de la exigencia de secreto de las filiaciones incestuosas. También de la insuficiencia del derecho en su función preventiva del incesto. (*I. S. P.*)

BAUFUMÉ: «“La grande illusion” ou “la surprise de la nouvelle loi sur la prestation compensatoire”», *GP*, 2000, núm. 317-319, pp. 12-14.

Novedades de la prestación compensatoria con la reforma 2000. (*R. A. R.*)

BIANCA, C. M.: «I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua— nota a C. cost. 23 novembre 2000 n. 532», *GC*, 2001, núm. 3, pp. 594-599. (*M. R. D. R.*)

BIGOT: «Le changement de régime matrimonial et les enfants», *GP*, 2000, núm. 324-326, pp. 9-11.

Protección de los niños ante él; protección legal y jurídica. (*R. A. R.*)

BIRK, D./WERNSMANN, R.: «Der Schutz von Ehe und Familie im Einkommensteuerrecht», *JZ*, 2001, pp. 218-223.

La protección del matrimonio y la familia en el Derecho Tributario.

El artículo se pregunta de qué forma y con qué amplitud deben ser consideradas, según la Constitución, las prestaciones alimenticias de los padres a los hijos en el Derecho Tributario. (*M. P. G. R.*)

CAPILLI, G.: «Assegnazione della casa familiare e determinazione dell'assegno di mantenimento», *NGCC*, 2001, núm. 1, pp. 103-109.

Comentario a la sentencia de apelación del Tribunal de Messina de 27 de diciembre de 1999 sobre la atribución de la vivienda conyugal al cónyuge separado sin hijos y determinación de la pensión de mantenimiento. (*Alma R. G.*)

CARPIGNANO, M.: «Il rischio di abusi nella procreazione assistita», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 328-334.

Reflexiones sobre la procreación asistida y sus riesgos. (*Alma R. G.*)

CECCHERINI, G.: «I contratti tra coniugi in vista del divorzio: regole operative e limite di liceità», *FI*, 2001, núm. 4, pp. 1331-1340.

Artículo acerca de los acuerdos sobre las consecuencias patrimoniales de las crisis conyugales. (*Alma R. G.*)

CERA, C.: «Sui beni acquisiti dai coniugi in comunione legale per effetto di successione o donazione mediante attribuzione specifica», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 398-411.

Donaciones y adquisiciones a título gratuito en el régimen de la comunión legal. (*Alma R. G.*)

CHARBONNEAU/PANSIER: «Hominibus bonae voluntatis (le PACS II)», *GP*, 2000, núm. 324-326, pp. 2-6.

El PACS como contrato institucional imperfecto y como contrato social. (I. S. P.)

CHIRICO, A.: «La dispensa da matrimonio inconsumato tra legge canonica e "lettura" civile», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 40-62.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 10 de julio de 1999 acerca de la posibilidad de atribuir eficacia civil al procedimiento canónico del matrimonio rato y no consumado. (*Alma R. G.*)

COPPER-ROYER : «La prestation compensatoire- nocés d'argent ou nocés de sang?», *GP*, 2000, núm. 345-347, pp. 9-17.

La prestación compensatoria a raíz de la Ley de 30 de junio de 2000 y su relación con el § tercero del artículo 275-1 del Código civil. Aspectos fiscales. (*R. A. R.*)

COUZIGOU SUHAS: «La prestation compensatoire "formule 2000": de quelques illusions perdues», *GP*, 2000, núm. 317-319, pp. 4-11.

La prestación compensatoria tras la reforma del año 2000. Cambios legales operados y sus formas en la liquidación económica de la separación y el divorcio. (I. S. P.)

DAHAN: «Le créancier d'un concubin», *GP*, 2000, núm. 324-326, pp. 7-8.

Problema de los créditos de una concubina con bienes comunes una vez que se produce la ruptura de vida. Problema del tercer acreedor. (*R. A. R.*)

DAUNER-LIEB, B.: «Reichweite und Grenzen der privatautonomie im Ehevertragsrecht», *AcP*, 2001, núm. 3, pp. 295-332.

El ámbito y los límites de la autonomía privada en el Derecho matrimonial constituyen una cuestión discutida. Se trata de determinar hasta qué punto pueden los esposos, antes o durante el matrimonio, regular, desplazando la disciplina legal, las diversas consecuencias patrimoniales derivadas de un eventual divorcio. Sobre el tema incide además una reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de febrero de 2001, que ofrece nuevas perspectivas y abre la puerta a un control judicial del contenido de tales convenios. (*I. G. P.*)

DE BENALCAZAR: «Une nouvelle filiation: l'homoparentalité?», *GP*, 2000, núm. 345-347, pp. 18-29.

La paternidad en las parejas. Posibilidad de atrofia o por inseminación. Necesidad de control judicial. Desconfianza judicial y jurídica en base al principio del interés del menor. (I. S. P.)

DI SAPIO, A.: «L'azione di contestazione dello status di figlio legittimo tra verità, giochi interpretativi, prospettiva normativa ed orizzonte della domanda», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 128-156.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 24 de marzo de 2000 acerca de la paternidad natural y la acción de desconocimiento de la paternidad. (*Alma R. G.*)

EBERL-BORGES, Ch.: «Anspruch auf Betreuungsunterhalt trotz Zusammenlebens mit nicht erwerbstätigem Partner», *NJW*, 2001, pp. 1309-1315.

Las demandas de alimentos postmatrimoniales pueden ser denegadas, reducidas o limitadas por la cláusula de dureza del § 1579 *BGB*. En la práctica es frecuente el caso en el que el demandante de alimentos es un conviviente de hecho no casado que vive con una nueva pareja, situación que con base en algún pronunciamiento jurisprudencial estudia este artículo. (*M. P. G. R.*)

FINELLI, W.: «Il diritto di abitazione non spetta al coniuge superstite se la casa familiare è in comunione con terzi», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 156-175.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 23 de mayo de 2000 sobre los derechos de uso y habitación a favor del cónyuge superviviente. (*Alma R. G.*)

FINOCCHIARO, M.: «Comunione legale dei beni tra coniugi e rinuncia, da parte di un solo coniuge, al diritto di avvalersi della maturata usucapione (a favore di entrambi): preteso atto dispositivo della comunione – nota a Cass. 3 novembre 2000 n. 14347», *GC*, 2001, núm. 1, pp. 91-94. (*M. R. D. R.*)

FINOCCHIARO, M.: «Pretesa inapplicabilità degli art. 737 ss. Cp.c. nel procedimento di ammissibilità della domanda di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale ex art. 274 c.c.– nota a Cass. 20 ottobre n. 13892», *GC*, 2001, núm. 2, pp. 392-393. (*M. R. D. R.*)

FOSSEART: «Stock-options et régime légal», *GP*, 2000, núm. 324-326, pp. 16-18.

Stock options y su cualificación como bien común (art. 1401 CC) como bien propio (art. 1404) y su cualificación según la distinción del título y las finanzas. (*I. S. P.*)

FRACCON, A.: «I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 367-397.

Violaciones de los deberes conyugales: inmunidad o responsabilidad. (*Alma R. G.*)

GALUPPI, G.: «La procreazione artificiale: motivazioni psicologiche e problemi sociali», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 302-313.

Artículo sobre la compatibilidad existente entre la procreación artificial y el desarrollo de una personalidad sana. (*Alma R. G.*)

GRABA, H. U.: «Zur Neuregelung der Kindergeldanrechnung nach dem Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts», *NJW*, 2001, pp. 249-257.

Sobre las nuevas normas de abono de las pensiones a los hijos en la ley, sobre la eliminación de la violencia en la educación y sobre modificaciones en el derecho de alimentos de los hijos. (*M. P. G. R.*)

GRASSO, L.: «Le tecniche di procreazione assistita secondo il disegno di legge in discussione (S 4048), con particolare riferimento al consenso informato ed all'apertura alle coppie di fatto», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 335-345.

Artículo pormenorizado relativo a la situación en Italia del tema de la fecundación artificial. (*Alma R. G.*)

KAISER, D.: «Das Lebenspartnerschaftsgesetz. Zur Gleichstellung homosexueller Partnerschaften aus familienrechtlicher Sicht», *JZ*, 2001, pp. 617-625.

La ley de parejas convivientes. Sobre la equiparación de las parejas homosexuales desde el punto de vista jurídico-familiar.

El 1 de agosto de 2001 entró en vigor a través de la ley para la eliminación de la discriminación de las uniones homosexuales de 16 de febrero de 2001, la Ley de parejas convivientes. Mientras el *BGB* sólo conoce el matrimonio entre hombre y mujer, esta ley protege las uniones entre hombre y hombre y entre mujer y mujer. El artículo analiza desde la perspectiva jurídico-familiar si y en qué medida el autor de la ley las equipara al matrimonio, y con ello se introduce en la especial protección concedida al matrimonio por el artículo 6.I de la Constitución. (*M. P. G. R.*)

LE GAR-PECH: «De Louis XVII à Z...», *RDS*, 2001, núm. 5, cah. r., pp. 380-383.

En el Derecho de filiación, la prueba biológica se ha convertido en la reina del proceso, lo cual ha supuesto una incursión de la ciencia en el derecho de familia, sobre todo en el procedimiento. (*R. A. R.*)

LEMAIRE-PECRIAUX: «Le changement de régime matrimonial et les tiers», *GP*, 2000, núm. 324-326, pp. 12-15.

Situación del tercero en el procedimiento de homologación del cambio. Tras la homologación, vías de recurso ofrecidas al tercero. (*I. S. P.*)

LIBERTI, M.: «Sulla (im)proponibilità delle questioni patrimoniali nei procedimenti (contenziosi) di separazione e divorzio», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 74-81.

Artículo acerca de la inadmisibilidad en los procesos de separación y divorcio de las demandas patrimoniales diferentes a las típicas del mantenimiento y de la atribución de la vivienda familiar. (*Alma R. G.*)

MALANETTO, P.: «Spunti sulla dichiarazione giudiziale di paternità naturale in Italia ed in Francia», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 422-452.

Estudio de Derecho comparado sobre la declaración judicial de paternidad natural en Francia y en Italia. (*Alma R. G.*)

MANERA, G.: «Brevi spunti sulla nozione di "elusione" dell'esecuzione del provvedimento del giudice di cui all'art. 388, comma 2 c.p.», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 118-128.

Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 marzo de 2000 acerca de la intervención judicial en el derecho de visita del progenitor que no posee la guarda de los hijos. (*Alma R. G.*)

MANERA, G.: «Ancora sui limiti di età tra adottanti ed adottato nell'adozione legittimante», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 99-118.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 8 de febrero de 2000 acerca de si la regla de la diferencia máxima y mínima de edad entre adoptante y adoptado constituye en todo caso un principio fundamental. (*Alma R. G.*)

MARTINELL, E.: «In tema di delibazione dei provvedimenti pontifici di dispensa super rato», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 62-73.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 10 de julio de 1999 sobre la atribución de eficacia civil al procedimiento canónico del matrimonio rato y no consumado. (*Alma R. G.*)

MORANI, G.: «Valicabilità del limite differenziale massimo d'età nell'adozione dei minori: le coerenti sentenze additive della Consulta, gli univoci interventi interpretativi del S.C. e le riserve con pronunce dissonanti dei giudici di merito», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 81-99.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 8 de febrero de 2000 relativa a si la regla de la diferencia máxima y mínima de edad entre adoptante y adoptado constituye en todo caso un principio fundamental. (*Alma R. G.*)

NACCI, G.: «Effetti personali della separazione e mutamento del titolo», *RDC*, 2000, núm. 6, parte segunda, pp. 829-850.

Comentario acerca de la reforma en Derecho de familia en el instituto de la separación judicial de los cónyuges y los diferentes efectos según el título y la causa de separación: consensual o contenciosa. (*M. R. D. R.*)

NERI, A.: «Del rapporto tra il giudizio di divisione dei beni in comunione legale tra i coniugi, lo scioglimento della comunione stessa e il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare – nota a Trib. Roma, 4 luglio 2000 e 29 maggio 2000», *GC*, 2001, núm. 3, pp. 825-828. (*M. R. D. R.*)

OLDMAN, M.: «Financial Obligations within the Family Aspects of Inergenerational Maintenance and Succession in England and France», *Cambridge L. J.*, 2001, vol. 60(1), pp. 128-177.

El aislamiento y la pobreza de los ancianos podría, en parte, ser una consecuencia indeseada de la desaparición de la obligación de alimentos entre parientes en Derecho inglés. También influiría el régimen imperante de libertad absoluta de testar. En Francia, en cambio, la situación sería menos grave porque esa obligación, junto con el entramado de derechos sucesorios de los parientes, favorecería el mantenimiento de los vínculos familiares. Sin sugerir la reimplantación en Inglaterra de los alimentos entre parientes, el autor concluye que urge ofrecer reconocimiento legal a la labor de los cuidadores de personas ancianas dependientes, sean estos parientes o extraños. Entre otras propuestas, formula la de introducir a su favor derechos sucesorios *ex lege*. (*J. R. I.*)

PELLEGRINO, P.: «L'impedimento dell'età nell'attuale diritto matrimoniale canonico (can. 1083, & 1 e & 2)», *DFP*, 2001, núm. 1, pp. 253-280.

Los impedimentos matrimoniales en la nueva legislación canónica. (*Alma R. G.*)

PESCARA, R.: «Separazione personale con addebito o separazione per addebito?», *RDC*, 2000, núm. 6, parte segunda, pp. 891-898.

Breve análisis de una reciente sentencia de la corte de Casación, núm. 7945, de 1998, sobre separación conyugal en relación con los deberes conyugales. (*M. R. D. R.*)

POISSON-DROCOUR: «Codification des règles de droit international en matière d'adoption», *RDS*, 2001, núm. 18, cah. r., pp. 1404-1413.

Estudio de la Ley de 6 de febrero de 2001. (*R. A. R.*)

QUADRI, E.: «Alienazione di beni costituiti in fondo patrimoniale e autorizzazione giudiziale», *NGCC*, 2001, núm. 2, pp. 170-176.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Verona de 30 de mayo de 2000 acerca del régimen patrimonial de la familia. (*Alma R. G.*)

QUADRI, E.: «Un nuovo rilevante intervento della Corte costituzionale in tema di ripartizione della pensione di reversibilità tra divorziato e coniuge superstite», *NGCC*, 2001, núm. 2, pp. 177-181.

Concurrencia en el reparto de la pensión entre el divorciado y el cónyuge superstite. (*Alma R. G.*)

REGINE, F.: «Acquisto di beni personali e ruolo dell'art. 179, comma 2.º, cod. civ.», *NGCC*, 2001, núm. 1, pp. 20-28.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 19 de febrero de 2000 acerca del régimen de comunión de bienes entre cónyuges. (*Alma R. G.*)

ROCHE-DAHAN: «Les devoirs nés du mariage. Obligations réciproques ou obligations mutuelles?», *RTDC*, 2000, núm. 4, pp. 735-758.

Nos habla del rechazo de la interdependencia objetiva de las obligaciones conyugales y admisión de una interdependencia subjetiva. (*R. A. R.*)

RODOLPHE: «L'article 277 du Code civil: gage, caution ou contrat de garantie?», *GP*, 2000, núm. 317-319, pp. 15-18.

Mantenimiento de las garantías clásicas: hipoteca entre esposos. Cambios operados en la prestación compensatoria como garantía. (*I. S. P.*)

RUSSO, E.: «Il divorzio "all'americana"; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale», *FI*, 2001, núm. 4, pp. 1319-1331.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 14 de junio de 2000 relativa a los acuerdos patrimoniales en las crisis conyugales. (*Alma R. G.*)

SCHOLZ, R./UHLE, A.: «Eingetragene Lebenspartnerschaft und Grundgesetz», *NJW*, 2001, pp. 393-400.

Parejas convivientes inscritas y Constitución.

El 10 de noviembre de 2000 el *Bundestag* votó, con los votos del actual gobierno, la llamada ley de parejas convivientes. Contiene reglas para la introducción y la formación de una institución jurídica «las parejas convivientes inscritas» para personas del mismo sexo. De este modo se establece para las parejas convivientes del mismo sexo una situación jurídica análoga en esencia a la matrimonial. En este contexto se plantea la cuestión de si tales normas son o no constitucionales. El problema surge sobre todo a la luz del artículo 6.1 de la Constitución que ordena una especial protección para el matrimonio y la familia y por la exclusividad de la decisión del constituyente sobre este tema. (*M. P. G. R.*)

STURLÈSE: «Les nouvelles règles du droit international privé européen du divorce», *SJ*, 2001, núm. 5, I-292, pp. 241-248.

Estudio a propósito del Reglamento del Consejo de Europa núm. 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, que modifica la normativa hasta ahora vigente en materia de divorcio en Europa y que entró en vigor el 1 de marzo de 2001, salvo en Dinamarca. Su influencia en materia de competencia judicial internacional y eficacia europea de las decisiones adoptadas. (*R. A. R.*)

TANZI, M.: «In tema di beni “relativi” a beni personali nel regime di comunione legale», *RDC*, 2001, núm. 1, parte segunda, pp. 53-59.

Breve comentario en relación a la determinación de bienes privativos en el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales. (*M. R. D. R.*)

DERECHO DE SUCESIONES

BIANCA, C. M.: «I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua— nota a C. cost. 23 novembre 2000 n. 532», *GC*, 2001, núm. 3, pp. 594-599. (*M. R. D. R.*)

BRIÈRE: «Faut-il faire jouer le renvoi en matière de succession immobilière?», *GP*, 2000, núm. 275, pp. 17-20.

El cambio producido en la jurisprudencia pone fin a una incertidumbre, restaura la unidad sucesoria y supone una armonía internacional de las soluciones posibles. (*I. S. P.*)

VIDARI, F.: «Trust e divieto dei patti successori», *RDC*, 2000, núm. 6, parte segunda, pp. 851-889.

Extenso comentario acerca de la figura del *Trust* y la Convención de La Haya de 1985, en relación con la prohibición del pacto sucesorio y otros institutos alternativos al testamento: consideración del *Trust* como posible supuesto de atribución indirecta *post mortem* e hipótesis aplicativas del *Trust* con funciones sucesorias. (*M. R. D. R.*)

VARIA

BALESTRIERI, M.: «I principi contrattuali di diritto europeo», *GC*, 2001, núm. 2, pp. 109-113.

Breve reflexión sobre el futuro Código civil europeo tras la Convención de Roma de 17 de junio de 2000. (*M. R. D. R.*)

BELLEAU: «Les théories féministes: droit et différence sexuelle», *RTDC*, 2001, núm. 1, pp. 1-39.

Estudio de los feminismos sistemáticos desde la simetría y desde la diferencia, así como el feminismo de transición y dentro del feminismo radical. Realiza también una crítica de las teorías feministas. (*I. S. P.*)

BODAR-HERMANT: «Le droit de visite à l'épreuve des frontières», *GP*, 2000, núm. 345-347, pp. 2-8.

Necesidad de un derecho judicial europeo único que ayude a respetar el derecho de visita en el extranjero. La Convención de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980. Reformas actuales: el reglamento «Bruselas II de 28 de mayo de 1998» y otras medidas en curso. (*R. A. R.*)

BOGDANDY, A. VON: «Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel? Grundrechte und das Wesen der Europäischen Union», *JZ*, 2001, pp. 157-175.

Comunidad de derechos fundamentales como fin de integración. Los derechos fundamentales y el modo de ser de la Unión Europea. (*M. P. G. R.*)

BRUNEAU: «Les règles de compétence en matière civile et commerciale», *SJ*, 2001, núm. 11, I-304, pp. 533-541.

Estudio sobre el Reglamento del Consejo europeo núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, que ha modificado la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil. (*R. A. R.*)

BYK: «Les sciences de la vie en droit international: De la préhistoire du droit à l'établissement d'une coutume. Pour le droit de la santé?», *GP*, 2000, núm. 292-293, pp. 3-8.

Normas jurídicas e infrajurídicas. El reconocimiento de comités ministeriales en otros sectores en relación con la ética biomédica. (*I. S. P.*)

CERVEAU: «Protection juridique: libre choix de l'avocat», *GP*, 2000, núm. 271-272, pp. 4-5.

El principio de la libre elección de abogado en la Ley del seguro y sus límites. (*I. S. P.*)

EINMAHL, M.: «Zeugenirrtum und Beweismaß im Zivilprozess», *NJW*, 2001, pp. 469-475.

Error de los testigos y medios de prueba en el proceso civil. (*M. P. G. R.*)

FOERSTE, U.: «Parteiische Zeugen im Zivilprozess», *NJW*, 2001, pp. 321-326.

Los testigos de parte en el proceso civil. (*M. P. G. R.*)

GRUNDMANN, S./HALLE-WITTENBER, LL./RIESENHUBER, K.: «Die Auslegung des Europäischen Privat und Schuldvertragsrechts», *JuS*, 2001, pp. 529-536.

Este artículo, dirigido fundamentalmente a los alumnos, trata de analizar desde los métodos de interpretación clásicos, incluyendo además perspectivas como la del análisis económico del Derecho, la interpretación del Derecho privado europeo, con especial atención a las Directivas comunitarias. (*M. P. G. R.*)

HEß, B.: «Aktuelle Perspektiven der europäischen Prozessrechtsangleichung», *JZ*, 2001, pp. 573-583.

Actuales perspectivas de la armonización europea del Derecho procesal. (*M. P. G. R.*)

HROMADKA, W.: «Das neue Teilzeit- und Befristungsgesetz», *NJW*, 2001, pp. 400-405.

La nueva ley sobre trabajo a tiempo parcial y trabajo a plazo. (*M. P. G. R.*)

KOHLER, Ch.: «Internationales Verfahrensrecht für Ehesachen in der Europäischen Union: Die Verordnung "Brüssel II"», *NJW*, 2001, pp. 10-15.

Derecho internacional privado procesal para las cuestiones matrimoniales en la Unión Europea. El Reglamento «Bruselas II».

El 1 de marzo de 2001 entró en vigor en los países miembros de la Unión Europea (con la excepción de Dinamarca) el Reglamento núm. 1347/2000, sobre la competencia, el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil matrimonial y cuidado de los hijos. Las consecuencias de las nuevas normas especialmente en la teoría y la práctica, del Derecho internacional relativo al divorcio son importantes. El artículo analiza críticamente las principales normas y el fascículo incluye una copia del Reglamento. (*M. P. G. R.*)

LINDEMANN, A./SIMON, O.: «Die neue Elternzeit», *NJW*, 2001, pp. 258-263.

El nuevo tiempo de los padres.

El artículo se ocupa de las nuevas reglas que trae la tercera ley sobre modificación en la ley federal del dinero en la educación y las vacaciones en la educación. Después de un ligero vistazo a las mejoras de la financiación de la educación, se pone en primer plano las novedades relevantes para las relaciones laborales sobre las vacaciones en la educación. Especialmente se hace hincapié en el derecho al permiso parcial de los futuros padres, así como sobre las repercusiones en el trabajo. (*M. P. G. R.*)

MALAURIE: «La Bible et le droit. A travers cinquante ans d'enseignement du droit civil», *RTDC*, 2000, núm. 3, pp. 525-538.

Califica al derecho de complejo y en cierto modo contradictorio para pasar a tratar del derecho bíblico y de la historia. (*R. A. R.*)

MARKESINIS: «Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche», *RTDC*, 2001, núm. 1, pp. 77-102.

Partiendo de idea de la libre circulación y la desaparición de fronteras, estudia la posibilidad de aplicar textos internacionales. Se hace a propósito de la sentencia de la Corte de Apelación 17 de noviembre de 2000. (*I. S. P.*)

MIRABELLI, G./GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione- Secondo Quadrimestre 2000», *RDC*, 2001, núm. 1, parte segunda, pp. 81-97.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias de Derecho privado. (*M. R. D. R.*)

ROELLECKE, G.: «Zum Problem einer Reform der Verfassungsgerichtsbarkeit», *JZ*, 2001, pp. 113-119.

Sobre el problema de una reforma de la jurisdicción constitucional. (*M. P. G. R.*)

SPICKHOFF, A.: «Medizin und Recht zu Beginn des neuen Jahrhunderts. Die Entwicklung des Medizinrechts 2000/2001», *NJW*, 2001, pp. 1757-1768.

Medicina y Derecho al comienzo del nuevo siglo. El desarrollo del Derecho médico en los años 2000 y 2001.

Artículo en el que se analiza el desarrollo en los últimos dos años de temas del Derecho médico como el contrato médico y el contrato hospitalario, el consentimiento informado, los fallos médicos, los seguros médicos, el tratamiento de datos del paciente, la autonomía del paciente al final de su vida, la medicina reproductiva y sexual, los trasplantes y la investigación médica. (*M. P. G. R.*)

VV. AA.: «Les travaux sur existants», *RDI*, 2000, núm. 4.

Número especial dedicado al estudio detallado de la construcción de edificios en Francia: autorizaciones urbanísticas, riesgos jurídicos de financiación, rehabilitación de edificios y sus problemas jurídicos; régimen fiscal; responsabilidad por los trabajos de construcción anteriores y posteriores a la recepción de la obra; el seguro de construcción. Protección del interés público y privado en toda la regulación. (*R. A. R.*)

WAGNER, G.: «Alternative Streitbeilegung und Verjährung», *NJW*, 2001, pp. 182-188.

Medios alternativos de solución de controversias y prescripción. (*M. P. G. R.*)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BRETZNER: «L'application rétroactive du règlement CE n.º 2790/1999 du 22 décembre 1999 sur les restrictions verticales», *RDS*, 2001, núm. 20, cah. des aff., pp. 1603-1606.

El problema de la aplicación retroactiva del reglamento citado y su posibilidad, si es retroactividad en grado medio, en materia de competencia. (R. A. R.)

DION: «2001. Entreprise, espoir et mutation», *RDS*, 2001, cah. des aff., núm. 9, chr. pp. 762-769.

Ha llegado el tiempo de repensar la idea de empresa societaria en la economía moderna. La definición clásica en la que se le une a la búsqueda de un beneficio no parece enteramente justa. Este paradigma antiguo debe ser revisado hacia la búsqueda de una finalidad más elevada, orientada hacia una percepción meta-financiera de la empresa. (I. S. P.)

DÖRR, D./HAUS, F. C.: «Das Wettbewerbsrecht des EGV», *JuS*, 2001, pp. 313-319.

El Derecho de la competencia constituye una de las políticas centrales de la Unión Europea. Este artículo quiere dar una visión instrumental sobre las normas más importantes en este sector, así como sobre la praxis europea. (M. P. G. R.)

FRISON-ROCHE: «Le droit de la régulation», *RDS*, 2001, cah. des aff., núm. 7, chr., pp. 610-616.

El derecho de la competencia se encuentra entre las dos categorías clásicas del derecho público y derecho privado. (R. A. R.)

GONDRE: «À propos de l'ordre de Malte: protection de la dénomination et de l'emblème d'une association», *GP*, 2000, núm. 315-316, pp. 6-8.

Estudio a propósito de la sentencia del Tribunal de Apelación de Versalles de 20 de mayo de 1999. (I. S. P.)

HÄDE, U.: «Bankenaufsicht und Grundgesetz. Zur Übertragung von Aufgaben auf bestehende Bundesbehörden nach Art. 87 Abs. 3 GG», *JZ*, 2001, pp. 105-114.

Sobre la transferencia de tareas de determinadas autoridades federales, según el artículo 87.3 de la Constitución.

El Ministerio federal de finanzas prepara una reforma de la inspección bancaria. Los propios representantes de la oficina de inspección federal para las entidades de crédito, así como del Banco federal alemán consideran la actual participación en los trabajos inoportuna. Las organizaciones políticas se manifiestan en primer lugar por la necesidad de que se aceleren las autorizaciones legales. El artículo examina los fundamentos constitucionales de una nueva regulación de la inspección bancaria. (M. P. G. R.)

IDOT: «Le futur "réglement d'application des articles 81 et 82 CE": chronique d'une révolution annoncée», *RDS*, 2001, núm. 17, cah. des aff., pp. 1370-1376.

Estudio en torno a la evolución del Derecho comunitario en materia de competencia desleal entre empresas. Descentralización de los estados y concentración en los órganos de la unión. (R. A. R.)

MENDOLIA, S.: «Sanzioni amministrative e divieto di pubblicità di prodotti da fumo», *NGCC*, 2001, núm. 1, pp. 93-99.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 18 de febrero de 2000 sobre la prohibición de publicidad indirecta del tabaco. (*Alma R. G.*)

PALAZZOLO, A.: «Sui diversi profili della lesione di un nome di dominio e sulla relativa quantificazione del danno», *NGCC*, 2001, núm. 1, pp. 11-16.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Ivrea de 19 de julio de 2000 acerca de la concurrencia desleal en *Internet*. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

ALLEVA, F.: «Le prestazioni accessorie in danaro nelle società cooperative», *CI*, 2001, núm. 1, pp. 344-355.

Sobre la admisibilidad en general de las prestaciones accesorias en las sociedades cooperativas. (*Alma R. G.*)

BACCARINI, P.: «Abolizione della omologa degli atti societari e semplificazioni nella pubblicità», *NLCC*, 2000, núm. 6, pp. 1250-1271.

Análisis de los artículos 30-35 de la *l. 24 novembre 2000, n. 340*, sobre régimen de publicidad legal en las operaciones de fusión y escisión de sociedades, y homologación de actos societarios: nuevo sistema de control, competencias, etc. (*M. R. D. R.*)

BISMUTH: «Vers la création d'un bilan des données personnelles dans l'entreprise: une nécessaire transparence», *GP*, 2000, núm. 301-302, pp. 14-18.

Estudiar las formas de estos bancos de datos, su difusión y la sanción en caso de no respetarla. (*I. S. P.*)

CAMILLERI, E.: «Gli acquisti degli enti diversi dalle società e la "gratuità in entrata"», *RDC*, 2000, núm. 6, parte segunda, pp. 801-827.

Comentario acerca de la identidad de razón en el fundamento de los artículos 17, 600 y 786 CC, las lagunas de la c.d. Bassanini bis (*l. 15 maggio 2000, n. 127*) y la nueva regulación de la *l. 22 giugno 2000, n. 192*, sobre los actos de adquisición onerosos y lucrativos de diversos entes sociales. (*M. R. D. R.*)

COURET: «La loi sur les nouvelles régulations économiques. La régulation du pouvoir dans l'entreprise», *SJ*, 2001, núm. 30, I-339, pp. 1485-1493.

Estudio sobre la Ley NRE de 16 de mayo de 2001 donde se recogen disposiciones sobre derecho financiero, derecho de la competencia y derecho de sociedades. Se resalta la importancia de las disposiciones sobre el poder de la empresa y especialmente, el poder en las sociedades anónimas: racionalización del poder de decisión, equilibrio de poderes y derecho de críticas. (*R. A. R.*)

DAUDIER DE CASSINI/THEYS: «La responsabilité des dirigeants sociaux en cas de cession d'un filiale en difficulté», *GP*, 2000, núm. 270-269, pp. 4-8.

El hecho generador. La neutralización de los riesgos de remontada. La responsabilidad. (*I. S. P.*)

DE SENSI, V.: «Illegittimità costituzionale del fallimento in estensione e del fallimento delle società commerciali cessate», *NLCC*, 2000, núm. 6, pp. 1276-1299.

Análisis de la sentencia de la *Corte cost. 21 de julio de 2000, n. 319*, en materia concursal, en relación a la aplicación de los artículos 10 y 11 del *r.d. 16 de marzo de 1942, n. 267*, en los supuestos de quiebra de sociedad personal de responsabilidad ilimitada, diferenciándolos de los casos de quiebra de empresas individuales. (*M. R. D. R.*)

MATSOPOULOU: «Le nouveau code de commerce et le droit pénal de sociétés», *RDS*, 2001, núm. 25, cah. des aff., pp. 2021-2023.

Armonización en el nuevo Código de comercio de las normas represivas de las prácticas societarias con los principios del nuevo Código penal francés. Problemas de interpretación en alguna materia. (*R. A. R.*)

MENJUCQ: «La société européenne: enfin l'aboutissement!», *RDS*, 2001, cah. des aff., núm. 13, chr. pp. 1085-1090.

Tras el acuerdo de Niza de diciembre del año 2000, se puede hablar de una nueva forma de sociedad europea que es conveniente analizar. (*I. S. P.*)

NICOLA, A.: «Il trasferimento delle quote di s.r.l. per atto tra vivi e l'iscrizione nel registro delle imprese», *CI*, 2001, núm. 1, pp. 365-367.

Diversas cuestiones acerca del acto *inter vivos* de transmisión de las cuotas: prescripciones de forma, inscripción en el Registro de Empresas. (*Alma R. G.*)

RAIMON: «Les sociétés non immatriculées et l'engagement des associés vis-à-vis des tiers», *GP*, 2000, núm. 355-356, pp. 2-9.

Estudio ante las críticas de la adquisición de personalidad de las sociedades. Tipos de sociedades no inmatriculadas. Régimen de regularización de los socios. (*R. A. R.*)

RÖTHEL, A.: «Verfassungsprivatrecht aus Richterhand? – Verfassungsbindung und Gesetzesbindung der Zivilgerichtsbarkeit», *JuS*, 2001, pp. 424-429.

¿Derecho privado constitucional en las manos del juez? Sujeción constitucional y sujeción legal de la jurisdicción civil.

La Constitución y el Derecho privado están recíprocamente entrelazados. Esto no es más que una manifestación de la jerarquía normativa. El Derecho privado no puede tener con la Constitución una relación de confrontación. La Constitución se desarrolla con el Derecho privado, pero no sólo a través del legislador, sino también a través de la jurisprudencia civil que en su búsqueda del Derecho siempre utiliza de manera directa los valores constitucionales. Esto hace que un Derecho privado constitucional en continua formación se coloque en primera línea en el orden que implica la sujeción legal y la

sujeción constitucional. Todo ello encierra un conjunto de cuestiones muy importantes relativas a la relación entre legislación y jurisprudencia. (M. P. G. R.)

SCHERMI, A.: «In tema di diritti amministrativi del socio di società per azioni – nota a Cass. 20 giugno 2000 n. 8370», *GC*, 2001, núm. 4, pp. 1047-1049. (M. R. D. R.)

STILE, M. T.: «Trasferimento di quote sociali e divieto di concorrenza – nota a Cass. 24 luglio 2000 n. 9682», *GC*, 2001, núm. 4, pp. 1033-1043. (M. R. D. R.)

VIDIRI, G.: «Compromesso (e clausola compromissoria) e controversie in materia societaria – nota a Cass. 19 settembre 2000 n. 12412», *GC*, 2001, núm. 2, pp. 408-412. (M. R. D. R.)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

EISENBERG, U.: «Extensive Gesetzeauslegung bei Anordnung von Sicherungsverwahrung», *NJW*, 2001, pp. 188-190.

Interpretación extensiva de la ley para la ordenación del depósito de seguros. (M. P. G. R.)

JEULAND: «La saisie européenne de créances bancaires», *RDS*, 2001, núm. 26, cah. des aff., pp. 2106-2109.

El embargo europeo de créditos bancarios como medida eficaz para dar valor a las decisiones civiles y comerciales en la Unión Europea. Ejecución de decisiones judiciales. (I. S. P.)

MONTAG, F.: «Die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts», *NJW*, 2001, pp. 1613-1620.

El desarrollo del Derecho de sociedades.

Este artículo se ocupa del desarrollo del Derecho europeo de sociedades en los años 1999 y 2000, poniendo especial atención en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. (M. P. G. R.)

CONTRATOS MERCANTILES

GHESTIN/BILLIAU: «Contre la requalification des contrats d'assurance vie en contrats de capitalisation», *SJ*, 2001, núm. 25, I-329, pp. 1205-1214.

Crítica a la idea de que los contratos de seguro de vida deben considerarse como contratos de capitalización y por tanto estar sometidos al régimen de éstos en derecho sucesorio y en derecho fiscal. (R. A. R.)

LUTZ/WAGNER: «Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière», *RDS*, 2001, núm. 21, cah. des aff., pp. 1708-1712.

Estudio sobre el ámbito de aplicación del artículo 1 de la Ley Doubin. No aplicación de la obligación de información precontractual a las cervecerías. (*I. S. P.*)

ROBERT: «Comblement de passif: action ou transaction?», *GP*, 2000, núm. 270-269, pp. 9-12.

El marco de la transacción. El procedimiento. (*R. A. R.*)

SCHAMING: «Appellation d'origine et marques: une symbiose conflictuelle face aux exigences du marketing», *RDS*, 2001, cah. des aff., núm. 6, chr., pp. 532-536.

El *marketing* se hace más complejo a medida que se adapta a la internacionalización de las marcas. La protección de los signos distintivos se hace más compleja. (*I. S. P.*)

DERECHO CAMBIARIO

DJOUDI: «Les garanties cambiaries à l'épreuve de la lettre de change magnétique», *RDS*, 2001, núm. 23, cah. des aff., pp. 1858-1860.

Aparición de la letra de cambio magnética ante la aparición de la era electrónica. Necesidad de salvaguardar las garantías cambiarias. No es deseable la desaparición total del soporte papel. (*R. A. R.*)

DERECHO CONCURSAL

CONSOLE, F.: «Revocatoria fallimentare e conoscenza da parte del terzo della qualità di imprenditore commerciale del fallito- osservazione a Cass. 7 febbraio 2000 n. 1317», *GC*, 2001, núm. 2, pp. 503-507. (*M. R. D. R.*)

DERRIDA: «Procès de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 (action en comblement d'insuffisance d'actif social)», *RDS*, 2001, núm. 17, cah. des aff., pp. 1377-1378.

Crítica al proceso previsto en la ley y necesidad de renovar los procedimientos de quiebra y liquidación judiciales, sancionando el comportamiento de los dirigentes sociales. (*I. S. P.*)

DE SENSI, V.: «Illegittimità costituzionale del fallimento in estensione e del fallimento delle società commerciali cessate», *NLCC*, 2000, núm. 6, pp. 1276-1299.

Análisis de la sentencia de la *Corte cost.* 21 de julio de 2000, n. 319, en materia concursal, en relación a la aplicación de los artículos 10 y 11 del *r.d.* 16 de marzo de 1942, n. 267, en los supuestos de quiebra de sociedad personal de responsabilidad ilimitada, diferenciándolos de los casos de quiebra de empresas individuales. (*M. R. D. R.*)

FRAIMOUT: «La caution exerçant ses recours: un intrus dans le procédure collective du débiteur cautionné», *GP*, 2000, núm. 262-263, pp. 11-18.

La incidencia financiera de los recursos de la garantía tras el pago integral de la deuda garantizada. (*R. A. R.*)

LIENHARD: «Modalités de déclaration des créances (synthèse de la jurisprudence récente)», *RDS*, 2001, cah. des aff., núm. 12, chr., pp. 1011-1016.

Trata de la exigencia legal de forma solemne en la declaración de los créditos y la sanción con la radical extinción del crédito en caso de incumplimiento, para ver a continuación cómo la jurisprudencia se ha provisto de normas propias para resolver los conflictos. Pero siempre aparecen sentencias discordantes. (*I. S. P.*)

MALHERBE: «La liquidation judiciaire et le syndicat des copropriétaires», *GP*, 2000, núm. 262-263, pp. 19-22.

Conflicto de privilegios. (*R. A. R.*)

SERLOOTEN: «Réflexions-sans en avoir l'air- sur l'art du juriste», *RDS*, 2001, núm. 23, cah. des aff., pp. 1861-1862.

Estudio a propósito del reglamento de crédito fiscal para un deudor en quiebra judicial. (*I. S. P.*)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Archiv. Giur.	Archivio Giuridico
Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di famiglia e delle persone
Dir. Aut.	Il Diritto di autore
ERPL	European Review of Private Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
L.Q.R.	The Law Quarterly Review
Modern L. R.	The Modern Law Review
NGCC	La nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RDS	Recueil Dalloz Sirey
RIDA	Revue Internationale du Droit d'auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Review
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2000

A cargo de: **Encarna ROCA TRÍAS**
Ramón CASAS VALLÉS

Colaboran: **Susana ÁLVAREZ GARCÍA, Ramón CASAS VALLÉS, Isidoro GARCÍA SÁNCHEZ, Ana LATORRE ARMERO, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Mónica VILA-SAU SOLANA**

STC 6/2000, de 17 de enero («BOE» 18-2-2000).

RA: Desestimado.

Ponente: González Campos.

Conceptos: Derecho al honor y libertad de expresión de funcionarios. Crítica a superiores.

Preceptos de referencia: Artículos 18 y 20.1 CE.

El recurrente en amparo era funcionario dedicado a la práctica de exámenes de conducir y ostentaba la calidad de representante sindical. Tras una jornada en la que se celebraron diversas actividades reivindicativas y sindicales, el Jefe Provincial de Tráfico le requirió para que explicase el cumplimiento de su horario de trabajo en dicha jornada. El recurrente manifestó su descontento respecto a la organización de los exámenes en ese día y explicó que sus ausencias fueron debidas a la celebración de diversas actividades reivindicativas y sindicales autorizadas. Concluía su contestación en los siguientes términos: «*Ya que le falta vergüenza, si, al menos, tuviera capacidad no sucederían estas cosas*». Se consideró dicho escrito constitutivo de una falta grave de desconsideración respecto a los superiores, por lo que se le impuso una sanción de suspensión de funciones durante un año. La Sala de lo Contencioso-Administrativo confirmó la sanción sobre la base de que el recurrente había abusado de la libertad de expresión al atacar verbalmente a la figura moral, reputación, consideración y prestigio del sujeto pasivo. La frase utilizada resultaba innecesaria para defender una determinada concepción del servicio. En su demanda de amparo el recurrente alega que ha sido vulnerada la libertad de expresión. Además, pone de relieve que el escrito en cuestión no trascendió del cauce interno de la Jefatura Provincial de Tráfico.

El TC pondera si las manifestaciones realizadas quedan o no comprendidas dentro del artículo 20.1.a) CE, teniendo en cuenta que dicho precepto no garantiza un derecho al insulto. También valora el TC si la condición de funcionario del recurrente comporta en este caso alguna limitación a su derecho a la libertad de expresión. Considera que del principio de jerarquía (art. 103.1 CE) y del deber de respeto al superior jerárquico no cabe derivar un límite especial y más intenso respecto a la libertad de expresión que legítimamente puede ejercitar un funcionario público. Debe tenerse en cuenta, además, que no todos los funcionarios cumplen los mismos servicios ni todos los Cuerpos presentan el mismo grado de jerarquización. En el presente caso no puede considerarse que el ejercicio de la libertad de expresión por parte del funcionario haya puesto en entredicho la autoridad de su superior jerárquico o

bien haya comprometido el buen funcionamiento del servicio, sobre todo teniendo en cuenta que la comunicación no trascendió a la prensa (FJ 6).

El TC se centra, pues, en analizar el contenido del escrito dirigido. La mayor parte del mismo se refiere a los actos sindicales programados. Las críticas iban dirigidas exclusivamente a las condiciones en las que se prestó, en una fecha concreta, un servicio público a los ciudadanos. Sin embargo, a juicio del TC, con las expresiones utilizadas en la frase final con la que se cierra el escrito, el recurrente se ha colocado fuera del ámbito de protección del artículo 20.1.a) CE. Se han exteriorizado sentimientos despectivos e injuriosos respecto a su superior, y en todo caso innecesarios y desconectados de la crítica a un asunto de interés público (FJ 8). Además, el TC tiene en cuenta que los juicios *ad personam* manifestados no fueron exteriorizados en el momento de una situación conflictiva, ni tampoco en los días inmediatamente siguientes a la recepción del requerimiento de su superior, sino días después, cuando el natural sosiego tras los hechos ocurridos y la reflexión presumible en quien redacta un escrito dirigido a su superior debiera haber conducido al recurrente a excluir tales expresiones de valoración personal aun manteniendo su crítica a la organización del servicio, circunstancia que acentúa el carácter injurioso de aquéllas. Por todo ello el TC deniega el amparo solicitado.

STC 110/2000, de 5 de mayo («BOE» 7-6-2000).

RA: Estimado.

Ponente: Vives Antón.

Conceptos: Derecho al honor y libertad de expresión. Crítica satírica de cargo público. Asunto de interés general.

Preceptos de referencia: Artículos 18 y 20.1 CE.

El recurrente en amparo escribió un artículo periodístico, en un tono jocoso, sobre unos incendios forestales. En él se hacía una crítica de la gestión urbanística y medio ambiental del alcalde. En concreto se criticaba la omisión de la actuación pública ante los efectos provocados por los incendios y los subsiguientes movimientos de tierra. El autor del artículo fue condenado por un delito de desacato calumnioso y recurre en amparo por considerar que dichas sentencias han violado su derecho a la libertad de expresión y de información (ex art. 20.1 CE).

A la hora de valorar los diferentes derechos implicados, el derecho a la libertad de expresión y de información (ex artículo 20) y el derecho al honor (ex art. 18.1 CE), el TC recuerda que los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información garantizan la formación y existencia de una opinión pública libre. Asimismo, en su conexión con el derecho al honor, la información que goza de relevancia es aquella que siendo veraz y no formalmente vejatoria se refiera a asuntos con trascendencia pública.

Valorados estos elementos, el TC considera que la conducta enjuiciada fue legítimo ejercicio de las libertades de expresión e información. Las expresiones y afirmaciones se referían a un asunto de evidente interés general. La información transmitida era veraz, obtenida diligentemente. En cuanto a las expresiones emitidas, no puede afirmarse que, pese al tono empleado, incluso hiriente, en el que se expresó la crítica de la gestión pública, se utilizaran expresiones absolutamente injuriosas o impertinentes. Si bien es cierto que de forma satírica se denunciaron los hechos criticados, todo el artículo revestía

un tono jocoso. En conclusión, no supera el límite de una firme defensa de las propias posiciones sobre un asunto de interés general que, como contribución al debate público, merece protección constitucional.

STC 112/2000, de 5 de mayo («BOE» 7-6-2000).

RA: Desestimado.

Ponente: Cachón Villar.

Conceptos: Derecho al honor y libertad de expresión. Información, opinión. Ironía, mordacidad y vejación. Sujetos públicos y privados. Inclusión de informaciones privadas no relevantes en relación al asunto de interés público sobre el que se informa y opina.

Preceptos de referencia: Artículos 18 y 20.1 CE.

La sentencia tiene por objeto decidir si la revelación por los recurrentes en amparo de ciertos acontecimientos de la vida privada de una persona, así como la forma en que lo fueron, constituyeron o no una lesión del derecho al honor. El origen del conflicto está en un reportaje que, según señala el TC, no se limitaba a narrar sin más unos hechos o acontecimientos. Se trata de un caso en el que los periodistas habían ejercido el derecho a la crítica, informando sobre ciertas personas y ciertos hechos, pero también formulando a partir de los mismos una serie de hipótesis sobre una presunta trama de lo que se ha dado en llamar tráfico de influencias, enjuiciando con ironía los sucesos y a quienes los protagonizan. En suma, un caso en el que concurren a un tiempo la divulgación de información y de opiniones.

El TC recuerda que la libertad de expresión encuentra su límite en la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas. Sin embargo, señala el propio TC, puede suceder que *«las expresiones que deban enjuiciarse no sean ni formal ni manifestamente injuriosas, sino que se trate de juicios, valoraciones, calificaciones o epítetos que puedan resultar molestos, hirientes, incluso de mal gusto y despectivos, [...] cuyo efecto deshonroso, de tenerlo, es sutil y provocado más por el modo irónico o mordaz con el que se expresan aquellas opiniones o cómo se revelan aquellos hechos relativos a su vida privada, que por ser formalmente injuriosas o vejatorias»*. Esta sutileza en la descalificación de una persona obliga a hacer un examen cauto de las expresiones utilizadas y de la forma en que se narran los hechos (FJ 7).

Recuerda el TC que cuando la persona afectada carezca de notoriedad pública y la información y opiniones nada tienen que ver con sucesos de interés público, sino que la conexión con los mismos es puramente circunstancial e irrelevante, quien informa y opina deberá demostrar que, no obstante la condición privada del afectado, aquello que se dice del mismo es necesario e imprescindible para la crítica que se formula o la información que se da. De no hacerlo o de desprenderse palmariamente del reportaje periodístico la irrelevancia de la mención del ofendido, si lo dicho es vejatorio, se habrá vulnerado el derecho al honor del aludido. Únicamente la relevancia pública y la veracidad de los hechos revelados pueden imponer un límite tal a los derechos a la intimidad y honor del particular. En cuyo caso, en modo alguno, deberá soportar que esa divulgación se acompañe de expresiones formal o

manifiestamente injuriosas, o vejatorias, o que resulten innecesarias para lo que se desea comunicar (FJ 8).

En el supuesto enjuiciado, nadie discute la veracidad ni la relevancia pública de la información divulgada que pueden tener los hechos denunciados en el conjunto del reportaje periodístico en el que se ven involucrados personajes públicos con notoriedad pública. Sin embargo, se revelan también ciertos acontecimientos de la vida privada de la ofendida que son en realidad irrelevantes en relación con el contexto y finalidad del reportaje, y resulta, por tanto, innecesaria su inclusión en él. A la afectada se la califica de «*prendada y preñada*», y cabe destacar frases como «*Falcon Crest socialista. Una turbia historia de amor, poder y dinero*». En suma, de la lectura de la información no se desprende qué participación pudo haber tenido la ofendida en esa supuesta trama de irregulares maniobras económicas y políticas. Los hechos se narran de forma sarcástica, con apostillas con ciertas expresiones aparentemente asépticas, pero que pueden resultar hirientes y humillantes para quien ve revelada de esa manera y en esos términos su vida privada. Todo ello suma a ese apartado del reportaje periodístico un resultado vejatorio, que atenta contra la dignidad de la mentada, dañando su imagen social y afectando negativamente a su reputación y buen nombre, lo que a juicio del TC constituye una incuestionable lesión del derecho al honor, por lo que deniega el amparo solicitado (FJ 9).

STC 113/2000, de 5 de mayo («BOE» 7-6-2000).

RA: Estimado.

Ponente: Cachón Villar.

Conceptos: Derecho al honor, libertad de expresión y derecho a la defensa letrada.

Preceptos de referencia: Artículos 18, 20.1 y 24 CE.

El caso tiene su origen en manifestaciones vertidas por un Abogado en un recurso de reforma y que, al considerarse constitutivas de una falta de respeto y consideración hacia el Ministerio Fiscal, fueron sancionadas con pena de multa. Tras una acusación de inoperancia, se decía: «*Lo que el Ministerio Fiscal pretende es aprovechar la situación de prisión provisional de los acusados... para la investigación de otros hechos que puedan ser de interés del propio Ministerio Público*». Ante la sanción, se presenta recurso de amparo por vulneración del artículo 20.1.a) CE.

El TC recuerda que el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular calificación al estar ligado estrechamente a la efectividad del derecho de defensa del artículo 24 CE. En consecuencia, el derecho de los ciudadanos a la defensa y asistencia de Letrado implica un derecho a una defensa libremente expresada. Si bien el TC declara la preferencia de la vía de la corrección disciplinaria de los Abogados que intervengan en los pleitos respecto de la vía penal del juicio de faltas, considera que el extremo que hay que analizar en el presente supuesto es si los términos utilizados y las expresiones vertidas se hallan dentro de los límites constitucionalmente permitidos de la libertad de expresión al amparo del artículo 20.1.a) CE en ocasión del ejercicio del derecho de defensa letrada (FJ 5).

Según el TC, las expresiones utilizadas no pueden ser calificadas de formalmente injuriosas, insultantes o vejatorias. La argumentación empleada por el demandante de amparo en el recurso de reforma tiene un sentido de crítica de la actuación procesal del Ministerio Fiscal en la causa, en la medida en que su petición de aplicación de declaraciones de los imputados podía afectar negativamente a la situación personal de su defendido, que se hallaba en prisión. Recuerda el TC que la defensa de la libertad de su defendido ha de permitirle al Letrado la mayor beligerancia en los argumentos, con el solo límite, en la expresión, del insulto o la descalificación gratuitos, insulto y descalificación inexistentes en el supuesto de la presente sentencia. En consecuencia se declara el amparo (FJ 6).

STC 115/2000, de 5 de mayo («BOE» 7-6-2000).

RA: Estimado.

Ponente: González Campos.

Conceptos: Derecho a la intimidad personal y familiar. Imagen pública.

Derecho a comunicar libremente información veraz. Secreto profesional y personas a quienes afecta el correspondiente deber. Intimidad y veracidad. Derecho a definir el propio espacio de intimidad.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1.d) CE y 7.4 LO 1/1982 de 5 de mayo, de protección jurisdiccional del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen.

A raíz de la publicación de un reportaje en el que se prodigan los detalles de la vida privada de una persona famosa en una conocida *revista del corazón*, la afectada interpone demanda civil de intromisión ilegítima en su honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, que fue parcialmente estimada en instancia y en apelación, y desestimada en casación, interponiéndose contra la decisión del Tribunal Supremo el recurso de amparo que resuelve la sentencia actualmente examinada.

Partiendo del principio de que *«el secreto profesional, en cuanto deber que se impone a determinadas personas, resulta exigible no sólo a quien se halla vinculado por una relación estrictamente profesional, sino también a aquellos que, como ocurre en el presente caso, por su relación laboral conviven en el hogar de una persona y, en atención a esta circunstancia, tienen un fácil acceso al conocimiento tanto de los espacios, enseres y ajuar de la vivienda como de las personas que en ella conviven y de los hechos y conductas que allí se producen»* (FJ 6), se considera intromisión ilegítima en la intimidad personal y familiar la divulgación de informaciones de índole estrictamente personal reveladas por la persona que durante dos años desempeñó las funciones de niñera en el hogar de la recurrente.

Respecto del derecho a comunicar libremente información veraz, en que pretende ampararse la entidad responsable de la publicación, el TC afirma que la configuración de la conducta como lesiva del derecho a la intimidad personal y familiar, y no del derecho al honor, hace irrelevante el juicio sobre la veracidad o no de la información divulgada, así como el hecho de que los datos revelados sean o no gravemente atentatorios o socialmente desmerecedores de la persona cuya intimidad se desvela, exigiéndose para que su proyección sea legítima que lo informado resulte de interés público (FFJJ 7 y 8).

En este punto, se admite que la proyección pública de la persona que es objeto del reportaje conlleva una mayor asunción de riesgo frente a informaciones que le conciernen, en relación con el interés general que puedan suscitar las mismas pero el criterio determinante de la legitimidad de su divulgación sigue siendo su relevancia para la comunidad, lo que no puede predicarse de aspectos de la intimidad personal y familiar que van desde supuestos o reales defectos físicos de la persona y los cuidados para paliarlos o evitar que sean conocidos, hasta la descripción pormenorizada de la vida cotidiana en su hogar y los hábitos de los familiares que con ella conviven (FFJJ 9 y 10).

Tampoco la alegación formulada por la empresa editora de que la persona afectada ha hecho públicos aspectos de su vida privada puede amparar la divulgación efectuada, puesto que no existe coincidencia entre las informaciones actualmente desveladas y los datos conocidos con anterioridad, recordándose lo expuesto en las SSTC 197/1991 y 134/1999 en el sentido de que *«a cada persona corresponde acotar el ámbito de su intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno»*, más allá del cual el derecho a la intimidad prevalece y opera como límite infranqueable del derecho a la libre información (FJ 10).

STC 141/2000, de 29 de mayo («BOE» 30-6-2000).

RA: Estimado.

Ponente: Vives Antón.

Conceptos: Derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto. Libertad de creencias que asiste a los menores de edad: derecho a no compartir las convicciones de los padres. Separación matrimonial y restricción del derecho de visita al padre en razón de sus creencias. Autodeterminación religiosa y proselitismo.

Preceptos de referencia: Artículos 14, 16 y 39.4 CE.

En un caso de separación matrimonial se acuerda la adopción de una serie de medidas con relación a los hijos comunes. Estas medidas fueron alteradas por la Audiencia restringiendo, de un modo importante, el régimen de visitas del padre a los hijos. La razón alegada para efectuar la citada restricción se basa en la religión que el padre profesaba, entendiendo el órgano judicial que *«el citado movimiento podía ser una secta destructiva»*, por lo que aconsejaba la adopción de medidas que impidiesen al padre hacer partícipes a sus hijos de las creencias profesadas por él como miembro de dicha comunidad. El padre interpone recurso de amparo contra la citada resolución por entender que con ella había resultado vulnerada su libertad ideológica.

Parece evidente que la decisión adoptada por la Audiencia se dirigía a resolver el conflicto entre la libertad ideológica y religiosa del padre (art. 16.1 CE) y el derecho que asiste a los padres de que sus hijos reciban una formación religiosa y moral conforme a sus convicciones (art. 27.3 CE). Lo que el TC se cuestiona es si la medida adoptada (de limitar las visitas para impedir captaciones y proselitismo) es una medida constitucionalmente válida. Para ello, el primer punto de estudio es precisamente centrar el alcance del derecho a la libertad ideológica y religiosa.

A este respecto el TC distingue con gran claridad la distinta intensidad que el derecho a la libertad de creencias tiene, en función de que se trate de

ejercer las propias conductas o de hacer partícipes a otros de dichas creencias. En esta línea, en el FJ 4 se destaca que: *«La libertad de creencias, sea cual sea su naturaleza, religiosa o secular, representa el reconocimiento de un ámbito de actuación constitucionalmente inmune a la coacción estatal garantizado por el artículo 16 CE. [...] Esa facultad constitucional tiene una particular manifestación en el derecho a no ser discriminado por razón de credo o religión, de modo que las diferentes creencias no pueden sustentar diferencias de trato jurídico, posee una distinta intensidad según se proyecte sobre la propia conducta y la disposición que sobre la misma haga cada cual, o bien lo haga sobre la repercusión que esa conducta conforme con las propias creencias tenga en terceros, sean éstos el propio Estado o los particulares, bien pretendiendo de ellos la observancia de un deber de abstenerse de interferir en nuestra libertad de creencias, bien pretendiendo que se constituyan en objeto y destinatarios de esas mismas creencias».*

Desde esta perspectiva el TC considera que cuando lo que se invoca es el amparo de la propia conducta, sin incidencia en la ajena y sin que esta conducta colisione con otros derechos constitucionalmente protegidos, la protección constitucional debe ser plena. En cambio, cuando esa misma protección se reclama para efectuar manifestaciones externas de creencias para reivindicar el derecho a hacer partícipes a terceros de las propias convicciones, la cuestión es bien distinta. En estos casos el creyente no puede entender que todo límite a ese comportamiento constituya sin más una restricción de su libertad. *«El derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; pero el derecho a manifestar sus creencias frente a terceros mediante su profesión pública, y el proselitismo de las mismas, suma a los primeros los límites indispensables para mantener el orden público protegido por la Ley. Los poderes públicos conculcarán dicha libertad, por tanto, si la restringen al margen o con infracción de los límites que la Constitución ha previsto»* (FJ 4).

Una vez concretada la interpretación constitucional hay que plantearse, como hace el TC, si, desde esta perspectiva, la sentencia que se recurre ha infringido o no los límites constitucionales. Es decir, si la reducción del derecho de visitas impuesta por la Audiencia significa una intromisión ilegítima del Estado (a través del poder judicial en este caso) en un derecho fundamental del recurrente. En otras palabras, si se ha producido o no colisión entre el derecho del padre a su libertad ideológica y el derecho de los hijos a esa misma libertad de creencias que asiste a los menores y que se concreta en su propio derecho a no compartir las convicciones de otros (aunque se trate de las de sus padres). En este sentido, el TC remarca lo que el artículo 14 de la Convención de Derechos del Niño dispone, cuando señala que *«los Estados Parte respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión».*

Pero una vez sentado lo que antecede, el TC considera que la medida adoptada por la Audiencia, aunque responde a *«una finalidad constitucionalmente legítima»*, es desproporcionada. *«Esa desproporción se pone en evidencia con sólo comprobar que [...] los riesgos que para los menores pudieran dimanar de sus creencias habían sido ya prevenidos con la prohibición, adoptada en instancia, de hacer partícipes de ellas a sus hijos, sin que conste en absoluto que tal prohibición hubiese sido violada, ni siquiera que hubiese riesgo de que lo fuese»* (FJ 6).

Por consiguiente, se acaba considerando que la restricción impugnada representa una injerencia grave en la libertad de creencias del recurrente. Y ello es así *«porque la inicial restricción impuesta a una manifestación de la libertad de creencias del Sr. C. respecto de sus hijos menores de edad se ha transformado, lisa y llanamente, por la AP en la adopción, frente al demandante de amparo, de una restricción de derechos justificada únicamente en su pertenencia a cierto movimiento espiritual, que la AP ha presumido peligroso; sin que se haya acreditado que exista un riesgo adicional, no conjurado previamente por la prohibición de hacer partícipe a los hijos de sus creencias y llevarlos a cualquier tipo de acto que tenga relación con ellas impuesta en instancia»* (FJ 7).

STC 153 / 2000, de 12 de junio («BOE» 11-7-2000).

RA: Estimado.

Ponente: García Manzano. Voto particular de Garrido Falla.

Conceptos: Derecho a la presunción de inocencia: ámbito. Derecho a la libertad de expresión: titularidad, criterios para imputar las consecuencias derivadas su ejercicio y modalidades de ejercicio: el derecho a mantener una actitud silente. Carta firmada por el cónyuge.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1.a) y 24.2 CE.

La recurrente solicita el amparo invocando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y de la libertad de expresión ante el despido disciplinario por falta muy grave del deber contractual de respeto a la empresa derivado de unas supuestas ofensas vertidas por escrito y con publicidad a través de una carta firmada exclusivamente por el esposo de la recurrente.

El TC reitera su doctrina por la que no cabe invocar el derecho a la presunción de inocencia en el ámbito de las relaciones laborales cuando se extinguen por despido disciplinario. El campo de aplicación natural de ese derecho es el proceso penal y, por extensión, el procedimiento administrativo sancionador (FJ 2).

El TC entiende que en este caso el núcleo de la pretensión de amparo es el derecho fundamental a la libertad de expresión u opinión. Por ello, analiza la titularidad de ese derecho y los criterios constitucionalmente válidos para imputar las consecuencias jurídicas vinculadas a su ejercicio. La carta de despido imputaba a la recurrente las supuestas ofensas por haber inducido a su esposo a realizarlas y por no haber corregido las mismas ni haberse disculpado. La sentencia de suplicación presumía la participación de la trabajadora en la redacción del texto en cuestión por ser la esposa del firmante y no haberse desvinculado expresamente del texto. Al respecto, el TC considera que la única y endeble base fáctica en que se ampara dicha carta de despido es la relación conyugal entre la recurrente y el firmante del texto ofensivo y no admite la argumentación de la sentencia de suplicación (FJ 4). Para el TC el derecho a la libertad de expresión u opinión es de signo tan individual que no permite la solución adoptada en el ámbito jurisdiccional, que privaría de autonomía o individualidad a la conducta de cada cónyuge, máxime cuando el texto litigioso no ponía de relieve datos específicos que pudieran hacer pensar que tan solo podía conocerlos el firmante por medio de la información facilitada por su esposa (FJ 7).

El TC no admite que el silencio de la trabajadora pudiera hacerle copartícipe del texto: la responsabilidad derivada del ilícito ejercicio de un derecho fundamental nunca debe conducir a la exigencia de que otra persona tenga que hacer uso de ese mismo derecho fundamental para que se considere desvinculada de la opinión ajena y exonerada de responsabilidad. La recurrente, en uso legítimo de su derecho a la libertad de expresión, decidió mantenerse en actitud silente (FJ 7). Por ello, el TC declara nula la sentencia de suplicación, que declaró procedente el despido disciplinario, y reconoce el derecho a la libertad de expresión de la recurrente.

El voto particular no discrepa del acuerdo mayoritario de acordar la nulidad de la indicada sentencia. Sin embargo, plantea que el hilo argumental de la sentencia adolece de incongruencia. Entiende que la autoría es el presupuesto para entrar a estudiar la libertad de expresión que —como todas— postula la existencia de un sujeto a quien pueda imputarse el derecho a invocar tal garantía constitucional. En este caso, sin la existencia previa de un sujeto no existiría la posibilidad de imputar el ejercicio de tal derecho fundamental.

STC 181/2000, de 29 de junio («BOE» 28-7-2000).

CCII acumuladas: Estimadas en parte.

Ponente: García Manzano.

Conceptos: Baremos indemnizatorios para accidentes de circulación.

Responsabilidad civil. Régimen general y regímenes especiales. Responsabilidad cuasiobjetiva. Derecho a la vida y a la integridad física. Principio de plena reparación del daño. Daños personales y daños materiales. Responsabilidad por culpa y por riesgo. Derecho a la igualdad e interdicción de la arbitrariedad. Derecho a la tutela judicial efectiva. Densidad normativa y arbitrio judicial.

Preceptos de referencia: Artículos 1.1, 9.3, 14, 15, 117.3 y 163 CE y DA 8.ª de la Ley 30/95, de 8 de noviembre.

La sentencia resuelve una de las cuestiones que más polémica ha suscitado en los últimos años, en el ámbito del derecho de daños (*vid.* en esta misma reseña SSTC 242 y 244/2000). Lo que se cuestiona es el sistema de valoración legal del daño, comúnmente conocido como baremo, que, mediante anexo, la Ley 30/95 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados incorpora a la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSVM). Se trata de un sistema de valoración que se impone como obligatorio cuando el daño se ha ocasionado como consecuencia de la circulación de vehículos a motor y que, al establecer unos límites cuantitativos y unos criterios de valoración uniformes, impide atender a las pérdidas realmente sufridas en el caso concreto contra el principio general de reparación integral del daño que se deriva del artículo 1902 CC.

Desde la entrada en vigor de la Ley 30/95, la aplicación del baremo por los tribunales dio lugar a que se plantearan diez cuestiones de inconstitucionalidad, en relación a los artículos 1.2, DA , párrafos 1, 5 y 7 del apartado 1 y Tabla V del Anexo de la LRCSVM, que han sido resueltas por la STC que ahora comentamos. Con anterioridad, el TS se había mostrado contrario a la aplicación incondicional de los mismos por distintos motivos. No obstante, debido a que la valoración de los daños es una función discrecional del Juez

de Primera Instancia, no recurrible en casación, salvo si se ha basado en hipótesis o en pruebas erróneamente apreciadas, los pronunciamientos del TS como *obiter dicta*, no tenían valor de jurisprudencia y, en consecuencia, no impedirían que el sistema de valoración tasada se continuara aplicando.

Las cuestiones planteadas fundaban la inconstitucionalidad del baremo en la infracción de diversos preceptos de la CE, que el TC articula en torno a tres núcleos argumentales, a los que denomina: *vertiente sustancialista, vertiente sustantiva o relacional y vertiente procesal*:

a) *Vertiente sustancialista* (art. 15 CE: Derecho a la vida y a la integridad física).—En las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas se entendía que estos derechos eran vulnerados por el baremo, al impedir éste la plena e íntegra reparación del daño personal causado en el ámbito de la circulación de vehículos a motor. Por su parte, el TC señala que «*la Ley 30/95 por la que se introdujo el baremo no desarrolla ni regula el derecho a la vida y a la integridad física y moral que reconoce el artículo 15 CE, aunque, según veremos, sus contenidos tengan incidencia directa sobre los bienes de la personalidad a los que aquellos derechos sirven...*» (FJ 8), a ello añade que «*ese mandato constitucional de protección suficiente de la vida y la integridad personal no significa que el principio de total reparación del dañado encuentre asiento en el artículo 15 de la Constitución...*», y que «*en el plano constitucional no es posible confundir la reparación de los daños a la vida y a la integridad personal (art. 15 CE) con la restauración del equilibrio patrimonial perdido como consecuencia de la muerte o de las lesiones personales padecidas...*» (FJ 8). Por el contrario, según el TC, «*si en el ámbito de la responsabilidad civil la vida y la integridad (física y moral) han de ser objeto de cuantificación dineraria o patrimonial, el más elemental respeto a la dignidad humana (art. 10.1 CE) obliga a que aquella sea la misma para todos*» (FJ 9). Por todo ello, entiende que ningún reparo puede oponerse a las normas cuestionadas desde la perspectiva del artículo 15 CE.

b) *Vertiente sustantiva o relacional*.—Se incluye en ella el análisis de los artículos 14 (igualdad) y 9.3 en relación con el 1 CE (interdicción de la arbitrariedad)

b.1) Artículo 14 CE: Derecho a la igualdad en conexión con el valor superior de la justicia y el principio de interdicción de la arbitrariedad.—Según los Tribunales que impugnaban el baremo, el sistema legal de valoración del daño introduce una discriminación injustificada entre las personas que sufren daños corporales como consecuencia de un accidente de circulación y aquellas otras que sufren idéntico daño a causa de una contingencia distinta. Las primeras tienen limitada la indemnización por la cuantía máxima y criterios que señala el baremo, mientras que las segundas tendrán derecho a obtener la reparación integral del daño sufrido. Por otra parte, y con apoyo en los mismos preceptos constitucionales, señalan que el baremo hace una irrazonable diferenciación entre los daños personales y los daños en los bienes o cosas, ya que sólo los daños personales quedan limitados, no ocurriendo lo mismo con los daños en las cosas. Por último, también se argumentaba en algunas de las cuestiones planteadas que, como consecuencia de la aplicación del baremo, se produce un tratamiento igual de supuestos manifiestamente desiguales, con la correspondiente vulneración del derecho que reconoce el artículo 14 de la Constitución.

En respuesta a estos argumentos que pretenden fundamentar la inconstitucionalidad del baremo en el artículo 14 CE, el TC señala que: «*De la Cons-*

titución no se deriva que el instituto de la responsabilidad civil extracontractual tenga que ser objeto de un tratamiento normativo uniforme e indiferenciado ni, como es obvio, la Norma fundamental contiene una prohibición por la que se impida al legislador regular sus contenidos adaptándolos a las peculiaridades de los distintos contextos en que se desenvuelven las relaciones sociales», y añade que «el legislador ha establecido una diversidad de regímenes jurídicos especiales en materia de responsabilidad civil extracontractual que se aplica a todos por igual...», destacando que «la concreta regulación diferenciada que se cuestiona no se ha articulado a partir de categorías de personas o grupos de las mismas, sino en atención exclusivamente al específico ámbito o sector de la realidad social en que acaece la conducta o actividad productora de los daños» (FJ 11). En cuanto a los diferentes regímenes jurídicos que se establecen para la reparación de los daños a las personas y a las cosas, la sentencia insiste en que «la regulación legal se aplica por igual a todas las personas y en todas las circunstancias, sin que se constate la existencia de factores injustificados de diferenciación entre colectivos diversos» (FJ 11). Por último, en relación al artículo 14 de la CE, el TC reitera lo que ya había establecido en sentencias anteriores, señalando que «el derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución no consagra un derecho a la desigualdad de trato..., ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual» (FJ 11).

b.2) Artículo 9.3 CE en relación al artículo 1.1 CE (Principio de interdicción de la arbitrariedad en conexión con el valor superior de la justicia).—En las cuestiones de inconstitucionalidad se sostenía que el sistema de valoración de daños personales introducido por la Ley 30/95 había creado, sin justificación objetiva alguna, un estatuto de excepción para los daños corporales ocasionados por la conducción de vehículos a motor que perjudicaba a las víctimas y favorecía a los conductores negligentes, produciendo así un enriquecimiento injusto de estos últimos y un correlativo sacrificio de derechos de los perjudicados debido a la restricción legal del resarcimiento del lucro cesante. A ello se añadía que este sistema, que se aparta del régimen general, es arbitrario porque no responde a ningún interés colectivo. En relación a la falta de justificación objetiva de la especialidad, el TC señala, sin embargo, que: «Existen poderosas razones para justificar objetivamente un régimen jurídico específico y diferenciado en relación a los daños producidos como consecuencia de la circulación de vehículos a motor. Así la alta siniestralidad, la naturaleza de los daños ocasionados y su relativa homogeneidad, el aseguramiento obligatorio del riesgo, la creación de fondos de garantía supervisados por la Administración (Consortio de Compensación de Seguros)» (FJ 13). Por otra parte, el TC justifica la especialidad del régimen establecido en el ámbito de la circulación de vehículos a motor en base a la situación jurídica preexistente a la promulgación de la ley que originaba una verdadera disparidad de criterios judiciales en la determinación de las cuantías indemnizatorias, lo que era causa de una gran inseguridad jurídica y permanentes agravios comparativos.

Tampoco considera que el sistema sea arbitrario por aplicarse sólo a los daños personales y no a los materiales, ya que según el TC esta diferencia se justifica ya que: «Los daños a las cosas no ofrecen especiales dificultades en orden a su valoración y cuantificación, puesto que son daños producidos en bienes que se encuentran en el tráfico comercial y que, como tales, cuentan

con un valor-precio susceptible de ser objetivamente evaluado con arreglo a criterios ciertos que determina el mercado. Obviamente, no puede decirse lo mismo respecto a los daños a las personas o daños corporales, cuya traducción a valores de mercado, por ser «res extra commercium», depende de pautas ajenas a la mera consideración económica, mucho más estimativas y difíciles de objetivar. Dificultad en la valoración y cuantificación que se muestra en toda su intensidad cuando se trata de compensar, mediante el pago de una indemnización, el denominado daño moral» (FJ 14).

Otro de los motivos que, a juicio del TC, determinaba el carácter no arbitrario del sistema de valoración introducido por la Ley 30/95 era que éste se inscribía en un contexto de responsabilidad civil cuasiobjetiva que justificaba la limitación. Es aquí donde se abre una brecha que lleva a la declaración de inconstitucionalidad de algunas de las disposiciones cuestionadas, que se justifican sólo en un sistema de responsabilidad por riesgo que persigue la socialización del daño causado en este ámbito. Por ello, según el TC, «*cuando concurre culpa exclusiva del conductor causante del accidente relevante y en su caso, judicialmente declarada, ya no cabe acoger tal justificación»*. Con este argumento se enjuicia la Tabla V del Anexo que contempla las «*indemnizaciones por incapacidad temporal*» dividida en dos apartados. En el apartado A [«*Indemnizaciones básicas (incluidos daños morales)*»] se valoran los daños corporales que transitoriamente se hubieran causado, mediante la fijación de un módulo por días de baja hospitalaria o no hospitalaria. En el apartado B («*Factores de corrección*»), se atiende a la reparación de los perjuicios económicos que directamente se hubieran causado por esta contingencia. En cuanto a la valoración del daño corporal llevada a cabo en el apartado A) de la referida Tabla V, el TC justifica su homogeneización por las razones ya señaladas anteriormente. Por el contrario, en relación a su apartado B), al enjuiciarla en base al principio de interdicción de la arbitrariedad, el TC tiene en cuenta el tratamiento que en la Ley se confiere a la culpa, como título de imputación del daño (sólo se atiende a la culpa de la víctima y ello con objeto de limitar o excluir el derecho a la indemnización). Por otra parte, recuerda que el legislador sólo excluye del sistema de valoración los daños ocasionados a consecuencia de delitos dolosos (criterio 1, apartado 1 del Anexo), sin hacer la exclusión a los causados por culpa relevante. Ante este tratamiento legal de la culpa, el TC señala que «*...resulta manifiestamente contradictorio con este esquema de imputación que cuando concurre culpa exclusiva del conductor la víctima tenga que asumir parte del daño que le ha sido causado por la conducta antijurídica de aquel. Es esta una consecuencia que no se acomoda al mandato de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE, en cuanto el sistema valorativo utiliza el título de imputación culpa siempre en sentido favorable o beneficioso para quien incurriendo en un ilícito, produjo el daño personal y los consiguientes perjuicios económicos...*» (FJ 17). A ello añade que «*la opción acogida por el legislador en relación con la indemnización de los perjuicios económicos derivados de las lesiones temporales no sólo entremezcla conceptos indemnizatorios heterogéneos y susceptibles de un tratamiento diferenciado, sino que, por una parte, su incorporación al sistema de valoración como simple factor de corrección de la indemnización básica impide injustificadamente su individualización, mientras que, de otro lado, se obliga injustificadamente a la víctima del hecho circulatorio a soportar una parte sustancial de las pérdidas económicas derivadas del daño personal padecido, con el ilógico resultado de convertir la culpa en un título de imputación que, paradójicamente, siempre opera en*

perjuicio de los legítimos derechos de la víctima. Por todo ello, sólo cabe concluir que el apartado B) de la Tabla V del Anexo, en la concreta configuración legal de los “perjuicios económicos” allí contenida, establece un límite irrazonable y carente de toda justificación al derecho de resarcimiento de la víctima, con resultado arbitrario y, por lo tanto, contrario al artículo 9.3 de la Constitución» (FJ 17).

c) *Vertiente procesal.*—La última duda sobre la constitucionalidad del baremo, según los Jueces que lo impugnan, deriva del hecho de que éste uniforma los criterios valorativos y limita el arbitrio judicial, llegando al extremo de eliminar toda capacidad de estimación en el juzgador, lo que resulta contrario al principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional consagrado en el artículo 117.3 CE. Sin embargo, según el TC, de este principio contenido en el artículo 117.3 CE *«no puede inferirse la existencia de una correlativa prohibición impuesta al legislador, por la que se condicione su libertad de configuración para elegir el nivel de densidad normativa con que pretende regular una determinada materia»*, y que de ello *«no se deriva restricción alguna de las facultades pertenecientes a los Jueces y Tribunales para el ejercicio exclusivo “de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado...” por lo que no cabe apreciar infracción de este precepto constitucional»* (FJ 19).

Seguidamente se enjuicia si la valoración legal cuestionada se ajusta a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE, ya que, en las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas los Jueces proponentes consideraban que la aplicación del baremo impide a las víctimas del evento dañoso acreditar procesalmente que las pérdidas patrimoniales sufridas a consecuencia de las lesiones corporales son superiores a las fijadas por el legislador. El TC, tras poner de manifiesto el carácter exclusivo y excluyente del sistema legal, su alto grado de exhaustividad y el hecho de que éste no deja resquicio alguno a la excepción, reconoce que *«la configuración normativa de la analizada tabla V, referida a la indemnización de las lesiones temporales, determina que la pretensión resarcitoria de las víctimas o perjudicados no pueda ser efectivamente satisfecha en el oportuno proceso, con la consiguiente vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1. CE)»* (FJ 20).

En definitiva, la sentencia comentada declara inconstitucional el inciso final *«y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla»* del apartado c) del criterio segundo (explicación del sistema), así como el total contenido del apartado B) de la Tabla V del Anexo de la LRCSCVM por violación de los artículos 9.3 y 24.1 CE, pero *«no de forma absoluta o incondicional, sino únicamente en cuanto tales indemnizaciones tasadas deban ser aplicadas a aquellos supuestos en que el daño a las personas determinante de la incapacidad temporal tenga su causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo»* (FJ 21).

Por último, de entre los diferentes votos particulares emitidos en relación a esta STC, parece conveniente resaltar el formulado por el Magistrado Conde Martín de Hijas, en el que pone de manifiesto que los argumentos utilizados para declarar la inconstitucionalidad del apartado B) de la Tabla V son también aplicables a los perjuicios del mismo signo, limitados en otras tablas no cuestionadas (II y IV), y que, como consecuencia lógica del artículo 39 LOTC, el pronunciamiento del TC podía haberse hecho extensivo a éstas.

STC 189/2000, de 10 de julio («BOE» 11-8-2000).

RA: Estimado.

Ponente: Casas Baamonde.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva. Retracto. Consignación mediante aval o fianza.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1 CE, 55.1.c) LOTC y 1618 ss. LEC.

La discrepancia surgida entre un Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial, respecto de una interpretación de la legalidad ordinaria, es cuestión que excede los límites de la competencia del TC y sobre la cual no puede éste entrar a decidir (FJ 4). Sin embargo, en cuanto la diversidad de criterios aplicados al proceso puede llegar a conculcar el derecho a la tutela judicial efectiva de los litigantes, resulta procedente el examen del recurso planteado.

El asunto trae causa de la demanda de retracto planteada por la empresa recurrente, arrendataria de una nave industrial, contra el propietario de la misma. El Juez de instancia consideró que, tras la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1618 LEC en sede de retracto, concretamente el requisito de consignar el precio de la transmisión si es conocido, motivo por el que rechazó por dos veces el aval bancario presentado por la demandante. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial consideró que el hecho de que al procedimiento de retracto le sean aplicables los trámites del juicio de cognición no impide la aplicación del artículo 1618 LEC y de un requisito esencial como es el de la consignación del precio que, además, no puede sustituirse por un aval bancario cuando, como en el presente caso, es conocido.

El TC acoge el recurso planteado contra esta decisión que vulnera doctrina sentada en la STC 145/1998, de 30 de junio, por la que se declara que la no admisibilidad de mecanismos como el aval o la fianza para dar cumplimiento al requisito de la consignación resulta excesivamente oneroso y desproporcionado respecto de la finalidad de garantía que inspira dicho requisito procesal (FJ 4). Pero además se afirma que, aunque no corresponde al TC pronunciarse sobre la aplicabilidad o no del artículo 1618 LEC, la disparidad de criterios existente entre las dos instancias ha originado lesión del artículo 24.1 CE, pues *«no cabe posteriormente, en la segunda instancia, desestimar la demanda por el incumplimiento de un requisito procesal que el Juzgado consideró inaplicable»* (FJ 4).

STC 198/2000, de 24 de julio («BOE» 24-8-2000).

RA: Desestimado.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Tutela judicial efectiva. Responsabilidad civil *ex delicto* y responsabilidad civil por culpa o negligencia. La naturaleza de la acción judicial y el régimen jurídico de la prescripción aplicable son cuestiones de mera legalidad.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1 CE, 1092 y 1902 CC

Los hechos que motivan el presente recurso provienen de una demanda sobre reclamación de daños y perjuicios por lesiones, interpuesta en su día

por el hoy recurrente en amparo tras el sobreseimiento provisional de la causa penal. El recurrente entendía que se había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva por la interpretación judicial de la naturaleza de la acción indemnizatoria ejercitada. Para él la acción era *ex delicto* (art. 1092 CC.) —pese a haber sido despenalizada la conducta causante de las lesiones— y no la acción del artículo 1902 CC. Además planteaba que, aunque pudiera considerarse ejercitada esta segunda acción, el *dies a quo* debía computarse desde el momento en que el perjudicado tuvo conocimiento de quienes les causaron las lesiones.

El TC reitera la doctrina por él establecida de que no le corresponde indicar la interpretación que se ha de dar a la legalidad ordinaria y, por ello, a las normas sobre la naturaleza, existencia, plazos, cómputo e inicio de la prescripción de un acción. Todo ello es cuestión de mera legalidad, carente de relevancia constitucional (FJ 2). En este caso, el TC mantiene que no ha existido la lesión invocada porque la acción ejercitada fue la extracontractual del artículo 1902 CC y no la del artículo 1092 CC. Una vez despenalizada la conducta enjuiciada, faltaba el presupuesto para ejercer la acción *ex delicto* (FJ 3). Además, la acción se interpuso extemporáneamente, habiendo prescrito el plazo del artículo 1968.2 CC. Éste debía computarse desde la fecha en que se dictó el Auto de sobreseimiento provisional de la causa penal (FJ 4).

STC 204/2000, de 24 de julio («BOE» 24-8-2000).

RA: Estimado.

Ponente: Viver Pi-Sunyer.

Conceptos: Derecho a la intimidad personal. Reclusos.

Preceptos de referencia: Artículo 18.1 CE.

Se trata de un recurso de amparo de naturaleza mixta, pues se dirige a la vez contra el Acuerdo sancionador adoptado por la Comisión Disciplinaria de un Centro Penitenciario con relación a un recluso que se negó a desnudarse a fin de ser sometido a un cacheo, después de haber mantenido una comunicación íntima, y contra dos Autos dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que resolvieron sendos recursos de alzada y reforma, ratificando las decisiones adoptadas. En el Acuerdo sancionador se apreciaba la existencia de dos faltas graves consistentes, una, en desobediencia o resistencia pasiva al cumplimiento de las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones; y otra, en calumniar, injuriar, insultar y faltar gravemente al respeto y consideración debidos a autoridades, funcionarios y otras personas. Por ellas se imponían al recluso desobediente dos sanciones consistentes en veinte días de privación de paseos y actos recreativos.

El TC considera que el Acuerdo sancionador ha lesionado el derecho a la intimidad personal del recluso por cuanto se aprecia, recogiendo doctrina sentada en la STC 57/1994, de 28 de febrero, que la medida de control adoptada para impedir la introducción en el Centro Penitenciario de estupefacientes u objetos peligrosos no se encuentra justificada específicamente en atención a la conducta previa del interno o las condiciones del Centro, ni se advierte que fuese llevada a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación de aquel derecho esencial (FJ 4). La vulneración del derecho a la intimidad por parte del Acuerdo sancionador conlleva su anu-

lación, como también la de los Autos judiciales que declararon ser aquel ajustado a Derecho.

STC 229/ 2000, de 2 de octubre («BOE» 7-11- 2000).

RA: Estimado parcialmente.

Ponente: Cachón Villar.

Conceptos: Tutela judicial efectiva. Ejecución de sentencias civiles y tercero registral adquirente de buena fe. Derecho a ser parte en la ejecución.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1 CE, 270 LOPJ y 260.2 LEC 1881.

Los demandantes de amparo adquirieron una vivienda mediante compraventa, otorgada en escritura pública e inscrita en el Registro de la Propiedad, de quienes eran sus titulares registrales. Dicho inmueble provenía de la división de una mayor finca consistente en un elemento privativo de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal. Los Estatutos de la Comunidad de Propietarios habían previsto que los propietarios pudieran dividir, segregar o agrupar los diferentes elementos privativos sin necesidad de consentimiento de la Junta de la Comunidad, razón por la cual el vendedor había practicado dicha división y la había inscrito en el Registro. La inscripción de la división era anterior a la venta a favor de los hoy recurrentes. Con anterioridad a la transmisión, el anterior propietario había interpuesto demanda para, entre otras pretensiones, obtener la nulidad de los acuerdos de la Junta de la Comunidad, de manera que se declarase su derecho a dividir la finca. La Comunidad formuló demanda reconvenional al respecto y el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando nula la norma estatutaria antes indicada, estableciendo que el propietario no tenía derecho a dividir la vivienda y declarando, asimismo, la nulidad de la escritura de división y los correspondientes asientos registrales. La sentencia fue confirmada en segunda instancia y devino firme.

Al instarse la ejecución de la sentencia, se acordó notificar la correspondiente resolución judicial a los hoy demandantes de amparo, quienes recurrieron contra la misma alegando que la ejecución no podía llevarse a cabo contra ellos al no haber sido demandados ni condenados en el juicio. El Juzgado no admitió a trámite el recurso por entender que los recurrentes carecían del carácter de parte en las actuaciones. Esta resolución fue también recurrida, reiterando la argumentación inicial. El Juzgado también reiteró su decisión, indicando que el derecho a la tutela judicial efectiva se rechazaba por haberse ejercitado por una vía errónea. Entonces los recurrentes instaron una nulidad de oficio de las anteriores resoluciones (ex arts. 238.3 y 240 LOPJ), reiterando la indefensión contraria al artículo 24 CE e indicando que las resoluciones cuya nulidad pretendían no debían haber sido Providencias, sino Autos. Esta solicitud no se admitió a trámite, por lo que los recurrentes solicitaron testimonio de lo actuado, que les fue denegado, sin perjuicio de poner los Autos a su disposición.

Los recurrentes en amparo invocan ante el TC la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, porque se intenta ejecutar contra ellos una sentencia dictada en un proceso en el que no han sido demandados, ni oídos, ni condenados y se les impide efectuar alegaciones, solicitando expresamente la nulidad de todas las providencias acordadas y la retroacción de las actuacio-

nes al momento anterior a la primera de ellas, la declaración de imposibilidad de dirigir la ejecución contra ellos y, subsidiariamente a lo anterior, la declaración de su derecho a ser tenidos por parte en el proceso de ejecución de sentencia.

El TC reitera su doctrina de que la ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva y es un principio esencial del ordenamiento, que comporta que sólo puedan ser llevadas a cabo válidamente contra el patrimonio del condenado, sin que quepa dirigir la ejecución contra personas ajenas al fallo que no hayan sido condenadas (FJ 2). Asimismo reitera que no cabe restringir la legitimación para intervenir en el proceso de ejecución sólo a quienes hayan sido parte litigante. Todos aquellos con un derecho o un interés legítimo afectado por la ejecución están habilitados para comparecer en el proceso de ejecución, aunque no hubieran sido litigantes en el proceso principal, siempre que no hubieran podido serlo y aleguen ese derecho o interés legítimo y personal que pueda verse afectado por la ejecución. El TC entiende que, por esa razón, los artículos 270 LOPJ y 260.2 LEC 1881 exigen la notificación de las resoluciones a las personas a quienes se refieran o puedan deparar perjuicio –y no sólo a las partes procesales–, porque están admitiendo implícitamente la posibilidad de que los que no sean parte en el proceso de ejecución puedan interponer los recursos que sean procedentes contra esas resoluciones así notificadas (FJ 3).

En el supuesto de Autos la primera de las providencias notificadas adoptaba medidas que afectaban directamente a los hoy demandantes de amparo (dejar sin efecto el asiento registral de la escritura de división de la finca, desafectar elementos comunes utilizados para la segregación y otras), de manera que de haberse llevado a cabo comportarían la nulidad e ineficacia de su título de adquisición, dejando de ocupar pacíficamente el inmueble que, legítimamente y confiados en lo que el Registro publicaba, compraron en su día (FJ 4).

El TC indica que el Juzgado interpretó la normativa procesal de forma contraria al principio de interpretación más favorable al acceso a la jurisdicción para la defensa de los derechos y libertades y otorga el amparo, declarando el derecho de los recurrentes a intervenir como parte en el proceso de ejecución y estimando las pretensiones formuladas, salvo la relativa a la imposibilidad de dirigir la sentencia contra ellos por tratarse de cuestión que deberá plantearse en el propio proceso (FJ 5).

STC 236/2000, de 16 de octubre («BOE» 17-11-2000).

RA: Desestimado.

Ponente: Mendizábal Allende.

Conceptos: Reclamación de paternidad de hijo extramatrimonial. Legislación aplicable. Navarra. Restricción de la legitimación. Pluralidad de Derechos civiles y principio de igualdad.

Preceptos de referencia: Artículos 14, 39, 53.1 y 149.1.8 CE.

El problema que resuelve esta sentencia surge a raíz de la diversidad legislativa que, en materia civil, admite nuestra Constitución. Se plantea en Navarra una acción de reclamación de paternidad de un hijo extramatrimonial, que es desestimada por falta de legitimación del demandante. En efecto,

la Ley 71 del Fuero Nuevo de Navarra establece que *«los hijos no matrimoniales podrán ejercitar la acción conducente a la declaración de paternidad o maternidad...»*. En cambio, no hay ningún precepto que legitime a los progenitores, por lo que carecen de acción para reclamarla. El recurrente entiende que la inexistencia de una norma que impide el ejercicio de esa acción, supone vulneración del principio de igualdad, que si bien en un principio se imputa a la sentencia, en realidad y si fuera el caso, tendría su origen precisamente en la existencia de normativa propia en la Comunidad Autónoma. Desde esta óptica, la única que constitucionalmente es revisable, es desde la que el TC resuelve.

Lo primero que conviene concretar es precisamente el problema de la legislación aplicable. La CE establece que las normas para resolver los conflictos de leyes son competencia del Estado. Y éste ha resuelto los problemas derivados de los conflictos internos en el Código civil. Concretamente, en su artículo 14.1 señala que *«la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determinará por la vecindad civil»* y que ésta determina, entre otras, las normas que deben resolver los conflictos derivados de la filiación, cuya materia se regirá *«por la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo»*.

Responde esta explicación al presupuesto del planteamiento del caso. El hijo, cuya filiación quiere reclamar el recurrente, es nacido de madre navarra y tiene allí su residencia. En consecuencia su Ley personal es la navarra. Este hecho no ha sido cuestionado por el recurrente, que lo admite expresamente. Su planteamiento es otro y pasa por considerar que se produce una lesión en su derecho a ser tratado igual que otro «padre reclamante» por el hecho de que la ley de Navarra, a la que debe someterse por razón de vecindad del hijo cuya filiación se reclama, no admite (como, por el contrario, sí hace el Código Civil) la legitimación de quien se cree padre, limitando el ejercicio de la acción al propio hijo o a los descendientes de éste si hubiera fallecido durante la menor edad o estado de incapacitación.

Lo que se está planteando en el fondo de este proceso es la legitimación de las Comunidades Autónomas con competencia legislativa en materia civil, no tanto para establecer su propia legislación como para hacerla más restrictiva. En este sentido, la sentencia señala que en *«la sentencia de la Sala Civil del TSJ Navarra [...] se explican con precisión sus consecuencias cuando afirma que tratándose –el “Fuero Nuevo” de Navarra– de un sistema completo, cerrado, que regula la materia del modo indicado, no procede su integración por el Derecho Supletorio, ya que ello supondría tanto como dejar de aplicar las normas que en Navarra regulan la materia. Corresponde, por tanto, a la ley personal del hijo, al Derecho Foral navarro, la decisión de quiénes sean las personas legitimadas para el ejercicio de la acción [...] Pues bien, el legislador, en este caso el foral de Navarra, ha ejercido su libertad de configuración normativa dentro de la competencia que tiene reconocida a la hora de proceder a la elección de quien está legitimado y de la designación de las personas que, en el ámbito específico de aplicación del Derecho Especial de Navarra, ostentan poder para la interposición de la demanda para el reconocimiento de la filiación no matrimonial»* (FJ 5).

STC 242/2000, de 16 de octubre («BOE» 17-11-2000).

RA: Estimado.

Ponente: Viver Pi-Sunyer.

Conceptos: Baremos indemnizatorios. Derecho a la igualdad e interdicción de la arbitrariedad. Tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Artículos 9.3, 14 y 24 CE, y DA 8.ª de la Ley 30/95, de 8 noviembre.

La recurrente en amparo cuestiona de nuevo la constitucionalidad del baremo introducido mediante Anexo en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, por impedir la reparación íntegra del lucro cesante en los casos en los que la víctima ha sufrido daños personales. El TC reitera la doctrina vertida en la STC 181/2000, a la que nos remitimos, considerando inconstitucional el apartado B) de la Tabla V del mencionado Anexo, cuando los daños se han ocasionado mediante culpa relevante del autor, porque en estos casos *«establece un límite irrazonable y carente de toda justificación al derecho de resarcimiento de la víctima, con un resultado arbitrario y, por lo tanto, contrario al artículo 9.3 CE y al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)»* (FJ 5).

STC 244/2000, de 16 de octubre («BOE» 17-11-2000).

RA: Desestimado.

Ponente: Casas Baamonde.

Conceptos: Baremos indemnizatorios. Beneficiarios de las indemnizaciones. Derecho a la igualdad. Derecho a la tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Artículos 14, 15 y 24.1 CE, y DA 8.ª de la Ley 30/95, de 8 noviembre.

En este caso, las recurrentes en amparo pretenden la declaración de inconstitucionalidad del baremo introducido mediante anexo en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, cuestionando el hecho que dentro del elenco de familiares legitimados para reclamar las indemnizaciones por muerte, que contempla la Tabla I del mismo, no se encuentren los sobrinos u otros parientes que igualmente hubiesen podido sufrir daños a causa de esa contingencia. El TC, sin embargo, señala que la denegación de sus pretensiones no ha sido ocasionada por la aplicación del baremo, sino porque no se ha acreditado que el fallecimiento de su familiar les haya ocasionado otros daños que los derivados del sepelio, que sí les fueron reintegrados (FJ 4). De este pronunciamiento parece deducirse *a sensu contrario* que cualquier persona que pueda acreditar en juicio que la muerte de un pariente le ha producido algún tipo de perjuicio económico tendrá derecho a la indemnización aunque no se encuentre contemplado en el elenco de familiares que establece la Tabla I del baremo.

STC 282/2000, de 27 de noviembre («BOE» 4-1-2001).

RA: Desestimado.

Ponente: Garrido Falla.

Conceptos: Honor y prestigio profesional. Divulgación de las razones de un despido. Libertad de expresión e información.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1 CE y 7.7 LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección jurisdiccional del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen.

El TC se plantea la posible existencia de una colisión entre la protección del honor (art. 18.1 CE) y las libertades de expresión e información [art. 20.1 a) y d) CE] motivada por la emisión de una circular informativa por parte del Jefe de Personal de una empresa, a través de la que se comunicaba a la plantilla de la misma la decisión de despedir a una trabajadora, exponiéndose los motivos en que se basaba esta decisión y la opinión de la empresa sobre la actitud de la empleada despedida. Habiéndose declarado improcedente el despido por la jurisdicción laboral, el recurso de amparo se interpone contra la sentencia del Tribunal Supremo que, revocando las resoluciones adoptadas en primera instancia y apelación, desestima la demanda de protección civil del derecho al honor planteada por la trabajadora.

Después de recordar que en el concepto constitucional del honor tiene cabida el prestigio profesional, como se ha afirmado en las SSTC 40/1992, 223/1992, 46/1998 y 180/1999 (FJ 3), se analiza con detenimiento el contenido de la circular informativa, apreciando que ninguna de las afirmaciones contenidas en la misma, emitida después de que le hubiera sido notificado el despido a la trabajadora, constituye intromisión en su honor personal. Y ello a pesar de que la nota calificara de fraudulenta la actuación de la empleada, pues aunque la jurisdicción laboral consideró que no había quedado acreditada la intención de perjudicar a la empresa, dicha valoración efectuada por la demandada constituía el fundamento del despido disciplinario adoptado. Se afirma expresamente que *«la eventual lesión del derecho reconocido por el artículo 18.1 CE en la circular cuestionada no puede hacerse depender del resultado final de un litigio laboral sobre la procedencia o improcedencia del despido, cuestión ajena al contenido de la comunicación que informa sobre el mismo a la plantilla»* (FJ 5). La inexistencia de lesión del derecho al honor (art. 18.1 CE) con base en el comunicado de la empresa hace innecesario el análisis sobre si su difusión se halla o no protegida por el artículo 20.1 CE (FJ 6).

STC 283/2000, de 27 de noviembre («BOE» 4-1-2001).

RA: Desestimado.

Ponente: Jiménez de Parga.

Conceptos: Concepto de domicilio a efectos de la protección de su inviolabilidad.

Preceptos de referencia: Artículos 18.2, 24.1 y 24.2 CE y 87.2 LOPJ (derogado por LO 6/1998).

El recurrente solicita el amparo por entender que dos Autos de la jurisdicción penal autorizando la entrada de funcionarios municipales en el establecimiento hotelero y el local de almacenamiento de su titularidad, dictados en

razón de la ejecución de resoluciones administrativas de clausura de establecimiento, vulneraron su derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, así como la inviolabilidad de su domicilio.

El TC descarta la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio porque el recurrente no acredita que los referidos locales constituyan domicilio a efectos de la inviolabilidad protegida constitucionalmente. Aunque el artículo 87.2 LOPJ (ya derogado en el momento de dictar la sentencia) no se refería únicamente a la entrada en domicilio, sino también a la de edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de sus titulares, el demandante nada alega para poner de manifiesto que los locales formaran parte de su ámbito especial de vida íntima o familiar. En todo caso, en su demanda de amparo los identificó como locales, bar y almacén, por lo que el TC presume que no son domicilios, en el sentido del artículo 18.2 CE (FJ 2).

STC 290/2000, de 30 de noviembre («BOE» 4-1-2001).

Ponente: González Campos.

RRII: Desestimado. Voto particular de Jiménez de Parga y de Mendizábal Allende.

Conceptos: Tratamiento automatizado de datos y derecho fundamental a la protección de datos personales. Protección del honor, intimidad y otros derechos frente al uso de la informática. La libertad informática: ¿Un nuevo derecho fundamental? Carácter abierto o cerrado del elenco constitucional de derechos fundamentales. Conflicto competencial respecto a la Agencia de Protección de Datos (APD). Derogación sobrevenida de la norma recurrida.

Preceptos de referencia: Artículo 18.4 CE y LO 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal (LORTAD).

La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal (LORTAD), fue objeto de cuatro recursos de inconstitucionalidad, acumulados, tanto por motivos sustantivos (interpuestos por un grupo de Diputados y el Defensor del Pueblo) como competenciales (interpuestos por el Gobierno y el Parlamento de Cataluña). Los primeros quedaron sin objeto al haber sido derogada la LORTAD por la vigente Ley Orgánica 15/1999, de 23 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (LOPD). A este objeto, el TC aplica doctrina ya consolidada: *«Este Tribunal ha declarado reiteradamente en aquellos casos en los que los preceptos objeto de un recurso de inconstitucionalidad fueron impugnados por motivos distintos de los referidos al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la regla general es que su derogación al tiempo de resolver dicho recurso produce la extinción del mismo, por pérdida sobrevenida de su objeto. Con la reserva, claro es, de que un determinado precepto, pese a su derogación, pudiera continuar proyectando sus efectos sobre situaciones posteriores a ese momento si así de desprende con toda evidencia de los términos en los que tal derogación se ha producido»* (FJ 2). Por el contrario, si se trata de una controversia competencial que pervive tras la derogación de la Ley, es procedente pronunciarse, *«pues el criterio relevante para estimar en estos casos si se ha producido la pérdida sobrevenida de objeto no es tanto si la norma impugnada ha sido expulsada del Ordenamien-*

to por el legislador como determinar si con esa expulsión ha cesado o no la controversia existente» (FJ 4).

Conforme a la depuración efectuada por el TC, el conflicto se centró en el artículo 40.1 y 2 de la LORTAD, relativo a las funciones de la Agencia de Protección de Datos (APD); concretamente «en lo que respecta a los ficheros de titularidad privada radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma». Ello da ocasión al TC para pronunciarse sobre «el contenido del derecho fundamental a la protección de datos personales» reconocido en el artículo 18.4 CE, así como sobre la justificación constitucional de un órgano (la APD) con competencias en todo el territorio nacional.

Ante todo, la sentencia subraya que el artículo 18.4 CE «contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y el honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que es, además, en sí mismo un derecho fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática" (STC 254/93, FJ 6, doctrina que se reitera en las SSTC 143/94, FJ 7; 11/98, FJ 4; 94/98, FJ 6, y 202/99, FJ 2)» (FJ 7). Este derecho fundamental «a la "libertad informática" [...] garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales». En su virtud, le corresponde «consentir la recogida y uso de sus datos personales y a conocer los mismos», así como «ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad», pudiendo «oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos». En suma, concluye el TC, «el derecho fundamental comprende un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales» (FJ 7).

La APD, órgano equivalente a otros existentes en varios Estados europeos, sería la «dimensión institucional» del «régimen de protección de datos» establecido por la LORTAD (FJ 8). Como subraya el TC, «al dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 18.4 CE, el legislador, sin excluir en modo alguno el recurso último a los órganos jurisdiccionales [...], no ha querido, sin embargo, que la protección de datos personales frente al uso de la informática se lleve a cabo exclusivamente en vía judicial, esto es, cuando ya se ha producido una lesión del derecho fundamental. Por el contrario, ha querido que dicha protección se lleve a cabo mediante el ejercicio por la APD, con carácter básicamente preventivo, de las funciones de control de los ficheros tanto de titularidad pública como privada que la LORTAD le atribuye y, en su caso, a través de las reclamaciones de los afectados ante la APD» (FJ 10).

Según los recurrentes, «las actividades relativas a los ficheros automatizados de carácter personal no son en sí mismas el objeto de una materia competencial, sino que constituyen una actividad instrumental al servicio de otras actividades encuadrables dentro de otras materias sobre las que las Comunidades Autónomas pueden ostentar títulos competenciales». Contra esta argumentación, el TC señala que «el objeto de la Ley cuyos preceptos se han impugnado no es el uso de la informática, sino la protección de los datos personales. De suerte que esta protección mal puede estar al servicio de otros fines que los constitucionales en relación con la salvaguardia de los derechos fundamentales» (FJ 11). La competencia estatal resultaría de la necesidad de un tratamiento uniforme («cuando la LORTAD establece límites al uso de la informática en cumplimiento del mandato del artículo 18.4 CE, tales límites

han de ser los mismos en todo el territorio nacional», FJ 14), así como del principio que atribuye al Estado el «*establecimiento de aquellas “condiciones básicas” que hagan posible que el de [los derechos fundamentales] sea igual para todos los españoles*» (FJ 14).

El voto particular acepta el fallo, pero discrepa de la argumentación porque entiende que debió declararse de forma explícita que la sentencia «*reconoce y protege ahora un derecho fundamental, el derecho de libertad informática, que no figura en la tabla del texto de 1978*». A este objeto, el voto se extiende acerca del problema relativo al carácter cerrado o abierto del elenco constitucional de derechos fundamentales, proponiendo la expresa aceptación de una «*construcción jurisprudencial de la tutela de nuevos derechos fundamentales*» y su aplicación al «*derecho de libertad informática*». Este derecho, no recogido expresamente en la Constitución de 1978, tendría su eje vertebrador en el artículo 10.1 CE (dignidad de la persona) y unos «*cimientos constitucionales [...] más amplios que los que proporciona el artículo 18.4 CE*».

STC 292/2000, de 30 de noviembre («BOE» 4-1-2001).

Ponente: González Campos.

RI: Estimación parcial.

Conceptos: Libertad informática y control de los propios datos personales. Honor e intimidad. Intimidad y datos personales. Datos personales privados y públicos. Insuficiencia del derecho a la intimidad: relación entre los números 1 y 4 del artículo 18 CE. Diferente objeto y contenido de ambos derechos fundamentales.

Preceptos de referencia: Artículo 18.1 y 4 CE y Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal (LOPD).

El recurso fue interpuesto por el Defensor del Pueblo y afectaba a algunos incisos de los artículos 21.1 y 24.1 y 2 LPOD, excluidos del carácter orgánico por la DF 2 LOPD y en los que, en sustancia, se venía a dar ciertas atribuciones a la Administración en orden a la eventual restricción del derecho fundamental al control de los datos personales. La vulneración, a juicio del recurrente, derivaría en primer lugar de: «*La posibilidad prevista en la LOPD de que una norma reglamentaria pueda autorizar la cesión de datos entre Administraciones Públicas para ser empleados en el ejercicio de competencias o para materias distintas a las que motivaron su originaria recogida sin necesidad de recabar previamente el consentimiento del interesado (art. 21.1, en relación con lo dispuesto en los arts. 4.1.2, 5.4 y 5 LOPD), es decir, la cesión de datos inconsciente autorizada por una norma infralegal, soslaya que el artículo 53.1 CE reserva en exclusiva a la Ley la regulación y limitación del ejercicio de un derecho fundamental*». En segundo lugar, también chocarían con el artículo 18.1 y 4 CE las habilitaciones concedidas a la Administración en el artículo 24.1 y 2 para «*decidir discrecionalmente cuándo denegar al interesado la información sobre la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal; sobre la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información; del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que le sean planteadas; sobre las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; sobre la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; sobre la identidad y dirección del responsable del trata-*

miento o, en su caso, de su representante [art. 5.1, apdo. 2 LOPD, al que remite el art. 24.1 LOPD]; o para que también pueda decidir sobre cuándo denegar los derechos de acceso, rectificación y cancelación de esos datos personales [art. 24.2, en relación con los artículos 15.1 y 16.1 LOPD]».

Planteada la cuestión en estos términos, la sentencia comienza sentando doctrina acerca de la relación existente entre los derechos fundamentales a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la libertad o autodeterminación informática (art. 18.4 CE). La idea crucial –presente ya en los debates constituyentes– es que se trata de derechos diferentes, de modo que el primero no habría sido suficiente para la defensa de las personas contra los abusos derivados del uso de la informática.

Lo que se ha dado en llamar «libertad informática» es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, cuyo itinerario jurisprudencial resume muy bien la sentencia que nos ocupa: «El artículo 18.4 CE fue esgrimido por primera vez en el caso de un ciudadano a quien la denegó el Gobierno civil de Guipúzcoa información sobre los datos que sobre su persona poseía [STC 254/93]. Y lo dicho en esta pionera sentencia se fue aquilatando en las posteriores, como la relativa al NIF [STC 143/94] o la que declaró contrario a la libertad sindical (art. 28 CE) [...] el uso por una empresa del dato de la afiliación sindical para distraer haberes de los trabajadores con ocasión de una huelga promovida por determinado sindicato [STC 11/98, cuya doctrina reiteró una larga serie de sentencias posteriores, destacando la STC 94/1998], o finalmente y hasta la fecha, la STC 202/1999 en la que, con ocasión de la denegación a un trabajador de la cancelación de sus datos médicos en un fichero informatizado de una entidad de crédito sobre bajas por incapacidad temporal, se apreció que el almacenamiento sin cobertura legal en soporte informático de los diagnósticos médicos del trabajador, sin mediar su consentimiento expreso, constituía una desproporcionada restricción del derecho fundamental a la protección de los datos personales» (FJ 5). A esta relación habría que añadir ahora la STC 290/2000, que resolvió diversos recursos contra la LORTAD.

Tras ese repaso el TC se extiende ampliamente –y de forma un tanto reiterativa– acerca de las diferencias entre los artículos 18.1 y 18.4 CE, centradas tanto a su objeto (qué protegen) como en su contenido (qué facultades atribuyen a su titular).

En cuanto a lo primero, el objeto del derecho a la intimidad es más restringido que el derecho a la libertad informática o a la protección de datos personales. Éste «*extiende su garantía no sólo a la intimidad [sino también] a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar o cualquier otro bien constitucionalmente amparado*». Por ello, sigue la sentencia, el derecho fundamental del artículo 18.4 CE «*no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino [que alcanza] a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales. [...] Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos que, por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado*». Los datos amparados, concluye el TC, «*son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utili-*

dad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo» (FJ 6).

En cuanto a lo segundo, también hay diferencias de contenido. A diferencia del artículo 18.1 CE, *«que confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido [...], el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales» (FJ 6).*

A partir de la anterior doctrina, la segunda parte de la sentencia se centra en el análisis de los límites del derecho fundamental a la libertad informática o de protección de datos personales y, acto seguido, en las restricciones impuestas en los preceptos de la LOPD objeto del recurso. A este respecto, recuerda la sentencia que también este derecho fundamental está sujeto a límites, como los derivados de la necesaria seguridad del Estado y la persecución del delito. Pero ello no debe traducirse en una falta de garantías para las personas. En el caso planteado, tanto la posibilidad de regulación reglamentaria de la cesión de datos entre Administraciones (aunque no en sí misma, sino por la falta de concreción) como la discrecionalidad administrativa en orden a las facultades que integran el derecho fundamental del artículo 18.4 CE son juzgadas inadmisibles por el TC: *«Los motivos de limitación adolecen de tal grado de indeterminación que deja excesivo campo de maniobra a la discrecionalidad administrativa, incompatible con las exigencias de la reserva legal en cuanto constituye una cesión en blanco del poder normativo que defrauda la reserva de ley. Además, al no hacer referencia alguna a los presupuestos y condiciones de la restricción, resulta insuficiente para determinar si la decisión administrativa es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo dispuesto por el legislador» (FJ 18).*

STC 311/2000, de 18 de diciembre («BOE» 16-1-2001).

RA: Estimado.

Ponente: Conde Martín De Hijas. Voto particular del ponente.

Conceptos: Separación matrimonial de persona incapacitada. Derechos fundamentales. Tutela judicial efectiva de los Jueces y tribunales. Acceso a la jurisdicción. Derecho a ser parte en un proceso. Tutora de hija incapacitada. Tutela y actos personalísimos. Negación de la legitimación para interponer demanda de separación matrimonial contra el esposo de aquélla.

Preceptos de referencia: Artículos 14, 24.1 y 32.1 CE.

El presente recurso de amparo tiene como objeto la impugnación de dos sentencias que negaron a la demandante, madre y tutora de la incapacitada, la legitimación activa en sendos procesos, uno de ellos de separación matrimo-

nial y medidas provisionales, con base en el carácter personalísimo de las acciones ejercitadas, que impedía la sustitución de la incapaz por su tutora. Los derechos fundamentales que la recurrente considera vulnerados, y por los que solicita el amparo, son los de igualdad del artículo 14 CE y de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

El primer punto que conviene tomar en consideración es un problema de legitimación. En efecto, la LEC en su artículo 2 señala que *«sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Para los que no se hallen en este estado comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad con arreglo a derecho»*. Pues bien, la tutora de la incapaz se encuentra en una situación de difícil salida: le niegan la posibilidad de defender los bienes de su tutelada a través del ejercicio de la reivindicatoria y le niegan, posteriormente, el ejercicio de la acción de separación matrimonial y la adopción de medidas provisionales. Como puede observarse, se acaba produciendo un hecho paradójico que conduce a la falta de tutela de los derechos individuales: la incapacidad no puede actuar por prohibirlo la ley y la tutora no puede actuar porque le deniegan la legitimación.

El TC recuerda en esta sentencia su doctrina sobre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales que reconoce el artículo 24.1 CE, y lo hace señalando que *el primer contenido [...] es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 220/1993, FJ 3). No se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal. En cuanto derecho prestacional es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido y establecen los presupuestos y requisitos para su ejercicio, las cuales pueden establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (SSTC 140/1993, FJ 6, y 12/1998, FJ 4, entre otras). De este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (SSTC 4/1988, FJ 5; 141/1988, FJ 7). También puede verse conculcado el derecho de acceso a la tutela por aquellas interpretaciones de las normas que son manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquella causa preserva y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión no sea arbitraria o irrazonable (por todas, STC 35/1999, FJ 4, y las en él citadas)» (FJ 3).*

¿Existe un interés legítimo en este caso al que se le haya denegado el acceso a la tutela? La respuesta del TC es afirmativa, señalando que *«el único medio de defensa jurídica del incapaz, cuando su cónyuge no consiente la separación, es precisamente el ejercicio de tal acción» (FJ 4)*. De manera que la existencia de criterios desproporcionados o de formalismos excesivos,

máxime como en este caso en el que la existencia de los denominados «actos personalísimos» responde a criterios doctrinales y no está basada en norma legal alguna, no puede justificar la indefensión en la que los Jueces colocan a esta persona.

El segundo argumento de la recurrente en amparo era, justamente, que a través de la denegación de acceso a los Tribunales se conculcaba el principio de igualdad. También en este aspecto el TC resuelve en un sentido favorable a las pretensiones de la instante al afirmar que *«el cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción respecto al cónyuge incapaz producido por las sentencias recurridas, aparte de que no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela, constitucionalmente necesarias para impedir el acceso a la justicia, desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del artículo 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces, y del artículo 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio; por lo que resulta vulneradora del artículo 14 CE»* (FJ 5).

A la sentencia se le añadió un voto particular del mismo Ponente, concurrente con la fundamentación y el fallo, aunque adicionándola con la aclaración, por considerar que la sentencia era especialmente «autocontenida». Interesa destacar de este voto particular el siguiente argumento contenido en el punto 2 de la argumentación: *«El artículo 267 CC concede al tutor una facultad de representación del incapacitado, que no tiene más restricciones que las que el propio precepto establece, en función de cuya facultad legal resulta clara, “prima facie”, la legitimación procesal del tutor, que las sentencias recurridas le han negado. Según ese precepto, sólo quedan fuera de la representación del tutor aquellos actos que el incapacitado puede realizar por sí solo, bien sea por disposición expresa de la Ley, bien de la sentencia de incapacitación. Pero el precepto no distingue entre tipos de actos personalísimos o no personalísimos para definir el ámbito de las facultades representativas del tutor. La distinción se establece sólo entre lo que puede, o no, hacer por sí mismo el incapacitado; y ello, refiriendo lo que puede hacer, en cuanto base de exclusión de la facultad representativa del tutor, a una disposición de la Ley, que ha de ser expresa, o de la sentencia de incapacitación, posibilidades de hacer que en este caso no están establecidas ni en la Ley ni en la sentencia de incapacitación. [...] No existe, pues, base legal inequívoca que preste fundamento a la distinción entre actos personalísimos o no personalísimos, en cuanto complemento interpretativo o matización del alcance del artículo 267 CC, para desembocar con esa distinción en una restricción del ámbito representativo del tutor, que ha sido en este caso la base de la negativa de acceso a la justicia en nombre del incapacitado»*. Como concluye el autor del voto particular, la distinción entre actos personalísimos y no personalísimos conduce al resultado de que el incapacitado, que ha llegado a su situación después de casado, se encontrará en la imposibilidad de instar la separación de su matrimonio, pese a que para ella puedan existir causas legales.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

La entrega y las obligaciones del vendedor derivadas de la buena fe contractual: la segunda venta del inmueble por un mismo vendedor.

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2000¹)

CARMEN JEREZ DELGADO

Profesora de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Los hechos y el proceso.*—III. *La motivación del recurso y los fundamentos del fallo.*—IV. *Comentario.* IV.1. Soluciones dentro del contrato. 1. El incumplimiento del vendedor. 2. La venta de cosa ajena y la doble venta: Coincidencias y diferencias. Aspectos que inciden en el ejercicio de la facultad resolutoria del propietario despojado del inmueble. 3. Las obligaciones del vendedor expresamente dispuestas en el Código civil. 4. La obligación del vendedor de no enajenar por segunda vez en perjuicio del primer comprador, como obligación exigible conforme a la buena fe contractual. 5. Los remedios frente al incumplimiento por el vendedor de su obligación de no enajenar por segunda vez. 6. La prescripción de las acciones del comprador despojado de la propiedad frente al vendedor incumplidor. IV.2. Las soluciones fuera del contrato. 1.º La indemnización por el delito de estafa. 2.º La responsabilidad civil extracontractual. 3.º El enriquecimiento injustificado.—V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Cuando un mismo sujeto vende por segunda vez una finca de la que fue propietario, puede provocar la pérdida de la propiedad del primer adquirente. Emergen entonces cuestiones jurídicas de diversa índole, que van a ser objeto de nuestro comentario.

En el caso que contemplamos, la misma persona vendió dos veces el mismo inmueble, con una diferencia de tiempo considerable entre uno y otro

¹ Fue ponente el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

contrato. En una primera venta había enajenado la finca como propietario de la misma, pero esta segunda vez está vendiendo una cosa ajena, porque la posesión de la finca la entregó ya al primer comprador.

El adquirente en la segunda venta es un tercero hipotecario, que queda protegido como propietario (art. 34 LH). Por esta razón, el primer comprador queda privado de su propiedad.

La demanda del primer comprador –despojado del inmueble– se dirige tan sólo frente al vendedor: Pide en ella la resolución del contrato por incumplimiento. Esta pretensión será desestimada en las dos instancias, y desestimado será también el recurso de casación.

II. LOS HECHOS Y EL PROCESO

HECHOS.—Con fecha 15 de enero de 1954, D. Juan Antonio R.R. vendió una finca rústica en documento privado a su hermano, al que transmitió después la propiedad por la entrega del inmueble. Tras la muerte de su hermano, D. Juan Antonio realiza un segundo contrato de venta de la finca, esta vez en escritura pública. El tercero inscribe su título en el Registro de la Propiedad. La esposa del hermano fallecido demanda a D. Juan Antonio R.R. por incumplimiento de su obligación como vendedor, y pide la resolución del contrato de compraventa, con la devolución del precio pagado más los intereses y una indemnización por los daños y perjuicios.

PROCESO.—En Primera Instancia se desestimó la demanda por apreciar la prescripción de la acción. La Audiencia Provincial revocó la anterior y rechazó la prescripción. La nueva sentencia también fue desestimatoria por no quedar determinado el tipo de incumplimiento en que pueda haber incurrido el demandado vendedor, que cumplió con su obligación de entrega². Se declara, por otra parte, que no está suficientemente acreditado el cumplimiento íntegro de la obligación de pago del precio del comprador. En casación, no hubo lugar.

III. LA MOTIVACIÓN DEL RECURSO Y LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO

1. El recurso se basa en cuatro motivos. En ellos se alega la incongruencia de la sentencia (motivos 1.º y 2.º); la infracción por inaplicación del artículo 1504 CC (motivo 3.º); y, por último, la infracción de los artículos 1124-II y 1473 CC, en relación con el artículo 34 LH (motivo 4.º). Ha sido este cuarto motivo y los fundamentos de su desestimación lo que ha dado pie al presente comentario.

2. En los dos primeros motivos del recurso se alegó la incongruencia de la sentencia: De un lado –defiende la parte recurrente–, porque en ella no se

² En el FD. 1.º de la sentencia del Tribunal Supremo se recogen en parte los términos empleados en la sentencia de la Audiencia: En ella se «*declaró que* “la parte actora no determina en qué incumplimiento ha incurrido el vendedor demandado” *ya que admite que la obligación de entrega de la finca vendida fue cumplida por éste y el comprador, causante de la demandante, tuvo efectivamente su posesión: asimismo, derivado de lo anterior, declara que no cabe resolución* “por no quedar acreditado el incumplimiento contractual del demandado” (...).»

considera determinado ni acreditado el incumplimiento del demandado que, sin embargo, vendió por segunda vez la finca a otro comprador que inscribió su adquisición en el Registro. De otro lado, porque en la sentencia se declara que el vendedor cumplió con su obligación de entrega a la parte compradora, pronunciamiento que no se había solicitado en la demanda. No se acogen estos motivos porque la incongruencia —que supone la falta de adecuación entre las peticiones de la demanda y lo decidido en el fallo—, *en principio, no cabe en la sentencia desestimatoria* (FD 2.º).

3. En el motivo tercero se alega la infracción, por inaplicación, del artículo 1504 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta, al no haberse considerado en la sentencia que el comprador puede pagar en todo momento antes de haber sido requerido para ello por el vendedor, sin incurrir entretanto en incumplimiento. Tampoco este motivo es acogido. El Tribunal Supremo declara que no hay infracción del artículo 1504 CC: En primer lugar, porque no se ha acogido la resolución solicitada por el vendedor, que alegaba el incumplimiento del primer comprador por falta de pago del precio; En segundo lugar, porque el régimen jurídico dispuesto en el artículo 1504 no evita que pueda calificarse como incumplimiento la conducta del comprador que no ha pagado, sino simplemente concede al comprador el beneficio de oponerse a la resolución mientras no haya sido requerido al pago por el vendedor (FD 3.º).

4. Por último, en el cuarto motivo se pide la casación de la sentencia anterior por infracción del segundo párrafo del artículo 1124 CC y del artículo 1473 CC, en relación con el artículo 34 LH, al no haberse contemplado el incumplimiento en que incurre el vendedor demandado al realizar la «doble venta»: Alega la parte demandante y ahora recurrente que el hecho de que aparezca un tercero protegido como propietario por haber inscrito antes su título en el Registro en una «doble venta» (a la que asocia el art. 1473-II CC) lleva consigo el incumplimiento del vendedor frente al primer comprador. Éste queda legitimado, por consiguiente, para resolver el contrato o para exigir el cumplimiento, *con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos* (art. 1124 CC). También este motivo se desestima.

El Tribunal Supremo recuerda en primer lugar, que la sentencia de instancia claramente se ha pronunciado sobre el incumplimiento del vendedor al indicar expresamente que no ha quedado acreditado. En segundo lugar, el Supremo declara que no estamos ante un supuesto de doble venta sino de venta de cosa ajena: *«aquella es el caso de la persona que vende la misma cosa a dos personas y el artículo 1473 del Código Civil indica cuál de ellas la adquiere; ésta es el caso, como el presente, en que se vende la cosa a una persona, que la adquiere y, posteriormente, a otro, que no será sino venta de cosa ajena; el adquirente, si reúne los presupuestos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria será mantenido en su adquisición, en todo caso»*.

No nos deja indiferentes el fallo de la sentencia del Supremo, en el que se declara que no está facultada la compradora para resolver el contrato de compraventa, porque se trata de una venta de cosa ajena y no de una doble venta; y porque, en definitiva, queda *acreditado que el vendedor cumplió la obligación de entrega y puesta en posesión de la finca vendida*. Es cierto que el fallo también se basa en que *no se ha acreditado que la compradora demandante cumpliera su esencial obligación de pago del precio* (FD 4.º), lo que realmente obstaculiza el ejercicio por su parte de la facultad resolutoria.

IV. COMENTARIO

La diligencia exigible a la compradora para inscribir, primero, y para pagar o para conservar los medios acreditativos del pago³, después, justifica en parte el resultado de esta sentencia, que pudiera parecer correcta conforme a la más estricta técnica jurídica. No obstante, el fallo no acaba de adecuarse al más elemental sentido de la justicia, pues tampoco satisface la declaración de que no hay ningún tipo de incumplimiento por parte del vendedor en este caso, como si por el hecho de haber entregado la posesión de la finca quedara éste liberado totalmente frente al comprador. Y, aunque así fuera, lo cierto es que la situación de pérdida del inmueble en que se encuentra la compradora no ha sido provocada directamente por su negligencia u omisión al no inscribir su título en el Registro, sino –sobre todo– por la actitud dolosa que ha tenido el vendedor después de la entrega. Ante él, la vendedora no puede quedar desprotegida. Esto nos permite hacer una reflexión sobre algunos aspectos de nuestro ordenamiento jurídico.

Desde que entregó la posesión de la finca, el vendedor cumplió con su obligación de entrega, y ésta, ciertamente, se ha extinguido (arts. 1461-1462.I y 1156 CC). Desde que recibió la posesión, la parte compradora ha sido reconocida como propietaria (art. 609 CC). No sabemos con exactitud cuánto tiempo ha transcurrido entre la adquisición y la pérdida de la propiedad de la parte demandante, pero algunos datos nos permiten abogar que ha transcurrido ya un número considerable de años⁴.

Durante este tiempo el comprador ha sido reconocido por la ley como propietario. Su adquisición, válidamente realizada en virtud del título y el modo, es plenamente eficaz, también frente a terceros. Sin embargo, ante el tercero hipotecario y en virtud de la protección a la apariencia (art. 34 LH), la propietaria (viuda del comprador) queda despojada del bien y desprotegida por el ordenamiento en este sentido.

Teniendo en cuenta que frente al tercero hipotecario nada puede, ¿no es cierto que queda manifiesta la necesidad de proteger a la demandante frente al vendedor del inmueble de modo más eficaz? Al margen de las soluciones de *lege ferenda* que evitarían este tipo de pleitos (en particular, la adopción de un sistema de inscripción constitutiva para la adquisición de inmuebles por contrato), pasamos ahora a analizar los elementos que encontramos en el ordenamiento vigente para la defensa de la demandante.

³ La jurisprudencia exige reiteradamente que el que ejercita la facultad resolutoria haya cumplido con su obligación, o esté dispuesto a hacerlo, o bien que su incumplimiento sea debido al incumplimiento del otro contratante (en este último sentido, véase DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, 1993, p. 708). En el caso que estamos considerando, el comprador no ha logrado acreditar el pago del precio. Este hecho sería oponible –por tanto– en caso de haberse declarado el incumplimiento del vendedor, frente a las pretensiones derivadas del ejercicio de la facultad resolutoria por el comprador.

⁴ Tenemos el dato –algo contradictorio– de que la sentencia de Primera Instancia desestimó la resolutoria alegando su prescripción, mientras que la Audiencia, al revocar la anterior, rechazó la prescripción pero desestimó igualmente el ejercicio de la facultad por motivos diferentes. En todo caso, podemos presumir que han transcurrido varios años desde entonces, puesto que la fecha del contrato es de 1954, y sabemos que el vendedor entregó la finca en vida de su hermano (marido de la demandante) (FD 1.º).

Si consideramos que la causa del daño es la segunda venta del inmueble, probablemente podemos incluirla en la categoría de los contratos en daño de tercero⁵. Esta óptica, como punto de partida, nos permitirá analizar los recursos disponibles dentro del contrato que celebró la demandante con el demandado, en primer lugar, y las vías de protección posibles fuera del contrato, por último⁶.

IV.1. Soluciones dentro del contrato

Recordemos que la sentencia de la Audiencia declaró que no se había determinado el tipo de incumplimiento ni se había acreditado que existiera incumplimiento, por lo que eran desestimables las pretensiones de la demandante (la resolución del contrato por incumplimiento y la indemnización por los daños y perjuicios). Esta valoración no es corregida por el Tribunal Supremo. Sin embargo, ¿es correcta?

1. EL INCUMPLIMIENTO DEL VENDEDOR

Se delibera en la sentencia si hay o no incumplimiento del vendedor. El Tribunal Supremo es tajante en este punto y estima acreditado el cumplimiento del vendedor por el hecho de haber éste entregado la cosa al primer adquirente. Parece que la sentencia quiera dejar claro que el cumplimiento del vendedor no puede hacerse depender de que aparezca o no un tercero protegido por el Registro, sino de si hubo o no entrega del inmueble. Son dos cuestiones distintas, en efecto, pero a mi juicio esto no es obstáculo para que, en circunstancias como las del caso que estamos considerando (en concreto, en caso de segunda venta del inmueble por el antiguo propietario), el comprador despojado pueda alegar eficazmente el incumplimiento: ¿No ha sido éste defraudado, burlado en su derecho, precisamente por la persona que se obligó frente a él a procurárselo?

2. LA VENTA DE COSA AJENA Y LA DOBLE VENTA: COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS. ASPECTOS QUE INCIDEN EN EL EJERCICIO DE LA FACULTAD RESOLUTORIA DEL PROPIETARIO DESPOJADO DEL INMUEBLE

Tratándose de inmuebles, la doble venta y la venta de cosa ajena tienen en común, con carácter general, la posibilidad de que aparezca un adquirente que inscriba de buena fe en el Registro de la Propiedad y que, por este hecho, quede completamente protegido. Esto provoca, en caso de doble venta, el

⁵ GULLÓN BALLESTEROS («En torno a los llamados contratos en daño de tercero», *RDN*, núm. 20, 1958, pp. 111-160) distingue entre los *negocios sobre el patrimonio ajeno* y los contratos en daño de tercero, aunque no niega que en alguna ocasión puedan coincidir (en particular cuando el contrato produce un daño al patrimonio ajeno, como es el caso que ahora estudiamos): *Los puntos de contacto, (...), se destacan en ciertos casos en los que se da una falta de poder dispositivo por parte del contratante que al celebrar el contrato perjudica a tercero* (pp. 116-117).

⁶ A juicio de GULLÓN BALLESTEROS (*op. cit.*, pp. 130 y 132), *no todas las responsabilidades que nacen de los contratos en daño de tercero han de apoyarse en el terreno de la responsabilidad extracontractual*. Sólo es necesario alegarla cuando no existan otras normas legales específicas que permitan exigir el resarcimiento del daño.

incumplimiento de la obligación de entrega del vendedor frente a un comprador que no llega a adquirir (art. 1473-II CC), por lo que procederá el ejercicio de la facultad resolutoria; o, en caso de venta de cosa ajena, una adquisición a *non domino* (art. 34 LH) que no tendrá que ver, necesariamente, con un incumplimiento contractual de quien vende la cosa ajena, sino que puede tener origen en otro tipo de ilícito o, incluso, en un error.

Lo que diferencia a la venta de cosa ajena, en el caso origen del pleito, de un supuesto de doble venta, es el hecho de que en aquél hubo entrega de la finca al primer comprador, por lo que el vendedor ya no es propietario al efectuarse la segunda venta, mientras que para hablar de doble venta ha de tratarse de dos contratos celebrados ambos en el tiempo en que el vendedor era el propietario de la cosa. La argumentación del Tribunal Supremo, según la cual indirectamente se dice que sólo en caso de doble venta procedería la resolución por incumplimiento, porque sólo en ese caso ha incumplido el vendedor su obligación de entrega, no me parece en absoluto convincente: En uno y otro caso el comprador se queda sin la cosa, luego el resultado es el mismo; No sólo el resultado, sino también los sujetos y los contratos pueden ser idénticos.

A mi juicio, en ambos casos puede hablarse de incumplimiento. Ha de ser contractual la acción que —en principio y sin perjuicio de que existan otras vías— ampare al comprador frente a quien vende por segunda vez la misma cosa causándole el despojo de la propiedad que previamente le ha transferido.

3. LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR EXPRESAMENTE DISPUESTAS EN EL CÓDIGO CIVIL

El vendedor, aunque haya transmitido la propiedad y cumplido así esta obligación principal, no queda por ello desvinculado del contrato o totalmente liberado. El vendedor es una persona obligada a garantizar el goce pacífico de la cosa al comprador (art. 1474.1.º CC). No obstante, la acción de saneamiento prevista en el Código civil para exigir responsabilidad en caso de incumplimiento de esta obligación al vendedor no puede ejercitarse en el caso que estamos considerando.

Como es sabido, la acción de saneamiento por evicción tiene su origen en el Derecho romano. El vendedor no tenía la obligación de transmitir la propiedad al comprador⁷ sino de garantizarle la posesión pacífica de la cosa durante el tiempo de la usucapión⁸, es decir, la obligación de hacer lo posible para que el comprador llegara a ser *dominus*⁹.

⁷ Entre otros, KASER (*Derecho romano privado*, versión de J. Santa Cruz, Reus, 1982, p. 192); A. D'ORS (*Derecho privado romano*, Pamplona, 1968, p. 459).

⁸ JORS/KUNKEL (*Derecho privado romano*, traducción de la segunda edición alemana por Prieto Castro, reimpresión 1965, p. 330) explican que el vendedor *quedaba obligado a defender la causa del denunciante* (litis subsistere), *mientras no se hubiera consumado la usucapión a su favor*.

⁹ FUENTESECA, *Derecho privado romano*, 1978, p. 260. Además, como explica A. D'ORS (*op. cit.*, p. 460), *la adquisición de la propiedad es el fin natural de la compra*, por lo que la buena fe exige que el vendedor *deba hacer todo lo necesario para que el comprador adquiera la propiedad*. En este sentido, afirman JORS/KUNKEL (*Derecho privado romano*, traducción de Prieto Castro, ed. Labor, reimpresión 1965, pp. 329-330) que *el contrato de compraventa tenía por finalidad la transmisión de la propiedad de la cosa al*

Siguiendo la tradición romana, en el CC tampoco se exige al vendedor exactamente la obligación de transmitir la propiedad de la cosa vendida al comprador, sino la obligación –más flexible– de que, directa o indirectamente, el comprador llegue a ser propietario. Tiene sentido entonces que, junto a la obligación de entrega, como una obligación independiente que la complementa, se haya dispuesto la obligación del vendedor de garantizar al comprador el goce pacífico de la cosa.

En el contexto de la Convención de Viena, que nos puede servir de referencia a la hora de aproximar la interpretación del Código al Derecho uniforme, se exige también al vendedor que garantice el goce pacífico de la cosa¹⁰.

La dificultad para apreciar la acción de saneamiento por evicción, en un caso como el resuelto por la sentencia que comentamos, es evidente: El saneamiento exige que el derecho por el que se priva de la cosa al comprador sea anterior al suyo, de un lado, y que haya recaído sentencia firme en este sentido, de otro (art. 1475-I CC). Ahora bien, ¿no sería apropiado exigir esta responsabilidad cuando el mismo vendedor ha provocado intencionadamente, dolosamente, el cese del goce pacífico por el comprador?

Nuevamente insistimos en que del contrato de compraventa nace una acción que ampara al primer comprador frente a quien vende por segunda vez la misma cosa causándole el despojo de la propiedad que previamente le ha transferido.

4. LA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE NO ENAJENAR POR SEGUNDA VEZ EN PERJUICIO DEL PRIMER COMPRADOR, COMO OBLIGACIÓN EXIGIBLE CONFORME A LA BUENA FE CONTRACTUAL

El vendedor ha actuado dolosamente con el primer adquirente. El dolo está acentuado por la existencia de una relación contractual previa entre ellos, en virtud de la cual el vendedor está obligado a garantizar al comprador el goce pacífico de la cosa. Será fuera de las acciones especiales del comprador expresamente dibujadas en el Código, pero dentro del contrato, donde encontremos el remedio que buscamos.

Conforme a la buena fe contractual, el vendedor tiene obligación de no volver a vender la cosa en perjuicio del primer adquirente (art. 1258 CC). En este sentido, podemos hablar de incumplimiento contractual no sólo en los casos de doble venta, sino también en los casos de venta de cosa ajena cuando se trata de un mismo vendedor que, previamente, había enajenado ya la cosa.

comprador (Lab., D. 18, I, 80, 3); pero que la responsabilidad del vendedor por vicios jurídicos no era una responsabilidad derivada de no haber transmitido la cosa o por estar ésta gravada con un derecho ajeno, sino una responsabilidad por la privación de ella al comprador en un proceso (evicción), es decir, por la pérdida de la posesión y el disfrute.

¹⁰ Se dispone en el artículo 41 CV que «el vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero». Conforme a este artículo, puede decirse que *el vendedor no cumple tan sólo con transmitir la propiedad libre de derechos de terceros, porque también responde por las pretensiones de terceros* (J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, en *La compraventa internacional de mercaderías*, Civitas, 1998, comentario al art. 41, pp. 358 y 362). Al comentar el precepto citado, añade el mismo autor que *aunque el comprador haya adquirido la propiedad libre de dere-*

El Derecho romano constituye, en este sentido, un importante punto de referencia, máxime cuando es precedente de las normas plasmadas en el Código civil. Como fuente de las obligaciones, la compraventa puede encuadrarse en el Derecho romano entre los *contratos de buena fe*¹¹. De ello se derivan consecuencias interesantes en orden a lo que ahora estudiamos: A diferencia de las restantes fuentes de las obligaciones, los contratos de buena fe dan lugar a *acciones de buena fe, que permiten que el juez tenga en cuenta las obligaciones recíprocas entre las dos partes litigantes. Conforme a la buena fe se exige al obligado que actúe con lealtad respecto a la otra parte: «En las relaciones de buena fe la exigencia es mayor (que en las acciones de derecho estricto), pues el deudor debe comportarse con lealtad respecto a la otra parte. La falta de esta lealtad, a la (bona) fides debida en consideración a la otra parte, constituye un tipo de fraus»*¹².

Conforme a la buena fe y a la lealtad puede exigírsele al vendedor la obligación de no vender por segunda vez la misma cosa, tanto antes como después de habérsela entregado al comprador inicial¹³.

chos, el vendedor es responsable de los perjuicios que una pretensión de un tercero, aun infundada, pueda ocasionar al comprador. Esto equivale a una responsabilidad por la posesión pacífica, pero sin necesidad de evicción, ni de reclamación judicial. En este sentido, advierte que la protección que la CV dispensa al comprador es muy superior a la que le proporciona nuestro CC. No obstante, si en Derecho español (...) se hiciera una interpretación amplia de esa obligación (de la obligación de responder de la posesión legal y pacífica), podría aproximarse nuestro CC a la Convención. Aun siendo así, el supuesto de la sentencia que comentamos no se ajusta al supuesto de hecho del artículo 41 CV, ya que esta norma se refiere —desde la interpretación objetiva, más flexible, de la responsabilidad del vendedor— a aquellas pretensiones que tengan su raíz en el tiempo anterior a la entrega, las conociera o no el vendedor (J. M. MIQUEL, op. cit., p. 372).

¹¹ Así lo hace A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1968, p. 426 en relación con p. 454, o véase p. XVI del índice sumario.

¹² A. D'ORS, op. cit., p. 428. Este mismo romanista explica que el juez, al fijar la condena de la parte demandada, puede compensar previamente lo que ésta pudiera exigir al demandante en virtud de aquella misma relación obligacional (compensatio ex fide bona). Por ello mismo, las excepciones que el demandado quiera alegar frente al demandante puede atenderlas el juez aunque no se hayan insertado en la fórmula, y de ese mismo modo, los pactos convenidos entre las dos partes son tenidos en cuenta por el juez como el contenido propio de la obligación.

¹³ El siguiente texto ilustra la sensibilidad que en este punto tuvieron los juristas del Derecho romano, que consideraban nula la segunda venta si el vendedor ya había entregado la cosa al primer comprador: «Aunque la obligación del vendedor sea de tradere y no de dare y aquél sólo responda en caso de ser vencido procesalmente por el verdadero propietario (evictio), sin embargo, la adquisición de la propiedad es el fin natural de la compra; por eso (...) se considera nula la compraventa de cosa que ya pertenece al comprador» (A. D'ORS, op. cit., p. 460. Tiene una nota que amplía esta información, con cita de los textos del Digesto sobre la materia, el principal de ellos es D. 18. 1, 16 pr.; 18 pr.). Volviendo a nuestro ordenamiento, es evidente que la protección registral que merece el tercero lleva consigo que éste adquiera válidamente. Explica J. M. MIQUEL GONZÁLEZ («El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *R. D. Patrimonial*, 1998, núm. 1, pp. 45-61, pp. 46-47) que las reglas romanas (*nemo dat quod non habet, o nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*) niegan, como principio, las adquisiciones a non domino. Conforme a nuestro Ordenamiento —continúa—, la regla general, debe ser *nemo dat quod non habet*; la excepción, la adquisición a non domino. Esta última requiere una justificación especial.

5. LOS REMEDIOS FRENTE AL INCUMPLIMIENTO POR EL VENDEDOR DE SU OBLIGACIÓN DE NO ENAJENAR POR SEGUNDA VEZ

Llegados a este punto, se plantea la cuestión de si el incumplimiento por el vendedor de su obligación de no enajenar por segunda vez puede legitimar al comprador defraudado para resolver el contrato (art. 1124 CC). Esto dependerá de si estamos o no ante una obligación principal.

En todo caso, la acción del comprador defraudado puede dirigirse a exigir del vendedor una indemnización por los daños y perjuicios causados (arts. 1101, 1102 y 1107-II CC¹⁴). Sin embargo, si aplicamos el Derecho uniforme, no es el indemnizatorio –parece– el único remedio contractual.

Un punto de referencia obligado sobre la actual tendencia interpretativa de los preceptos del Código en esta materia lo constituye la Convención de Viena de 1980. El artículo 45 CV dispone que el comprador podrá siempre ejercitar la acción de indemnización en caso de incumplimiento por el vendedor de *cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, y esto aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho*.

En cuanto a la resolución del contrato, es posible que, conforme a la Convención, llegara a admitirse. El artículo 49 CV dispone que esta acción sólo puede ejercitarse cuando el incumplimiento sea *esencial* o cuando no se hayan entregado las mercaderías dentro del plazo fijado¹⁵. La Convención define el incumplimiento esencial del modo siguiente: *«El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato»* (art. 25 CV). En el caso que estamos considerando, teniendo en cuenta que el incumplimiento del vendedor ha supuesto la frustración del fin contractual porque ha provocado la pérdida irreversible de la propiedad del comprador, podemos entender que estamos ante un incumplimiento esencial, que entra en la definición del artículo 25 de la Convención de Viena. Habría lugar, siendo así, a la resolución del contrato conforme al Derecho uniforme.

Si en caso de doble venta el comprador defraudado puede resolver el contrato por incumplimiento del vendedor de su obligación esencial de entrega, no se ve por qué, por el contrario, este remedio no va a proceder en casos como el de la sentencia, en los que el incumplimiento de la obligación de no

¹⁴ La indemnización era también la solución conforme al Derecho romano en los casos de saneamiento por evicción, si bien como remedio especial. En Derecho romano, el vendedor se obligaba por el saneamiento a restituir el doble del importe del precio de la venta (*duplum*). En este sentido, KASER (*op. cit.*, p. 193) y JÖRS/KUNDEL (*op. cit.*, p. 331). A este respecto, A. D'ORS (*op. cit.*, pp. 461-462) señala que primero, junto al contrato de compraventa, el vendedor debía *prometer al comprador la indemnización por la eventual evicción*, y explica cómo –más tarde– *la Jurisprudencia clásica llega a admitir, por la fuerza de costumbre de estipular por evicción, que la responsabilidad por evicción sea un elemento natural del contrato de venta*.

¹⁵ Véase el comentario de LÓPEZ LÓPEZ al artículo 49 CV, en *La compraventa internacional de mercaderías* (Civitas, 1998, en particular p. 437).

vender por segunda vez despoja al comprador de la propiedad y frustra así el fin contractual.

Es más, puede incluso decirse que el vendedor se ha anticipado a la resolución del contrato —que implica la restitución recíproca de las prestaciones—, por cuanto se ha tomado (anticipadamente y por su propia cuenta y riesgo) el mismo inmueble que le debía ser restituido en caso de resolución, disponiendo del bien por segunda vez: ¿Qué menos que exigirle entonces que restituya él también a cambio el precio que recibió? ¿Qué menos que «finiquitar» la resolución del contrato que él mismo, arbitrariamente, ha iniciado? (No obstante, recordemos que, en el caso concreto de la sentencia que estamos considerando, la demandante no logró probar el pago íntegro del precio y que esto dificultó también la estimación de la demanda de resolución; pero debió estimarse, en todo caso, la indemnización requerida, como antes apuntábamos).

6. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DEL COMPRADOR DESPOJADO DE LA PROPIEDAD FRENTE AL VENDEDOR INCUMPLIDOR

La siguiente cuestión que se plantea es la de si las obligaciones derivadas de la buena fe contractual tienen un período de vida o no. A modo de obligaciones naturales pueden siempre ser cumplidas. Ahora bien, la obligación de no volver a vender la cosa en perjuicio de un comprador anterior, como obligación contractual, no puede tener carácter indefinido. Llegará un momento en que el vendedor quede totalmente desvinculado del contrato, ajeno a él, y deba ser tratado igual que un tercero que no hubiera tenido parte. Llegado ese momento, tendremos que acudir a otras vías de protección del comprador, de naturaleza no contractual.

A mi juicio, el plazo que estamos considerando será aquel dentro del cual es exigible al vendedor que garantice el goce pacífico de la cosa al comprador. El plazo de prescripción pudiera ser el general de quince años desde la entrega de la cosa (arts. 1969 y 1964¹⁶ CC), o bien el tiempo necesario para consumir la usucapión, si nos remontamos al precedente del Derecho romano o conforme al propio Código civil (art. 1480¹⁷).

En el caso origen de la sentencia, es muy probable que el vendedor pueda oponer frente al comprador la prescripción de toda acción contractual ejercitada por su parte, pues el contrato se celebró en 1954 y presumiblemente fue entonces cuando se efectuó la entrega, y es en el 2000 cuando el Tribunal Supremo dicta la sentencia. Puede presumirse que —entre la entrega y la acción ahora ejercitada— hayan transcurrido más de treinta años, tiempo de la usucapión extraordinaria de inmuebles (que es el mayor de los plazos a que antes hacía referencia).

¹⁶ Entre otros, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, II, sexta edición, p. 301) explican que este es el plazo para el ejercicio de la acción de saneamiento por evicción (*ex art.* 1964 CC).

¹⁷ Transcurrido el tiempo para la usucapión no parece que deba responder ya el vendedor por el hecho de que el comprador se vea privado de la cosa, porque la eficacia de la adquisición no procede ya tan sólo del título de la compraventa, sino que se ha reforzado por el transcurso del tiempo en la posesión en concepto de dueño, independizándose, en cierto sentido, del título.

IV.2. Las soluciones fuera del contrato

Los remedios de protección del comprador fuera del contrato pueden ser de diversa índole: 1.º La responsabilidad derivada de delito; 2.º La responsabilidad civil extracontractual, y 3.º En su caso, subsidiariamente, el enriquecimiento sin causa.

1.º *La indemnización por el delito de estafa.*—El vendedor, mediante una operación de estafa, ha defraudado el derecho del comprador. Por esta razón, se le puede exigir la indemnización correspondiente, conforme a lo dispuesto en el Código penal:

El artículo 251.1.º CP penaliza la conducta de *quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero*. Este tipo de estafa coincide con la conducta del vendedor del caso que estamos considerando. Siendo así, puede exigir el comprador —en vía penal o ante la jurisdicción civil— la consiguiente responsabilidad civil derivada de delito (no la restitución del bien, art. 34 LH; pero sí la indemnización por daños y perjuicios, arts. 109-113 del CP).

2.º *La responsabilidad civil extracontractual.*—La posibilidad de acudir a la vía extracontractual (art. 1902 CC) cobraría un interés especial en este caso si —al tiempo de la segunda venta lesiva del interés del primer comprador— no pudiéramos exigir responsabilidad contractual al vendedor por haber quedado, por el transcurso del tiempo, totalmente liberado¹⁸. Al margen de su relación con el primer comprador, el vendedor puede ser tratado simplemente como un sujeto que vende la cosa ajena. El propietario despojado del inmueble puede exigir una indemnización por daños al vendedor que, dolosa o negligentemente, ha provocado la pérdida patrimonial. Como es sabido, la acción tiene un plazo de tan sólo un año (art. 1968.2.º CC), por lo que el perjudicado debe ser diligente en su ejercicio.

3.º *El enriquecimiento injustificado.*—El último recurso que tiene el comprador es la acción de enriquecimiento frente al vendedor¹⁹. Como es un recurso subsidiario, sólo aplicable cuando en el ordenamiento no se haya dis-

¹⁸ A juicio de GULLÓN BALLESTEROS (*op. cit.*, p. 154), en los contratos en daño de tercero, el hecho de que existan dos infracciones de carácter contractual y extracontractual, respectivamente, no implica que el perjudicado tenga derecho a pretender un resarcimiento por cada una de ellas, pues sería imposible tal cosa, porque una de las condiciones esenciales del daño en el aspecto de su reparación, es que exista.

¹⁹ En este sentido, refiriéndose a los supuestos de adquisición a non domino, J. M. MIQUEL GONZÁLEZ («El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *R. D. Patrimonial*, 1998, núm. 1, pp. 45-61, p. 48) cita el enriquecimiento sin causa entre los posibles remedios de protección del propietario, que pierde la propiedad, frente al vendedor. También se habían pronunciado en este sentido DIEZ-PICAZO y GULLÓN (*Instituciones de Derecho civil*, II, 1995, p. 234).

puesto ningún otro medio de protección, conviene ejercitar la acción alternativa o subsidiariamente²⁰.

V. CONCLUSIONES

El vendedor que enajena por segunda vez el inmueble, provocando con ello la pérdida del bien de un comprador anterior al que ya había transmitido la propiedad, incumple frente a éste una obligación derivada de la buena fe contractual (art. 1258 CC). Este incumplimiento, porque supone la frustración del fin contractual, puede legitimar al comprador despojado para el ejercicio de la facultad resolutoria (puede exigirse tanto la resolución del contrato como la correspondiente indemnización; art. 1124 CC).

En todo caso, el comprador tiene derecho a exigir del vendedor el resarcimiento de los daños. Puede ejercitar la acción de indemnización por diversas vías, alternativamente: Además de la recién citada; a) Por incumplimiento doloso de una obligación (arts. 1101 y 1107 CC); b) Por responsabilidad civil derivada del delito de estafa (arts. 251.1.º y 109-113 CP); c) Por responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC); y d) Subsidiariamente, por el enriquecimiento sin causa.

Un breve juicio, por último, en relación con el caso origen del pleito y las sentencias recaídas (todas ellas desestimatorias):

I. El juez de Primera instancia desestimó la demanda por apreciar la prescripción. Esta sentencia pudo ser correcta en cuanto a la pretensión de resolución de la compraventa, teniendo en cuenta que los años transcurridos desde la entrega del inmueble al primer comprador pudieron liberar al vendedor de sus obligaciones como tal. Pero, probablemente, en cuanto a la pretensión de indemnización, pudo haberse equivocado el juez al denegarla, si consideramos, además, el principio *iura novit curia*.

II. La Audiencia Provincial, aunque revoca la anterior, desestima igualmente la demanda, pero no por prescripción sino por no considerar determinado ni acreditado el incumplimiento. En este pronunciamiento sí que yerra claramente la sentencia, a mi juicio, porque el vendedor ha incumplido una obligación derivada de la buena fe contractual (art. 1258 CC). (Otra cosa es que, además, se haya considerado que no procede la resolución porque la compradora no probó suficientemente el pago íntegro del precio; otra cosa también hubiera sido si se hubiese considerado prescrita la acción).

III. El Tribunal Supremo debió haber corregido este yerro de la Audiencia.

²⁰ Tampoco cuando ha transcurrido el plazo de un año para el ejercicio de la acción indemnizatoria procede el ejercicio de la de enriquecimiento injusto, que no se estima por el Tribunal Supremo cuando estamos en un supuesto de prescripción de acción, sino sólo en los de ausencia de acción (en este sentido, la STS de 19 de febrero de 1999).

El derecho de acogimiento a la casa y su oponibilidad a los terceros adquirentes.

(Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 28 de noviembre de 2000) * ¹

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Hechos y doctrina de la sentencia*: 1. Hechos. 2. Doctrina de la sentencia.—II. *Comentario*: 1. Aproximación a la figura del derecho de acogimiento a la casa. 2. El derecho de los acogidos a vivir en la casa nativa: 2.1 Breves reflexiones sobre su naturaleza jurídica. 2.2 El derecho de los acogidos a vivir en la casa nativa y el derecho de habitación. 3. El derecho de acogimiento a la casa y su eficacia frente a terceros: 3.1 El derecho de los acogidos a vivir en la casa nativa de carácter real. 3.2 El derecho de los acogidos a vivir en la casa nativa de carácter personal.

I. HECHOS Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA

1. Hechos

El resumen de los hechos que dan lugar a la sentencia objeto del presente comentario es el siguiente:

Mediante testamento otorgado el 2 de junio de 1973, doña Begoña ² instituye como único y universal heredero, en pleno dominio y libre disposición, a su hijo don Juan José; y respecto del resto de sus hijos que están solteros dispone en la cláusula sexta del testamento que «todos ellos podrán vivir en la casa nativa ³, mientras permanezcan en tal estado y quieran continuar en aquélla, siendo

* Este trabajo se inserta en el marco del Proyecto de investigación PB 98-0091 sobre «El Registro de la Propiedad español: situación actual y transformaciones necesarias», dirigido por el Profesor Dr. D. Antonio-Manuel Morales Moreno y subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (Dirección General de Investigación).

¹ Base de Jurisprudencia *El Derecho* 2000/40290.

² Fallece en Pamplona el 5 de junio de 1973.

³ La «Casa G.» de Muru-Astráin está formada por una «casa nativa con bodegas, planta baja y dos pisos, más de 2.000 metros cuadrados cubiertos, dos corrales, patios contiguos y un amplio jardín» y fue tasada pericialmente durante el proceso judicial en 47.535.488 pesetas.

alimentados, vestidos, calzados y asistidos en todas sus necesidades, tanto en la salud como en enfermedad, siempre que trabajen lo que sea razonable en beneficio de la casa. Si fallecen en la misma, siendo solteros, no tendrán más derecho que a que les costeen por el heredero el entierro, funeral y demás sufragios en la forma acostumbrada. Si llegan a tomar estado o, aun sin tomarlo, quieren salir de la casa para vivir con independencia, se les entregará en metálico, en concepto de dotación y para completo pago de todos sus derechos legitimarios paternos y maternos, la cantidad que acuerden darles el heredero don Juan José y los demás hermanos solteros que vivan en la casa nativa, cuya cantidad no será inferior, en ningún caso, a dos millones de pesetas».

En virtud de lo establecido en el testamento se inscribe en el Registro de la Propiedad a nombre de don Juan José la propiedad de la «*Casa G.*» de *Muru-Astráin*, asimismo también se inscribe el *derecho de acogimiento a la casa* (cláusula sexta del testamento) cuya titularidad ostentan los hermanos del propietario.

Don Juan José abandonó la «*Casa G.*» de *Muru-Astráin* al contraer matrimonio, fijando su residencia primero en Pamplona y posteriormente en la localidad de Burlada.

En su condición de propietario de la citada casa, don Juan José constituyó una hipoteca a favor de la Caja de Ahorros de Navarra, en garantía de un préstamo de 14.000.000 de pesetas. En enero de 1995, la Caja de Ahorros adquiere la propiedad de la «*Casa G.*» por adjudicación en la tercera subasta del procedimiento sumario del artículo 131 LH instado en ejecución de la hipoteca (el precio abonado en la tercera subasta judicial fue de 23.600.000 pesetas).

El 18 de agosto de 1995, la Caja de Ahorros de Navarra vende, libre de cargas y gravámenes⁴, a don Santiago la «*Casa G.*» de *Muru-Astráin* (el precio que consta en la escritura pública de compraventa es de 25.152.933 pesetas).

Don Santiago ha intentado tomar posesión de la casa, pero sus ocupantes, amparándose en la cláusula sexta del testamento de doña Begoña, le impiden la entrada en la casa. Ante esa situación, don Santiago, ejerció contra los ocupantes de la citada casa la acción de desahucio por precario. Su pretensión fue desestimada por la sentencia de 26 de junio de 1996 al considerar acreditada, en el ámbito limitado del citado juicio sumario, la existencia de un derecho de habitación, inscrito en el Registro de la Propiedad, a favor de los demandados.

Posteriormente, don Santiago interpone una demanda, por el procedimiento del juicio declarativo de menor cuantía⁵, contra los ocupantes de la «*Casa G.*» de *Muru-Astráin* (don Jesús María, doña Concepción y doña María Victoria), suplicando se dicte sentencia en la que declare el derecho del actor a ocupar y tomar posesión de la citada casa, así como que se condene a los demandados a desalojar la misma.

Los demandados se oponen a la demanda, afirmando que la cláusula sexta del testamento de su madre, doña Begoña, les otorga el derecho a vivir en la mencionada casa mientras estén solteros y quieran continuar en ella. Asimismo, consideran que dicha cláusula testamentaria constituye a su favor un

⁴ La escritura de constitución de hipoteca de 19 de diciembre de 1990 declaraba que la casa nativa estaba libre de cargas y de arrendamientos. Asimismo, el Registrador de la Propiedad certificó que sobre la citada finca no existía «carga o gravamen de tipo alguno».

⁵ Conforme a lo establecido en la LEC de 1881. Recuérdese que en enero de 2001 entró en vigor la nueva LEC.

derecho de habitación que, al estar inscrito en el Registro de la Propiedad, resulta oponible a los terceros.

El 28 de enero de 1999 el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pamplona dicta sentencia por la que estima la demanda al considerar que el derecho de los demandados es un *acogimiento a la casa* de la ley 131 del Fuero Nuevo de Navarra⁶ y no un derecho de habitación. Declara el derecho de don Santiago a ocupar y tomar posesión de la «Casa G.» de Muru-Astráin y condena a los demandados a desalojar la casa.

La Audiencia Provincial de Navarra dicta sentencia el 18 de enero de 2000 estimando el recurso de apelación interpuesto por los demandados, revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda.

Don Santiago interpone recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra (en adelante, TSJN) al amparo del artículo 1692.4 LEC de 1881. El TSJN, en su sentencia de 28 de noviembre de 2000, declara haber lugar al recurso de casación, casa y anula la sentencia de la Audiencia Provincial, confirmando la sentencia dictada en primera instancia.

El Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares, Magistrado-Presidente del TSJN y miembro de su Sala de lo Civil formula un Voto Particular en el que se muestra partidario de desestimar el recurso de casación.

2. Doctrina de la sentencia

Afirma el TSJN que los actos de disposición y gravamen realizados por don Juan José, en su condición de heredero universal en pleno dominio y libre disposición de todos los bienes de doña Begoña, son válidos al no requerirse el consentimiento de los titulares del *derecho de acogimiento a la casa*. Mantiene que el citado derecho no supone ninguna limitación a las facultades de disposición del propietario.

El TSJN afirma que el denominado *derecho de acogimiento a la casa* cuya titularidad ostentan los demandados no es un derecho real, sino una carga personal del heredero del patrimonio familiar al que pertenecía la «Casa G.» de Muru-Astráin que no se transmite con la propiedad de la finca y que, por tanto, no es exigible a los sucesivos adquirentes de la misma. Considera el Tribunal, con apoyo en diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁷, que la inscripción del mencionado derecho en el Registro de la Propiedad no implica que tenga carácter real ni que sea oponible a los terceros. Asimismo mantiene, conforme al artículo 98 LH, que la mera constancia en el Registro de la Propiedad de un derecho personal (*derecho de acogimiento a la casa*) no tiene la consideración de gravamen o carga real.

A juicio del TSJN la enajenación voluntaria o forzosa de la casa a un tercero impedirá a los titulares del *derecho de acogimiento a la casa*, salvo que tengan asegurada su permanencia mediante un derecho real, continuar en ella contra la expresa voluntad del nuevo propietario. Ahora bien, ello no significa que, en todo caso, el *derecho de acogimiento a la casa* se extinga. Llegados a

⁶ El citado ordenamiento jurídico también recibe el nombre de Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

⁷ Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de octubre de 1945 (ar. 1285), 27 de marzo de 1947 (ar. 440) y 29 de marzo de 1955 (ar. 840).

este punto, los titulares del derecho (los hermanos de don Juan José) podrán ejercitar los derechos y acciones que se deriven del mismo contra la persona obligada a proporcionar dicho acogimiento (en este supuesto, el heredero, don Juan José) a fin de conseguir que el derecho de acogimiento se haga efectivo «por otros medios sustitutivos o subrogados».

El fallo del TSJN declara el derecho del demandante a ocupar y tomar posesión de la finca objeto del litigio y condena a los demandados a desalojar la citada finca.

El Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares, Magistrado-Presidente del TSJN y miembro de su Sala de lo Civil, formula un Voto Particular en el que expresa su discrepancia con la sentencia dictada por la Sala. Se centra principalmente en el análisis de la naturaleza jurídica del *derecho de acogimiento a la casa*. En opinión del Magistrado disidente, el mencionado derecho, con apoyo en las leyes 75, 131 y 132 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, tiene «un contenido real, esgrimible frente a terceros, bien con la denominación de propio derecho real, limitativo del dominio, bien, al menos, de un *ius ad rem*» (mantiene la tesis contraria a la defendida en la sentencia que lo consideraba un derecho de carácter personal). Por otra parte, afirma que el acceso del *derecho de acogimiento a la casa* al Registro de la Propiedad conlleva que éste sea oponible a los terceros. Así pues, llega a la conclusión de que los demandados tienen derecho a vivir en la *casa nativa* y que este derecho resulta oponible a don Santiago (actual propietario de la casa).

II. COMENTARIO

1. Aproximación a la figura del *derecho de acogimiento a la casa*

La primera cuestión que debemos abordar en el presente comentario es determinar qué se entiende en el Derecho Civil Foral de Navarra por la institución de la *casa*. Ello nos ayudará a entender mejor los caracteres de la figura del *acogimiento a la casa* regulada en las leyes 131 y 132 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra ⁸.

⁸ Ley 131: «Cuando en capitulaciones matrimoniales, testamento u otras disposiciones se establezca a favor de alguna persona derechos de vivir en la Casa nativa, de ser alimentada y atendida, tanto en la salud como en enfermedad u otros similares, con o sin obligación de trabajar para la Casa nativa, se estará a la disposición que los conceda y a la costumbre del lugar».

Ley 132: «Todas las cuestiones que se susciten sobre interpretación, cumplimiento o incumplimiento de los derechos mencionados en ley anterior se someterán a la decisión de los *Parientes Mayores*, quienes:

1. En caso de discordia entre el obligado y beneficiarios de los derechos, a requerimiento de cualquiera de las partes, examinarán los motivos de discordia, determinarán y calificarán, en su caso, el incumplimiento del obligado, del beneficiario o de ambos, y la situación de ruptura de la convivencia por peligro notorio o grave violencia moral.

2. Decidirán sobre la necesidad o conveniencia de la enajenación o gravamen de la Casa nativa, vivienda y, en su caso de la hacienda familiar o de parte de ella, así como sobre el estado o situación del obligado o beneficiario, o de ambos, que impidan o dificulten el cumplimiento de las obligaciones, su condicionamiento, pendencia o realización.

En todas estas cuestiones, los *Parientes Mayores* efectuarán las valoraciones de los derechos, pudiendo asegurarlos, liquidarlos, sustituyéndolos por un capital o pensión, y en caso de apreciar incumplimiento por parte del beneficiario, declararlos extinguidos».

La ley 48 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra afirma que la institución de la *casa* «sin constituir persona jurídica, tiene su propio nombre y es sujeto de derechos y obligaciones respecto a las relaciones de vecindad, prestaciones de servicios, aprovechamientos comunales, identificación y deslinde de fincas y otras relaciones establecidas por la costumbre y usos locales. Corresponde a los amos el gobierno de la casa, el mantenimiento de su unidad y la conservación y defensa de su patrimonio y nombre».

De esta definición legal podemos deducir que la institución de la *casa* tiene las siguientes características⁹:

- Su origen es consuetudinario.
- Carece de personalidad jurídica.
- Es una unión integradora de cosas (casa-vivienda, granero, cuerdas, las huertas, el ganado, los aperos de labranza, etc.) y de personas con un vínculo familiar.
- Puede considerarse como una unidad de destino con vocación de permanencia en el tiempo.
- El gobierno de la *casa* corresponde a los dueños (también denominados amos).

Asimismo, no podemos olvidar que la institución de la *casa* es el núcleo del Derecho foral de Navarra. Toda la regulación del Derecho de familia en el ordenamiento navarro gira en torno a dicha institución¹⁰. Prueba de la importancia que tiene la citada institución es la ley 75 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, que dispone que «en la interpretación de todos los pactos y disposiciones voluntarias, costumbres y leyes se observará el principio fundamental de la unidad de la *casa* y de sus explotaciones agrícolas, ganaderas y forestales, así como el de su continuidad y conservación en la familia».

Una vez que hemos expuesto los principales rasgos que caracterizan la institución de la *casa*, vamos a centrarnos en el denominado *derecho de acogimiento a la casa*. Su regulación aparece en las leyes 131 y 132 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra¹¹. En opinión de Nagore Yárnoz, el *acogimiento a la casa* está compuesto por una serie de derechos «personal-familiares», de naturaleza muy diversa, cuya finalidad es mantener la unidad familiar y patrimonial¹². De la ley 131 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra se deduce que su nacimiento no se produce por ministerio

⁹ En el mismo sentido y para un estudio más detallado de la institución de la *casa nativa*, véase: GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la ley 48 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXVI, volumen 1.º, Madrid, 1990, pp. 90 a 109, y RUBIO ARRECHEA, M. H./GARCÍA GARCÍA, J. M., «La casa nativa en el Derecho Foral navarro», *Derechos Civiles de España*, volumen VII, Madrid, 2000, pp. 4353 a 4377.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 11 de febrero de 1994 (ar. civil 260), haciéndose eco de las opiniones doctrinales, describe los principales caracteres de la institución.

¹⁰ RUBIO ARRECHEA, M. H./ GARCÍA GARCÍA, J. M., «La casa nativa en el Derecho Foral navarro», *Derechos Civiles de España*, volumen VII, Madrid, 2000, pp. 4355 y 4356.

¹¹ Véase nota núm. 8.

¹² NAGORE YÁRNOZ, J., «Comentario a las leyes 131 y 132 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXVI, volumen 2.º, Madrid, 1995, p. 550.

de la ley, sino que depende de la autonomía de la voluntad de los donantes o, en su caso, de los testadores que lo imponen, respectivamente, al donatario o al sucesor de la *casa* como una carga de la donación o de la herencia. Los *derechos de acogimiento a la casa*, a juicio de Nagore Yárnoz, «son intransmisibles, inalienables, inembargables e indivisibles salvo, en este último caso, que haya acuerdo de los interesados; o por los *Parientes Mayores*¹³, al efecto facultados para su redención»¹⁴.

Ya hemos señalado que el *derecho de acogimiento a la casa* tiene un contenido diverso que varía en cada caso y que, en virtud de la ley 131 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra¹⁵, dependerá de lo que disponga la persona que constituya dicho derecho¹⁶ (en nuestro caso, la testadora). Ello impide determinar, con carácter general, la naturaleza jurídica de los derechos que lo componen. Teniendo presente la diversidad de derechos que pueden incluirse dentro de la figura del *acogimiento a la casa*, podemos afirmar que algunos de estos derechos son de carácter personal, no pudiendo, por tanto, tener acceso al Registro de la Propiedad¹⁷ (por ejemplo, el derecho de los acogidos a ser asistidos en todas sus necesidades establecido en la cláusula sexta del testamento de doña Begoña). Por el contrario, otros derechos, incluidos en el *acogimiento a la casa* pueden ser calificados como derechos o cargas reales, los cuales sí pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad¹⁸ (por ejemplo, el derecho que tienen los acogidos a vivir en la *casa nativa* conforme a lo dispuesto en la cláusula sexta del testamento de doña Begoña).

Por su parte, la ley 132 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra¹⁹ establece los cauces a seguir cuando existan discrepancias entre el obligado por el *derecho de acogimiento a la casa* y sus beneficiarios.

2. El derecho de los acogidos a vivir en la casa nativa

2.1 BREVES REFLEXIONES SOBRE SU NATURALEZA JURÍDICA

Como ya hemos señalado, el *derecho de acogimiento a la casa* engloba, generalmente, una serie de derechos de carácter diverso. Ello es precisamente

¹³ La regulación de los *Parientes Mayores* aparece recogida en las leyes 137 a 147 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

NAGORE YÁRNOZ, J., «Comentario a la ley 137 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXVI, volumen 2.º, Madrid, 1995, p. 570, define los *Parientes Mayores* como «un órgano de autoridad suprema de la familia, en los casos de contradicción o conflicto de intereses». Por su parte, RUBIO ARRECHEA, M. H./ GARCÍA GARCÍA, J. M., *La casa nativa en el Derecho Foral navarro, Derechos Civiles de España*, volumen VII, Madrid, 2000, p. 4365, los definen como «un órgano de concordia familiar».

¹⁴ NAGORE YÁRNOZ, J., «Comentario a las leyes 131 y 132 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXVI, volumen 2.º, Madrid, 1995, p. 552.

¹⁵ Véase nota núm. 8.

¹⁶ En este sentido, sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 10 de noviembre de 1992 (ar. civil 1533).

¹⁷ Los derechos personales o de crédito, conforme a lo establecido en los artículos 98 LH y 9 y 51.7.ª RH, no pueden ser inscritos en el Registro de la Propiedad.

¹⁸ Conforme a los artículos 1 y 2.2 LH y 7 RH.

¹⁹ Véase nota núm. 8.

lo que ocurre en el caso que estamos comentando. La cláusula sexta del testamento de la madre de los demandados (titulares del derecho de *acogimiento*), que está inscrita en el Registro de la Propiedad, reconoce a éstos, entre otros, los siguientes derechos:

- Derecho a vivir en la *casa nativa*.
- Derecho a ser alimentados, vestidos, calzados y asistidos en todas sus necesidades.

A nuestro juicio, tal y como afirma la sentencia del TSJN que comentamos, el derecho nuclear y de mayor importancia del *acogimiento a la casa* es el derecho que tienen sus titulares de vivir en la *casa nativa*. Mantiene el TSJN en el Fundamento de Derecho cuarto que el citado derecho, en principio, no confiere a sus beneficiarios la facultad de ocupar de forma exclusiva la *casa nativa*, «sino la de integrarse o continuar integrados en la comunidad familiar que la habita, esto es, la de vivir o seguir viviendo en ella en compañía y bajo el gobierno de los “amos” de la *Casa*». Dicha tesis nos parece plausible y encuentra apoyo en la doctrina²⁰.

Respecto de la naturaleza jurídica del derecho de los acogidos a vivir en la *casa nativa*, hemos de señalar que no existe unanimidad. El TSJN (y el Juzgado de Primera Instancia) consideran que se trata de un derecho personal que no resulta oponible a los terceros (sólo puede exigirse al sucesor universal, don Juan José)²¹. Por el contrario, la Audiencia Provincial de Navarra (y el Magistrado que formula un Voto Particular a la sentencia del TSJN) entienden que se trata de un derecho o carga real que grava la finca en cuestión.

Antes de entrar a analizar cada uno de los argumentos que utiliza el TSJN para considerar que el derecho en litigio es de carácter personal, hemos de señalar que el Tribunal, a la hora de determinar la naturaleza jurídica, no diferencia entre los distintos derechos que componen el *acogimiento a la casa*. Ello lleva al TSJN a realizar un planteamiento, a nuestro juicio, equivocado de la cuestión. Si la naturaleza personal o real de un derecho depende de las concretas características del mismo, no parece muy razonable calificar conjuntamente derechos que tienen muy pocos rasgos en común (nada tiene que ver el derecho de los acogidos a ser alimentados con el derecho de éstos a vivir en la *casa nativa*).

Centrándonos en los razonamientos que utiliza el TSJN para defender el carácter personal del mencionado derecho, hemos de señalar nuestras discrepancias con alguno de los argumentos utilizados. Señala el TSJN como primer argumento a favor del carácter personal u obligacional de los *derechos de acogimiento a la casa* «la repetida utilización legal²² de los términos “obligado” y “beneficiario o beneficiarios” para designar a los sujetos a cuyo cargo y en cuyo provecho, respectivamente, se constituyen». En nuestra opinión, las denominaciones que reciban los sujetos de una determinada relación jurídica

²⁰ En este sentido, NAGORE YÁRNOZ, J., «Comentario a las leyes 131 y 132 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXVI, volumen 2.º, Madrid, 1995, pp. 546 a 557, y RUBIO ARRECHEA, M. H./GARCÍA GARCÍA, J. M., «La casa nativa en el Derecho Foral navarro», *Derechos Civiles de España*, volumen VII, Madrid, 2000, pp. 4353 a 4377.

²¹ Afirma textualmente el TSJN en el Fundamento de Derecho cuarto que el *derecho de los acogidos a vivir en la casa* «no representa en principio una carga real del inmueble, sino una carga personal del sucesor en el patrimonio familiar a que pertenece».

²² Leyes 132.1 y 2, 134.2 y 136 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

(e incluso la denominación de ésta) carece de relevancia a los efectos de determinar su naturaleza jurídica²³. Prueba de ello son, por ejemplo, los derechos reales de hipoteca y de prenda. En la regulación que el Código civil realiza de ambos derechos se hace constante referencia al *acreedor* y al *deudor*²⁴, términos que, como sabemos, son típicos de una relación obligatoria. Llegados a este punto nos debemos formular la siguiente pregunta: ¿la utilización de los citados términos significa que los derechos de prenda y de hipoteca no son derechos reales? La respuesta a dicha pregunta debe ser negativa. Así lo entiende también la mayoría de la doctrina al afirmar que los mencionados derechos son derechos reales²⁵.

Otro de los argumentos que utiliza el TSJN para defender el carácter personal del derecho de los acogidos a vivir en la *casa nativa* es que no «reúne las notas que en términos generales son predicables de los derechos reales (inherencia o inmediatividad, reipersecutoriedad y exclusividad o absolutividad)»²⁶. Aunque ello es cierto, a nuestro juicio, no constituye un argumento de peso para negar que el mencionado derecho tiene naturaleza real. Como acertadamente se afirma en la propia sentencia, no todos los derechos reales reúnen los citados caracteres. Así, por ejemplo, podemos citar los derechos de hipoteca, de servidumbre negativa y de adquisición preferente que, pese a no reunir los mencionados caracteres (en ninguno de los tres casos citados el titular del derecho tiene un poder directo e inmediato sobre la cosa gravada), son considerados por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia como derechos con eficacia real. Por el contrario, existen en nuestro ordenamiento jurídico derechos, como el de arrendamiento, que, a pesar de otorgar a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa, son calificados como de naturaleza personal. Todo lo anterior constituye un claro exponente de que la eficacia *erga omnes* de los derechos no siempre guarda relación con la existencia de un poder directo e inmediato sobre la cosa²⁷ y que, por lo tanto,

²³ El artículo 7 RH, al afirmar que podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad «... cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales», constituye, a nuestro juicio, un claro argumento para afirmar que los nombres o denominaciones de los derechos carecen de toda relevancia a la hora de fijar la naturaleza jurídica de éstos.

²⁴ Artículos 1857 a 1880 CC.

²⁵ Entre otros, a título de ejemplo, Díez-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen III, 6.ª edición, Madrid, 1997, pp. 502 y 509, y LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho civil, tomo III, Derechos reales*, volumen 2.º, Madrid, 2000, p. 197.

²⁶ La doctrina, de forma mayoritaria, utiliza las mismas expresiones para definir los derechos reales. Entre otros, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen III, 4.ª edición, Madrid, 1995, pp. 67 a 69; Díez-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen III, 6.ª edición, Madrid, 1997, pp. 32 a 34; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tomo I, 3.ª edición, Madrid, 1999, pp. 55 a 60; ROCA SASTRE, R. M./ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo I, 8.ª edición, Barcelona, 1995, pp. 239 a 246; LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho civil, tomo III, Derechos reales*, volumen 1.º, Madrid, 2000, pp. 2 a 4.

²⁷ En este sentido, Díez-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen III, 6.ª edición, Madrid, 1997, p. 34. Entre los derechos con eficacia real que no otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa, podemos citar los siguientes: el derecho de opción de compra (art. 14 RH) y el derecho de retorno de los arrendatarios (art. 15 RH).

pueden existir derechos con eficacia real aunque no reúnan dichas características.

Llegados a este punto, podemos afirmar que la naturaleza jurídica del derecho de los acogidos a vivir en la *casa nativa* es una cuestión controvertida. Para el TSJN es una carga personal no oponible a los terceros. Ahora bien, en nuestra opinión, los argumentos que utiliza el TSJN para llegar a dicha calificación no son convincentes y, por tanto, no vemos inconveniente alguno en calificar el citado derecho como de carácter real²⁸.

2.2 EL DERECHO DE LOS ACOGIDOS A VIVIR EN LA CASA NATIVA Y EL DERECHO DE HABITACIÓN

Por lo que se refiere a la equiparación entre el derecho de los acogidos a vivir en la *casa nativa* y el derecho de habitación, hemos de señalar que entre ambas figuras existen grandes similitudes, aunque también pueden existir diferencias. En este sentido, el TSJN afirma que *el acogimiento a la casa* no confiere a sus beneficiarios un derecho real de habitación, salvo que se haya atribuido inequívocamente tal carácter. Niega, por tanto, que los demandados, en el caso que nos ocupa, sean titulares de un derecho de habitación.

Una vez más, debemos manifestar nuestras discrepancias con la tesis que defiende el TSJN. A nuestro juicio, en el presente caso, sí existe un derecho de habitación que se incluye dentro del denominado *derecho de acogimiento a la casa*. Antes de exponer las razones o argumentos que nos llevan a mantener dicha tesis señalaremos los principales caracteres del derecho de habitación.

Se regula en las leyes 423 a 426 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra y en los artículos 523 a 529 CC. Se puede definir como un derecho real limitado sobre cosa ajena que concede a su titular la facultad de ocupar la totalidad o parte de una vivienda para sí y para los que convivan con él²⁹. Tanto en el Derecho navarro como en el Derecho civil común, el derecho de habitación se rige por lo dispuesto en su título constitutivo y, en su defecto, por las disposiciones legales que le sean de aplicación en cada caso (Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra o Código civil)³⁰. No obstante, el régimen jurídico del derecho de habitación sometido al Derecho civil navarro

²⁸ En este sentido se pronuncia tanto la sentencia de la Audiencia Provincial como el Voto Particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.

²⁹ Señala GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Profesor Lacruz Berdejo, Zaragoza, 1974, p. 245, que los autores definían el derecho de habitación como «*Jus alienas aedes inhabitandi, salva earum substantia*».

En relación con el concepto de derecho de habitación, véase: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, volumen 2.º, 14.ª edición, Madrid, 1988, pp. 84 y 85; RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987, pp. 24 a 26; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Comentario del artículo 524 del Código civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, volumen 1.º, 2.ª edición, Madrid, 1992, p. 630; BUSTOS GÓMEZ RICO, M. de, *Comentario del artículo 524 del Código civil*, *Comentario del Código Civil*, (coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), tomo III, Barcelona, 2000, p. 616.

³⁰ Conforme a lo establecido en la ley 423 Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra y en el artículo 523 CC.

difiere en algunos aspectos de la regulación que realiza el Código civil³¹. La principal especialidad que presenta, a nuestro entender, la Compilación de Derecho Civil de Navarra es que el titular puede arrendar a un tercero el derecho de habitación (ley 424 Fuero Nuevo de Navarra), mientras que en el Derecho civil común, la citada figura es un derecho intransmisible (art. 525 CC)³². La doctrina³³ señala como principales características del derecho de habitación las siguientes:

- Es un derecho real oponible a los terceros.
- Recae siempre sobre cosa ajena.
- Es un derecho temporal (art. 529 en relación con el art. 522 CC).
- Al ser un gravamen de la propiedad, la interpretación de su contenido es restrictiva.
- Tiene acceso al Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en el artículo 2.2 LH.

Por otra parte, hemos de señalar que la principal finalidad del derecho de habitación es dar alojamiento a su titular. De ahí que dicho derecho se conceda en consideración a una persona concreta (carácter *intuitu personae*)³⁴.

Una vez que hemos expuesto brevemente los rasgos esenciales del derecho de habitación, nos centraremos en exponer los argumentos más relevantes por los que consideramos que, en el presente caso, el *derecho de acogimiento a la casa* incluye un derecho de habitación.

En primer lugar, en la cláusula sexta del testamento de doña Begoña se afirma que los titulares del derecho de *acogimiento* tienen derecho a «vivir en la *casa nativa*» (cuyo dominio pertenece al heredero universal, don Juan José) mientras permanezcan solteros. La primera conclusión que podemos extraer es que existe coincidencia entre el contenido fundamental del derecho que nace del testamento de doña Begoña y el concepto de derecho de

³¹ Para un estudio más detallado de la evolución y del régimen jurídico del derecho de habitación, tanto en Derecho civil común como en Derecho foral navarro, véase: VENEZIAN, G., *Usufructo, uso y habitación* (traducción castellana por la Revista de Derecho Privado y anotada por José Castán Tobeñas), Madrid, 1928; SALINAS QUIJADA, F., *Derecho civil de Navarra*, tomo III, volumen 1.º, Pamplona, 1973, pp.125 a 142; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, volumen 2.º, 14.ª edición, Madrid, 1988, pp. 84 a 88 y 95 a 97; FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., *Los derechos reales de uso y habitación*, Madrid, 1994; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tomo I, 3.ª edición, Madrid, 1999, pp. 641 a 644.

³² El Código civil suprime la facultad que las *Partidas* (Ley 27, Título 31, Partida 3.ª) concedían al titular del derecho de habitación respecto de la posibilidad de arrendar a terceros de «buena voluntad» el citado derecho. En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, volumen 2.º, 14.ª edición, Madrid, 1988, p. 84; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Comentario del artículo 524 del Código civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, volumen 1.º, 2.ª edición, Madrid, 1992, p. 629.

³³ Entre otros, DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, volumen 1.º, 2.ª edición, Madrid, 1992, pp. 592 y 593.

³⁴ En este sentido se pronuncia la jurisprudencia [STS de 23 de marzo de 1925 (Colección Legislativa de España, Jurisprudencia civil, 1925, volumen 1.º, núm. 175)] y también la doctrina, DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Comentario del artículo 524 del Código civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, volumen 1.º, 2.ª edición, Madrid, 1992, pp. 630 a 631, y BUSTOS GÓMEZ RICO, M. de, «Comentario del artículo 524 del Código civil», *Comentarios del Código Civil*, (coordinador, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), tomo III, Barcelona, 2000, p. 616.

habitación que mantiene la mayoría de la doctrina³⁵. Los principales rasgos del derecho que tienen los acogidos a vivir en la *casa nativa* son los siguientes:

– Los titulares del *derecho de acogimiento a la casa*, conforme a lo establecido en la cláusula sexta del testamento, «podrán vivir en la *casa nativa*», mientras estén solteros y quieran continuar en ella.

– El derecho de los acogidos recae sobre un inmueble ajeno (el dominio de la *casa nativa* pertenece a un sujeto que no es titular del *derecho de acogimiento a la casa*).

– Es un derecho de carácter temporal (mientras sus titulares permanezcan solteros)³⁶.

Se puede argumentar en contra de lo anterior, afirmando que en el testamento no se menciona para nada la existencia de un derecho de habitación. Ello es totalmente cierto. Ahora bien, no es menos cierto que la existencia de un derecho no depende de la concreta denominación que reciba³⁷. A mayor abundamiento, la utilización, en el presente caso, de un criterio de interpretación literal no debilita nuestra tesis, sino todo lo contrario, la refuerza. Según la Real Academia Española³⁸, el significado del vocablo *habitar* es «vivir, morar», mientras que una de las acepciones del término *vivir* es «habitar o morar en un lugar o país». Así pues, podemos afirmar que los términos *habitar* y *vivir* son sinónimos.

A nuestro entender, para determinar si estamos o no en presencia de un derecho de habitación hay atender principalmente a su título constitutivo (contrato, donación, testamento) y analizar si se dan los elementos básicos de la citada figura. Como hemos señalado anteriormente, el derecho de habitación se rige por lo dispuesto en su título de constitución y, subsidiariamente, por las normas legales que le son de aplicación. La autonomía de la voluntad, por tanto, desempeña un papel muy importante en la configuración de este derecho³⁹. La citada libertad que tienen los particulares para configurar el derecho

³⁵ Véase nota núm. 29.

³⁶ Como reconoce DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Comentario del artículo 523 del Código civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, volumen 1.º, 2.ª edición, Madrid, 1992, p. 600, es válido (y habitual) que el derecho de habitación se someta al límite temporal de «hasta que contraiga matrimonio» su titular. En este sentido, STS de 23 de marzo de 1925 (Colección Legislativa de España. Jurisprudencia civil, 1925, volumen I, núm. 175).

³⁷ Así, por ejemplo, estaremos en presencia de un contrato de compraventa (regulado por los arts. 1445 a 1506 CC), aunque las partes lo hayan denominado contrato de intercambio, cuando uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa y el otro se obliga a pagar un precio en dinero o signo que lo represente.

³⁸ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21.ª edición, Madrid, 1992.

³⁹ La autonomía de la voluntad no sólo tiene relevancia en el ámbito del derecho de habitación (art. 523 CC y ley 423 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra), sino que, como acertadamente afirma PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tomo I, 3.ª edición, Madrid, 1999, pp. 65 y 66, «cabén pactos que alteren el contenido típico de los derechos reales legalmente previstos». Así, por ejemplo, en materia de derecho de usufructo (arts. 467 y 470 CC) y derecho de servidumbre (arts. 594 y 598 CC).

En el ordenamiento jurídico navarro, el principio de autonomía de la voluntad también se extiende a la configuración de los derechos reales (leyes 7, 365, 393, 460, 463 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra).

de habitación⁴⁰ «debe entenderse referida tan sólo a aquellos deberes y facultades que pueden, sin merma de su contenido real, ser objeto de graduación ampliativa o restrictiva; en otro caso, se podrá originar una relación jurídica de gravamen sobre una cosa, pero no un derecho de uso o habitación»⁴¹.

Así pues, teniendo en cuenta todo lo expuesto, podemos afirmar que el derecho de habitación en nuestro ordenamiento (tanto de Derecho foral navarro como de Derecho común) puede configurarse de formas muy diversas. Una de ellas es, precisamente, la que nos encontramos en este caso: el derecho de habitación se incluye en otro más amplio, denominado *derecho de acogimiento a la casa*.

Por otra parte, el TSJN utiliza un razonamiento para negar la existencia del derecho de habitación que no es en absoluto plausible. Afirma, con apoyo en la STS de 30 de noviembre de 1964 (ar. 5552)⁴², que no existe derecho de habitación porque no se deriva «de manera precisa e inequívoca» del título constitutivo del *derecho de acogimiento a la casa*. Aunque no alcanzamos a entender muy bien qué quiere decir el TSJN con la citada expresión, parece que está afirmando que sólo existirá un derecho de habitación cuando se den dos requisitos: *a*) que se declare, de forma expresa, en el título constitutivo la existencia del mencionado derecho, y *b*) que se utilice en el título constitutivo la expresión «derecho de habitación». Ello nos parece carente de toda lógica, pues lo relevante para saber si existe o no derecho (en concreto, un derecho de habitación) no es la denominación que éste reciba, sino conocer sus caracteres, los derechos y obligaciones que incumben a cada una de las partes.

⁴⁰ La libertad de configuración del derecho de habitación deriva del artículo 523 CC y de la ley 423 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

⁴¹ RAMS ALBESA, J., «Comentario del artículo 523 del Código civil», *Comentarios del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, p. 1384.

⁴² En nuestra opinión, la citada sentencia (que resuelve un caso totalmente distinto al que nosotros estamos analizando) no constituye un argumento de peso a favor de la tesis del TSJN, sino todo lo contrario, es decir, a favor de la tesis que entiende que sí existe un derecho de habitación. Señalemos, brevemente, alguno de los razonamientos que se contienen en la sentencia (Considerando séptimo): *a*) afirma el TS, de manera acertada, que de la mera cesión del uso y disfrute (sin que conste en documento alguno) de una vivienda a favor de un determinado sujeto, «sin señalamiento y exigencia de pago o merced», no puede deducirse que ha nacido un derecho de habitación, sino solamente que se ha constituido «un verdadero precario»; *b*) que de la mera tolerancia no puede surgir un derecho de habitación; *c*) mantiene el TS que para el nacimiento de un derecho real de habitación es necesario «un acto expreso y más o menos solemne».

Así pues, la conclusión que podemos extraer de la sentencia del TS es la siguiente: el derecho real de habitación no puede constituirse mediante una situación de «simple precario», sino que para el nacimiento del mencionado derecho es preciso la existencia de un título.

Llegados a este punto, hemos de manifestar la gran diferencia que existe entre la tesis del TS (para la constitución de un derecho de habitación se requiere un título válido y eficaz) y la que mantiene el TSJN (sólo existirá un derecho de habitación cuando éste derive «de manera precisa e inequívoca» del título de su constitución).

Aplicando todo lo anterior a nuestro caso (sentencia del TSJN de 28 de noviembre de 2000), debemos plantear la siguiente cuestión: del contenido del testamento de doña Begonia («acto expreso y más o menos solemne»), ¿podemos deducir el nacimiento de un derecho de habitación? La respuesta que el TSJN da a dicha pregunta (en concreto, en el Fundamento de Derecho cuarto) es que no existe derecho de habitación porque no resulta «de manera precisa e inequívoca» del título de constitución. Dicha respuesta puede calificarse, a nuestro juicio, como sorprendente y carente de toda lógica jurídica.

Otro de los argumentos que utiliza el TSJN para negar la existencia, en el caso que nos ocupa, de un derecho de habitación es el de la función de ambos derechos. Afirma que la función del *derecho de acogimiento a la casa* es la de mantener la unidad familiar, mientras que el derecho de habitación tiene carácter individualista porque la ley 424 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra presume *iuris tantum* que el citado derecho «concede a su titular la facultad de ocupar la vivienda total y exclusivamente, para sí y los que con él convivan». Parece olvidar el TSJN que la verdadera y última finalidad de ambos derechos es dar alojamiento a sus titulares⁴³. Y por otra parte, ¿qué consecuencias se derivan para el TSJN de una presunción *iuris tantum* establecida en una norma legal⁴⁴? Somos conscientes que no es lugar adecuado para estudiar la mencionada figura⁴⁵. Sin embargo, creemos necesario aclarar, brevemente, cuál es la finalidad y fundamento de las presunciones legales *iuris tantum*. Podemos afirmar que «tienen por objeto dar seguridad a los hechos o estados jurídicos que se suponen existentes por razones lógicas y de justicia»⁴⁶ y que su fundamento «es un juicio cualificado de probabilidad»⁴⁷ que admite prueba en contrario. Llegados a este punto, debemos plantear la siguiente cuestión: cuando el título constitutivo del derecho de habitación, conforme a la ley 424 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, sólo otorgue a su titular la facultad de ocupar parcialmente la vivienda gravada, ¿seguirá afirmando el TSJN que el derecho de habitación tiene «carácter individualista»?

Finalmente, debemos citar el artículo 675 CC como un argumento más a favor de la apreciación, en el presente caso, de un derecho de habitación. En virtud de dicho precepto, «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador». Asimismo señala que «en caso de duda se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento». A nuestro juicio, la intención de doña Begoña (testadora) es clara: quiere conceder a sus hijos, mientras permanezcan solte-

⁴³ Sin ánimo de reiterar temas tratados con anterioridad, hemos de recordar que, como señala DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Comentario del artículo 524 del Código civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, volumen 1.º, 2.ª edición, Madrid, 1992, p. 630, «el derecho real de habitación propiamente dicho es aquel que confiere al titular la facultad de ocupar ciertas dependencias de una casa ajena».

⁴⁴ Ley 424 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

⁴⁵ Para un estudio pormenorizado de las *presunciones*, véase: BONET y NAVARRO, A., voz «presunciones», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, volumen III, Madrid, 1995, pp. 5046 a 5048; IGLESIAS, J., *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, 9.ª edición, Barcelona, 1985, p. 221; PICÓ I JUNOY, J., «Comentario del artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Comentarios a La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, Valladolid, 2000, pp. 2031 a 2033; RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, tomo I, 5.ª edición, Barcelona, 1992, pp. 635 a 642; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, volumen 2.º, 2.ª edición, Madrid, 1991, pp. 606 a 638; VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coordinadores: Cortés Domínguez, V./Moreno Catena, V.), tomo III (*La prueba. Los recursos*), Madrid, 2000, pp. 98 a 101; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./GIMENO SENDRA, V./MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, 3.ª edición, Madrid, 2000, pp. 243 y 244.

⁴⁶ BONET y NAVARRO, A., voz «presunciones», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, volumen III, Madrid, 1995, pp. 5046 a 5048.

⁴⁷ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coordinadores: Cortés Domínguez, V./Moreno Catena, V.), tomo III (*La prueba. Los recursos*), Madrid, 2000, p. 98.

ros, un derecho que les faculte a vivir en la *casa nativa* y que sea eficaz frente a los terceros adquirentes.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, y a modo de conclusión final, debemos reiterar que, en nuestra opinión, los demandados son titulares de un derecho de habitación que se incluye en una figura más amplia denominada *derecho de acogimiento a la casa*.

3. El derecho de acogimiento a la casa y su eficacia frente a los terceros

Hemos comprobado que la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho de los acogidos a vivir en la *casa nativa* no es pacífica. Por ello, para abordar el estudio de la oponibilidad del mencionado derecho, vamos a distinguir, atendiendo a la naturaleza real o personal del mismo, dos supuestos.

3.1 EL DERECHO DE LOS ACOGIDOS A VIVIR EN LA CASA NATIVA DE CARÁCTER REAL

Si considerásemos que el derecho de los acogidos a vivir en la *casa nativa* es un derecho o carga real⁴⁸, no existiría problema alguno en admitir, conforme a los artículos 1 y 2.2 LH y 7 RH, su inscripción en el Registro de la Propiedad. Estaría, por tanto, protegido por la fe pública registral⁴⁹ y, como reconoce expresamente el TSJN (Fundamento de Derecho cuarto), sería oponible a los terceros adquirentes de la *casa nativa*⁵⁰.

No nos vamos a detener en su estudio porque no plantea, a nuestro juicio, ninguna especialidad con respecto a los efectos que se derivan de toda inscripción registral. Tan solo señalar que si optásemos por dicha calificación, los terceros adquirentes de la *casa nativa* (en este caso, don Santiago) estarían obligados a soportar *el derecho de acogimiento a la casa* y, en consecuencia, no se podría condenar a los demandados a desalojar la *casa*.

3.2 EL DERECHO DE LOS ACOGIDOS A VIVIR EN LA CASA NATIVA DE CARÁCTER PERSONAL

Es la tesis que mantiene el TSJN y, sin duda, plantea muchos más interrogantes que el primer supuesto. Se afirma en la sentencia que la constancia en el Registro de la Propiedad del derecho personal de los demandados a vivir en la *casa nativa* no implica que sea un derecho oponible a los terceros adquirentes. Los argumentos que utiliza el TSJN para negar la protección que

⁴⁸ Tesis defendida tanto por la sentencia de la Audiencia Provincial de 18 de enero de 2000 (Fundamento de Derecho cuarto) como por el Magistrado que formula un Voto Particular (Fundamento de Derecho tercero) a la sentencia del TSJN. Por el contrario, la sentencia de primera instancia y la del TSJN mantienen que se trata de un derecho personal.

⁴⁹ Para un estudio en profundidad, véase: ROCA SASTRE, R. M./ROCA-SASTRE MUNCILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo II, 8.ª edición, Barcelona, 1995, pp. 161 a 546.

⁵⁰ En este sentido, entre otros, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tomo II, Madrid, 1993, pp. 64 y 65.

emana del Registro son, a nuestro juicio, admisibles, pero, al mismo tiempo, rebatibles. Afirma que no estamos en presencia de una auténtica inscripción registral, ni tampoco de una *mención registral*⁵¹ propiamente dicha. Sin embargo, al tratarse de una obligación de carácter personal u obligacional, el TSJN considera, en virtud de los artículos 98 LH y 353.3 RH, que debe recibir el mismo tratamiento que las *menciones registrales*, a las que «no alcanzan los efectos propios de la fe pública registral».

Debemos señalar, en primer lugar, que no existe unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia sobre cuáles son los efectos de las *menciones registrales*⁵². En esta materia podemos distinguir dos tesis.

a) La primera de ellas es la que mantiene el TSJN en la sentencia y que coincide con el planteamiento que realiza un sector doctrinal (Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida⁵³, González Ordoñez⁵⁴ y Sanz Fernández⁵⁵). Los defensores de esta primera tesis afirman, con apoyo en los artículos 29 y 98 LH, que las *menciones registrales* no surten efectos frente a los terceros.

b) Por el contrario, otro sector doctrinal (entre otros, Giménez Arnau⁵⁶, Cossío y Corral⁵⁷ y Afonso Rodríguez⁵⁸) y jurisprudencial [SSTS de 24 de mayo de 1952 (ar. 846) y de 17 de octubre de 1967 (ar. 3967)] considera que las *menciones registrales*, pese a que no conllevan los efectos propios de la fe pública registral, sí pueden eliminar la buena fe de los terceros adquirentes.

Por otra parte, el TSJN señala, acertadamente, que la inscripción en el Registro de la Propiedad no provoca una mutación en la naturaleza jurídica de los derechos⁵⁹.

Al contrario de lo que mantiene el TSJN, a nuestro juicio, los derechos de crédito o de carácter personal sí pueden resultar oponibles a los terceros. Ahora bien, debemos tener en cuenta que en nuestro ordenamiento no existe un sistema de publicidad de los derechos personales o de crédito (por el contrario, la publicidad de los derechos reales emana de su acceso al Registro de la Propiedad). Ello supone que los terceros, en muchas ocasiones, no tienen posibilidad de conocer su existencia. Veamos, a continuación, en qué casos y bajo qué circunstancias los derechos de crédito resultan oponibles a los terceros.

En esta materia la jurisprudencia del TS resulta imprescindible. De su estudio [entre otras, podemos citar las siguientes: SSTS de 23 de marzo

⁵¹ En relación con las menciones registrales puede consultarse la obra de AFONSO RODRÍGUEZ, M.ª E., *Las menciones de derechos en el Registro de la Propiedad*, Madrid, 1998.

⁵² En este sentido, AFONSO RODRÍGUEZ, M.ª E., *Las menciones de derechos en el Registro de la Propiedad*, Madrid, 1998, pp. 343 a 362.

⁵³ LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1968, p. 109.

⁵⁴ GONZÁLEZ ORDOÑEZ, J. M., *Apuntes de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1953, p. 86.

⁵⁵ SANZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, p. 218.

⁵⁶ GIMÉNEZ ARNAU, E., *Tratado de Legislación Hipotecaria*, tomo I, Madrid, 1941, pp. 197 y 198.

⁵⁷ COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.ª edición, Barcelona, 1956, p. 285.

⁵⁸ AFONSO RODRÍGUEZ, M.ª E., *Las menciones de derechos en el Registro de la Propiedad*, Madrid, 1998, p. 359.

⁵⁹ En este sentido, ROCA SASTRE, R. M./ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo I, 8.ª edición, Barcelona, 1995, p. 288.

de 1921 (Colección Legislativa de España. Jurisprudencia civil, 1921, núm. 90), 9 de febrero de 1965 (ar. 533), 16 de febrero de 1973 (ar. 476), 4 de junio de 1990 (ar. 4726), 24 de octubre de 1990 (ar. 8045) y 13 de febrero de 1997 (ar. 944)]⁶⁰ podemos deducir lo siguiente:

– La oponibilidad⁶¹ de los derechos de crédito a los terceros deriva del conocimiento efectivo o ficticio (posibilidad de conocimiento) que éstos tengan de los mismos.

– La buena fe del tercero se identifica con el desconocimiento de la existencia del citado derecho (genera su inoponibilidad), mientras que la mala fe del tercero se asocia con el conocimiento de la existencia del derecho de crédito (genera su oponibilidad)⁶².

En resumen, la oponibilidad de los derechos de crédito frente a los terceros puede producirse, a nuestro entender, por dos vías diferentes:

En primer lugar, los derechos de crédito serán oponibles a los terceros cuando éstos tengan conocimiento real de su existencia⁶³.

Y en segundo lugar, los derechos de crédito también serán oponibles cuando los terceros tengan posibilidad de conocer su existencia. La denominada posibilidad de conocimiento deriva de la publicidad que emana de los

⁶⁰ Las SSTs de 4 de junio de 1990 (ar. 4726), 24 de octubre de 1990 (ar. 8045) y 13 de febrero de 1997 (ar. 944) son especialmente significativas. De ahí que les prestemos una especial atención.

La primera de ellas (STS de 4 de junio de 1990) aborda la cuestión de la eficacia de una obligación de no construir (no inscrita en el Registro de la Propiedad). Afirma el TS que aunque se trate de un derecho personal («obligación de prestación negativa o *non facere*»), resultará oponible a los terceros que conozcan su existencia.

Por su parte, la STS de 24 de octubre de 1990 (comentada por GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., en *CCJC*, 1990, núm. 24, pp. 1115 a 1142, y por CAÑIZARES LASO, A., «Tanteo y opción. Frustración del interés del titular del derecho», *ADC*, 1991, fascículo II, pp. 921 a 935), analiza la eficacia frente a los terceros de un derecho de opción no inscrito. De los Fundamentos de Derecho de dicha sentencia se pueden extraer las siguientes conclusiones: *a)* los terceros adquirentes, cuando conocen la realidad extrarregistral, no pueden quedar protegidos por la fe pública registral porque no tienen buena fe, y *b)* el conocimiento por los terceros de la existencia de un derecho personal (en este caso, un derecho de opción) genera que éste les sea oponible, debiendo soportar su ejercicio por parte del titular.

Finalmente, mantiene la STS de 13 de febrero de 1997, relativa también a un derecho de opción de compra no inscrito en el Registro de la Propiedad (calificado por el TS como de naturaleza personal), que el conocimiento que tenía el tercero de la existencia del derecho de opción impide poder considerarle como de buena fe. El fallo de la sentencia declara que el derecho de opción de compra es oponible a dicho tercero. Ello conlleva que el tercero debe soportar y respetar el ejercicio del derecho de opción.

⁶¹ Sobre el significado del término *oponibilidad*, véase: PAU PEDRÓN, A., *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad* (discurso leído el día 15 de enero de 2001 en el acto de su recepción como académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid, 2001, pp. 35 a 37.

⁶² RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Madrid, 2000, pp. 168 a 170.

⁶³ Así, por ejemplo, un derecho de opción de compra (no inscrito en el Registro de la Propiedad) sobre un inmueble será oponible a un tercero (debiendo soportar su ejercicio) cuando éste, a pesar de conocer la existencia del citado derecho, que fue constituido por C en favor de O, adquiere de C el citado inmueble.

En este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Notas sobre la oponibilidad de los contratos», *Estudio de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Barcelona, 1993, pp. 1477 y 1478.

registros públicos. Si nos centramos en el Registro de la Propiedad, la regla general es que al mismo sólo acceden los derechos reales (arts. 98 LH y 9 RH, *a sensu contrario*). Sin embargo, como oportunamente señala el TSJN, existen excepciones a la mencionada regla [inscripción del derecho de opción (art. 14 RH), inscripción del arrendamiento (art. 2.5 LH), inscripción de situaciones urbanísticas]. Podemos afirmar que, *de facto*, los derechos de crédito o personales sí acceden al Registro de la Propiedad. Ello implica que los terceros tienen la posibilidad de conocer su existencia. Es precisamente esta posibilidad de conocimiento (o conocimiento ficticio) lo que permite afirmar que los derechos de crédito que han accedido al Registro de la Propiedad son oponibles a los terceros. La consecuencia principal que se deriva del acceso al Registro es que los terceros no pueden alegar que son terceros de buena fe protegidos por el artículo 34 LH, debiendo soportar, en definitiva, el ejercicio del derecho de crédito por su titular.

Una vez que hemos expuesto nuestra opinión sobre la oponibilidad de los derechos personales a los terceros, hemos de manifestar que no compartimos el fallo del TSJN (ordena que los titulares del *derecho de acogimiento a la casa* desalojen la *casa nativa*). A continuación, exponemos, de manera concisa, los motivos de nuestra discrepancia con el fallo de la sentencia.

Cierto es que el derecho de los acogidos a vivir en la *casa nativa* es calificado por el TSJN como un derecho de naturaleza personal y que al no tener acceso al Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria, no sería, en principio, oponible a los terceros. Sin embargo, en el presente caso, por razones que no conocemos, sí tuvo acceso a los libros del Registro y además los terceros (tanto la entidad bancaria, como don Santiago), según se desprende del contenido de la sentencia⁶⁴, tenían conocimiento de la existencia del derecho de los acogidos a vivir en la *casa*.

Por otra parte, la existencia de certificaciones registrales declarando la ausencia de cargas o gravámenes sobre la finca no constituye obstáculo alguno porque éstas no «pueden imponerse a los Tribunales, que son los que, en definitiva, deciden y amparan los derechos frente a todos y al propio Registro»⁶⁵.

Todo ello permite afirmar que don Santiago (actual propietario de la *casa nativa*) no puede resultar protegido por el artículo 34 LH porque carece de buena fe. En resumen, la sentencia, a nuestro juicio, debió desestimar la demanda, declarando el derecho de los demandados a seguir viviendo en la *casa nativa* y la obligación de don Santiago de soportar y respetar el ejercicio por los demandados del citado derecho⁶⁶.

⁶⁴ En el Antecedente de Hecho segundo de la sentencia del TSJN se afirma que «en vísperas de la tercera y última subasta, el demandante acudió a visitar la *Casa G.*», momento en que los demandados «le expusieron la situación y el derecho que tenían a vivir en la misma».

En el Fundamento de Derecho primero de la sentencia del TSJN (y en el Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia de la Audiencia Provincial de 18 de enero de 2000) se declara que el *derecho de acogimiento a la casa* era perfectamente conocido por la ejecutante adjudicataria, es decir, por la Caja de Ahorros de Navarra.

⁶⁵ En este mismo sentido se pronuncia el Magistrado que formula el Voto Particular a la sentencia del TSJN (Fundamento de Derecho cuarto).

⁶⁶ Es coincidente con los fallos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 18 de enero de 2000 y del Voto Particular formulado a la sentencia del TSJN.

Sobre la causa y el error en el Convenio transaccional: Comentario a la sentencia de 20 de diciembre de 2000

ANTONIO JOSÉ QUESADA SÁNCHEZ

Universidad de Málaga

I. INTRODUCCIÓN: SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA

Antes de estudiar los diversos temas de interés que se plantean en la Sentencia que vamos a comentar, STS 20-12-2000, es necesario conocer adecuadamente el supuesto de hecho que sirve de base al caso, para conocer perfectamente los datos fácticos de mayor interés a los que deberemos hacer frente en su momento.

Pasemos, por lo tanto, a relatar los mismos. D. Esteban D. T. sufrió un accidente de circulación en Lanzarote el día 18 de julio de 1987, y como consecuencia del mismo sufrió unas determinadas lesiones. Se inició un juicio de faltas en el Juzgado de Lanzarote, y el dañado llega a un acuerdo transaccional con la entidad Mapfre Guanarteme Seguros, D. Mariano E. de L. y D. José R. M., acuerdo por medio del cual D. Esteban renuncia a cuantos derechos y reclamaciones pudiesen derivarse de dicho accidente por haber sido, señala, debidamente indemnizado, renuncia efectuada ante Notario el día 29 de diciembre de 1988, y formalizada ante el Juzgado por su esposa en virtud de poder notarial conferido en dicha fecha.

Sin embargo, posteriormente, D. Esteban presenta demanda contra Mapfre Guanarteme Seguros, D. Mariano E. de L. y D. José R. M., en cuyo suplico solicita la nulidad del pacto transaccional alcanzado por falta de causa del acuerdo transaccional celebrado entre el actor y los demandados, y, por lo tanto, la nulidad de la renuncia y del documento de renuncia otorgado el 29 de diciembre de 1988, o alternativamente, la nulidad por error sobre la sentencia de la cosa que sirve de objeto al convenio transaccional citado, y las subsiguientes renunciaciones y documentos citados, además de, en todo caso, la nulidad por defecto de forma de la renuncia efectuada por la esposa, ya citada.

En primera instancia es desestimada dicha demanda, y se recurre dicha sentencia desestimatoria, que se verá confirmada por la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria. Contra la misma se presenta recurso de casación, que será resuel-

to por STS 20-12-2000, sentencia que desestima todos los motivos del recurso y, por lo tanto, el recurso en su integridad, y que vamos a repasar en algunos de sus puntos.

II. CUESTIONES A VALORAR EN LA STS 20-12-2000

La Sentencia que pretendemos estudiar se ocupa de una serie de asuntos del mayor interés, relacionados todos ellos con el contrato de transacción, temas en los cuales nos vamos a detener en su momento adecuadamente (el supuesto que nos ocupa es típico ejemplo del caso más común observable en la jurisprudencia francesa, aunque también podemos encontrar supuestos idénticos en nuestro país, como el que resuelve la STS 6-11-1965).

Debemos comenzar nuestra exposición destacando que todas las cuestiones a repasar se recogen en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia, por lo que daremos de lado a los motivos del recurso recogidos en los otros Fundamentos de Derecho, ya que en nada nos van a interesar para nuestra exposición (cuestiones como la posible falta de motivación de la sentencia, la incongruencia de la misma, la inaplicación del artículo 1218.1 CC, o bien infracciones producidas en un proceso penal). Por consiguiente, nos quedaremos con el Fundamento de Derecho Cuarto para estudiar las cuestiones de interés que encierra al hilo de la transacción.

En este motivo del recurso (motivo tercero) se plantean dos cuestiones que, realmente, debieron ser alegadas por separado, tal y como destaca la propia sentencia: en primer lugar, se solicita la nulidad del convenio transaccional por ausencia de causa, debido a error, y en segundo lugar, la anulabilidad del convenio transaccional y de las subsiguientes renunciaciones debido a error en el objeto. Conjuntamente, se alega infracción de la jurisprudencia en torno al artículo 1266 CC.

Cuestiones todas ellas, como comprobamos, conectadas con la cuestión del *negocio transaccional y la operatividad del error en el mismo*, apartados todos que estudiaremos en nuestra exposición en el momento oportuno.

A estos efectos, y con objeto de encuadrarnos mínimamente dentro del ámbito de estudio que nos interesa, cabe recordar que el artículo 1809 CC define la transacción como el *contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada uno alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado*, definición de la que podemos deducir dos presupuestos¹: en primer lugar, es necesaria una situación de controversia entre dos o más personas (que provocará que surja la duda sobre la existencia de algún derecho de una de las partes, y, por ello, se manifieste un conflicto, a la vista de las posiciones contradictorias entre las partes). En segundo lugar, también son necesarias recíprocas concesiones entre dichas partes: la transacción ofrece un arreglo pactado, por lo que el contrato transaccional resulta oneroso, ya que ambas partes sacrificarán en algo sus pretensiones, con objeto de que se alcance el acuerdo pretendido. Por ello, en toda transacción hay presente un cierto riesgo, voluntariamente aceptado, que es el riesgo de que la solución pactada se distancie de los derechos de las par-

¹ Como adecuadamente explican Díez-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 428.

tes, riesgo que se asume en aras de obtener la ventaja que supone el dar por terminada a la situación de conflicto entre las partes.

La finalidad perseguida con el pacto, por lo tanto, no está realmente en el intercambio de bienes o servicios, sino en resolver la disputa (o diferencias) existente entre las partes.

Por último, cabe señalar que los efectos del convenio transaccional, teniendo en cuenta el carácter declarativo de que goza como principio general la transacción², los derivamos del artículo 1816 CC: la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, algo que se deriva de que su objeto es establecer derechos que sean dudosos, o acabar pleitos presentes o futuros, y se juzga que las mismas partes hubiesen pronunciado sentencia sobre esos pleitos o derechos dudosos³. Aunque esa consideración de cosa juzgada no debe alejarnos del carácter contractual del pacto (sería grave error asemejar el pacto a la sentencia judicial firme⁴).

III. LA CAUSA EN EL CONVENIO TRANSACCIONAL

El primer asunto por estudiar es el motivo aducido relacionado con la causa del contrato. Se solicita en el caso que estudiamos, por parte del actor, la nulidad del convenio transaccional por ausencia de causa como elemento esencial del contrato debido a error, basando su argumentación en el hecho de que la indemnización recibida no era la que correspondía legalmente por los daños sufridos, sino que era notoriamente insuficiente para que se pudiese resarcir el daño causado.

Ante ello, la Sentencia resuelve desestimando dicho motivo: recuerda cómo el artículo 1274 CC no ofrece una definición de causa, sino que especifica de modo objetivo cuál es ésta para los contratos de igual clase. A continuación, se centra en la cuestión general de la causa en el contrato de transacción, tal y como se ha tratado por la jurisprudencia del TS, recordando cómo en algún caso se ha considerado un contrato abstracto (en vista de que se estimaba que la causa era la *intención de los contratantes de sustituir la relación o relaciones dudosas por otra cierta e incontestable*). Añade que no constituye requisito esencial en la transacción la entrega recíproca de prestaciones, ya que es posible que los sacrificios no tengan necesariamente contenido económico, sino que se desee poner término a un litigio (soslayar discusiones, etc.).

Y, por último, incide en que, realmente, la causa del convenio transaccional reside en la finalidad de evitar la provocación de un pleito o poner término al ya comenzado. Parece claro, por lo tanto, que, si ésa es la causa, no puede hablarse de error en la misma en el supuesto que nos ocupa, dado que está bastante clara la existencia de esa causa verdadera y lícita, pretendida por ambas partes.

² Sobre ello, el excelente estudio de GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La transacción», *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, Tomo XLIII, volumen 2, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964, pp. 51-81.

³ Palabras de VÉLEZ SÁRSFIELD en nota al artículo 850 del Código Civil argentino, transcritas por GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La transacción», *cit.*, p. 129.

⁴ Pese a la terminología, nos movemos siempre en el ámbito contractual: ya la STS 10-4-1985 indicaba que existen importantes diferencias entre las autoridades de cosa juzgada, principalmente la posibilidad de impugnar el pacto, *con el riesgo de nulidad*.

Desde nuestro punto de vista, la argumentación realizada por la Sentencia en este punto es acertada. La causa, elemento esencial para la existencia de todo contrato, en el contrato transaccional es, precisamente, esa finalidad común de solucionar la controversia existente entre las partes, controversia que ha provocado el inicio de un procedimiento judicial o está a punto de provocar que dicho proceso se inicie.

Y valorando el problema del caso que nos ocupa, parece evidente que no hay error en la causa, ya que no hay error sobre esa finalidad común de solucionar la controversia, sino que dicha causa está perfectamente clara y presente.

El error sobre la causa del contrato de transacción exige que alguna de las partes (o las dos, en su caso) no celebre el contrato con la finalidad de evitar la provocación del pleito o de poner término al pleito comenzado de que se trate, esto es, que no se sea realmente consciente de que se celebra un contrato de transacción. Por ello, existe un error en ese consentimiento (o, en su caso, consentimientos) que recae, realmente, sobre la causa⁵, debido a la falsa representación de la finalidad esencial del negocio transaccional, y que conlleva, que la causa que debiera existir en ese contrato, realmente, no exista, ya que esa falsa representación afecta a la raíz misma del negocio jurídico transaccional, desnaturalizándolo como tal negocio (las partes no emiten un consentimiento unívoco sobre la causa típica del contrato transaccional).

Existiría problema de falta de causa en el pacto transaccional si, por ejemplo, no fuese éste referido a evitar o terminar un pleito⁶, porque los contratantes manifestasen una causa que aparentemente quieren, pero realmente no existiendo entre ellos conformidad (debido a la existencia de error en uno de ellos: algo que implicaría realmente la existencia de disenso y, con ello, la inexistencia de causa⁷).

Dicha construcción citada, de la inexistencia de causa, nos parece más correcta que las teorías (clásicas, por otra parte⁸, lo que no las exime de crítica) que reconducen la cuestión al problema de la causa falsa⁹ o, aquellas que, pese a diferenciar ambos supuestos (causa falsa e inexistencia de causa), reconducen el problema al de las consecuencias de la causa falsa¹⁰.

Cuestión diferente será que la contraprestación recibida como consecuencia del acuerdo, que implicó la renuncia de derechos y acciones, fuese mayor o menor que la que debiera haberse producido, como ocurre en el caso que nos ocupa, pues esto es algo que, realmente, no contradice la existencia y legalidad de la causa de la transacción.

⁵ Tal y como explica ALONSO PÉREZ, M.: «El error sobre la causa», en *Estudios de Derecho Civil en Honor del Profesor Castán Tobeñas*, tomo III, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, p. 13.

⁶ Ejemplo señalado expresamente por DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 231-232.

⁷ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia, Bolonia, 1998, pp. 126-127, 134-136, 146, 155 y 158-159.

⁸ Tal y como explica ALONSO PÉREZ, M.: *El error sobre la causa*, cit., pp. 16-27.

⁹ Como, por ejemplo, CÉLICE, R.: «El error en los contratos», Ed. Góngora, Madrid, s. f., pp. 118-143 (aunque finalmente termine en la inexistencia de causa, p. 234).

¹⁰ MORALES MORENO, A. M.: *El error en los contratos*, Ed. Ceura, Madrid, 1988, pp. 140-142. Posteriormente diferencia ambas situaciones, principalmente reservando el error para elementos intrínsecos de organización de intereses del contrato, y la falsedad para elementos extrínsecos (ob. cit., p. 147).

Estimamos que, pese a la conexión existente entre ambas cuestiones, la existencia de error susceptible de ser tenido en cuenta a estos efectos conlleva que la causa, realmente, sea inexistente, dado que la falsa representación afecta a las raíces mismas del negocio, con lo que ese contrato, que aparentemente se celebró sin ningún tipo de problema a la hora de la correcta valoración de la situación, se ve afectado por esta sobreveniencia que conlleva la inexistencia del contrato, con lo que parece que, auténticamente, se pierde la base del negocio en virtud de dichas circunstancias sobrevenidas, con la nulidad que conlleva.

Esto provoca que, por otra parte, pudiese pensarse en la utilidad, a estos efectos, de la cláusula *rebus sic stantibus*¹¹, en vista de la innegable modificación existente en las circunstancias que se provoca. Sin embargo, ambas situaciones deben ser diferenciadas claramente, pues mientras acudir a la «cláusula *rebus*» implica generalmente la existencia de circunstancias sobrevenidas de carácter extraordinario, y nos lleva a ubicarnos en el artículo 1258 CC (y alguna vez, en el 1184), el tema de la falta de causa del negocio jurídico nos reconduce realmente al problema de los propios elementos del contrato, en este caso a los artículos 1274 y 1275 CC, y eso debe diferenciarse adecuadamente¹².

Desde nuestro punto de vista, no nos parece que la aplicación de la «cláusula *rebus*» sea la opción más técnicamente correcta para este caso, debido a que esos requisitos que jurisprudencialmente se vienen exigiendo de modo reiterado para dicha aplicación no encajan adecuadamente dentro de nuestro caso, ya que no queda acreditada la existencia de circunstancias extraordinarias sobrevenidas. La presunta «circunstancia sobrevenida» no es tal: afecta a la esencia misma de los elementos del contrato, provocando no que debamos defender la necesidad de no cumplir el contrato o de cumplirlo en otras circunstancias a las inicialmente previstas, sino que, realmente, el contrato cae por su base, y ése es otro tema bien diferente que el del contrato perfectamente válido y eficaz al que circunstancias sobrevenidas afectan del severo modo descrito (debiendo defenderse, entonces, que el contrato se cumpla de otra forma, o, incluso, no deba cumplirse, consecuencias igualmente traumáticas, como se puede comprobar).

Por ser diferente el problema, exige una solución diferente, que pasa por atender a la inexistencia sobrevenida de causa, y no a la posible operatividad de la «cláusula *rebus*», con diferente filosofía inspiradora y útil en otros supuestos.

Por lo tanto, en resumen y volviendo al caso que nos ocupa, realmente, existe causa y no hay error sobre ella: las partes saben perfectamente que la causa está en la finalidad común de solucionar la controversia, y sobre ello no asoma sombra de error alguna, aunque pueda existir deficiente valoración de la situación, que en ningún caso afectará a esta causa ya citada (algo que podrá provocar las consecuencias oportunas a la hora de valorar la integridad de ese consentimiento, pero la cuestión no será reconducible a problemas de

¹¹ En este sentido, LLUIS Y NAVAS BRUSI, J.: «La llamada cláusula *rebus sic stantibus* como delimitadora del alcance del principio de que los pactos han de ser observados», publicado en RGLJ en octubre de 1956, separata, p. 18.

¹² Acertadamente apuntado por ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: comentario al artículo 1275, dentro de *Jurisprudencia civil comentada, Código Civil*, Tomo II, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 2226-2227, con la mención de la jurisprudencia oportuna.

causa, como aquí se pretende, pues la causa es perfectamente existente y no está afectada por error de ningún tipo).

La Sentencia se pronuncia en este sentido, acertadamente desde nuestro punto de vista, y desestima el motivo de casación.

IV. OPERATIVIDAD DEL ERROR EN LA TRANSACCIÓN

El siguiente tema a tratar será el de la operatividad del error en el seno de la transacción en el caso concreto que nos ocupa.

Comienza recordando la Sentencia comentada cómo el artículo 1817, en su párrafo primero, remite al artículo 1265 CC y, por lo tanto, 1266 CC, para aludir a la operatividad del error a la hora de emitir el consentimiento. Sin embargo, dicho error, para ser operativo a estos efectos, tal y como nos recuerda la propia jurisprudencia del TS, debe ser esencial y excusable (el ordenamiento no debe proteger a quien, por su conducta poco diligente, no merece dicha protección, o si estamos ante un error de poca relevancia), ya que, como señalara Morales Moreno, *la figura del error, rigurosamente construida, no abarca a todos los errores que puedan producirse en un contrato, sino sólo a algunos de ellos*¹³. Lógicamente, dichas notas de esencialidad y excusabilidad deben ser estudiadas en cada caso concreto y debe comprobarse que existen realmente.

En el caso que nos ocupa, la Sentencia recuerda esos mismos argumentos, y pasa a resolver sobre la aplicación a la transacción, comenzando por descartar la operatividad del error de derecho en estos casos, y recuerda la remisión expresa del párrafo primero del artículo 1817 CC como regla general. E indica que, en el momento de transigir, no pudo existir error, porque no ha existido una evolución posterior a dicho acuerdo que agravase su situación, con lo que no es alegable dicho motivo.

Reflexionemos sobre el acierto de dichos argumentos. Centrándonos en el caso de la operatividad del error en la transacción, debemos destacar de entrada que, por bastantes autores, se ha defendido una interpretación restrictiva respecto de dicha operatividad¹⁴, espíritu derivado de la presunta lógica del contrato transaccional: si el fin primordial reside en evitar la intervención del órgano jurisdiccional para solucionar la controversia mediante la celebración del acuerdo privado, parece lógico que se pretendan reducir las posibilidades de replantear la disputa originaria, con lo que lo más coherente es que la amplitud a la hora de operar el error sea menor que en el resto de contratos¹⁵. En este sentido, cabe recordar cómo algunos autores destacaban el que la transacción fuese efectivamente un contrato, pero también cómo excedía de dicha consideración (así, por citar un ejemplo, Sanahuja indicaba que *la transacción desborda el campo simplemente contractual y penetra en algunos aspectos en el jurisdiccional y aun en el normativo*¹⁶).

¹³ MORALES MORENO, A. M.: *El error en los contratos*, cit., p. 135.

¹⁴ Esta cuestión ha sido estudiada adecuadamente por RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: *El error en la transacción*, ADC, 1991-III, p. 1109-1113.

¹⁵ Espíritu típico asumido por el Derecho romano y por los códigos decimonónicos francés e italiano, como expusiera RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: *El error en la transacción*, cit., p. 1114-1123.

¹⁶ SANAHUJA, J. M.: *Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de transacción y principales cuestiones que plantea*, RDP, 1945, p. 231.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, **pese a sus especialidades, el contrato de transacción no deja de ser un contrato**, algo peculiar, pero contrato al fin y al cabo, como nos recuerda expresamente el artículo 1809 CC, y, por lo tanto, son de aplicación, como a cualquier otro contrato, los artículos generales dedicados a los mismos, y, entre ellos, los artículos dedicados a los vicios del consentimiento, todo ello como criterio general (cualquier especialidad que el legislador quiera que opere dentro de un determinado contrato, debe preverla expresamente en el seno de su regulación concreta).

Esta opinión de la operatividad de los preceptos generales sobre contratos es, además, perfectamente deducible del párrafo primero del artículo 1817 CC, que señala que «la transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, está sujeta a lo dispuesto en el artículo 1265 de este Código», con lo que, sin perjuicio de las especialidades que sigan, remite de modo expreso a la regulación contractual típica como criterio general, como ocurre en todo contrato¹⁷ (la regulación posterior no deja de ser sino regulación de «especialidades», de excepciones a este criterio general). Entendemos dicha remisión como el rechazo expreso por parte del legislador de la línea que defiende una interpretación restrictiva a la hora de interpretar la operatividad del error como vicio del consentimiento para instar la anulabilidad del pacto transaccional.

Y aunque nuestro CC nada señale al respecto, cabe destacar que, a la hora de estudiar la operatividad del error en la transacción, existe una **visión tradicional**, bastante arraigada doctrinalmente, que utiliza como gran criterio esencial para decidir la eficacia anulatoria o no del error el dato de que dicho error haya recaído o no sobre el punto controvertido que es objeto de transacción: según esta doctrina clásica, si el error afecta a la cuestión transigida o discutida (es decir, recae sobre el *caput controversum*), no es posible anular la transacción por error, pero si recae sobre punto no controvertido (esto es, *caput non controversum*), es factible la impugnación por la existencia de error¹⁸.

Esta doctrina tradicional restrictiva ha sido **acertadamente puesta en entredicho** en algunos de sus postulados esenciales por Ruiz-Rico¹⁹, que incide en bastantes datos que ponen en entredicho dicha tesis al operar en el seno de nuestro CC, como que el artículo 1817.1 CC está inspirado por el rechazo al espíritu restrictivo de la operatividad del error en la transacción, en tanto que reconduce la cuestión a las reglas generales sobre vicios de la voluntad, además de poner de manifiesto las dificultades que conlleva, en bastantes ocasiones concretas, diferenciar entre *caput controversum* y *caput non controversum*.

Parece que, si bien esa dicotomía puede ser útil al órgano jurisdiccional para interpretar cada caso concreto, no debe entenderse como argumento único que debe ser tenido en cuenta en todo caso, dada la rigidez que conlleva, sobre todo teniendo en cuenta que la práctica demuestra que los resultados no difieren excesivamente de los que se obtendrían si se aplicasen las reglas generales del error. De todas formas, para valorar adecuadamente la situación debe tenerse en cuenta el pacto expreso alcanzado por las partes, para saber hasta dónde llegaron con los riesgos asumidos por cada uno, si las

¹⁷ En este sentido, STS 15-6-1966.

¹⁸ GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La transacción*, cit., pp.166-179.

¹⁹ Vid. RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: *El error en la transacción*, cit., p. 1113-1185.

partes renunciaron a cualquier tipo de reclamación posterior o no, o sólo en determinados casos, etc.

Para comprobar si la solución adoptada en la Sentencia es acertada, parece interesante estudiar los posibles casos polémicos que pueden darse y en los que podemos encontrarnos la duda acerca de si el error resulta operativo o no a los efectos de instar la nulidad de la transacción en estos casos específicos. El **primer caso** que cabe imaginar es aquel en que se haya alcanzado el pacto transaccional, pero en el mismo no se han tenido en cuenta todas las circunstancias y elementos que debían haberse valorado para formar adecuadamente los consentimientos y la composición de lugar respecto de los intereses en juego.

Realmente, nos enfrentamos a un problema de **distribución de riesgos del contrato** entre los contratantes: existe en este caso al que aludimos un defectuoso conocimiento de la realidad, manifestación de los riesgos del tráfico en este sector concreto de la vida económica, y habrá que determinar el reparto adecuado de los mismos, distribuyéndolos entre ambas partes conforme a las fuentes de determinación de interés oportunas (ley, pacto entre las partes, y usos de aplicación²⁰). Desde nuestro punto de vista, los pactos que las partes pudiesen celebrar al respecto son de una especial relevancia, ya que pueden determinar un reparto de riesgos diferente al aceptado legalmente para el caso, regulado en este caso en el artículo 1266 CC por remisión del artículo 1817 CC. Habrá, por lo tanto, que descender al caso concreto y comprobar con qué regulación se dotaron las partes para ello, algo que no es posible en el caso que nos ocupa, pues nada se informa sobre ello.

Volviendo a centrarnos en el caso, conforme a la doctrina tradicional, en la medida en que nos movemos dentro del ámbito del *caput controversum*²¹, no sería concebible volver a plantear la cuestión, pero desde nuestro punto de vista no es correcta esta solución, porque el consentimiento así emitido está afectado por un error de tal relevancia como para que, siempre que sea excusable, sea tenido en cuenta conforme al artículo 1266 CC, aplicable en virtud de la remisión realizada por el artículo 1817 (en este sentido se ha expresado claramente la STS 23-2-1995). Por ello, la doctrina tradicional en este caso, realmente, no sería sino una contradicción con la letra y el sentido del precepto legal: debe permitirse la operatividad del error en este caso, y debe poder obtenerse la nulidad del pacto transaccional, por ser conforme a la regulación establecida.

El **otro supuesto posible** sería aquel en el que las partes alcanzan un acuerdo transaccional, teniendo en cuenta los daños conocidos o previsibles en el momento de transigir, y posteriormente se descubren nuevos perjuicios derivados del mismo hecho dañoso.

Nuevamente, acudiendo a la doctrina tradicional, parece que se cerraría la puerta al posible nuevo planteamiento de la cuestión por idéntica razón, pero ello no nos resulta aceptable como criterio universalizable. Tampoco lo parece la posible alternativa de permitir que se demande el exceso sin instar la anulación de la transacción, por los problemas conceptuales y prácticos que conlleva, posiblemente de mayor envergadura que los que trata de evitar²²,

²⁰ Tal y como explica MORALES MORENO, A. M.: *El error en los contratos*, cit., p. 105.

²¹ Siguiendo la doctrina tradicional, el *caput controversum* en este caso sería la procedencia y cuantía de la indemnización a pagar por los perjuicios irrogados.

²² Esta cuestión ha sido perfectamente explicada, valorando todos los inconvenientes que plantea, por RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: *El error en la transacción*, cit., p. 1154-1156.

además de que nos conduce de modo oblicuo y enrevesado a resultados prácticos similares a los que se derivarían de la posibilidad de instar la anulabilidad de la transacción alcanzada. En el caso que nos ocupa se puede comprobar esta situación claramente, valorando los problemas que se le plantearían al dañado si pretendiese demandar el exceso citado (siempre dando por supuesto, obviamente, que pruebe la existencia de esa equivocada apreciación de la situación, algo que no se probó).

Cabe destacar que esta solución que proponemos, esto es, la posibilidad de instar la anulabilidad en los términos indicados, pese a ser poco conforme con la doctrina clásica, no ha sido rechazada jurisprudencialmente (se puede comprobar en las SSTs 6-11-1965, 8-6-1973 y 27-5-1982). En la Sentencia que comentamos se acoge esta opinión: no puede apreciarse el error debido a que *no ha habido, se repite, una evolución posterior al acuerdo transaccional que haya supuesto un agravamiento en su situación*. De ello se puede deducir que, si se hubiese probado, hubiese sido relevante a estos efectos.

Esta opinión nos parece acertada, ya que hoy, debido a los principios que inspiran la operatividad de los vicios del consentimiento en el contrato de transacción (valórese el artículo 1817 CC), tan alejados de los criterios restrictivos de momentos anteriores, como hemos repasado, la distinción entre *caput controversum* y *caput non controversum* en este plano no debe tener ese peso que ha tenido en momentos anteriores, pues del artículo 1817 se deduce que es de aplicación la regulación general relativa a cualquier contrato, y así lo dispone expresamente.

Aunque siempre cabe dejar a salvo la operatividad de la autonomía de la voluntad, claro está: si las partes pactan la renuncia a cualquier acción que se pudiese plantear en el futuro por causa de la cuestión sobre la que se transige, incluso sobre la base de hechos posteriores al pacto, ello debe ser respetado, a menos que pueda demostrarse la existencia de algún vicio del consentimiento, conforme a los artículos 1265 y siguientes, pot remisión del artículo 1817.1 CC, con las especialidades que allí se establezcan posteriormente.

Por ello, la situación que nos ocupa es la que sigue: un señor sufre una serie de daños concretos, y tras valorar los mismos diligentemente, decide alcanzar un pacto con los responsables de la reparación para poner fin al pleito iniciado. Alcanzar ese pacto siempre implica cierto margen de riesgo en ambos contratantes, que van a evitar la continuación o el inicio de un pleito al respecto, pero sólo debe permitirse la operatividad del error en el caso en que realmente haya influido a la hora de componer una inexacta imagen de la situación y el consentimiento no sea lo suficientemente informado como para ser válido (pero valórese que esto no ocurre en todo caso, que siempre existe cierto riesgo que se asume por las partes, como se vio). En el caso de que se alcance un pacto a la hora de transigir sobre unos daños, y no se demuestre ningún tipo de modificación posterior en la situación, modificación que ponga en duda la correcta apreciación en el momento de pactar, no cabe admitir la operatividad del error, porque nada induce a pensar que existiera.

Y aunque en la Sentencia no se estudie esta cuestión, existen casos en los cuales se ha llegado a consentir (o, si no se consintió en el caso concreto, sí se admitió la argumentación teórica) la reclamación de daños «nuevos», no conocidos en el momento en que se dicta sentencia, pese a que exista «cosa juzgada», todo ello en aras del principio de reparación integral que inspira este sector, pese a los inconvenientes que plantea (sobre todo, a efectos de seguridad jurídica y a determinados efectos conceptuales, pues la deuda es

única; para ello, pueden consultarse las SSTs 26-1-1965, 19-2-1973, 25-3-1976, 11-12-1979 y 27-1-1981).

Una vez repasadas estas posibles situaciones, es momento de volver al caso de la sentencia que nos ocupa, para incidir en el dato de la corrección de la argumentación, poco acorde de nuestro punto de vista, con la teoría tradicional del *caput controversum*. Parece evidente que la sentencia que estudiamos no sirve de apoyo para las tesis clásicas defensoras de la diferencia *caput controversum-caput non controversum*, a la vista de la argumentación realizada por el TS: si se hubiese probado la existencia del empeoramiento de la situación, podría haberse reconocido, sin más, la existencia de ese error, con lo que ello conlleva. Las consecuencias de no seguir esa línea argumental tradicional cuando no se estima necesario nos parecen correctas, además de que el acercamiento de la cuestión a las soluciones generales predicables de todo contrato es no sólo un acierto, sino actuar de modo conforme al sentido que inspira el artículo 1817 CC en su párrafo primero.

Por otra parte, el argumento en sí resulta acertado: no es posible invocar la existencia de error en el consentimiento cuando se transige y no resulta posible demostrar con posterioridad que la situación real fuese diferente de aquella de la que se tenía conocimiento en el momento de transigir, sin perjuicio de que debe tenerse en cuenta que el correr cierto riesgo entra dentro de la lógica de este contrato, contrapartida de la aceptable solución que conlleva el evitar un pleito o ponerle fin y alcanzar rápidamente un acuerdo sobre el tema conflictivo de que se trate. Si se pudiese probar ese error, sería perfectamente operativo.

En el caso de la **transacción judicial**, sin embargo, sí existe alguna peculiaridad en lo que toca a la impugnación. A ella alude el apartado segundo del artículo 1817 para excluir la operatividad del error de hecho como causa para instar la anulabilidad, cuando con ese pacto se hayan apartado las partes de un pleito comenzado. Parece correcto entender que la transacción judicial es el acuerdo que se celebra ante el Juez, incorporado al proceso (el pleito ha comenzado ya, y parece que, por lógica, debiera haberse contestado a la demanda incluso²³), y aprobado mediante auto judicial. Sostener esta opinión irá en detrimento de otras posibles configuraciones que resultan menos acertadas (transacción judicial como transacción sobre *res litigiosa*, transacción concluida durante la vigencia de un proceso judicial, con o sin intervención judicial, como en nuestro caso, o transacción autorizada judicialmente)²⁴. Parece que esa mayor restricción en las causas de impugnación se puede deber tanto a la mayor delimitación del objeto del contrato en este caso (frente a la transacción extrajudicial), existiendo la certeza, por propia dinámica, de la prácticamente segura imposibilidad de errores en dicha configuración de la situación por las partes, como también a la garantía que conlleva la presencia del órgano jurisdiccional.

La vigente LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, alude a la misma en su artículo 19.2, señalando que el tribunal homologará dicho acuerdo, con los efectos extintivos del mismo, pudiendo realizarse «en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos de ejecución de la sentencia». Posteriormente, la recoge dentro del apartado dedicado a la audiencia previa al juicio, en su

²³ Para que las partes hayan determinado perfectamente el objeto del pleito.

²⁴ Estudiado adecuadamente por RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: *El error en la transacción*, cit., pp. 1190-1192.

artículo 415, como medio para poner fin al pleito (ya se contestó la demanda, recuérdese: se determinó perfectamente el objeto). La resolución judicial en que se acuerde esta homologación tendrá aparejada ejecución (artículo 517.2.3º LEC), y sólo podrá impugnarse por las causas y formas previstas para la transacción judicial (art. 415.2 LEC).

Desde nuestro punto de vista, es lógica esta restricción del artículo 1817.2 CC, dado que las circunstancias en que se alcanza el pacto transaccional son diferentes a las de las transacciones extrajudiciales, ya que se realizan ante el órgano jurisdiccional, y se ha determinado perfectamente el objeto de la controversia con todas las garantías para ambas partes.

Una vez repasados todos esos supuestos, e incardinado el estudiado en la sentencia, debemos concluir repasando un tema indicado brevemente en la misma, pero que puede ser de cierto interés: la posible operatividad del **error de Derecho** a la hora de instar la anulabilidad del pacto. Y fijémonos que en el caso que nos ocupa esta argumentación es incluida a mayor abundamiento, no es decisiva para resolver el caso, pues es obvio desde el primer momento que el supuesto error padecido, el que debe estudiarse para valorar su posible existencia, es claramente **de hecho**. Por ello, vamos a repasar la cuestión, pero debe quedar claro que en el caso de la Sentencia, dado que el error es de hecho, este criterio no se utiliza como razón básica para adoptar la decisión en la sentencia, sino que es una afirmación incidental del tribunal (*obiter dictum*), con lo que ello conlleva respecto de su consideración como argumento jurisprudencial útil a los efectos del artículo 1.6 CC.

Debemos entender el error de derecho como la total falta de conocimiento (o bien, el conocimiento inexacto) de las normas jurídicas aplicables a la relación anterior a la transacción (o a la transacción misma), cuando dicho error propició las mutuas renunciaciones o sacrificios de las dos partes transigentes²⁵.

De entrada, debemos dar de lado a una equivocación muy extendida, y tener claro que no todo error de derecho implica entrar en el fondo del debate objeto de transacción, sino que, para que exista, bastará con que se demuestre que una de las partes tenía una visión de las normas legales aplicables tan errada que, de haberlas conocido adecuadamente, o no habría transigido o lo habría hecho en otras circunstancias. Podemos encontrar esta idea equivocada incluso en autores como Ogayar Ayllón²⁶, quien indica que no debe permitirse la invocación del error de derecho, porque «si se permitiera invocar este error ello equivaldría a abrir la controversia que el pacto transaccional eliminó», opinión que no consideramos, por tanto, acertada.

Recuerda la Sentencia que comentamos la doctrina contraria a la operatividad del error de derecho a estos efectos, así como en el caso concreto de la transacción (alude expresamente a la conocida STS 20-3-1951, aunque ya alguna otra había incidido previamente en ello²⁷), y estima que no es posible esa operatividad, sin más.

Esta opinión es admitida comúnmente en el ámbito general del error (pese a su falta de acierto en dichos términos), y positivizada explícitamente para el

²⁵ En términos parecidos, RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: *El error en la transacción*, cit., p. 1101.

²⁶ OGAYAR AYLLÓN, T.: comentario al artículo 1817 CC, dentro de *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, Tomo XXII, vol. 2, Ed. EDERSA, Madrid, 1983, p. 70.

²⁷ En ese sentido, STS 12-2-1898. Para repasar el asunto, vid. CARRIÓN, S.: *El error de derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, RDP, 1990, pp. 187-188.

caso de las transacciones en los Códigos civiles francés²⁸ e italiano²⁹, aunque no en nuestro texto codificado. Esto ha provocado fructíferas discusiones doctrinales: desde la opinión contraria a su admisión de Sanahuja³⁰ o Gullón³¹, o la opinión favorable de Luna Serrano³², hasta la más adecuada opinión de Ruiz-Rico³³, partidario de la posible admisibilidad, en su caso, del error de derecho con argumentos que parecen bastante acertados y que haremos nuestros a continuación.

Por ello, estimamos desacertado el comentario de la sentencia, basándonos en la inserción de dicha admisibilidad en la remisión del artículo 1817, párrafo primero: la remisión al régimen de operatividad general de error en los contratos, sin mayores distinciones, entre las causas de invalidación de los contratos transaccionales, conlleva que el error de derecho sea igual de operativo que en cualquier otro ámbito contractual que podamos imaginar, argumento que se refuerza si se añaden otras ideas de menor peso pero perfectamente complementarias³⁴.

Por otra parte, también cabe recordar cómo diversos artículos posteriores al indicado artículo 1817 asumen ciertos supuestos de error de derecho, para, en algún caso elevarlos a la categoría de relevantes, o bien para destacar que son irrelevantes en otros supuestos, a los efectos que aquí nos interesan. Entre los relevantes, por ejemplo, imaginemos supuestos como el de la falsedad de documentos derivada de la inaplicación de normas jurídicas cuyo desconocimiento fue determinante en la transacción, o transacciones celebradas ignorando la firmeza de una sentencia. Entre los irrelevantes, por su parte, cabe destacar el caso citado en el artículo 1819, párrafo segundo, sobre ignorancia de la revocabilidad de una sentencia. Al menos, como se puede comprobar, se entrea bre la puerta a su operatividad, con lo que no debe desterrarse totalmente su posible utilidad.

²⁸ Artículo 2052, en su párrafo segundo, donde señala que las transacciones «ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion».

²⁹ Artículo 1969: «la transazione non può essere annullata per errore di diritto relativo alle questioni che sonio state oggetto di controversia tra le parti».

³⁰ SANAHUJA, J. M.: *Consideraciones sobre la naturaleza...*, cit., pp. 236-237.

³¹ GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La transacción*, cit., pp. 170-171: *su irrelevancia (del error de derecho) será total porque pugna con la misma naturaleza y función de la figura a que se refiere aplicar*.

³² LUNA SERRANO, A.: *La ineficacia de la transacción*, AAMN, t. XXIII, Madrid, 1980, p. 148.

³³ RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: *El error en la transacción*, cit., pp. 1174-1183.

³⁴ Por ejemplo, la falta de referencia que realiza GARCÍA GOYENA al artículo 2052 del texto francés, (relativo a la no operatividad del error de derecho en este terreno), al aludir a los artículos copiados para elaborar el artículo 1727 de su Proyecto, correlativo del actual 1817 (también es cierto que puede deberse a que ya constaba la prohibición general del artículo 989 del Proyecto, general para todos los contratos).

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **María del Carmen CRESPO MORA, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENGOIA, Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, Carmen JEREZ DELGADO, Javier LARENA BALDERRAÍN, Andrea MACÍA MORILLO, Óscar MONJE BALMASEDA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, María del Carmen PLANA ARNALDOS, Antonio José QUESADA SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.—II. *Derecho Mercantil*.—III. *Derecho procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Normas de conflicto aplicables a las donaciones.—La donación en la que el donante es extranjero debe regirse por la ley nacional de éste. En el caso que nos ocupa, es la ley danesa, ya que el donante es danés: el artículo 10.7 CC señala que «las donaciones se regirán, en todo caso, por la ley nacional del donante», siendo este artículo de aplicación en virtud del artículo 12.1 CC, que establece que la norma de conflicto se determinará conforme a la ley española (solución que coincide además con la derivada del art. 11 CC).

La aplicación de derecho extranjero en España exige que éste resulte probado.—El derecho material extranjero es perfectamente aplicable en nuestro país, pero debe resultar probado. «La falta de prueba o información suficiente sobre los requisitos exigibles en la materia por la legislación danesa determina como solución jurídica aplicable la normativa jurídica española».

Al tratarse de una donación de bien inmueble y ser de aplicación, finalmente, la ley española, es el artículo 633 CC el determinante, y éste exige la necesidad de cumplimentar una forma determinada, forma que no consta en el caso concreto. Por tanto, la donación es inválida: la falta de forma conlleva «la nulidad radical o, más técnicamente, la inexistencia».

Las donaciones por razón de matrimonio son auténticas donaciones.—Pese a que exijan una intención especial, las donaciones por razón del matrimonio son, ante todo, auténticas donaciones y, «en cualquier caso (...) se rigen por las reglas ordinarias en cuanto no resulten modificadas por los artículos siguientes (art. 1337 CC.), y, por consiguiente, las que tengan por objeto bienes inmuebles requieren como requisito de forma la escritura pública».

No aplicabilidad al caso del artículo 1279 CC.—La aplicación del artículo 1279 CC exige la existencia de un contrato válidamente celebrado, por lo que no pueden caer bajo su órbita contratos en los que la forma sea requisito *ad solemnitatem*, como el contrato de donación de bienes inmuebles. (STS de 5 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Kaja M. E. formula demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Bent K. O. suplicando que se declare su dominio sobre el 50 % indiviso de la finca Casa Rosa o Rosada, con las modificaciones registrales oportunas que adapten la realidad registral a la extrarregistral. El Juzgado de Primera Instancia de Fuengirola desestimó la demanda al entender que no se habían cubierto los presupuestos formales necesarios para que fuese válida. Dicha sentencia es apelada, y el recurso es desestimado por la Audiencia Provincial de Málaga. Contra dicha sentencia se interpone, finalmente, recurso de casación, desestimado por el TS.

NOTA.—La sentencia que anotamos se incluye en la órbita, abrumadoramente mayoritaria, de las sentencias que exigen que el derecho extranjero, conforme al artículo 12.6 CC, sea probado por la parte que lo alegue, y no aplicado de oficio, como defiende alguna sentencia de Audiencia Provincial. Se debe probar su contenido y vigencia para que «su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles» (en este sentido, entre otras, las SSTs de 7 de septiembre de 1990 y 25 de enero de 1999). De dicha idea se hace eco la sentencia que anotamos.

Sin embargo, existen tres sentencias del TS que defienden que sólo la aplicación de oficio del derecho extranjero garantiza la realización de la Justicia en derecho internacional privado (en concreto, las SSTs de 17 marzo de 1992, 10 de junio de 1995 y 3 de marzo de 1997).

Respecto de los medios de prueba, el TS suele aludir habitualmente a las pruebas documental y pericial para determinar esa existencia, contenido y aplicación al caso.

Por otra parte, defiende la sentencia que anotamos que la falta de prueba del derecho extranjero conlleva la aplicación del derecho español que sea útil al caso, solución que, si bien parece aportar gran seguridad, no aparece expresamente recogida en el artículo 12.6 CC, en el que se aprecia una importante laguna en este sentido. Dicha solución adoptada en la sentencia es la seguida en otras muchas sentencias por el TS (por ejemplo, entre otras, SSTs de 13 de febrero de 1974, 11 de mayo de 1989, 23 de marzo y 23 de mayo de 1994 y 25 de enero de 1999).

Se apunta también en la sentencia la cuestión de la forma en la donación de bienes inmuebles: el artículo 633 CC exige escritura pública (de donación) para que sea válida, escritura que exprese

individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que debe satisfacer el donatario. El carácter formal de la donación, que la configura como un negocio solemne, contradice el espíritu del artículo 1278 CC, tal y como ha puesto de manifiesto el TS habitualmente (entre otras, SSTS de 10 de octubre de 1961 y 15 de octubre de 1985).

Debido a esa relevancia de la forma, no cubrir la misma conlleva la invalidez del negocio, «la nulidad radical o, más técnicamente, la inexistencia», según establece la sentencia que anotamos, insertándose en la línea jurisprudencial que señala que esa falta conlleva la nulidad radical de la misma, su invalidez por inexistencia (en este sentido, SSTS de 26 de enero de 1988, 10 de noviembre de 1994, 5 de noviembre de 1996, 31 de julio y 16 de octubre de 1999, entre otras).

Por último, estimamos de interés resaltar dos acertados comentarios recogidos en la sentencia: el primero recuerda que las donaciones por razón del matrimonio son auténticas donaciones, tal y como se deduce del artículo 1337 CC, y cómo su régimen será el de éstas en lo que no se modifique por los artículos específicos dedicados a dichas donaciones especiales. Ello conlleva que si la donación por razón del matrimonio recae sobre bienes inmuebles, debe constar en escritura pública de donación (en este sentido, SSTS de 4 de noviembre de 1908, 6 de febrero de 1954 y 23 de junio de 1960).

El segundo comentario alude a que el artículo 1279 CC, para ser operativo, debe referirse a contratos válidamente celebrados. Esta idea, que defiende el TS en la sentencia que anotamos, es sostenida por el TS a partir de sentencias como la de 24 de noviembre de 1914, y se puede encontrar en bastantes otras sentencias posteriores (por ejemplo, las de 3 de marzo de 1995 y 19 de junio de 1999, entre otras). (A. J. Q. S.)

2. Contratos con pacto exclusivo.—Nos hallamos ante contratos mercantiles atípicos, bilaterales de empresa, sinalagmáticos, fiduciarios y de duración indefinida. No obstante, los pactos no deben ser ilimitados (STS de 22 de marzo de 1988).

Doctrina de los actos propios.—Es el principio *nemo potest contra proprium actum venire*, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 CC, imponiendo un deber de coherencia para evitar defraudar la confianza suscitada. En lo que respecta a la aplicación de la doctrina, es necesario un determinado comportamiento que refleje la conciencia de «crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica», comportamiento inequívoco que induzca a que entre la conducta anterior y la pretensión exista contradicción (SS de 27 de enero y 24 de junio de 1996, 16 de febrero, 19 de mayo y 23 de julio de 1998, 30 de enero, 3 de febrero, 30 de marzo y 9 de julio de 1999). En lo que respecta a la inaplicación de la doctrina de los actos propios, sucede en los supuestos en los que los precedentes fácticos tengan carácter ambiguo o carezcan de trascendencia para producir cambio jurídico alguno (SS de 23 de julio de 1997 y 9 de julio de 1999). (STS de 9 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa mercantil *Carbónica, V. S. A.*, suscribió con un número determinado de clientes contrato de distribución de

mercancías, decidiendo en momento posterior suministrarlas por sí misma, vendiendo desde la fábrica a un precio menor, lo que dio lugar a las bajas voluntarias. Con posterioridad celebran de nuevo con la empresa contratos de distribución en exclusiva, pero durante la vigencia empezó a efectuar competencia por ventas directas a menores precios, evitando la prohibición a los distribuidores de venta a precios distintos a los establecidos. Se demanda a la empresa ante el Juzgado de Primera Instancia de Valencia por actuar con abuso de derecho y mala fe, realizando competencia desleal a sus distribuidores, reconviniendo la demandada. Se estimó en parte la demanda, declarando resueltas las contratas de distribución sin indemnización alguna. Ante el recurso de apelación en la Audiencia, se estima, obligando a la indemnización correspondiente. Se recurre en casación ante el TS, basándose la empresa en la doctrina de los actos propios. (P. S. S.)

3. Síntesis jurisprudencial acerca de la simulación.—Apreciación de la mencionada figura como cuestión fáctica apreciada por el juzgador de primera instancia. Se remite a dos sentencias recopiladoras de la doctrina jurisprudencial: SS de 21 de julio de 1998 y 31 de diciembre de 1999. En ellas se especifica el tratamiento de simulación como libre apreciación del juzgador, revelado por pruebas indiciarias en las que se basa la existencia de causa o su falsedad (SS de 3 de junio de 1953, 23 de junio de 1962, 20 de octubre de 1966, 20 de enero de 1968, 11 de mayo de 1970, 17 de noviembre de 1983, 24 de abril de 1984, 14 de febrero y 11 de octubre de 1985, 5 de marzo y 13 de octubre de 1987, 16 de septiembre y 1 de julio de 1988, 12 de diciembre de 1991, 29 de julio de 1993 y 19 de junio de 1997); es preciso acudir a las pruebas indirectas de las presunciones, en cuanto cuestión de hecho (STS de 24 de noviembre de 1988); la *simulatio nuda* es una apariencia engañosa (*substantia vero nullam*) carente de causa, con finalidad ajena al negocio que se finge (STS de 19 de julio de 1984); la figura de la causa es relevante en la aparición de la simulación, ya que implica un vicio en la causa comercial, partiendo de que la falta de causa hace inexistente el negocio y que la falsedad en la causa equivale a su no existencia, produciendo la nulidad (SS de 21 de marzo de 1956, 23 de mayo de 1980, 1 de julio de 1989 y 15 de marzo de 1996).

Simulación en el contrato de compraventa.—Entre los supuestos que se recoge de simulación absoluta por carencia de causa se encuentra la compraventa sin precio (SS de 24 de octubre de 1992, 7 de febrero de 1994, 24 de mayo de 1995 y 26 de marzo de 1997). No alcanzan a perfeccionarse los contratos por carencia de uno de los elementos esenciales, como es la causa, ya que existe una falta de entrega de precio en dinero o signo que lo represente. (STS de 6 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 26 de noviembre de 1986 los esposos doña Rafaela P. D. y don José M.^a C. L. vendieron a sus hijas doña Catalina y doña Carmen un total de dieciséis y veinte inmuebles respectivamente. La esposa padecía parálisis del lado derecho del cuerpo, imposibilidad de hablar, con frecuentes cuadros convulsivos, quedando al cuidado de su hija doña Catalina. La venta se realizó, porque eran éstas las que estaban a cargo de la esposa, por cien mil pesetas en concepto de precio cada una. Ante el Juzgado de Primera

Instancia de Arrecife se presentó demanda por parte de los restantes hermanos, don José M.^a y doña Julia, sobre declaración de nulidad de escritura, por medio de las cuales se transmitían simuladamente los bienes inmuebles. El Juzgado rechazó la demanda, que fue revocada por la Audiencia Provincial. Se recurre en casación ante la Sala 1.^a del TS. (P. S. S.)

4. Responsabilidad extracontractual. Inicio del plazo de prescripción.—El *dies a quo* que precisa el inicio del plazo se determina por la fecha en la que se declara la naturaleza invalidante de las acciones, tras declararse por el Juzgado de lo Social la incapacidad permanente total.

La doctrina jurisprudencial en cuanto al cómputo del plazo establece como comienzo el momento en que lleguen a conocerse de forma definitiva los efectos del quebranto padecido, no siendo la fecha del alta médica, sino a partir del conocimiento del daño padecido (SS de 8 de junio de 1987, 8 y 10 de octubre de 1988, 15 de julio de 1991, 14 de febrero, 26 de mayo, 28 de julio y 28 de octubre de 1994, 22 de abril de 1995, 31 de marzo de 1996 y 22 de noviembre de 1999.) Es posible considerar el inicio del cómputo del plazo en la fecha del certificado médico que describa el alcance invalidante de la secuela.

Efecto no interruptivo de las acciones ejercitadas ante el Tribunal de lo Social.—La petición relativa a la calificación de invalidez ante el Juzgado de lo Social carece de efectos interruptivos para la acción civil. Se trata de actuaciones independientes, con objetivos distintos, por ello no vinculante para la jurisdicción civil. (STS de 4 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Emilio B.O. demandó por juicio declarativo de menor cuantía a la *Falla Arzobispo O.S.M., Compañía Nacional de Seguros y Reaseguros M., S. A., Compañía de Seguros y R. A.E., S. A.* y don Vicente C.D., debido los daños personales sufridos en marzo de 1987 por estallarle un artefacto pirotécnico en el pie derecho en una mascletá de las fiestas falleras, produciéndose un empeoramiento de las lesiones en abril de 1988 y 25 de julio de 1990 hasta la incapacidad permanente total. En un primer juicio ante la Sala de lo Social en la que recogía 263 días correspondientes a los tiempos de baja por los daños personales sufridos, se presentó el expediente de invalidez que en junio de 1990 la Unidad de Valoración Médica de Incapacitados dictaminó como irreversible, así como un certificado médico de septiembre de 1990 en el que se describió la secuela permanente. El Juzgado acogió la excepción de prescripción, ya que desde este certificado no actuó el actor hasta octubre de 1991 en que interpuso demanda de conciliación. Su sentencia fue revocada en la Audiencia parcialmente en grado de apelación en cuanto a la excepción de cosa juzgada. Se recurre en casación ante el TS. (P. S. S.)

5. Prescripción extintiva de la acción por responsabilidad extracontractual. Inicio del cómputo anual.—La relación entre el artículo 1902 y 1968.2.º CC ha sido problemática para determinar el *dies a quo*. La doctrina jurisprudencial establece que la determinación del evento indemnizable, en casos de lesiones corporales y daños, se configuran únicamente cuando se resuelva de manera definitiva las secuelas causadas. El inicio del cómputo

tendrá lugar a partir del alta médica, o fijación de la incapacidad o defectos permanentes.

En los supuestos en los que las lesiones dejan secuelas físicas susceptibles de curación o mejora, el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción no comienza a partir de la fecha de alta, sino desde el momento en el que se conozca el alcance definitivo de las lesiones, determinado por el juzgador de instancia. Resultado todo ello de la calificación del artículo 1969 CC como precepto dispositivo (SS de 22 de marzo de 1985, 21 de abril de 1986, 26 de septiembre de 1994 y 3 de septiembre de 1996). La fecha del alta médica sólo se considerará inicio del cómputo cuando no existan secuelas que requieran un tratamiento posterior (STS de 10 de octubre de 1995). Se computa el plazo prescriptivo a partir del momento en el que se conozca definitivamente por el interesado el quebranto sufrido (SS de 16 de junio de 1975, 9 de junio de 1976, 3 de junio y 19 de noviembre de 1981, 8 de julio de 1983, 22 y 13 de septiembre de 1985, 21 de abril de 1986, 3 de abril y 4 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1992 y 24 de junio de 1993).

Interrupción de la prescripción por apertura de proceso penal. Según jurisprudencia del TS, en los supuestos de actuaciones penales, se paraliza la posibilidad de intervención civil, o el proceso que haya comenzado hasta que recaiga sentencia firme (según art. 114 LECr) (SS de 16 de noviembre de 1985, 20 de octubre de 1987, 30 de noviembre de 1989 y 20 de enero de 1992).

Distinción entre las figuras de «interrupción» y «suspensión» del cómputo del plazo.— Existe posibilidad de equívoco en torno a los términos «suspensión» del artículo 112 LECr e «interrupción» del Código civil. El primero se refiere al proceso civil ya comenzado y no a la prescripción de la acción civil que queda interrumpida. La suspensión que se encuentra en algunos códigos extranjeros únicamente alcanza a reanudar el plazo. La interrupción, que es recogida de manera única en nuestro Código civil, origina un nuevo cómputo del plazo de prescripción de la acción.

Responsabilidad por hecho ajeno.—Se basa en una relación de dependencia o subordinación entre el causante material del daño y el empresario demandado, requiriendo que el acto antijurídico y lesivo haya sido realizado en la esfera de actividad del responsable, con posibilidad de acción directa contra el titular de la empresa (SS de 18 de junio de 1979, 4 de enero de 1982, 28 de febrero de 1983 y 26 de junio de 1984.) En cuanto a la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, y acudiendo a la responsabilidad por riesgo, hace indispensable una actuación culposa del dependiente (S de 9 de julio de 1984). (STS de 24 de junio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don Sergio G.B. prestaba servicios como ayudante minero para la empresa *Minera P., S. A.*, desde marzo de 1987. En febrero de 1988 sufrió un accidente siendo atrapado por el cable de un torno (en el momento en el que el entibador y la víctima procedían a sujetar un cabestrante, otro obrero accionó el mecanismo de puesta en marcha del torno), y ello le produjo lesiones en la pierna izquierda de tal magnitud (aunque el parte médico lo calificara como «leve») que motivaron primero la Incapacidad Laboral Transitoria, posterior Invalidez Provisional hasta marzo de 1991 y calificación de secuelas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social como Incapacidad Permanente Total en abril de 1991. Tras ello, en dicho mes se presentó denuncia para determinar el alcance delictivo

de los hechos, concluyendo en auto de junio de 1991, adquiriendo firmeza con el «visto» del Ministerio Fiscal en julio de 1991. En junio de 1992 se presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Ponferrada contra don Jose G.G., don Mario A.A., don Constantino L.D. y *Minera P., S.A.*, solicitando la cantidad de diez millones de pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios, derivado del accidente reseñado. Tras la alegación de excepción de prescripción de la acción por conocimiento desde febrero de 1988 de la gravedad de las lesiones, se desestimó la demanda interpuesta. Contra dicha sentencia se recurrió en apelación, desestimando de nuevo el recurso. Se presentó ante la Sala 1.ª del TS recurso de casación, por infracción de los artículos 1902, 1093, 1103 y 1114, 1968.2.º CC.

NOTA.—Se establece como regla general, según Pantaleón Prieto (voz «Prescripción», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo III, Madrid 1995), la irrelevancia de que el titular conociera o pudiera conocer la existencia de la pretensión para que la prescripción comience. La excepción se encuentra en el párrafo 2.º del artículo 1968.2.º CC. Resulta indiferente que los efectos dañosos se prolonguen en el tiempo, no obstante en los casos de lesiones la prescripción no comienza hasta que el lesionado no obtenga el alta médica definitiva, según doctrina jurisprudencial que parece ser discutible. La interpretación jurisprudencial en torno a la relación entre los artículos 1969 CC y 114 LECr es errónea, según el autor mencionado, en cuanto que la prescripción comenzará sólo cuando gane firmeza la resolución que ponga término al proceso penal es errónea, ya que no se trata de un problema en estos casos de comienzo de la prescripción; según la doctrina jurisprudencial, finalizado el plazo del artículo 1968.2.º CC, la apertura de un procedimiento penal para revivir la acción prescrita. Nos hallamos ante un supuesto de interrupción (art. 1973 CC) cuando la pretensión indemnizatoria se haya ejercitado en el procedimiento penal; en caso contrario estaremos ante una suspensión de la prescripción (siendo dudoso ya que nuestro ordenamiento posibilita la reclamación extrajudicial). (*P. S. S.*)

DERECHO DE LA PERSONA

6. Competencia objetiva por razón de la materia en las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales conforme a la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.—Conforme al artículo 111 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona comprendidos en el ámbito de dicha ley se formularán ante los Juzgados de Primera Instancia correspondientes a la localidad donde se haya producido el hecho o radique el registro u oficina en que deban manifestarse. (**STS de 3 de marzo de 2000**; no ha lugar.)

HECHOS.—*Radio Santander, Radio Popular, RTVE, Diario Montañés, RNE, Onda Cero* y la *Asociación de la Prensa de Canta-*

bria promueven, ante la Sala de lo Civil y Penal de Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, demanda incidental de protección civil de derechos fundamentales de la persona, contra don Juan H. C., Presidente de la Diputación Regional de Cantabria, y contra el Jefe del Gabinete de Protocolo, Relaciones Institucionales y Medios de Comunicación de dicha Comunidad Autónoma, suplicando sentencia estimativa de la misma que declare la vulneración del artículo 20.1 CE sufrida, el derecho de los mismos a asistir a las ruedas de prensa que tengan carácter oficial convocadas por la Diputación Regional de Cantabria, así como a que se publique en prensa la sentencia y se condene en costas a los demandados. La sentencia desestima la demanda, y contra la misma se interpone recurso de casación, desestimado por el TS al entender que la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria no es competente para conocer del asunto, y, por ello, declara la falta de competencia objetiva de dicha Sala y la nulidad de las actuaciones practicadas desde la providencia en que dicha Sala admite a trámite la demanda, sin entrar a valorar la cuestión objeto del proceso.

NOTA.—Debe aclararse que hoy día el artículo 11 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, junto a los artículos 12 a 15, fueron derogados por la DD Única, punto 2.3, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (A. J. Q. S.)

7. Derecho al honor y libertad de información: colisión entre ambos. La veracidad de la información y la doctrina del reportaje neutral: no cabe su aplicación a este caso.—Para resolver el conflicto o colisión entre dos derechos de rango constitucional como son el derecho al honor (art. 18) y el derecho a difundir información veraz o libertad de información (art. 20.1.d), el TC ha establecido una doctrina, seguida por el TS, conforme a la cual debe otorgarse valor preferente a esta última libertad en aquellos casos en los que la información difundida sea de relevancia pública e interés general y resulte veraz.

Respecto al requisito de la veracidad, se ha elaborado doctrinalmente la llamada doctrina del reportaje neutral, «teoría que tiene su base en la jurisprudencia del TS norteamericano que ha creado la figura del *neutral reportaje 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». La aplicación de esta doctrina exige un comportamiento diligente del informador en orden a verificar el hecho de la declaración o las opiniones realizadas y la identidad de quien las hace, por lo que no puede aplicarse cuando o no se cita la fuente o se pretende que ésta sea una información publicada en otro medio el mismo día que la que pretende quedar amparada por dicha doctrina del reportaje neutral.

La inaplicación de la anterior doctrina conlleva necesariamente, para resolver el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, a analizar la veracidad de lo publicado y asumido por el informador, aunque tal requisito «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» (vid. SSTC 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 178/1993, 336/1993, 41/1994 y 144/98, y SSTs de 20 de diciembre de 1994, 26 de junio de 1996, 5 de febrero, 28 de mayo, 22 de junio, 25 de septiembre, 15 y 25 de noviembre y 31 de diciembre de 1998 y 23 de marzo y 24 de septiembre de 1999) y no puede entenderse que concurre, produciéndose una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los afectados cuando «no se hizo la más mínima gestión ni el más mínimo esfuerzo en constatar unos hechos que había transcrito 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 de una manera contundente que ninguna de las imputaciones que se reprochan a las partes recurridas han sido demostradas o averdadas por la prueba practicada en auto, 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.—En el diario *Alerta* se publicó, el 19 de mayo de 1994, una información en la que se relataban determinadas operaciones financieras, presuntamente irregulares según el antiguo contable de la entidad financiera afectada, llevadas a cabo por familiares de la cúpula judicial de Cantabria, todos ellos citados con nombres y apellidos. Como consecuencia de ello, don Claudio M. A., Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y su esposa, doña Elisa P. T., interpusieron demanda de juicio incidental de protección de los derechos fundamentales contra este Diario, su editora, *Cantábrico de Prensa, S.A.*, su Presidente-Editor, don Ciriacó D. P., y su Director, don Juan Luis F. V., solicitando se declarara la existencia de intromisión ilegítima en su derecho al honor y, entre otras peticiones, una indemnización de doce millones de pesetas. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia la estimó parcialmente y condenó a los demandados, excepto al Diario al estimar la excepción de falta de legitimación pasiva, a indemnizar solidariamente a los actores con cuatro millones de pesetas, que recibirían a partes iguales.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Santander desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo. (A. G. C.)

8. Derecho al honor y libertad de información: colisión entre ambos. Doctrina establecida por el TC y seguida por el TS.—«Cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, de otro, la jurisprudencia de esta Sala, así como la del TC, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices:

- a) que la delimitación entre la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos,
- b) que la tarea de ponderación o proporcionalidad ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que

sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información».

En esta tarea de ponderación debe tenerse en cuenta «que el derecho al honor sólo cede ante la libertad de información cuando es veraz y se refiere a asuntos de interés general por las materias sobre las que versa o por las personas que en ellas intervienen» (*vid.* recientemente SSTS de 25 de noviembre de 1998, 15 y 29 de enero, 8 y 23 de marzo, 24 y 25 de septiembre, 20 y 25 de octubre y 20 y 30 de noviembre de 1999 y 4 y 13 de marzo de 2000).

Veracidad de la información como específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad.—Tiene establecido el TC (*vid.* SS 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 178/1993, 336/1993, 41/1994 y 144/98), y es acogido también por el TS (últimamente, SS de 5 de febrero, 28 de mayo, 22 de junio, 25 de septiembre, 15 y 25 de noviembre y 31 de diciembre de 1998, 23 de marzo y 24 de septiembre de 1999 y 4 de marzo de 2000), que por información veraz [el art. 20.1, apartado *d*), reconoce el derecho a transmitir información «veraz»] debe entenderse no solamente aquella que objetivamente lo es, sino también aquella información que es obtenida y publicada después de que el informador hubiera llevado a cabo una diligente búsqueda de la verdad y hubiera comprobado y contrastado la noticia con datos objetivos o con fuentes informativa fiables y sólidas. Por ello, «no debe caber duda que únicamente una declaración manuscrita de una persona que dice ser contable de la empresa *Intra*, sobre una contabilidad de unos datos de unos disquetes, de la que no existe la más mínima apariencia de veracidad, y sobre todo provenientes de una persona —Sr. L.— que había sido despedido de la empresa precisamente por causa de la desaparición de la contabilidad, hace que nunca podrá estimársele como fuente fiable». (STS de 11 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En el diario *El Mundo* se publicó, el 19 de mayo de 1994, un artículo periodístico en el que se decía que familiares de la cúpula judicial de Cantabria habían llevado a cabo determinadas operaciones financieras de forma irregular, según afirmaba el anti-guero contable de la entidad financiera afectada. Por ello, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, don Claudio M. A., y su esposa, doña Elisa P. T., interpusieron demanda de juicio incidental sobre protección de los derechos fundamentales contra aquel Diario, su editora, *Unidad Editorial, S.A.*, su Presidente, don Alfonso de S. C., su Director, don Pedro José R. C., y contra don José María Z. C, solicitando se declarase la existencia de intromisión ilegítima en su derecho al honor y una indemnización de doce millones de pesetas, entre otros extremos. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia absolvió a don Alfonso de S. C. y condenó a los demás demandados a indemnizar solidariamente a cada uno de los demandados con dos millones de pesetas.

Apelada la sentencia por los demandados, con adhesión a este recurso por la parte demandante, la Audiencia Provincial de Santander desestimó el recurso y confirmó la resolución de primera instancia. Recurrieron en casación los demandados condenados y el TS declaró no haber lugar a este recurso.

NOTA.—Dos cuestiones merecen ser resaltadas de la presente sentencia. La primera, la relación que guarda con la sentencia de la misma fecha (la núm. 420/2000, siendo la actual la núm. 426/2000),

pues aunque existen lógicas diferencias en cuanto a las fechas de las sentencias de primera y segunda instancia en ambas (31 de mayo de 1995 y de marzo de 1997, frente a 6 de mayo de 1996 y 5 de febrero de 1998 de la que aquí anotamos), sin embargo, en ambas el Ponente es el mismo (Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), los demandantes son los mismos, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (don Claudio M. A.) y su esposa (doña Elisa P. T.), los demandados son dos periódicos y sus sociedades editoras (*Cantábrico de Prensa, S. A.*, del diario *Alerta*, por un lado, y *Unidad Territorial, S. A.*, del diario *El Mundo*, por otro), en ambas demandas se solicita como indemnización la cantidad de doce millones de pesetas a partes iguales y finalmente los tribunales conceden dos millones a cada uno de los demandantes (en ambos casos, la sentencia de primera instancia es confirmada en apelación y el TS declara no haber lugar al recurso interpuesto), idénticos fueron los hechos publicados que dieron origen a los procesos judiciales, y por fin, la publicación de estos hechos se produjo el mismo día, el 19 de mayo de 1994.

La segunda de las cuestiones planteadas se refiere exclusivamente a la presente sentencia y se centra en el problema de prueba que en ella se planteó. En efecto, se había solicitado una prueba pericial en primera instancia para tratar de descifrar (en realidad, leer) el contenido de unos archivos en soporte disquete en los que presuntamente quedaba probada la veracidad objetiva de las informaciones que habían sido publicadas y que habían dado origen al litigio, es decir, las presuntas irregularidades financieras cometidas por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y su esposa. Estos disquetes parece que procedían del antiguo contable de la entidad financiera a cuyo través se había actuado irregularmente, según decía la publicación.

Es sorprendente que la práctica de dicha prueba fracasara porque, según consta, el «programa» utilizado en el proceso para transcribir los archivos no reconocía el documento, tras lo cual los demandados presentaron como prueba documental la transcripción que ellos mismos habían realizado de los archivos, lo que no fue admitido por el Juzgado al no estar dicho documento autenticado.

El fracaso de esta prueba pericial llevó también al TS, recogiendo literalmente la doctrina de la STC 144/1998, a entender que la información no era veraz porque entendía que no había cumplido el informador «un específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida, de tal manera que lo que se transmite como hechos o noticias haya sido objeto de precio constante [previo contraste] con datos objetivos o con fuentes informativas de solvencia», puesto que en el presente caso solamente quedaba como prueba de la diligencia del informador una declaración manuscrita de una persona que decía ser el contable de la entidad financiera sobre una contabilidad a cuyo contenido no se había podido tener acceso de forma fidedigna precisamente por el fracaso de dicha prueba pericial. (A. G. C.)

9. Colisión entre el derecho al honor y las libertades de información y de expresión. Directrices establecidas por el TC y seguidas por el TS para su resolución.—«Cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, de otro, la jurisprudencia de esta Sala, así como la del TC, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices:

a) que la delimitación entre la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos,

b) que la tarea de ponderación o proporcionalidad ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información.

Pero además es preciso añadir y en relación a lo anterior, que el honor como objeto consagrado en el artículo 18.1 CE, es un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento; de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué debe tenerse por lesivo del derecho fundamental que le protege.

Ahora bien, el derecho al honor comprende la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas (SSTC 107/1988, 185/1989, 171/1990, 223/1992, 170/1994, 139/1995 y 3/1997, entre otras). Además, hay que afirmar que las libertades de expresión e información recogidas en la Constitución Española —arts. 20.1.a) y d)— no puedan dar amparo constitucional a expresiones formalmente injuriosas e innecesarias para el mensaje que se trata de divulgar (SSTC 6/1988, 59/1989, 105/1990, 190/1992, 123/1993, 170/1994, 76/1995, 138/1996, 3/1997, 1/1998 y 46/1998, entre otras)».

El prestigio profesional forma parte del derecho al honor.—Como tienen establecido el TC (SS 223/1992, 76/1995 y 180/1999) y el TS (a partir sobre todo de las SS de 18 de noviembre de 1992 y 25 de marzo de 1993, y más recientemente, de 15 de diciembre de 1997, 27 de enero de 1998, 22 de enero de 1999 y 15 de febrero de 2000), «el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal». (STS de 17 de abril de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—En diversas fechas de los años 1993 y 1994 se publicaron cuatro artículos periodísticos en el diario *Alerta*, donde se vertían diversas informaciones y críticas relativas al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y su esposa, donde a él se le reprochaba su actitud de búsqueda de notoriedad, su autoproclamado posicionamiento político y su falta de imparcialidad, entre otros, y a ella se le imputaba haber accedido a un puesto de trabajo en la Diputación provincial en condiciones «más que sospechosas». Como consecuencia de ello, don Claudio M. A. y doña Elisa P. T. interpusieron demanda de juicio incidental sobre protección de los derechos fundamentales contra la editora del periódico, *Cantábrico de Prensa, S.A.*; su Presidente-Editor, don Ciriaco D. P.; su Director, don Juan Luis F. V., y contra don José Ramón S. F., autor de los artículos, solicitando se declarase la existencia de intromisión ilegítima.

tima en el derecho al honor de los demandantes y se indemnizara con doce millones de pesetas. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia la estimó parcialmente y condenó a don José Ramón S. F. a indemnizar a los actores con cuatro millones de pesetas, absolviendo al resto de los demandados.

Apelada la sentencia por don José Ramón, la Audiencia Provincial de Santander estimó íntegramente el recurso y absolvió al recurrente. Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el TS declaró haber lugar al mismo y confirmó la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—En la presente sentencia el TS reitera la muy consolidada doctrina establecida para resolver los conflictos entre las libertades de expresión y de información y el derecho al honor. Aunque en ocasiones pudiera parecer otra cosa (debiendo también obviarse la afirmación de que: «se puede decir que el derecho fundamental de libertad de expresión en relación con el más genérico de libertad de información»), se vuelve a establecer como elemento básico de análisis la distinción entre ambas libertades, tal y como se había afirmado especialmente en las SS de 13 de noviembre de 1997 y 30 de julio de 1998, siguiendo las SSTC 159/1986, 172/1990 y 3/1997, en las que se establece que lo primero que debe realizarse en la tarea de ponderación es establecer cuál de estas libertades es la que ha entrado en conflicto, puesto que ello determina los requisitos exigibles para su resolución.

En la sentencia que anotamos es claro que la libertad que entra en conflicto es la de expresión, para cuya prevalencia frente al derecho al honor se exige que las opiniones o juicios de valor emitidos se refieran a asuntos de relevancia pública que sean de interés general y que no aparezcan acompañados de expresiones o calificativos vejatorios, insultantes o denigrantes que nada aporten a la formación de la opinión pública libre y que sólo pretendan la pública difamación de una persona citada con su nombre y apellidos (así, SSTC de 4 de noviembre de 1986, 25 de marzo y 29 de diciembre de 1995, 5 de junio de 1996, 9 de febrero de 1998 y 16 de febrero de 1999, entre las más importantes). En este caso, el TS entiende que la intromisión ilegítima existe, a pesar de que los artículos periodísticos que dieron origen al proceso (que indudablemente hacían alusión a asuntos de relevancia pública e interés general por referirse a presuntas irregularidades cometidas por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y su esposa) se limitaban a criticar la labor profesional llevada a cabo por una persona de proyección pública, reprochándole su imparcialidad, su falta de discreción y constante búsqueda de notoriedad y el haberse posicionado políticamente en público. Todo ello lleva al Alto Tribunal a casar la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmar la dictada en primera instancia, indemnizando a los actores con dos millones de pesetas a cada uno (la misma cantidad que la establecida, también por el mismo Ponente, en las dos sentencias dictadas con fecha 11 de abril de 2000 y que se referían también a los mismos hechos).

El interés de tal resolución se centra en haber declarado la existencia de intromisión ilegítima en un caso en el que una persona de proyección pública, cuyo ámbito de protección debe entenderse más

reducido (STS de 14 de junio de 1996), resulta criticada sin haberse utilizado para ello expresiones que puedan juzgarse como insultantes o denigrantes, y además, dicha crítica se refiere a su prestigio o labor profesional, que se incluye con buen criterio (*vid.* también la STS de 11 de octubre de 1999) dentro del concepto de honor a los efectos de su protección. (A. G. C.)

10. Colisión entre el derecho al honor y libertad de información: doctrina del TC y del TS.—La resolución de los posibles conflictos o colisiones entre el derecho al honor y el derecho a difundir información veraz o libertad de información, ambos de rango constitucional y sin relación jerárquica [arts. 18.1 y 20.1, apartado *d*), CE], debe realizarse atendiendo a las directrices o criterios establecidos por el TC, seguidos por el TS, conforme a los cuales debe llevarse a cabo una tarea de ponderación de forma casuística, aunque otorgando valor preferente a la libertad de información en aquellos casos en los que la información difundida sea de relevancia pública e interés general y resulte veraz (recientemente, SSTS de 25 de noviembre de 1998, 15 y 29 de enero, 8 y 23 de marzo, 24 y 25 de septiembre, 20 y 25 de octubre y 20 y 30 de noviembre de 1999 y 4 y 13 de marzo de 2000). La veracidad de la información concurre cuando el informador ha desplegado una suficiente actividad, de acuerdo con lo que es exigible a un profesional, en orden a la comprobación y contraste de la noticia publicada con datos objetos (últimamente, SSTS de 15 y 25 de noviembre y 31 de diciembre de 1998, 23 de marzo y 24 de septiembre de 1999 y 4 de marzo de 2000), debiendo entenderse cumplido este requisito cuando lo publicado coincide «sustancialmente» con el contenido de las fuentes, aunque no exista coincidencia absoluta (en el mismo sentido, SSTS de 6 de marzo, 14 y 30 de diciembre de 1995, 26 de junio de 1996, 13 de febrero de 1997 y 8 de marzo de 1999).

«En relación con las directrices jurisprudenciales expuestas, es de incluir, asimismo, aquellas que conceden mayor prevalencia al interés general cuando la persona afectada por la tarea informativa ostenta el carácter de persona pública en función del cargo desempeñado en la vida política, en cuyos casos, la protección a los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18.1 CE debe ceder, en una mayor medida, frente a los reconocidos en los apartados *a*) y *d*) de su artículo 20.1» (STS de junio de 1996). Un último elemento a tener en cuenta para resolver la colisión entre estos derechos es que las libertades de información y de expresión no pueden amparar informaciones que contengan expresiones denigrantes o insultantes, absolutamente innecesarias para el ejercicio de aquellas libertades, y que tengan como único objetivo el menosprecio o la denigración de la reputación ajena (así, SSTS de 4 de noviembre de 1986, 25 de marzo y 29 de diciembre de 1995, 5 de junio de 1996, 9 de febrero de 1998 y 16 de febrero de 1999, entre otras).

Aplicación de la doctrina del reportaje neutral: determinación de la diligencia exigible al informador en este caso.—Respecto al requisito de la veracidad, cuando el medio informador se limita a recoger y reproducir las declaraciones u opiniones ajenas, sin expresar valoración alguna, se está en presencia de la llamada «doctrina del reportaje neutral», elaborada por el TS norteamericano, y se entiende que la información así publicada es veraz siempre y cuando el informador despliegue un comportamiento suficientemente diligente en orden a verificar el hecho de la declaración o

las opiniones realizadas y la «identificación necesaria del sujeto que emite las opiniones o noticias, que de este modo quedan limitadas por la propia credibilidad de su autor» (SSTC 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 178/1993, 336/1993 y 144/1998, y SSTs de 13 de noviembre de 1997, 5 de febrero, 28 de mayo, 22 de junio, 25 de septiembre, 15 y 25 de noviembre y 31 de diciembre de 1998 y 19 de febrero, 23 de marzo y 24 de septiembre de 1999).

Pero también, «el mínimo de diligencia exigible ha de entenderse que abarca, además de a los extremos anteriores, a la entidad de la noticia valorada en relación con su conexión material con el objeto del debate público y a la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de los datos transmitidos, para evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente de cobertura de meras suposiciones o rumores absolutamente injustificados para cualquier sujeto mínimamente atento» (STC 41/1994 y STS de 5 de junio de 1996), y además, «el respeto al honor, como derecho fundamental, impone al medio la específica obligación de permanecer accesible a la persona o personas afectadas por las manifestaciones presuntamente injuriosas para que a su vez puedan hacer públicas las alegaciones que estimen convenientes para desmentir los hechos o para defender su buena fama». (STS de 18 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En el diario vasco *Egin*, entre noviembre de 1990 y enero de 1991, aparecieron diversas publicaciones en las que se reproducían, sin añadir comentario alguno y citando como fuente el periódico *Diario 16*, diversas informaciones relativas al llamado *Informe Navajas* y a la presunta vinculación de la Guardia Civil con el narcotráfico, así como otras noticias en relación al entonces Teniente Coronel de dicho cuerpo, don Enrique R. G. Por otro lado y en el mismo diario, aparecieron también a partir de febrero de 1991 detalladas informaciones sobre el patrimonio familiar de dicho Teniente Coronel y sobre el importante incremento que éste había experimentado en los últimos años.

Por este motivo, don Enrique R. G. interpuso demanda de juicio incidental sobre protección de los derechos fundamentales contra el diario *Egin*, su sociedad editora, *Orain, S. A.*, su Director, don Xavier O. A., y contra los periodistas del mismo, don José Benigno R. R y don Pablo María M. P., solicitando se declarase la existencia de intromisión ilegítima en su derecho al honor y una indemnización de treinta millones de pesetas. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimándola parcialmente y condenó a los demandados a indemnizar al actor con diez millones de pesetas.

Apelada la anterior sentencia, la Audiencia Provincial de Bilbao estimó el recurso, revocó la sentencia y desestimó la demanda. Interpuesto recurso de casación por el demandante, el TS declaró no haber lugar al mismo. (A. G. C.)

11. Derecho al honor y libertad de expresión con relación a personas que ocupan un cargo de autoridad pública.—El TC ha declarado en reiteradas ocasiones (SSTC 107/1988, 105/1990, 85/1992, 336/1993 y 3/1997) que los límites de la crítica permitidos en el ejercicio de la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1.a) CE son más amplios, si ésta se refiere a personas dedicadas a actividades públicas, puesto que las mismas están expues-

tas a un mayor control de sus actividades y manifestaciones, control propio de un Estado de Derecho. Por dicho motivo esa crítica es inseparable de todo cargo público, y más aún en lo relacionado con asuntos de interés general. Sin embargo, no significa de modo alguno que, en atención a su carácter público, dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el artículo 18 CE garantiza (SSTC 105/1990, 190/1992 y 336/1993). Como derecho derivado de la dignidad humana, y, por ende, consagrado como derecho fundamental en nuestra Carta Magna, no puede ser libremente negado o desconocido a través de cualquier expresión proferida o cualidad atribuida que lo haga desmerecer tanto en el marco interno de la propia persona afectada, como en el externo o ámbito social y profesional en el que cada uno desarrolle su actividad. Por dicho motivo se entiende que se sobrepasan los límites de la libertad de expresión y de información y que, por tanto, se produce una intromisión ilegítima del derecho al honor, cuando se atribuye a una persona que ocupa un cargo público la participación en un delito de tráfico de drogas, sin que dicha extralimitación se pueda entender justificada ni por el carácter público del personaje en cuestión ni por ser una cuestión de interés general.

Doctrina jurisprudencial acerca de las publicaciones de cartas en medios periodísticos. Deber de diligencia y comprobación de la identidad del autor.—La publicación en un medio de comunicación de un escrito, en este caso una carta, dentro de la sección «Cartas al Director», ajenos al mismo tanto el escrito en cuestión como su autor, requiere la identificación previa del mismo para que, en caso de ser el contenido de la carta lesivo de alguno de los derechos consagrados en el artículo 18 CE con respecto a un tercero, asuma la responsabilidad que del mismo pueda derivarse. Por el contrario, cuando no ha quedado suficientemente probada la identidad del autor de la carta, «en tal supuesto dicho escrito no constituyó una acción que pueda ser separada de la publicación por el medio, conforme a la doctrina expuesta en la STC 159/1986» (FD 2.º). «Al autorizarse la publicación del escrito pese a no conocer la identidad del autor, ha de entenderse que el medio, por ese hecho, ha asumido su contenido, lo cual entraña una doble consecuencia: en primer lugar, el ejercicio de las libertades que el artículo 20.1 CE reconoce y garantiza habrá de ser enjuiciado, exclusivamente, en relación con el medio, dado que el redactor del escrito es desconocido. En segundo término, al medio le corresponderá o no la eventual responsabilidad que pueda derivarse del escrito si su contenido ha sobrepasado el ámbito constitucional protegido de la libertad de información y, en su caso, de la libertad de expresión, lesionando el honor de terceras personas o, por el contrario, lo ha respetado» (FJ 3, STC 3/1997 de 13 de enero).

El deber de diligencia del director del periódico se materializa en la constancia por parte del medio de la identidad del remitente, no siendo suficiente, como en el caso que nos ocupa, conformarse con los datos identificadores que en la carta se hacían constar, para evitar que los mismos resulten que no se corresponden con persona alguna. (STS de 7 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 24 de enero de 1992 se publicó en la sección «Cartas al Director» del *Diario LNE* el texto de una carta firmada por C.M.A., a la que en su momento acompañó fotocopia del DNI, cuyos datos no se correspondían con la realidad. En la misma, bajo el título «Apología del terrorismo del Alcalde de C», don JA. P.P., se afirmaba con respecto al mismo que «siendo aún Concejal, fue dete-

nido en el aeropuerto de Barajas en relación al tráfico de cocaína...». Interpuesta una querrela criminal, se dictó auto de sobreseimiento al no haberse podido identificar al autor de la carta. La representación legal de don JA. P.P., interpuso demanda ante el Juez de Primera Instancia, solicitando que se dictara sentencia en la que se declarara que la publicación en cuestión constituía una intromisión ilegítima en su derecho al honor y en su imagen pública, que se publicara el texto íntegro de la sentencia, así como la condena solidariamente a los demandados, director y subdirector del periódico en cuestión y la editorial *Prensa S. A.*, al pago de la correspondiente indemnización. Estimada parcialmente la demanda, ambas partes interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial dictó sentencia en la que, desestimando el recurso de la parte demandada, estimó el interpuesto por don JA. P.P. La representación legal de la parte demanda interpuso recurso de casación, con base, entre otros motivos, en la infracción de la normativa y la jurisprudencia aplicables al caso, y en concreto, del artículo 20.1.d) CE.

NOTA.—El TS ante un nuevo supuesto de colisión del derecho al honor y el derecho a comunicar y/o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, reitera su jurisprudencia anterior (STS de 13 de noviembre de 1997) acerca de la responsabilidad de los directores de medios periodísticos en relación con el contenido de las llamadas «Cartas al Director», cuando por falta de diligencia de los mismos no se compruebe la identidad de los autores, y el contenido de las mismas se entienda, como es el caso, que es atentatorio del derecho al honor de un tercero. Sin embargo, del relato fáctico de los hechos no se desprende con claridad que consistió la falta de diligencia del director y subdirector, pues si bien en el FD 1.º se señala que a la carta se acompañó copia del DNI, por el contrario en el FD 2.º se indica que por el mismo no se llevó a cabo ninguna actividad tendente a la identificación de la persona que firmaba la carta publicada, «dando por buenos los datos identificadores que en ella se hacían constar, habiendo resultado inexistente persona alguna que respondiese a los mismos». En otros casos enjuiciados por el TC y reseñados por la sentencia que nos ocupa, la responsabilidad del director se debió a un fallo del medio cuando se procedió a la transferencia de los datos del DNI a su base de datos [Antecedentes 2.b) STC 3/1997 de 13 de enero] o a la autorización por él dada a la publicación de una carta a la que no se acompañaba número del DNI, por haber el remitente dirigido con anterioridad otras cartas al periódico (FJ 2.º, STC 336/1993, de 15 de noviembre). (R. D. O.)

12. Colisión entre libertad de información y derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen: el criterio del interés general.—Para que pueda proclamarse la prevalencia del derecho a la información sobre el de protección al honor, la intimidad y la propia imagen se requiere en general (además de tenerse en cuenta las circunstancias específicas de cada caso concreto) que la noticia publicada (además de su veracidad, que aquí nadie se cuestiona) verse sobre hechos de interés general con trascendencia política, social o económica. La noticia de una violación cometida, indudablemente es de interés general dada la grave y notoria trascendencia social que tiene, pero,

en cambio, carece en absoluto de interés general (salvo algún supuesto muy excepcional que aquí no se da) la noticia de la identidad de la persona violada, que, además de la muy grave afrenta recibida con la violación en sí, se ve doblemente afrentada con la innecesaria divulgación de su identidad, con el consiguiente ataque a su propia intimidad, que es lo que hizo el diario en el reportaje periodístico objeto del litigio.

Revisión en casación del *quantum* indemnizatorio.—En materia de intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen de las personas, el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección del honor, la intimidad y la propia imagen, marca unas pautas valorativas del daño moral: «se resolverá atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido», por lo que cuando tales pautas no hayan sido tenidas en cuenta en la sentencia recurrida o lo haya sido de manera claramente arbitraria, inadecuada o irracional, puede ser revisada en casación, con carácter excepcional, la fijación del *quantum* indemnizatorio hecha por el Tribunal de apelación. (STS de 21 de febrero de 2000; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El diario *Alerta* de Cantabria, en su edición de 6 de octubre de 1990, publicó un reportaje, en el que, bajo el título «Encarcelado un “violador” que asegura tener pruebas de su total inocencia», informaba de que la víctima era «Nuria C.C.», «la joven Nuria-Patricia, de 18 años», con domicilio en el portal núm. 72 de la calle San Fernando, con una fotografía en cuyo pie decía «Portal de la calle San Fernando donde se produjo la violación de Nuria» agregando el artículo, en otro pasaje del relato, que la víctima era «virgen». La aludida, al considerar que esta información atenta contra su derecho a la intimidad, demanda (al amparo de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen) al periódico, así como al periodista autor del artículo y al fotógrafo autor de la fotografía. En primera instancia son condenados tanto la mercantil editora del periódico como el redactor del artículo y es absuelto el fotógrafo; la audiencia revoca parcialmente la sentencia de primera instancia, en el sentido de rebajar la cuantía de la indemnización. (M. C. P. A.)

13. Exigencia de veracidad en la información como presupuesto de la libertad de información.—Tal como establece la STC de 15 de julio de 1999, con arreglo a la doctrina reiterada de ese Tribunal, la exigencia de que la información debe ser veraz para encontrar protección en el artículo 20.1.d) CE, no va dirigida tanto a la imposición de una rigurosa total exactitud en el contenido de la información, cuanto a negar la protección constitucional a la transmisión como hechos verdaderos, bien de simples rumores carentes de toda constatación, bien de meras invenciones o insinuaciones, sin comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente, y ello, a pesar de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990 y 172/1990).

La existencia de perjuicio se produce siempre que se acredite la intromisión ilegítima.—Tal como establece el artículo 9.3 de la Ley Orgánica de 5 de mayo, de 1982, «la existencia de perjuicio se producirá siempre que se

acredite la intromisión ilegítima», por lo que acreditada dicha intromisión es evidente que ello conduce a la existencia de perjuicio y, por tanto, se declara la responsabilidad de los codemandados. La condena debe comprender los llamados daños morales y perjuicios causados, aunque no sean de tipo económico. (STS de 17 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En el primer informativo de la mañana la periodista-locutora de la cadena SER en Melilla facilitó la noticia de que A.V.A., en compañía de otro, había sido detenido en Málaga como presuntamente implicado en una operación de tráfico de veinticinco kilos de cocaína, valorada en unos cien millones de pesetas, y que la implicación de esta persona en las actuaciones de esta naturaleza venía circulando en calidad de rumor por las calles de Melilla. A pesar de que posteriormente este mismo medio desmintió la noticia en otros tres informativos y en los tres diarios que se editan en Melilla, por haberse producido un error *in personam*, el aludido en esta información demanda a la periodista, al director de la emisora y a la *Sociedad Española de Radiodifusión, S.A. (SER)*, por considerar que se ha producido una intromisión ilegítima en su derecho al honor. En primera instancia se declara la responsabilidad solidaria de los demandados y la sentencia en confirmada por la Audiencia Provincial. (M. C. P. A.)

14. Inclusión del «prestigio profesional» dentro del ámbito del derecho al honor.—El «prestigio profesional» se incluye entre los bienes tutelados dentro del ámbito del derecho al honor. Esta doctrina deriva de la línea jurisprudencial marcada por el TC en la sentencia de 14 de diciembre de 1992. Pero del mismo modo se pronuncia el TS, antes y después de la Constitución; esta jurisprudencia tiene su punto de arranque en la sentencia de 7 de febrero de 1972, a la cual siguieron otras muchas.

La veracidad como límite a la libertad de información.—La desnaturalización de datos ciertos e inclusión de otros no ocurridos, con errores que no eran de carácter meramente circunstancial sino nucleares del artículo y el titular que lo sustentaba, supone quebrantamiento del deber de veracidad que el artículo 20.d) CE impone como límite al derecho a la libertad de información, incurriendo en perjuicio del prestigio profesional de la guardería afectada. Con tal extralimitación de los contornos constitucional y jurisprudencialmente fijados (STC de 24 de junio de 1994 o de 19 de septiembre del mismo año) al derecho a difundir información, se incurrió en intromisión ilegítima del honor (no de la imagen en la forma legalmente protegida como representación gráfica de la persona) prevista en el artículo 7 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982. (STS de 15 de febrero de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—El 14 de noviembre de 1993 el diario *El Periódico de Aragón* publica un artículo acerca de las incidencias sobre un brote de meningitis supuestamente detectado en la guardería infantil «Arco Iris». El reportaje de la periodista M.C.M.A., bajo el título «Cuarentena en el centro de la meningitis» destacaba, entre otros extremos, que la guardería, situada en el barrio de Las Fuentes, permanecería cerrada por cuarentena a raíz de la muerte de uno de sus alumnos. Asimismo señalaba que el servicio de epidemiología de la D.G.A. había decretado el cierre de la guardería hasta que pasara el período de cuarentena y pudiera asegurarse que no existía contagio

de meningitis entre los compañeros del niño fallecido. Finalmente se especificaba qué epidemiología había determinado el tratamiento preventivo con antibióticos para todos los alumnos («Al menor síntoma el niño debía ser trasladado a las urgencias del Infantil»). El artículo se acompañaba con una fotografía de la fachada con el nombre del centro, que aparecía cerrado. Ante las afirmaciones del periódico, las propietarias de la escuela infantil consideran vulnerado su derecho al honor y propia imagen y demandan a la editora-propietaria del periódico, al director del mismo por haber dado su visto bueno, y a la periodista autora del reportaje. (M. C. P. A.)

15. Derecho a la propia imagen: concepto.—«La imagen es la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible; concepto acuñado por la doctrina y recogido expresamente por reiterada jurisprudencia, desde las de 11 de abril de 1987, 29 de marzo de 1988, 9 de febrero y 13 de noviembre de 1989, 29 de septiembre y 19 de octubre de 1992 hasta la reciente de 27 de marzo de 1999 que desarrolla el derecho a la imagen en los siguientes términos: de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, el derecho a la propia imagen es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres especiales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone una vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen, como también lo es la utilización para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. El derecho se vulnera, también, aunque la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga».

Proyección pública de la persona cuya imagen es reproducida y publicada y lugar en que se obtuvo.—Cuando se trata de una persona de proyección pública «su derecho al honor disminuye, su derecho a la intimidad se diluye y su derecho a la imagen se excluye, y este último se excluye en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8.2.a) de la Ley de 5 de mayo de 1982 que no considera intromisión la publicación de imagen de persona de proyección pública en lugar público» (respecto a esto último, *vid.* SSTS de 28 de diciembre de 1996, 25 de septiembre de 1998 y 16 de febrero de 1999). En este sentido debe entenderse que «una iglesia, lugar de culto, es lugar abierto al público, pero el domicilio de los padres de las demandantes en ningún caso puede tenerse como lugar público».

Consentimiento para la obtención de la imagen, pero no para su publicación.—El artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, excluye la intromisión ilegítima cuando media el consentimiento expreso, pues «el consentimiento no sólo excluye el concepto de intromisión, sino que implica el ejercicio del derecho a la imagen, consistencia a algunas profesiones, como las de modelo o actor o actriz de cine o teatro». Sin embargo, debe distinguirse entre consentimiento para la obtención de una imagen y consentimiento para su divulgación o publicación: «la obtención de las fotografías fue voluntariamente no ya aceptado, sino encargado al estudio fotográfico; pero no hubo consentimiento expreso para su publicación en una revista, ni de ningún modo puede deducirse del hecho de tratar-se de una boda con asistencia de invitados» (en el mismo sentido, SSTS de

3 de octubre de 1996 y 18 de julio de 1998). (STS de 24 de abril de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—La revista *Diez Minutos* publicó, el 21 de julio de 1991, un reportaje en el que posaban, entre otras personas, doña Leonor B. de B. en el día de su boda y su hermana doña Lydia, conocida ésta artísticamente como Lydia Bosch. Dichas fotografías habían sido obtenidas por el estudio del que es titular don Jaime P. R., que había sido contratado al efecto, y reproducían diversos momentos del acontecimiento, tanto en el domicilio de los padres de ambas como en la iglesia donde la primera contrajo matrimonio. Como consecuencia de ello, doña Leonor y doña Lydia interpusieron demanda de juicio incidental sobre protección de los derechos fundamentales contra don Jaime, contra el director de la revista, don Basilio R. A., contra la editora, *Editorial Gráficas Espejo, S.A.*, y contra la agencia que firmaba el reportaje, *Scorpio Agency, S.A.*, solicitando se declarase la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y a la intimidad de las demandadas y una indemnización a fijar en ejecución de sentencia. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando la existencia de intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen y condenó a los demandados a indemnizar en cuantía a fijar en ejecución de sentencia.

Apelada esta resolución, la Audiencia Provincial de Madrid estimó los recursos de los demandados y desestimó la demanda. Interpuesto recurso de casación por las demandantes, el TS declaró haber lugar al mismo y condenó a los demandados, excepto a don Jaime P. R., a indemnizar a las actoras con quinientas mil pesetas por haber vulnerado su derecho a la propia imagen, pero no a la intimidad. (A. G. C.)

16. Títulos nobiliarios. Orden sucesorio por causa de muerte. Normativa aplicable.—El TS ha reiterado en numerosas ocasiones que la sucesión en los títulos y dignidades nobiliarias se rige por lo dispuesto en la carta de creación de cada uno de ellos, y en caso de no establecerse en la misma una forma específica regirá lo dispuesto en la legislación vigente en nuestro Derecho nobiliario, y en concreto por las Leyes X, Título 1 y 2, Título 15, ambos de la Partida II; Leyes XL y XLV de Toro, especialmente esta última, incluida como Ley 1.^a, Título 29, libro 11 de la Novísima Recopilación; Real Cédula de Carlos IV de 29 de abril de 1804; Ley Desvinculadora de 11 de octubre de 1820, artículo 13; Real Decreto de 27 de mayo de 1912, artículos 12 y 13; Ley de 4 de mayo de 1948, que restablece en su artículo 1 todas las disposiciones nobiliarias vigentes hasta el 14 de abril de 1931; y, finalmente, el Decreto de 4 de junio de 1948, artículo 5.

Constitucionalidad y vigencia del principio de varonía.—La actual naturaleza meramente honorífica reconocida a los títulos nobiliarios conduce a contemplar a los mismos como simples prerrogativas de honor, como *nomen iuris*, que no llevan aparejados como antaño «status o condición estamental privilegiada» (FJ 12, STC de 3 de julio de 1997). La diferenciación por razón de sexo contenida en los títulos posee en la actualidad un valor meramente simbólico, dado que el fundamento de la diferenciación que incorporan no

está vigente y se encuentra vacía de contenido material (FJ 15, STC de 3 de julio de 1997). No siendo discriminatorio y, por tanto inconstitucional el título de nobleza, «tampoco puede serlo dicha preferencia (del hombre sobre la mujer)», puesto que «resultaría paradójico que el título de nobleza pudiera adquirirse por vía sucesoria no tal como es y ha sido históricamente según los criterios que han presidido las anteriores transmisiones, sino al amparo de criterios distintos» (FD 3.º).

Reivindicación de dignidades nobiliarias. Legitimación pasiva.—No puede alegarse por la parte recurrente falta de litis consorcio pasivo necesario por no haberse procedido a la citación mediante edictos de todas y cada una de las personas que se crean con mejor derecho al título litigioso, puesto que la declaración del derecho sólo produce efectos frente a los demandados, y no excepción de cosa juzgada en contra de un «tercero fantasmagórico». Además, como consecuencia de la naturaleza jurídica de la Carta de Sucesión, como autorización administrativa para el uso efectivo nobiliario, esto es, como simple cédula posesoria con reserva de propiedad a favor del prellamado, la expedición de las mismas siempre se hace «*sin perjuicio de tercero*» (SSTS de 4 de junio de 1963 y 21 de mayo de 1964), puesto que la Administración, tal y como tiene declarado en sus dictámenes el Consejo de Estado, carece de competencia para formular declaraciones de derecho en materia nobiliaria. Así pues, la expedición de las cartas de sucesión no implican, en ningún caso, derecho a la dignidad, las cuales están evidentemente sujetas a la revisión de la jurisdicción (FD 4.º). (STS de 11 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.^a Luz G. P. interpuso demanda contra sus hermanos don Hipólito G.P., doña Carmen, G.P. y doña Paloma G.P., solicitando que se dictara sentencia en la que se declarara su mejor derecho a suceder a su padre, don Hipólito G.P, en la posesión del título de Marquesado de Llano, con exclusión de su hermano y del resto de sus hermanas. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la petición. Interpuesto por los demandados el correspondiente recurso de apelación, éste fue desestimado. Contra dicha resolución, la parte demanda interpuso recurso de casación por infracción de las normas del ordenamiento y de la jurisprudencia en relación con la «litis consorcio pasivo necesario», así como por no reconocer la sentencia impugnada la eficacia del artículo 504 LEC, en relación con los artículos 1214 y 327 CC.

NOTA.—En la presente sentencia el TS nos ilustra acerca del orden de suceder en los títulos y dignidades nobiliarias, conforme a la legalidad vigente, así como su reiterada jurisprudencia acerca del mismo (SSTS de 11, 13 y 15 de diciembre de 1997, 2 de junio y 20 de julio de 1998, 25 de enero, 9 y 19 de febrero de 1999). Tras declarar la vigencia y constitucionalidad del principio de varonía, desestima, sin embargo, el recurso interpuesto por la parte demanda, don Hipólito G.P., a quien, por aplicación de todo lo anteriormente argumentado le correspondería la sucesión en el título frente a su hermana, doña M.^a Luz G.P., por no haberse postulado la casación de la sentencia por la parte demanda «por ningún otro motivo con argumentos hoy imperantes en la cuestionada delación sucesoria de los honoríficos títulos nobiliarios». (R. D. O.)

17. Sucesión de los títulos nobiliarios. Llamamientos con la fórmula «hijos y sucesores legítimos». Hija extramatrimonial.—En la sucesión por causa de muerte en los títulos nobiliarios el orden de suceder lo determina la carta de creación de cada uno de ellos y, en su defecto, por lo ordenado en la legislación que constituye nuestro vigente Derecho nobiliario (por todas, STS de 11 de mayo de 2000). Así pues, al establecerse en el documento de fundación de la dignidad que el mismo se confiere «a vos, el referido don Antonio L.Z.D., como a vuestros hijos y sucesores legítimos, varones y hembras, por el orden de suceder regular», y teniendo lugar la apertura de la sucesión del título litigioso antes de la promulgación de nuestra Carta Magna y de la Ley de 11 de mayo de 1981, en concreto, en 1973 y 1974, ambos textos legales no pueden servir «de cimiento de la pretensión de la recurrente al no estar en vigor en la fecha del hecho causante» (FD 3.º).

Prescripción adquisitiva inmemorial. Fijación del *dies a quo* para el cómputo de la misma.—El TS, aplicando el artículo 42 de la Ley de Toro, que supuso la derogación del principio tradicional de la imprescriptibilidad de los títulos nobiliarios, requiere para que tenga lugar la prescripción adquisitiva de un título nobiliario la posesión pacífica, mantenida, constante e ininterrumpida (SSTS 27 de julio de 1987, 21 de junio de 1989, 3 de enero de 1990, 12 de diciembre de 1990, 4 de junio de 1997, 7 de marzo de 1998), de éste durante cuarenta años (SSTS de 21 de febrero de 1992 y 16 de noviembre de 1994), contados no desde la fecha de creación del mismo, tal y como pretende la parte demandante, sino desde la fecha de la sucesión del mismo, momento en el que se entiende que comienza la posesión pública y pacífica de la merced nobiliaria, bien sea la fecha de la escritura de cesión (STS de 17 de marzo de 1998).

Doctrina procesal de «equivalencia de resultados».—El acogimiento de un motivo no supone la casación de la sentencia recurrida, y por tanto, la estimación del recurso, cuando haya de mantenerse el fallo de la resolución impugnada, aunque sea por otros razonamientos distintos a los que en su momento se tuvieron en cuenta, «dado que el carácter de este recurso extraordinario es producir, caso de ser aceptado, una alteración en la parte dispositiva de la resolución de la instancia» (FD 4.º). (STS de 19 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 30 de abril de 1870 se concedió el título de Conde de CT a don Antonio L.Z.D., en el que literalmente constaba que se otorgaba «para vuestros hijos y sucesores legítimos, varones y hembras, por el orden de sucesión regular». Tras el fallecimiento del Conde, se expidió carta de sucesión a favor de su primogénita, y a su óbito, a favor de su hermana Enriqueta L.Z.T., abuela de la demandante. A su fallecimiento, su hijo no solicitó la sucesión, de modo que el título quedó vacante hasta 1954, cuando, tras su fallecimiento, lo reclamó su sobrino carnal Enrique C.V, hijo de su hermana. Tras la muerte de Enrique C.V. en 1969, el título quedó vacante. Ante tal situación, José Ramón L.H. solicitó en 1973 la sucesión del título, expidiéndose a favor del mismo Carta de Sucesión «sin perjuicio de terceros». Posteriormente, en 1974, distribuyó sus títulos entre sus hijos, y el que es objeto de litigio recayó en Ángela L. R. La representación de doña Antonia V.B., hija extramatrimonial de don Antonio L.Z., nacida en 1933, y reconocida en el acta de la inscripción, promovió demanda de juicio declarativo de

mayor cuantía, solicitando que se declaren a su favor los mismos derechos sucesorios con respecto a su bisabuelo don Antonio L.Z., su abuela doña Enriqueta, y su padre don Antonio L.Z., que tendría de haber sido hija matrimonial de este último. Desestimada la demanda en primera instancia, la sentencia fue apelada ante la Audiencia Provincial, siendo igualmente desestimado. Se interpuso recurso de casación alegando, entre otro motivos, por infracción de la LEC por inaplicación de los artículos 14 y 24.1 CE, artículo 108, párrafo segundo, CC, y DT 1.ª y 8.ª de la Ley 11/1981, de 13 de marzo.

NOTA.—En la sentencia que anotamos, y con relación al llamamiento contenido en la Carta de fundación del título litigioso, el TS declara que, al haber tenido lugar la sucesión del título con anterioridad a la entrada en vigor de la CE y de la Ley 11/1981, éstas no tienen efectos retroactivos. Sin embargo, el TS no tiene en cuenta, tal y como el propio TC ha declarado, que «el carácter histórico de una institución no puede excluir por sí sólo su contraste con la CE» (STC 126/1997, FJ 8.º). Puesto que «los principios y valores de ésta informan la totalidad del ordenamiento jurídico», la vigencia de la misma «imposibilita el mantenimiento de instituciones jurídicas (aun con probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales» (STC 76/1988, FJ 3.º).

Los llamamientos con la fórmula «*hijos y sucesores legítimos*» pueden ser objeto de una doble lectura. De una parte, puede entenderse que la locución hijos y sucesores legítimos abarca hijos y sucesores tanto matrimoniales como extramatrimoniales, y el calificativo «legítimos» no hace referencia, en ningún caso, a supuestos de filiación, sino, tal y como establece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, a su estricta adecuación a la Ley. Sin embargo, conforme a las puras esencias del Derecho nobiliario, otro sector doctrinal y el TS en la sentencia que nos ocupa entienden que el adjetivo «legítimo» se refiere únicamente a quienes ostenten la cualidad de proceder de relaciones matrimoniales. (*R. D. O.*)

18. Colegios Profesionales: naturaleza jurídica y normas reguladoras.—La CE establece en su artículo 36 que una Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales, cuya estructura interna y funcionamiento deberán ser, en todo caso, democráticos. Ahora bien, como dice la STC 89/1989, la reserva legal a que se refiere tal artículo está, hoy por hoy, salvada por una Ley predemocrática como es la Ley de Colegios Profesionales de 15 de febrero de 1974, modificada por Ley de 26 de diciembre de 1978 y por el Real Decreto-Ley de 7 de junio de 1996, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y Colegios Profesionales, que modifica los artículos 2, 3 y 5 de dicha Ley, atribuyendo a los artículos 2 y 3 el carácter de legislación básica al amparo del artículo 149.1.º.1 y 18 CE, en la que se configura a dichos Colegios Profesionales como entes reconocidos por el Estado dirigidos no sólo a la consecución de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con la asociación, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio (ver asimismo las SSTC 76/1983 y 20/1988).

El derecho de asociación comprende el de autoorganización o autorregulación. El marco legal regulador de esta materia es anterior a la Constitución.—El derecho de asociación explicitado en el artículo 22 CE, comprende no sólo el derecho de asociarse, sino también el de autoorganización o autorregulación dentro del marco legal (Ley 191/1964 y Decreto 1440/1995, modificados por Ley 30/1994 de Fundaciones), lo que indica que es uno de los pocos derechos fundamentales cuya regulación legal es anterior a la CE. Con arreglo a ello hay que afirmar que la actividad de las asociaciones, aunque no forma parte de una zona exenta al control judicial, pero sin que este control, como dice la STC 217/1988, pueda afectar a su derecho de autoorganización, limitándose únicamente a comprobar la razonabilidad de las decisiones de los órganos asociativos. Decisiones entre las que se encuentra la plasmación de unos determinados Estatutos, que son el objeto de discusión en el caso concreto de que se trata aquí.

Derecho de asociación y Colegios profesionales como límite a este derecho.—Hay que tener en cuenta como límite al derecho de asociación que los Colegios Profesionales, como corporaciones de Derecho público, ejercen unas competencias que suponen un concreto poder público. Con todo, la fijación del ámbito territorial de la asociación, de su domicilio, de la acreditación de sus miembros ante la Administración, la compatibilidad de asociado con la de miembro del Colegio Profesional, la no exclusividad de los intereses ajenos a los profesionales, la posibilidad de intervención en las cuestiones públicas, la programación de acciones adecuadas para conseguir mejoras sociales y económicas para los asociados, la confección de una guía de ejercicio libre de la profesión, la realización de actividades teóricas profesionales; todas esas facultades suponen el núcleo eficaz para un asociacionismo lógico y racional y además no significan un menoscabo o interferencia de las facultades o atributos de un Colegio Profesional. (STS de 16 de marzo de 2000; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El Colegio Oficial de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales de Cataluña impugna los Estatutos de la «Asociación Profesional Ejercicio Libre de Peritos e Ingenieros Industriales-08» (APELPITI-08) por considerar que no son ajustados a Derecho al invadir facultades exclusivas de un Colegio Profesional. (M. C. P. A.)

19. Las Cámaras de Comercio son corporaciones sectoriales con una base privada y cumplen algunas funciones públicas.—Según la doctrina del TS contenida en la S de 19 de noviembre de 1998, que resuelve un caso similar a éste, si bien las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación tienen naturaleza jurídica y plena capacidad de obrar, no es menos cierto que también persiguen y protegen intereses privados, por lo que hay que decir que su configuración se presenta como la de corporaciones sectoriales que sustentan su composición, organización y actividad sobre una base privada y, al mismo tiempo, tienen también atribuidas por Ley, o delegadas, algunas funciones públicas (tal como se desprende de la STC de 15 de julio de 1987).

Competencia jurisdiccional civil para el conocimiento de los litigios relativos a la reclamación de recursos camerales.—A las Cámaras Oficiales de Comercio les asiste, con relación a las cuotas a cargo de los socios electores (recursos camerales) derecho patrimonial para obtener su cobro mediante el ejercicio de la acción de condena, que sólo procede ante los Tribunales del orden civil y no del contencioso-administrativo, cuya función jurisdiccional

se proyecta a la revisión de los actos estrictamente administrativos, es decir que ha de concurrir necesariamente un acto previo sujeto al Derecho administrativo (art. 9.4 LOPJ, anterior a la reforma de la Ley de 17 de julio de 1998) y en relación al artículo 24.2 CE. La pretensión procesal de la Cámara no es precisamente revisora de acto administrativo alguno, y no asistiéndole, por falta de disposición legal expresa que lo autorice, el privilegio de poder acudir al procedimiento de apremio administrativo para el logro de la efectividad de sus créditos frente a los asociados incumplidores de sus deberes de satisfacer las cuotas que les corresponden [art. 3.1.c) del Real Decreto de 28 de marzo de 1977, que modificó el Régimen General de Recaudaciones] la reclamación judicial civil se presenta como la única vía expedita, sin perjuicio de que la Ley de Cámaras de Comercio de 22 de marzo de 1993 contenga habilitación legal, ya que no resulta aplicable a los recursos camerales anteriores a su promulgación.

Inconstitucionalidad de la adscripción forzosa a las Cámaras de Comercio por vulnerar el derecho de asociación. Irretroactividad de la sentencia del TC.—La STC de 16 de junio de 1994 declara la inconstitucionalidad de las bases cuarta y quinta de la Ley de 29 de junio de 1911 (Ley de Bases para la Reorganización de las Cámaras) y el artículo 1 del Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929 (Reglamento Orgánico), en cuanto implican la adscripción forzosa a las Cámaras, por vulnerarse el derecho de asociación. En sentencias posteriores (de fecha 12 de febrero y 12 de marzo de 1996 y en el mismo sentido la S de 22 de octubre de 1999) el TC ha establecido que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la S 179/1994 no se retrotraen sino para afectar a aquellos supuestos de cuotas que, devengados, no han sido objeto de impugnación, en tiempo y forma, antes del 9 de julio de 1994, fecha de publicación oficial. (STS de 24 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona reclama a la sociedad *Juve Camps, S.A.*, las cuotas anuales que tiene pendientes de pago, correspondientes a los ejercicios de 1988 a 1992, ya que se considera que, como integrada en la citada Cámara de Comercio con la condición de electora, está obligada a atender los recursos camerales adecuados. (M. C. P. A.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

20. Las normas administrativas sobre titularidad de las farmacias no afectan a las relaciones jurídico-civiles.—El Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, establece que sólo los farmacéuticos, individual o asociados en las formas que se autoricen, podrán ser los propietarios de las oficinas de farmacia. La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, en su artículo 103, define las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios y prescribe que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público. Sin embargo, el incumplimiento de las normas puramente administrativas, al igual que ocurre con las de carácter fiscal, no deben primar o interferir en los efectos jurídicos del contrato privado. Lo que es objeto de la cuestión debatida no lo constituye la intangibilidad o intransmisibilidad de un título universitario ni las atribuciones o facultades

inherentes al mismo, sino la naturaleza, en el orden civil, del fondo negocial que constituye la base económica de una farmacia y si, en el presente caso, se trata o no de un bien ganancial.

Las oficinas de farmacia son locales de negocio.—La jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS tiene declarado, en SS de 24 de enero de 1953, 31 de enero de 1962 y 25 de marzo de 1964, según se recoge en la S de 26 de febrero de 1979, que las farmacias son locales de negocio, y así ha de conceptuarse todo establecimiento farmacéutico, entendiéndose como tal no sólo el local y elementos accesorios del mismo, sino, el negocio o empresa comprensivo de las existencias, clientela, derecho de traspaso y demás que del mismo deriven, siendo dichos local y elementos accesorios el soporte físico de la actividad negocial. (STS de 27 de marzo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don J.G.P. demanda a doña A.M.P., ambos separados por S de 10 de febrero de 1990, instando la liquidación de la sociedad de gananciales. El objeto del litigio lo constituye la calificación como privativo o ganancial del inmueble y negocio de farmacia que explota la demandada, adquirido mediante documentos privados de 26 de enero de 1983 y elevados a escritura pública el 18 de mayo de 1983. En primera instancia se declara el carácter privativo del bien, que pertenece pro indiviso por partes iguales a demandante y demandada. La Audiencia Provincial de Jaén declara la nulidad del documento privado de compraventa en cuanto atribuye propiedad sobre la oficina de farmacia a don J.G.P., con la consecuencia de que doña A.M.P. deberá restituir a aquél la cantidad de tres millones ochocientas mil pesetas, así como restituir a la sociedad de gananciales los quince millones actualizados con los que se abonó el precio aplazado de la oficina de farmacia. (M. C. P. A.)

21. Imprescriptibilidad de la acción para pedir la nulidad de una compraventa simulada cuando la donación disimulada también es nula por ilicitud de la causa.—La sentencia aquí recurrida (en plena coincidencia con la de primer grado) declara la nulidad radical del contrato de compraventa litigioso por falta de causa en el mismo (falta de precio), así como también declara la nulidad radical de la donación que, al parecer se hizo bajo la apariencia de dicho contrato de compraventa, por ilicitud de la causa de la misma, al haberse pretendido, mediante ella, defraudar los derechos legítimos del heredero don F.P.S. (nieto de los causantes, por fallecimiento de su madre doña F.S.S.).

En el motivo primero se denuncia infracción del artículo 1301 CC, sosteniendo los recurrentes que al tratarse de una simulación relativa, por haberse disimulado una donación bajo la apariencia de una compraventa, el plazo de prescripción de la acción es el de cuatro años, por lo que consideran los recurrentes que, desde la fecha en que se otorgó la escritura de compraventa litigiosa (17 de diciembre de 1980) hasta que se promovió el proceso al que se refiere este recurso (julio de 1988), ha prescrito la acción ejercitada. La Sala desestima el expresado motivo recordando que para que pueda hablarse de simulación relativa es requisito indispensable que el contrato disimulado (el que verdaderamente se ha querido celebrar bajo la apariencia de otro) sea plenamente válido, pero éste no es el caso aquí contemplado, en el que no nos hallamos en presencia de ninguna simulación relativa en el sentido antes expuesto, ya que los dos contratos son radicalmente nulos: el aparen-

te de compraventa (por falta de causa: precio) y el disimulado de donación (por ilicitud de la causa, al haberse defraudado mediante ella los derechos legitimarios del actor), concluyendo que la acción ejercitada para obtener dicha nulidad radical es imprescriptible.

Cuando la compraventa simulada se ha hecho para defraudar derechos legitimarios de otros herederos, también es nula la donación disimulada, por ilicitud de causa.—Declara la sentencia que con el trozo de terreno que, en 1973, por donación de sus padres, recibió doña F.S.S., madre del actor, no pueden considerarse cubiertos los derechos legitimarios de éste en la herencia de sus abuelos (padres de la fallecida doña F.S.S.), toda vez que doña C.S.S. también recibió, por igual donación de sus padres en la misma fecha citada, otro trozo de igual valor que aquél, y como ambas hermanas (únicas hijas de los referidos causantes), en los respectivos testamentos de éstos, fueron instituidas herederas por partes iguales, es evidente que a las dos hermanas (y, por fallecimiento de doña F.S.S., al hijo de ésta, el demandante en este proceso) les han de corresponder iguales derechos legitimarios (tercios de legítima estricta y de mejora) y hereditarios (al no hacerse, en los respectivos testamentos, ninguna disposición en favor de ninguna otra persona), cuya igualdad no existe si se mantiene subsistente la pretendidamente disimulada donación, la cual ha de considerarse, por tanto, también nula, con nulidad radical, por ilicitud de la causa, al defraudar los derechos legitimarios del demandante, ya que, según dice la S de 20 de diciembre de 1985, «reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala, de la que es muestra la S de 20 de octubre de 1961, y las citadas por la misma, ha establecido la doctrina de que cuando la escritura de compraventa se otorga con la exclusiva finalidad de defraudar los derechos legitimarios de los demás herederos, procede declarar también inexistente el contrato de donación por ser ilícita su causa». (STS de 1 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Los esposos don F.S.H. y doña C.S.S. tuvieron dos hijas, llamadas doña F.S.S. y doña C.S.S. En 1973, los referidos esposos, mediante escritura de compraventa otorgada disimuladamente por un tercero, donaron a sus aludidas hijas dos trozos de terreno (uno para cada una de ellas) del mismo valor los dos. El día 1 de enero de 1975 falleció la hija doña F.S.S., dejando como universal heredero abintestato a su único hijo don F.P.S. El 17 de diciembre de 1980, los padres don F.S.H. y doña C.S.S. otorgaron escritura de compraventa por la que manifestaron vender a su hija doña C.S.S. y al esposo de ésta la casa-cueva (de naturaleza ganancial) por el precio cuatrocientas mil pesetas, que confesaron haber recibido con anterioridad de los compradores. El 17 de diciembre de 1987 falleció la madre, doña C.S.S., bajo testamento abierto de fecha 26 de agosto de 1971, en el que instituyó herederas, por iguales partes, a sus dos únicas hijas y nombró sustitutos vulgares de las instituidas a sus descendientes. El día 14 de enero de 1988 falleció el padre, don F.S.H., bajo testamento abierto de fecha 26 de agosto de 1971, en el que igualmente instituyó herederas, por iguales partes, a sus dos únicas hijas y nombró sustitutos vulgares de las instituidas a sus descendientes. (A. G. B.)

22. **Venta de cuerpo cierto: supuestos.**—La venta de cuerpo cierto se produce en dos supuestos: en primer lugar, cuando no se determina el precio

singular por unidad de medida ni se precisan las dimensiones globales del inmueble. En segundo lugar, cuando no se indica un precio singular por unidad de medida pero se especifica la dimensión total del inmueble; en este último caso la ley presume *iuris et de iure* que las partes no han convenido el precio global supeditado a las dimensiones especificadas del inmueble.

Determinación del precio en la venta a cuerpo cierto.—La calificación de una venta como cuerpo cierto implica que el precio se determina a tanto alzado y no por unidad de medida, por lo que, en virtud del artículo 1471 CC, las diferencias posibles de cabida no afectan al precio.

Prescripción de las acciones derivadas de los artículos 1469 a 1471 CC reguladores de la venta de bien inmueble a precio alzado o por unidad de medida.—El artículo 1472 CC establece que las acciones de los artículos 1469 a 1471 del mismo cuerpo legal prescriben a los seis meses, constituyendo el *dies a quo* el día de la entrega del bien. (STS de 29 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 21 de diciembre de 1990 la entidad *Instituto de Psicoterapia de Peña Retama, S.A.*, y *Sonicial S.A.*, celebraron un contrato de compraventa por el que la primera vendía a la segunda una finca por precio alzado con independencia de la superficie total, entregando todo lo comprendido en sus linderos. La entidad vendedora interpuso demanda sobre reclamación de cantidad contra la compradora solicitando el pago de lo correspondiente a la liquidación por el pago aplazado pactado en la venta. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia en apelación estiman la demanda. La demandada recurre en casación alegando infracción del artículo 1471 CC.

NOTA.—La sentencia analizada hace referencia al primer párrafo del artículo 1471 CC por ser éste el supuesto planteado por la recurrente, pero hay que tener en cuenta que el propio artículo 1471 CC, en su párrafo 2.º, establece la disminución obligatoria del precio para los casos de venta de cuerpo cierto en los que el vendedor no pueda entregar los números o la cabida que están dentro de los linderos. Díez-Picazo, L., y Gullón citan a este propósito el ejemplo de la existencia de un enclave de propiedad de tercero (*Instituciones de Derecho Civil*, I., ed. Tecnos, 1995, p. 613). (B. F. G.)

23. Desestimación de la demanda e incongruencia.—La sentencia totalmente desestimatoria sólo puede declararse incongruente cuando la absolución del demandado se haya producido alterando el soporte fáctico o basándose en una excepción no aducida por el demandado y no apreciable de oficio.

Requerimiento resolutorio del artículo 1504 CC.—El requerimiento no constituye, según la jurisprudencia, una intimación al pago con resolución *ex lege* si éste no se produce. Para que el requerimiento de pago realizado en virtud del artículo 1504 CC tenga dichos efectos resolutorios es necesario que el vendedor condicione la resolución del contrato al pago de las cantidades adeudadas en el plazo que concede al comprador; no nos encontraremos ante un requerimiento resolutorio, por tanto, si el vendedor simplemente intima a los compradores al pago de la parte del precio no satisfecha pero no hace mención del plazo citado. (STS de 26 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 24 de abril de 1989 *Inmobiliaria Esacio, S.A.*, y *Mares, S.A.*, celebraron con *Ermine Estates Limited, Isley Estates Limited y Spiaggia Realty Limited* tres contratos de compraventa sobre sendas viviendas unifamiliares y sobre un par de acciones por cada una de aquéllas. El 3 de diciembre de 1990 *Inmobiliaria Esacio, S.A.*, y *Mares, S.A.*, enviaron un requerimiento notarial dirigido al representante de las tres sociedades compradoras por la falta de pago de las letras de cambio, firmadas y aceptadas en su día, a la fecha de su vencimiento, estableciendo que se formulaba el requerimiento a los efectos del artículo 1504 CC, «manifestando así las entidades vendedoras su voluntad de dar por resuelto el contrato en caso de impago». Las sociedades requeridas no atendieron el requerimiento de pago, por lo que *Inmobiliaria Esacio, S.A.*, y *Mares, S.A.*, formularon demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra las sociedades compradoras, en la que solicitaban la resolución de los tres contratos de compraventa mencionados y la indemnización de daños y perjuicios. Las demandadas *Ermine Estates Limited, Isley Estates Limited y Spiaggia Realty Limited* formularon reconvencción pidiendo la rescisión de los contratos de compraventa y la consiguiente devolución de las cantidades abonadas a la sociedad vendedora. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción declarando, por tanto, resueltos los contratos de compraventa con las acciones a las que ya nos hemos referido anteriormente y condenando a las demandantes al pago de 19.500.000 pesetas más intereses legales a las sociedades reconvinientes. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación absolviendo a las demandantes de las pretensiones de la reconvencción y declarando no haber lugar a la resolución de los contratos. (B. F. G.)

24. Venta de bien mueble con reserva de dominio.—La entidad actora, en el primer motivo alegado, señala que la necesaria inscripción registral en el Registro al efecto, del contrato de venta con reserva de dominio, según criterio sentado en la sentencia combatida, resulta en realidad irrelevante cuando la relación queda limitada a las partes contratantes.

Las ventas con reserva de dominio, por definición, sólo se perfeccionan cuando se verifica el completo pago del precio, lo cual ocasiona la transferencia definitiva de lo vendido. Por tanto, actúa como garantía del cobro del precio aplazado, pudiendo oponerse el vendedor a que el comprador disponga de los bienes en forma voluntaria o forzosa.

En el caso de autos, la parte compradora dejó de abonar la segunda letra de último pago del bien, con lo que el vendedor podía recuperar el bien vendido pero, sin embargo, se produjo la suspensión de pagos de la compradora con anterioridad a la interposición de la demanda por la vendedora. De esta forma, entran en conflicto los intereses de la vendedora con los de otros acreedores de la suspensa, a los que les asiste la condición de terceros a los efectos del artículo 23 de la Ley de 17 de julio de 1965.

Conforme al artículo 19 de la misma, para que el crédito de la recurrente fuere singularmente privilegiado sería necesaria la inscripción en el Registro especial a que se refiere el artículo 23. Además, la Orden de 8 de julio de 1966, que aprobó la Ordenanza rectora de dicho Registro, señala en su artículo 20 que los terceros no resultan afectados por los convenios especiales si no

existe constancia registral de los mismos, dada la presunción de veracidad y exactitud de lo incorporado al Registro. Por tal razón, se desestima el motivo alegado.

Asimismo, si bien el artículo 1922.1 CC establece que gozan de preferencia los créditos que corresponden al precio de venta de bienes muebles que están en poder del comprador, hasta donde alcance el valor de los mismos, dicho privilegio cede si se trata de ventas a plazos sometidas a la Ley de 17 de julio de 1965, que impone la necesidad de haber llevado a cabo inscripción registral de la relación convenida. (STS de 28 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Se presenta demanda de juicio declarativo de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcázar de San Juan, reclamando la propiedad de un bien mueble por incumplimiento de un contrato de compraventa suscrito con anterioridad con la parte demandada.

Esta última promovió cuestión de competencia por declinatoria, que el Juzgado resolvió mediante auto de 1 de febrero de 1994, rechazándola. Sin embargo, la parte demandada recurrió en apelación, que fue resuelta por la Audiencia Provincial de Ciudad Real la cual, mediante auto de 29 de julio de 1994 estimó dicho recurso, declarando haber lugar a la cuestión de competencia planteada por declinatoria. Así, las actuaciones pasaron al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Quintanar de la Orden núm. 2, el cual dictó sentencia con fecha 30 de enero de 1995, desestimando la demanda formulada.

Promovida la apelación a este respecto, ante la Audiencia Provincial de Toledo, se resolvió la misma por S de 16 de mayo de 1995, desestimando el recurso.

Finalmente, se interpone recurso de casación al amparo del núm. del artículo 1692 LEC, alegando la infracción de diversos preceptos, tanto de la Ley de Suspensión de Pagos de 17 de febrero de 1965, como de la de 12 de julio de 1922. (*J. L. B.*)

25. Licitud del pacto de reserva de dominio sobre un bien mueble a favor del financiador.—El ordenamiento jurídico otorga al comprador de un bien mueble la posibilidad de condicionar la adquisición de la propiedad a la reintegración del capital prestado por la entidad financiadora para hacer efectivo el precio de la transmisión, de tal manera que a esta última le corresponde la posesión mediata del bien ínsita en el dominio y al comprador la posesión inmediata. Este tipo de acuerdos son válidos por adecuarse al artículo 1255 CC, que impone como límites a la autonomía de la voluntad la ley, la moral y el orden público, al artículo 1463 del mismo cuerpo legal, referido a la entrega de bienes muebles, y a la normativa reguladora de la venta de bienes muebles a plazos, que encontramos en la antigua Ley 50/1965, de 17 de julio (arts. 1, 3, 6.12 y 12), y en la actualmente vigente Ley 28/1998, de 13 de julio.

La financiación con pacto de reserva de dominio no implica un pacto comisorio.—En el supuesto de la sentencia comentada no tiene lugar un pacto comisorio, prohibido por nuestro ordenamiento en los artículos 1859 y 1884 CC, ya que éste supone la resolución del contrato y en este caso nada puede resolverse: el comprador, de hecho, ha suspendido la adquisición de la pro-

piedad del bien y, por tanto, la consumación del contrato, condicionándola a la devolución total del préstamo a la entidad financiadora.

Embargo de los bienes muebles vendidos o financiados con pacto de reserva de dominio.—El artículo 4.c) de la Orden de 19 de julio de 1999, que aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, impide el embargo por deudas del comprador de los bienes muebles comprados o financiados a plazos con pacto de reserva de dominio; se admite, en cambio, cuando el embargo se lleva a cabo por deudas del beneficiario.

Tercería de dominio y tercería de mejor derecho.—La finalidad de la tercería de dominio consiste en sustraer del juicio ejecutivo los bienes indebidamente embargados por error de titularidad; por ello, la acreditación inicial de la propiedad sobre el objeto por parte del tercero constituye requisito de procedibilidad. La existencia de un contrato de financiación con pacto de reserva de dominio cumple el requisito mencionado por lo que no procedería la interposición de una tercería de mejor derecho por parte del financiador, y es que «a cargo de lo que es propio es imposible señalar una preferencia de créditos» (FD 3.º). (STS de 20 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—*Mapfre Finanzas E.F.S.A.* financió a M.B.E. la compra de un camión mediante contrato de 15 de mayo de 1991 inscrito en el Registro de Bienes Muebles a plazos el 9 de diciembre del mismo año y consignado el 2 de julio de 1992 en el Registro de Permisos de Circulación de Vehículos de Motor. En el citado contrato se pactó una reserva de dominio del vehículo a favor de la entidad financiadora a efectos de garantía, estableciendo asimismo que gozaría de los mismos derechos de un vendedor a plazos. Como consecuencia del impago de las cotizaciones debidas a la Seguridad Social por parte del prestatario y comprador del vehículo, la Unidad de Recaudación llevó a cabo un procedimiento de apremio para su cobro en el que se embargó el camión. *Mapfre Finanzas E.F.S.A.* formuló tercería de dominio sobre el bien embargado, que fue estimada en primera instancia y confirmada por la Audiencia.

NOTA.—La Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles admite explícitamente el pacto de reserva de dominio a favor del financiador en el artículo 4.2.a); algunos autores no consideran posible la existencia de un pacto de reserva de dominio a favor del financiador, argumentando que éste en ningún momento ha sido dueño del bien. En este sentido Díez-Picazo, L. y Gullón (*Instituciones de Derecho Civil*, I., ed. Tecnos, 1995, p. 638) sostienen que debería entenderse como una cesión de la propiedad al financiador con finalidad de garantía. Por su parte, Bercovitz (*La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, ed. Cuadernos de Moneda y Crédito, 1971) configura la reserva de dominio como un derecho real de garantía y no como una verdadera titularidad dominical. (B. F. G.)

26. **Prohibición de la *reformatio in peius*.**—La resolución de un recurso de apelación interpuesto por los demandados en los que la Audiencia condena a la indemnización de los daños por incumplimiento (pronunciamiento no acogido por la sentencia del Juzgado), no precisa los parámetros para determinar los intereses por mora en ejecución, habiendo sido éstos concretados

en primera instancia, y condena a los demandados al pago de una cantidad mayor a la establecida por el Juzgado y prevista en el propio contrato para el supuesto que da lugar al litigio, supone una agravación del fallo en perjuicio del recurrente prohibido por el ordenamiento.

Diferencia entre el contrato de *leasing* y el contrato de préstamo simple o mutuo.—El contrato de *leasing* o arrendamiento financiero se realiza en función de un bien determinado que el financiado necesita y que no adquiere por carecer de soporte económico o por otras razones, reservándose, sin embargo, la facultad de adquisición para un momento posterior mediante la opción de compra. El fundamento del préstamo de dinero estriba, sin embargo, en la necesidad de dicho dinero: se transmite su dominio con obligación de devolver el *tatundem* con precio o sin él. Mediante el *leasing* se financia el objeto en sí, mientras que el préstamo lo que financia es la empresa.

Simulación nula por vulneración de la prohibición de pacto comisorio.—La realización de una venta en garantía con el fin de responder del incumplimiento de la deuda no da lugar a una verdadera transmisión del dominio ya que falta el título idóneo para ello. Mediante dicho contrato el adquirente (acreedor) bajo la forma de precio otorga un préstamo al vendedor (deudor): de este modo y en combinación con un posterior contrato de *leasing* sobre el mismo inmueble entre acreedor y deudor, se pretende que tenga lugar una transmisión inmediata del dominio en el momento de generación de la deuda con efecto claudicante si ésta se abonara totalmente a través del ejercicio de la opción de compra, siendo el valor residual el último plazo de amortización del préstamo y pudiendo el acreedor, en caso de impago, hacer suya la cosa dada en garantía. Según el TS nos encontramos, pues, ante un pacto comisorio prohibido por nuestro ordenamiento en los artículos 1859 y 1884 CC para la prenda e hipoteca y para la anticresis respectivamente y aplicable a todo tipo de garantía atípica por razones de coherencia del sistema, analogía, evitación del fraude de ley y moralidad; la vulneración de esta prohibición convierte la simulación relativa en radicalmente nula.

Nulidad radical en caso de negocios complejos.—La nulidad del pacto comisorio no implica la ineficacia del negocio atípico de garantía excepto por lo que se refiere a la apropiación definitiva del bien por el acreedor en caso de incumplimiento del deudor. Esta regla general no es aplicable a los negocios complejos integrados por numerosos subnegocios entrelazados entre sí y por cláusulas relacionadas con los diversos aspectos del conjunto. La nulidad parcial sólo puede darse cuando conste que el contrato se habría celebrado sin la parte nula y la nulidad no trasciende a la totalidad, supuesto que no se da en los contratos complejos en los que «el crédito concedido al deudor está causalizado, en el sentido del artículo 1274 CC, a la puesta en garantía, y es la venta la que determina que se conceda el préstamo (deuda) constituyendo una contraprestación de esta concesión, por lo que el efecto de la invalidez incide, impregna en todo el sinalagma». (STS de 16 de mayo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Mediante escritura pública otorgada en Burgos el 12 de julio de 1989, *Proleasing, S.A.*, compró a L.F.S. de la S. y A.A.R.T. un bien inmueble consistente en un local garaje, por importe de once millones de pesetas. El mismo día, por escritura otorgada ante el mismo Notario, las partes anteriormente citadas concluyeron un contrato que denominaron de arrendamiento financiero inmobiliario (*leasing* inmobiliario). La cesión de uso del inmueble fue por un tiempo de 120 mensualidades (hasta el 12 de

julio de 1999) y el contrato quedaba extinguido sin necesidad de requerimiento previo de *Proleasing, S.A.* Se estableció un precio total y un valor residual a efectos de la opción de compra que el arrendatario financiero tenía la posibilidad de ejercitar al término del contrato. Entre las cláusulas del contrato, interesa destacar la decimotercera en virtud de la cual *Proleasing, S.A.*, no garantizaba al usuario ni la idoneidad del inmueble, ni su adecuación a la explotación a que iba destinado, ni sus instalaciones o servicios. A partir del mes de diciembre de 1990 los arrendatarios financieros incumplieron reiterada y sistemáticamente la obligación de pago de la cuota mensual convenida. Por conducto notarial se comunicó la resolución contractual por parte de *Proleasing, S.A.* (ahora *Menhir Leasing, S.A.*), que interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra L.F.S. de la S. y A.A.R.T. solicitando la resolución del contrato, la restitución de la posesión del inmueble objeto del contrato resuelto, el pago de los daños por incumplimiento, la inadmisión de recursos de los demandados en caso de no acreditarse al tiempo de la interposición el pago o la consignación de todas las cuotas vencidas hasta ese momento, y el posterior decaimiento irreversible del posible recurso interpuesto en el supuesto de impago de las cuotas que continuasen venciendo; en aplicación de lo previsto en el contrato para el caso de resolución del mismo por incumplimiento, se solicitaba el pago de las rentas devengadas, de los intereses de demora pactados y de la cláusula penal correspondiente.

El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente la demanda calificando el contrato de *lease-back* y desestimando únicamente la petición de pago por daños al entender que la cláusula penal cumple una función liquidatoria de tales perjuicios. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados modificando la sentencia de instancia en los siguientes extremos: se condenó a la indemnización de daños por incumplimiento, los intereses por mora que el Juzgado había precisado en un 2% mensual se dejaron a determinar en ejecución de sentencia y el 15% del precio de adquisición, a pagar en aplicación de la cláusula penal, que con arreglo a la sentencia del Juzgado era una cantidad única, fue fijada por la Audiencia por cada mes o fracción de mes que transcurriese desde la fecha en que la entrega del inmueble debiera haberse producido.

NOTA.—Cabe plantearse si realmente el supuesto resuelto por la sentencia analizada encierra un pacto comisorio. Éste se caracteriza, según palabras de Rodríguez Rosado, por la posibilidad del acreedor, llegado el vencimiento del crédito garantizado, «de elegir entre reclamar el pago de la deuda o apropiarse de un bien dado en garantía por el deudor» (*Fiducia y pacto de retro en garantía*, ed. Marcial Pons, 1998, p. 202). Puede entenderse que en el caso concreto nos encontramos ante lo que el autor citado denomina *compraventa con promesa unilateral de reventa sometida a plazo* en la que el comprador, en este caso *Proleasing, S.A.*, se convierte en propietario definitivo del inmueble si al cumplirse el plazo pactado el vendedor no ha hecho uso del derecho de opción que en este caso se articula a través de un contrato de *leasing* inmobiliario con opción de compra. Aunque podría afirmarse que se trata de un negocio indirecto de

crédito, debe subrayarse que con la venta realizada *Proleasing, S.A.*, no cuenta con la posibilidad de exigir el reembolso del préstamo y, por tanto, con la elección mencionada anteriormente y que caracteriza al pacto comisorio, sino que es el vendedor quien tiene la opción de recuperar el inmueble devolviendo el precio de la compraventa calificada por Rodríguez Rosado de *dación en pago* (*op.cit.*, p.220). (B. F. G.)

27. Obligación de conservar del arrendador y ruina del edificio.—El arrendador no está obligado a reconstruir para cumplir su obligación de conservar salvo cuando la causa de la ruina sobrevenida estribe en el incumplimiento de las obligaciones legales impuestas por el artículo 1554 CC en sus apartados 2.º (reparaciones necesarias para que el inmueble sea apto para el uso al que está destinado) y 3.º (mantenimiento al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato).

Continuidad en la obligación de conservar del arrendador.—El incumplimiento de las obligaciones por parte de los arrendadores anteriores no permite al arrendador actual proseguir en la inactividad dejando que el edificio se siga deteriorando. La obligación de conservar de cada arrendador no se limita únicamente a aquello que necesite conservación desde el momento en que se incorpora a la cadena de arrendadores. (STS de 3 de julio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—En 1990 los inquilinos de un inmueble denunciaron a los propietarios de dicha finca solicitando al Ayuntamiento que les compeliere a arreglar el tejado; la propiedad fue instada mediante dos decretos sucesivos del Ayuntamiento a la ejecución de las obras de conservación y seguridad, cumpliéndose de forma parcial lo ordenado. El Decreto de la Alcaldía de 13 de octubre de 1992 estableció que la situación del inmueble se había visto agravada. A.O. de la F. interpuso demanda sobre reparación del inmueble contra la entidad *Fondos Propios, S.L.*, M.F.B. y C.F.V., copropietarios del inmueble. Durante la sustanciación de la primera instancia tuvo lugar la declaración administrativa de ruina técnica y económica del inmueble, hecho que fue previsto por el actor en la demanda ya que solicitaba subsidiariamente la indemnización de daños y perjuicios en caso de ruina del edificio por no haber llevado a efecto los propietarios las obras oportunas. El Juez de Primera Instancia declaró a los demandados responsables mancomunados en la proporción en que fuesen propietarios del inmueble de los daños y perjuicios causados al demandante como consecuencia de la declaración de ruina del edificio. La Audiencia revocó la decisión de primera instancia absolviendo a los demandados. (B. F. G.)

28. Aportación de inmueble a una sociedad: imposibilidad de ejercicio del derecho de retracto.—La aportación de un inmueble a una sociedad impide al arrendatario del mismo ejercitar el derecho de retracto ya que dicha aportación no se considera venta; lo que entrega la sociedad son acciones de la misma que no podrán ser reembolsadas por el retrayente ya que no forma parte de su patrimonio.

Objeto del retracto.—La jurisprudencia ha señalado en sentencias como la de 31 de enero de 1992 que el retracto se limita a lo que se lleva en arriendo. (STS de 27 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—R.L.I. y R.L.F. celebraron un contrato por el que, del relato de los hechos de la sentencia analizada, parece que aportaron un inmueble a la entidad mercantil *Proconcor, S.L.* Uno de los locales que formaba parte de dicha finca se encontraba arrendado a favor de la entidad mercantil *Muebles López Marzo, S.L.*, que formuló demanda sobre resolución de contrato de arrendamiento contra R.L.I., R.L.F. y *Proconcor, S.L.*, solicitando la declaración de fraude de ley del contrato celebrado entre los dos primeros demandados y la estimación posterior del ejercicio del derecho de retracto de la parte ocupada por la actora como arrendataria, con arreglo al precio y condiciones figurantes en la escritura de constitución de la sociedad también demandada.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda pronunciándose en el mismo sentido la Audiencia.

NOTA.—No existe una posición unánime en relación con la existencia o inexistencia de un derecho de retracto a favor del arrendatario en caso de aportación de vivienda a una sociedad, ya que este supuesto no se encuentra previsto en el artículo 25 de la vigente LAU de 1994 referido únicamente al ejercicio del mencionado derecho en caso de venta de vivienda.

Díaz Romero (*La aportación a sociedad de vivienda arrendada como supuesto del derecho de retracto legal del arrendatario*, ed. Tirant lo Blanch, 1999) mantiene que es posible reconocer un derecho de retracto a favor del arrendatario en el supuesto planteado y basa su postura fundamentalmente en dos argumentos: en primer lugar, propone la aplicación analógica del régimen de la compraventa para estos casos. En segundo lugar, realiza una interpretación extensiva del citado artículo 25 LAU en conexión con el derecho a una vivienda digna reconocido en el artículo 47 CE; aduce la autora citada que la aportación de vivienda a sociedad dificulta al arrendatario acceder a la propiedad, siendo la finalidad buscada por el legislador mediante los derechos de tanteo y retracto, precisamente, facilitar el acceso del inquilino a la propiedad de su vivienda.

En contra de estos argumentos se pronuncia San Miguel Pradera (recensión a la obra citada de Díaz Romero, en *ADC*, tomo LII, fascículo III, pp. 1151-1154) que, en primer lugar, califica las diferencias entre compraventa y aportación a sociedad de «esenciales» concluyendo que no es posible la aplicación analógica de ambas figuras más allá del régimen de saneamiento y riesgos previsto para la compraventa. En segundo lugar, no niega el carácter tuitivo de la LAU pero aduce que debe aplicarse a un supuesto previsto en la norma, hecho que no se da en relación con la aportación de vivienda a sociedad; añade que el verbo «disfrutar» utilizado en el artículo 47 CE no implica necesariamente la propiedad de la vivienda. Por último, considera que el reconocimiento del derecho de retracto en estos supuestos resultaría excesivamente oneroso para el arrendador, mientras que el Preámbulo de la LAU dice expresamen-

te que dicho derecho se caracteriza por beneficiar al arrendatario sin suponer una gran onerosidad para el arrendador.

Por último, hay que tener en cuenta que el recurrente en casación alega infracción del artículo 47 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, vigente hasta 1995 y aplicable al caso concreto. La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos ha reducido el plazo de ejercicio de los derechos de tanteo y retracto de 60 a 30 días, tanto para el arrendamiento de viviendas (art. 25), como para el de uso distinto del de vivienda (art. 31 que se remite al citado art. 25). (B. F. G.)

29. Derecho de tanteo en caso de varios arrendadores.—La falta de ejercicio del derecho de tanteo por alguno de los arrendadores copropietarios del inmueble arrendado se entenderá como renuncia al mismo en beneficio del coarrendador que quisiera tantear. (STS de 30 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 30 de julio de 1993, D.S.R. y su esposa, M.R.C., arrendatarios de un local de negocio, celebraron un contrato de traspaso con la entidad mercantil *Familia Miguel Escudero, S.L.*, condueña del local traspasado y que había ejercitado derecho de tanteo. Dicha iniciativa fue comunicada fehacientemente a los restantes copropietarios, A.M.E., F.M.E. y los hijos de este último; todos ellos, tras el requerimiento para que manifestaran si deseaban hacer uso del derecho de tanteo, se pronunciaron en el sentido de no ejercitarlo. A.M.E., V.S.G., F.M.E., M.A.M.G., M.C.M.G., J.J.M.G., M.C.M.G., F.J.M.G., F.M.G. y M.M.G. formularon demanda contra las partes del mencionado contrato de traspaso de local solicitando su nulidad. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y en el mismo sentido se pronunció la Audiencia.

NOTA.—La sentencia analizada aplica el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, vigente hasta 1995 y, por tanto, de aplicación en el supuesto de hecho. La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos es la norma actualmente vigente. (B. F. G.)

30. Legitimación activa del promotor en la acción derivada del artículo 1591 CC.—El TS admite la legitimación activa y pasiva de los promotores de la vivienda no sólo por haber pagado extrajudicialmente a los propietarios y adquirentes de las viviendas y locales del edificio afectado, sino también en interés propio con el fin de que la obra se ejecute correctamente «aunque ello redunde en beneficio de los propietarios» (STS de 9 de junio de 1989).

Delimitación de la responsabilidad del arquitecto.—El arquitecto es responsable por los vicios derivados de una defectuosa dirección de obra, definida en el Decreto de 17 de junio de 1977 y en el Real Decreto de 23 de enero de 1985 como la «coordinación del equipo técnico facultativo de la obra [...]» y «la actividad que controla y ordena la ejecución de la edificación en sus aspectos técnicos, económicos y estéticos [...]». El Alto Tribunal entiende que no entran en dicho ámbito de actuación la adecuada dosificación

de materiales y su correcta colocación (tareas que competen al arquitecto técnico), ni la supresión de la cámara de aire en los cuartos de baño que fue proyectada cuando dicha eliminación no cuenta con su autorización. (STS de 3 de julio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—M.A. y M.C.G.F., promotoras de las edificaciones que presentaban los vicios ruínógenos, demandaron a R.P.G. y a E.V.T., arquitecto y aparejador de dicha obra, solicitando la condena solidaria o mancomunada de ambos a la reparación en forma específica de los daños descritos en la demanda. Las demandantes, que ya habían enajenado todos los pisos y locales existentes en los edificado, habían accedido a las reclamaciones extrajudiciales de los propietarios y demás adquirentes perjudicados llegando a un convenio de pago. El Juzgado de Primera Instancia no entró a resolver el fondo al estimar la falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada por los demandados. Recurrída en apelación la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial la revocó condenando a los demandados de forma solidaria a la reparación del edificio. El demandado R.P.G. interpuso recurso de casación.

NOTA.—Hay que tener en cuenta que el 6 de mayo de 2000 entró en vigor la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación que regula, entre otros aspectos, la responsabilidad civil de los distintos agentes que intervienen en el proceso de edificación por vicios o defectos de la construcción en los artículos 17 y 18. Autores como Cabanillas Sánchez («La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fascículo II, pp. 405 a 510) sostienen que dichos preceptos han derogado implícitamente el artículo 1591 CC ya que así se deriva de la DD única que establece lo siguiente: «quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en esta Ley» (*op. cit.*, p. 506). Díez Picazo, L. («Ley de Edificación y Código civil» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fascículo I, pp. 5 a 21), sin embargo, parece entender que el artículo 1591 CC sigue vigente en relación con los daños causados por un proceso de edificación en bienes de naturaleza distinta a los contemplados en el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación (*op. cit.*, p. 14). (B. F. G.)

31. La responsabilidad del constructor-promotor por vicios del suelo en la construcción de edificios.—La cuestión a decidir se concreta a si resultan aplicables las responsabilidades del artículo 1591 CC a la constructora demandada, que el Tribunal de instancia absolvió. Ha de partirse necesariamente de que la constructora, que asumió funciones de promotora y fue la que vendió las casas, no probó, ni siquiera lo intentó, que antes de llevar a cabo el encargo del proyecto, y sobre todo con anterioridad a comenzar el proceso constructivo de las viviendas, se hubiera preocupado de promover y obtener informes, estudios y asesoramientos geotécnicos acabados y suficientes de organismos o entidades especializadas sobre las condiciones del suelo para acometer las edificaciones en la forma segura y firme.

En este caso el suelo presentaba especiales características que ya de principio lo convertían en irregular y no plenamente apto para edificar con las seguridades que imponen y cada vez resultan más exigentes por presentarse

como necesarias en orden a una más justa y pacífica convivencia social, teniendo en cuenta que la vivienda sirve de morada y hogar a las personas (art. 47 CC), donde desarrollan la mayor parte de su existencia vital y relaciones familiares, por lo que debe ser adecuada (art. 11 del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, *BOE* de 30 de abril de 1977). Si se exige seguridad jurídica como una de las conquistas de la civilización actual, ésta no sólo debe ser personal y colectiva, sino que también debe proyectarse a los espacios donde la vida del hombre se desenvuelve, para que así su libertad y propio desarrollo pueda ser lo más efectivo posible (art. 9.3 CC).

La constructora -promotora demandada no resulta liberada de las responsabilidades constructivas que el artículo 1591 CC le impone, integrada en su responsabilidad decenal, por su mal hacer constructivo, al haberse aventurado a ejecutar las edificaciones sin cerciorarse debidamente de que las mismas resultaban lo más estables posibles en su asentamiento en el suelo, dada la existencia detectada de la falla y las condiciones adversas que presentaba el terreno, lo que ya exigía por sí el necesario estudio detallado del mismo, a efectos de prever y, en su caso, adoptar e imponer al proyectista de la obra las medidas necesarias para lograr una edificación segura en cuanto a las posibles proyecciones de las deficiencias en los terrenos de las inmediaciones, estudios que no dice la sentencia se hubiera demostrado resultasen plenamente ineficaces para evitar la ruina, sino que sólo podían ser indicios de tal conclusión, y de esta manera no se cierra por completo que una investigación seria y profunda de la patología del terreno pudiera alcanzar otras conclusiones, las que al tenerlas en cuenta la constructora las hubiera transmitido a los técnicos que planearon y llevaron a cabo la construcción e, incluso, como última solución, no acometerla.

Si las reglas de construcción y las condiciones hostiles del suelo demandan una cimentación determinada debe cumplirse, en otro caso se responde de sus consecuencias.—Se aportó estudio completo del terreno según las circunstancias concurrentes imponían, máxime cuando a la constructora-promotora no le era desconocido por completo las alteraciones que afectaban a los edificios de la zona, con lo que aceptó el riesgo y debe responder de sus consecuencias negativas frente a los compradores de las viviendas, en su condición de promotor de las mismas, conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial, que declara el papel relevante del promotor en el proceso constructivo y la obligación que asume al realizar la obra sin deficiencias, presentando en el mercado un producto correcto. Si bien no es ningún reproche que su actividad se encamine al logro de beneficios económicos, ello también refuerza la exigencia de responsabilidades en los casos de ejecuciones deficientes, que resultan permanentes y máxime si son progresivas como ocurre en el caso que nos ocupa (SS de 1 de octubre de 1991, 2 de septiembre y 20 de diciembre de 1993, 28 de enero, 2 de febrero y 29 de marzo de 1994, 21 de marzo de 1996 y 13 de octubre de 1999). Las consecuencias de su falta de prueba del origen de la ruina no recae sobre los demandantes, a los que les basta con acreditar que la ruina existe, que se produjo y se manifestó en el plazo decenal, sino sobre los demandados, siempre y cuando que aquéllos no aparezcan como los únicos imputables de los defectos constructivos que denunciaron. (**STS de 31 de marzo de 2000**; ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes, propietarios de cuatro viviendas unifamiliares interponen ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Sabadell juicio declarativo de menor cuantía para que se establezca la responsabilidad del constructor-promotor por vicios en la construcción. Y suplican que se declare la ruina funcional de los edificios, estableciendo la responsabilidad solidaria de todos los codemandados en la producción de dicha ruina, y se les condene a ejecutar de su cuenta y cargo todas las obras y reparaciones necesarias para dotar a dichos edificios de las condiciones de estabilidad, y procedan también, a su costa, a la reparación de cuantos elementos hayan resultado afectados por la indicada ruina funcional. Se estima parcialmente en primera instancia la demanda, en la que se absuelve a la empresa promotora-constructora, sin realizar especial imposición de costas. Se recurre en apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que estimando el recurso interpuesto revoca la sentencia apelada y absuelve a los recurrentes, sin imposición de costas. Se interpone recurso de casación ante el TS, en el que se casa y anula la sentencia de apelación y se revoca parcialmente la de primera instancia, condenando también a la empresa constructora, además de a la compañía de seguros del Colegio de Arquitectos. (A. I. H. O.)

32. Imposibilidad de plantear nuevas cuestiones en casación.—Los principios de audiencia y contradicción impiden el planteamiento de cuestiones no alegadas en el período expositivo del pleito y en las que no se fundaba la demanda de la actora.

Mantenimiento en casación de la doctrina de la instancia.—La interpretación de la instancia sólo puede modificarse en casación cuando se demuestre que ha sido ilógica, arbitraria o vulneradora de normas legales.

Aumento de precio en los supuestos del artículo 1593 CC: carácter dispositivo.—La asunción del riesgo y ventura por el contratista en la estipulación del contrato impide modificar el precio aunque se hayan ejecutado partidas de obras no previstas en el proyecto y presupuesto inicial y el artículo 1593, CC otorgue la posibilidad de pedir un aumento de precio en estos supuestos. El precepto citado no es imperativo, por lo que puede ser alterado por las partes en el contrato. (STS de 21 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—*Demoliciones Técnicas, S.A.*, demandante, concluyó un contrato de obra con la demandada, *Construcciones y Promociones Arsenio's, S.A.*, para cuya ejecución se había establecido un precio cerrado de ciento veinte millones de pesetas. La demandante, recurrente en casación, alegaba la ejecución de partidas de obras no previstas en el proyecto ni en el presupuesto inicial. A partir de la lectura de la sentencia comentada, parece derivarse que la demandada, *Construcciones y Promociones Arsenio's, S.A.*, desistió unilateralmente del contrato de obra. *Demoliciones Técnicas S.A.*, solicitaba el abono de 38.588.536 pesetas por la obra realmente realizada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que *Construcciones y Promociones Arsenio's, S.A.*, había satisfecho a la actora lo adeudado en función del presupuesto cerrado y las partidas ejecutadas hasta el desistimiento del contrato. La Audiencia Provincial condenó a la demandada a abonar la cantidad de 330.405 pesetas más intereses legales, cantidad resultante de la

diferencia entre el total debido por la demandada y lo que ya había entregado. (B. F. G.)

33. Acción directa ex artículo 1597 CC como excepción al principio de relatividad de los contratos del artículo 1257 CC.—La aplicación del artículo 1597 CC, referido al contrato de obra, debe realizarse atendiendo a la realidad social de nuestro tiempo caracterizada por la existencia de subcontratos encadenados en los que el último eslabón de la cadena es aquel que pone su trabajo y materiales; éste tiene acción directa no sólo contra el que le contrató directamente, sino también contra los contratistas anteriores y el propio dueño de la obra. El fundamento de todo ello reside en razones de equidad, de evitación del enriquecimiento injusto, así como en una subrogación general derivada del principio de que «el deudor de mi deudor es también mi deudor».

Cuantía y tipo de responsabilidad derivada del ejercicio de la acción directa.—El tercero que pone su trabajo y materiales en la obra tiene la posibilidad de demandar a su deudor directo y a los contratistas anteriores de manera conjunta; en tal caso, todos ellos responden solidariamente. La cuantía por la que puede ejercitarse dicha acción directa está limitada por el propio artículo 1597 CC, de tal manera que sólo podrá reclamarse hasta la cantidad que el dueño de la obra o contratista anterior deba al deudor directo del último eslabón de la cadena.

Inversión de la carga de la prueba de la cantidad debida y prueba de su extinción.—La carga de la prueba de la cantidad debida por el dueño de la obra o por el contratista anterior al deudor directo del demandante corresponde al demandado; de este modo se invierte la carga de la prueba a favor del actor ya que a éste le resultaría imposible probar la mencionada cantidad al no conocer las relaciones internas entre los contratistas anteriores. La acción directa derivada del artículo 1597 CC es inmune frente a derechos de terceros ajenos a la obra determinada de que se trate; por ello, al contratista anterior, deudor del deudor directo del demandante, no le basta para eximirse de la acción derivada del artículo 1597 CC aducir la compensación de la deuda con el deudor directo del demandante alegando que le ha sido cedido de manera gratuita por parte de un tercero un crédito contra el deudor directo del actor. De lo contrario se burlaría la protección de los derechos buscada por el artículo 1597 CC. (STS de 6 de junio de 2000; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El *Club deportivo Aurrera* contrató para la construcción de un campo de fútbol sobre terreno de su propiedad a la compañía mercantil *Balsam Ibérica, S.A.*, que, a su vez, subcontrató todas las partidas de la obra civil, excepto el suministro de la cancheta principal, a *Prodesport, S.A.* Las sociedades demandantes, contratadas por esta última compañía, aportaron los materiales y ejecutaron la obra. En la demanda se solicitaba la condena solidaria del propietario del terreno, de *Balsam Ibérica, S.A.*, y de *Prodesport, S.A.*, al abono de las cantidades correspondientes a los créditos no satisfechos por esta última compañía, que les contrató directamente. *Balsam Ibérica, S.A.*, alegó la compensación de la deuda para con *Prodesport, S.A.*, con un crédito por importe superior al de dicha deuda que le había sido cedido gratuitamente por una empresa perteneciente a su mismo grupo empresarial. El Juzgado de Primera Instancia condenó a *Prodesport, S.A.*, absolviendo al resto de

los demandados. La Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por los actores condenando solidariamente al club y a las dos compañías demandadas. (B. F. G.)

34. Diferencia entre congruencia y motivación.—La argumentación de la sentencia, que no debe necesariamente referirse a todos los hechos y argumentos de las partes, es un concepto distinto a la *congruencia*, que se refiere a la relación entre el suplico de la demanda y de la reconvención en su caso, y el fallo de la sentencia (SSTS de 4 y 18 de mayo, 1 de junio y 19 de octubre de 1999 y 22 de enero de 2000).

Improcedencia de la alegación en casación de error en la apreciación de la prueba: confesión en juicio y presunciones.—La confesión y la prueba de presunciones podrán ser sometidas a valoración en casación únicamente en supuestos muy concretos: en el caso de la confesión, cuando el confesante realice una declaración contra sí de manera inequívoca, sin ninguna ambigüedad y de manera clara, lisa y llana (SSTS de 28 de enero de 1997, 17 de julio de 1998 y 14 de diciembre de 1999). Por lo que se refiere a la prueba de presunciones, sólo será revisable en casación cuando falte de manera evidente el enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trate de deducir según el raciocinio lógico (STS de 27 de diciembre de 1999).

Carácter de la obligación del abogado: obligación de medios.—Uno de los objetos posibles del arrendamiento de servicios está constituido por los servicios de un profesional liberal. La obligación de éste derivada del contrato puede ser de medios o de resultado, según los casos. En el supuesto de contratación de los servicios de un abogado su obligación esencial está constituida por llevar la dirección técnica de un proceso de forma correcta, lo cual no implica necesariamente estar obligado a lograr el éxito de la acción: se trata, pues, de una obligación de medios. (STS de 8 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—J.L.G. de la S. dirigió personalmente un proceso a M.T.G.M. presentando la demanda en el Juzgado de Primera Instancia de Huelva aun existiendo una cláusula de sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Granada en el contrato cuya nulidad se postulaba. Asimismo el abogado cometió un error en la presentación de un documento, hecho sobre el que la sentencia comentada no aporta más detalles. El procedimiento terminó por sentencia de la Audiencia confirmatoria de la del Juzgado estimando la excepción de falta de competencia territorial. M.T.G.M. interpuso demanda contra J.L.G. solicitando la devolución de honorarios adelantados en concepto de provisión de fondos e indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil derivada del incumplimiento del contrato de arrendamiento de servicios por culpa o negligencia profesional inexcusable. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, confirmando dicha resolución la Audiencia, para la que la falta de presentación del documento carecía de trascendencia jurídica.

NOTA.—Hay que tener en cuenta que la LEC 1/2000, de 7 de enero, ha derogado los preceptos del Código civil referentes a la prueba en la DD única 2.1.; la nueva regulación se encuentra en los artículos 281 a 386 LEC 1/2000, de 7 de enero. (B. F. G.)

35. Cuestión prejudicial.—«No es competencia del TJCE entrar a resolver cuestiones de derecho interno (de cada país) y pronunciarse sobre la aplicabilidad de la legislación de los Estados miembros».

Importe de la indemnización de daños causados en el seno de la actividad de caza.—Todo cazador debe concertar obligatoriamente un contrato de seguro que cubra la obligación de indemnizar los daños indicados en el artículo 33.5 de la Ley de Caza (arts. 52.1 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza, y del Reglamento, aprobado por Decreto 506/1971, de 25 de marzo). La obligación de indemnizar se limita por la cuantía que reglamentariamente se fije para las prestaciones del seguro obligatorio (sin perjuicio de la posible aplicación del CC o del CP), y la cuantía máxima a cargo del seguro será la que, conforme a la naturaleza de los daños, se establezca en el caso del Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor (art. 52.3 Reglamento).

Dicha cuantía máxima, tras la reforma producida por el RD 1313/1992, de 30 de octubre, en el artículo 13.a) del RD 2641/1986, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil derivado del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, será de ocho millones de pesetas (cantidad aplicable a los siniestros acaecidos a partir del 31 de diciembre de 1988).

Esa remisión es acertada: «sería contrario a la realidad sociológica, que tiene en cuenta el artículo 3 CC, reputar de peor condición a quien es víctima por accidente de caza respecto al que lo es por accidente circulatorio, con atentado frontal a la equidad, que faculta buscar la solución justa, que en este caso cuenta con el apoyo legal suficiente».

La concreta indemnización debe determinarse, dentro de dicho límite fijado, por el órgano jurisdiccional en cada caso, valorando todas las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto, sin que necesariamente deba existir correlación entre primas e indemnizaciones, por «no resultar trascendente a los efectos de fijar el importe económico de la cobertura del seguro y no darse condicionalidad ni supeditación jurídica y necesaria de una cosa y otra». (STS de 6 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña María-Begoña P. S. formula demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don José Antonio C. D. y la aseguradora *Lepanto, S. A.*, ante el Juzgado de Primera Instancia de Lalín suplicando el abono de una concreta cantidad de dinero con cargo al seguro obligatorio (ocho millones de pesetas, más los intereses oportunos), debido al daño derivado de la muerte del esposo de la demandante, don Fernando G. M., mientras realizaba actividades de caza. La sentencia estima la demanda y condena a los demandados a pagar a la comunidad hereditaria las cantidades requeridas. Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación, y la Audiencia Provincial Pontevedra desestima las pretensiones de la recurrente. A su vez, contra esta última sentencia se interpone recurso de casación, desestimado por el TS.

NOTA.—El TS se ocupa, en el presente caso, de un supuesto de reclamación de indemnización que pretende reparar el daño derivado de la muerte de una persona ocurrida en el seno de actividades de caza. Todo cazador debe indemnizar los daños por él causados en el ejercicio de la caza, salvo cuando se debieren únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor [art. 33.5 de la Ley de

Caza, y art. 35.6.a) del Reglamento], y, para facilitar que el dañado sea reparado, todo cazador debe concertar un seguro obligatorio en los términos del artículo 52, tanto de la Ley de Caza como de su Reglamento.

A la hora de fijar las cantidades máximas para reparar el daño, existe remisión legal expresa al régimen de la responsabilidad derivada del uso de vehículos de motor (al citado RD 2641/1986, de 30 de diciembre), y de dicha remisión se deriva que, en caso de daños corporales, se pueda elevar la suma indemnizatoria hasta a ocho millones de pesetas. Esta remisión ha sido valorada positivamente en la sentencia que anotamos (en la línea de otras sentencias anteriores, como las de 12 de marzo y 30 de noviembre de 1998).

El asegurador, por otra parte, está obligado a abonar, hasta el límite del seguro, al dañado o sus causahabientes, el importe de los daños, sin oponer las excepciones que le asistan contra el asegurado o un tercero, teniendo la víctima o sus causahabientes acción directa contra el asegurador hasta dicho límite (arts. 52.5 y 52.6 del Reglamento).

Dicha cantidad máxima, unida a los intereses oportunos, se concedió en primera instancia, y tanto en apelación como en casación se desestimaron las pretensiones contrarias.

No nos parece acertada esa pretendida falta de equivalencia entre primas e indemnizaciones a las que alude el recurrente para conseguir modular la indemnización, ya que no existe base legal en los preceptos de interés para fundamentar dicha pretensión. Y así lo establece acertadamente la sentencia que anotamos, como en su día lo hiciese, de modo más extenso y motivado, la STS de 30 de noviembre de 1998. Sin perjuicio de que pueda ser un dato a tener en cuenta para que el órgano jurisdiccional valore en el caso concreto la cuantía de la indemnización, no puede establecerse ese paralelismo que se pretende por el recurrente, porque no hay base legal para ello, y la finalidad reparadora existente exige que cualquier posible límite a la misma deba establecerse expresamente.

Por último, resulta correcto el tratamiento dispensado por la sentencia a la cuestión prejudicial, pues con ella se pretende ayudar al juez nacional en su tarea de interpretar y aplicar el Derecho comunitario, y que todo ello se haga de modo uniforme y armónico en la Unión, y no que el TJCE resuelva cuestiones de derecho interno de cada país.

Además de que dicha visión es técnicamente correcta, hay que destacar que el TS, expresándose en esos términos, hace suya la reiterada doctrina del TJCE en este sentido, que incide habitualmente en que con la cuestión prejudicial no debe pretenderse resolver cuestiones de derecho interno de cada uno de los países miembros. (A. J. Q. S)

36. Responsabilidad patrimonial de los entes públicos.—El primer motivo resulta desestimado por cuanto que la pretensión del recurrente se basa en un presunto funcionamiento anormal de un complejo hospitalario psiquiátrico dependiente del Instituto Nacional de la Salud, que tiene su fundamento en una responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC. Dado que en este supuesto se estaba utilizando un servicio público de la Adminis-

tracción, no es aplicable el artículo 41 LRJAE por cuanto que la relación establecida no es de Derecho privado, con lo que no puede someter a la jurisdicción civil la responsabilidad dimanante de este supuesto. Por tanto, la pretensión formulada deberá dilucidarse en vía contencioso-administrativa, con lo que se desestima el recurso interpuesto, al no concurrir defecto en el ejercicio de la jurisdicción. (STS de 19 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Lugo, solicitando indemnización de daños y perjuicios contra el Instituto Nacional de la Salud y, solidariamente, el director del complejo hospitalario Xeral de Calde, se resolvió por S de 25 de noviembre de 1994, desestimando la demanda en cuestión.

Con posterioridad, se interpuso recurso de apelación, resuelto en su caso por la Audiencia Provincial de Lugo, con fecha 24 de febrero de 1995, de forma desestimatoria.

De tal modo, se presenta recurso de casación fundado en dos motivos: el primero, basado en el núm. 1 del artículo 1692 LEC, y el segundo, sustentado en el núm. 3 del mismo precepto, alegándose diversas infracciones de la LEC, la LOPJ y el CC. (*J. L. B.*)

37. Responsabilidad civil derivada de delito: prescripción: indulto de 1971.—El plazo de prescripción de la acción civil derivada de delito es el de quince años, establecido en el artículo 1964 CC para las acciones personales que no tengan señalado uno especial, y no el de un año de la nacida de culpa extracontractual; el indulto establecido en el Decreto de 23 de septiembre de 1971 origina la inexistencia de una sentencia condenatoria en el litigio penal y el consiguiente sobreseimiento acordado por efecto de aquél, sin que ello presuponga una consecuencia absolutoria de la responsabilidad, sino de un efecto impuesto *ope legis*.

Improcedente acumulación de acciones.—En el caso aquí debatido, por la parte perjudicada se han ejercitado dos acciones: la *ex delicto*, del artículo 1092 CC, en atención a la calificación de los hechos como penales, por la que se solicitó la declaración de responsabilidad directa de don J.L.E., y la subsidiaria, de conformidad con el artículo 22 CP entonces en vigor; y la de responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y 1903 CC en la que, con carácter subsidiario, junto a la petición antecedente se solicitaba la condena por culpa *in eligendo* a la entidad ENSIDESA. Esta Sala tiene declarado (SSTS, entre otras, de 19 de noviembre de 1988 y 18 de junio de 1992) que si la demanda se ha formulado en base al artículo 1902 CC, no cabe la aplicación del principio *iura novit curia*. Es cierto que la anterior doctrina no se aplica últimamente por esta Sala cuando, con asiento en la unidad de la culpa civil, fue alegada en la demanda la acción por culpa extracontractual, pues entonces pudo aplicarse la consecuencia jurídica correspondiente como si se hubiese ejercitado la acción por culpa contractual y viceversa, pero esta circunstancia no se produce en la coyuntura del debate.

Cambio en el fundamento de la responsabilidad extracontractual.—Del tenor de la letra de la sentencia recurrida se aprecia que se ha asentado la responsabilidad del responsable civil subsidiario en una *culpa in vigilando* o *in eligendo* pero nunca en otra *ex delicto*, sin valorar que contra dicha compañía, la cual no figuraba como responsable civil subsidiaria en las actuaciones

penales, no se había ejercitado la acción derivada de la culpa extracontractual. (STS de 4 de julio de 2000; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En 1974 un auto de la Audiencia Provincial de Oviedo aplica al aquí demandado, don J.L.E., el indulto de 1971 por un delito de imprudencia, sin que haya datos sobre los hechos base de aquella (salvo que los daños se produjeron por accionar una báscula), sino únicamente el monto de la responsabilidad que uniformemente diversas resoluciones lo han fijado en quince millones de pesetas. Tampoco se aclara por qué hasta 1993 no se dicta sentencia en primera instancia por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gijón, siendo de 1995 la sentencia de la Audiencia Provincial que resuelve la apelación. La diferencia entre ambos fallos radica en que la segunda consideró como responsable civil subsidiaria a ENSIDESA, extremo que al ser estimado parcialmente el recurso de casación ha quedado sin efecto. El fallo definitivo civil sobre hechos ocurridos antes de 1974 recae en el año 2000, sin que haya constancia tampoco sobre la solvencia actual de los condenados.

Al margen de la extraordinaria dilación que en el presente caso se ha producido, se trata de una *vexata quaestio* que la reciente publicación del nuevo CP ha dejado sin resolver y que la doctrina permanentemente trata en el frontispicio de la culpa extracontractual (*vide* las sugestivas páginas que siguen dedicando al tema Lacruz et alii, *Elementos*, II-2.º, Madrid, 1999, pp. 458-464). La sentencia anotada, además de ratificar la dirección jurisprudencial más moderna en orden al plazo quincenal de prescripción, añade la prohibición de acumular los fundamentos de la responsabilidad civil exigible, lo que se justifica al pervivir la naturaleza de la *actio ex delicto*, pero parece estar en desacuerdo también con la proclamada *unidad de la culpa civil*. (G. G. C.)

38. Culpa extracontractual: accidente en hipermercado: menor de ocho años en carro de compra: pérdida pabellón auricular al moverse elevador: incumplimiento de medidas de seguridad.—El establecimiento no cumplía la medida de seguridad relativa a las cintas transportadoras de personas a que se refiere la norma europea EN-115, adoptada el 31 de mayo de 1983 por el Comité Europeo de Normalización; en concreto, por no haber colocado por encima de la balastrada, deflectores verticales de, al menos, 0'3 metros de altura que no presenten ningún borde alguno cortante, lo cual únicamente no es necesario si la distancia entre el eje del pasamanos y un obstáculo es igual o superior a 0'5 metros, lo que no se producía en el caso de autos, que es de 0'08 metros.

Culpa concurrente del padre del menor lesionado: incidencia de la teoría del riesgo.—El padre consiente el desplazamiento de su hijo, que cuenta ocho años de edad y una estatura de 1,50 metros, desde el garaje hasta las instalaciones del hipermercado, dentro de un carro de la compra, lo que resulta impropio de las características del medio utilizado; sigue con su inhibición ante la conducta del niño consistente en ir con la cabeza sobre sus manos y apoyado en el pasamanos del elevador, mirando por encima de la barandilla el suelo de otra plataforma mecánica ubicada más abajo, todo lo cual constituye una manifestación de descuido al consentir el traspaso indicado y no impedir

la irregular posición del menor, dado que, por las características de tales carros de compra, el espacio reservado al efecto sólo es apto para bebés o niños de corta edad que por su peso y altura puedan ir sentados correctamente en el interior del carro; el padre con su conducta participó en nexo causal a la efectividad del accidente, habida cuenta de la inconsciencia propia del menor. Además, cabe señalar la incidencia de la responsabilidad por riesgo no sólo en la conducta de *Hiperacor*, sino también, en el padre del menor, pues según STS de 30 de junio de 1985 la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos *in potestate*, con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad. Por lo explicado resulta la existencia de dos conductas culposas compartidas, cuyo resultado se traduce en una compensación de las consecuencias pecuniarias. (STS de 16 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El accidente se produce al cruzarse en un punto determinado la barandilla del elevador mecánico con la estructura de cemento donde se asienta otro elevador que, formando ángulo, enlaza con la planta superior, con el resultado de que al niño le quedó atrapado el cuello con la cabeza para abajo, mientras que su cuerpo era transportado hacia arriba, y, por la presión sufrida, aquélla salió despedida del hueco, resultando con la amputación del pabellón auricular izquierdo,

La sentencia declara compensadas las culpas en proporción de un 40% de *Hiperacor* y un 60% el padre, lo que parece razonable habida cuenta de lo extendido que está la costumbre de que los padres lleven a sus hijos menores dentro del carro de la compra, cualquiera sea su edad, y tanto en situaciones normales como de riesgo. Yo creo, además, que el TS se ha excedido un tanto, en el margen de tolerabilidad, al afirmar que en los carros de la compra *el espacio reservado al efecto sólo es apto para bebés o niños de corta edad*; lo que puede resultar cierto respecto de las dimensiones del espacio, pero no de la conducta de los padres que se atreven a dejar dentro de tales carros a un bebé o a un niño de corta edad. En realidad, la empresa debiera advertir de la prohibición general (insisto en el ámbito de aplicación) de usar los carros como transporte de menores. Puede así estar originándose una peligrosa tolerancia con resultados altamente perjudiciales y lesivos para los usuarios de tales medios de transporte interno. (G. G. C.)

39. Culpa extracontractual: responsabilidad de ATS: muerte por gangrena: relación de causalidad: falta de prueba.—La actuación del primer ATS utilizando jeringuilla y aguja esterilizada por ebullición cabe calificarla, en principio, de negligencia profesional porque tal técnica no resulta la más segura, pues tratándose de proteger la salud han de usarse los medios, no sólo los más eficaces, sino los que se presentan más seguros y positivos; pero ocurre que al día siguiente el enfermo recibió otra inyección, sin que conste material empleado ni parte del cuerpo inyectada; todavía un día después otro practicante inyectó al enfermo otro producto utilizando la misma técnica que el primero, falleciendo el enfermo por gangrena gaseosa cuatro días más tarde. La sucesiva intervención de varios ATS obliga a declarar no probada la relación de causalidad que incumbía al actor, pues la actuación profesional sani-

taria resulta reprochable a tenor de la *lex artis ad hoc* cuando el responsable resulta perfectamente identificado, bien personalmente o bien se trate de organismos o entes hospitalarios a los que cabe atribuir actividad de prestación o gestión determinante de imprudencia sanitaria. Es reiterada la jurisprudencia de que, si no es posible establecer la relación de causalidad culposa, no se puede declarar responsabilidad sanitaria.

Pluralidad de posibles sujetos causantes del daño.—Concurrió en el caso la práctica de tres inyecciones en períodos de tiempo casi contiguos y a cargo de profesionales distintos, por lo que se presenta una situación de posibilidad en tres direcciones que los medios probatorios practicados no han definido de forma cierta y fija, con lo que la necesaria causalidad adecuada y precisada no se presenta en el caso de autos. Conviene añadir que los padres del fallecido mostraron en su día una conducta de oposición al no autorizar la práctica de la autopsia, cuyo resultado podía haber despejado la incertidumbre fáctica que se presenta. (STS de 22 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—No puede menos de causar desasosiego la lectura de esta sentencia, sobre todo al declararse en ella con toda claridad la actuación profesional negligente del demandado. Hay indudablemente un inadecuado planteamiento procesal de la demanda (que el FD 2.º hace ver) al dirigirse ésta exclusivamente contra el ATS que intervino en primer término. Sin embargo, esperar al año 2000 para resolver negativamente una cuestión planteada en 1983 no parece que contribuya a hacer efectivo el derecho establecido en el artículo 24 CE a favor de los padres del enfermo fallecido por gangrena gaseosa como consecuencia de la intervención de tres ATS, dos de los cuales lo han hecho probadamente con infracción de la *lex artis ad hoc*. Si se estima que los tres han podido intervenir en los hechos determinantes del fatal desenlace (o, al menos, dos de ellos), ¿no cabría aplicar la responsabilidad solidaria? ¿no hubiera sido equitativo, al menos, la condena al pago de la tercera parte, o de la mitad de la indemnización por muerte culpable, respecto del ATS que ha sido demandado y cuya negligencia es paladina? (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: muerte y lesiones por explosión de gas butano: falta de prueba de la relación de causalidad: doctrina general.—No se ha probado la existencia de una relación de causalidad entre la conducta de los demandados y el daño producido, y el recurso confunde la problemática probatoria del nexo causal con la de la culpa. Es doctrina de esta Sala que para la imputación de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice, es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño (S de 11 de febrero de 1998), el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba (SS de 2 de abril y 17 de diciembre de 1988); es preciso la existencia de una prueba terminante (SS de 3 de noviembre de 1993 y 31 de julio de 1999), sin que sean suficientes meras conjeturas, deducciones o probabilidades (SS de 4 de julio de 1998, 6 de febrero y 31 de julio de 1999); el *cómo* y el *porqué* del accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso (SS de 17 de diciembre de 1988, 27 de octubre de 1990, 13 de febrero y 3 de noviembre de 1993).

Carga de la prueba de la correcta utilización de la bombona.—La prueba del nexo causal incumbe al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado (SS de 14 de febrero de 1985, 11 de febrero de 1986, 4 de febrero y 4 de junio de 1987, 17 de diciembre de 1988 y 14 de febrero de 1994, entre otras). En el presente caso no se da ningún hecho atribuible a los demandados que pueda estimarse o valorarse como origen de la cadena causal o que haya podido contribuir al resultado dañoso; es cierto que por los demandados se proporcionó la bombona de butano, de la que salió el gas, cuya explosión produjo el daño, pero no fue la bombona la causante de la explosión, dado que no se apreció en la misma ningún defecto; por otro lado, la asunción del riesgo derivado de la correcta utilización de la bombona corresponde a los usuarios que lo asumieron. Por consiguiente, no siendo la bombona la causante de la explosión, falta la relación de causalidad y no cabe apreciar la culpa extracontractual que constituye el fundamento jurídico de la pretensión ejercitada. (STS de 30 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 26 de junio de 1988 se produjo una explosión de gas en el domicilio familiar del matrimonio actor, a consecuencia de la cual falleció, al ser lanzada a la calle por el efecto expansivo, que derribó una de las paredes de la vivienda, una hija de aquéllos, resultando otro hijo con lesiones, así como los propios actores. Seguidas diligencias previas, se sobreseee en 1990. La demanda civil dirigida contra *Repsol-Butano, S.A.*, y *Mapegas, S.A.*, reclama una indemnización de 37.100.000 pesetas que es desestimada en ambas instancias, e interpuesto el recurso de casación, corre igual suerte.

Parece que hemos retrocedido a los primeros años del siglo XX cuando se presentaban ante los Tribunales las tempranas demandas *ex artículo 1902 CC* ¿No se está exigiendo ahora a los perjudicados una *probatio diabolica*? En efecto, se reconoce que los daños proceden de una explosión de gas butano, pero el TS requiere demostrar que el gas causante procede precisamente de la bombona instalada en aquel momento en la vivienda (se afirma categóricamente que la bombona no fue causante de la explosión). Los estragos causados inducen a pensar en la explosión del gas butano acumulado en la vivienda al cabo de cierto tiempo, depósito originado por causas que escapan normalmente al control de los usuarios, gas que tanto pudo proceder de aquella bombona como de otra anteriormente suministrada. Parece olvidarse que, junto a la obligación de uso correcto de la bombona, hay, a cargo de la suministradora, un deber legal incorporado al contrato de inspeccionar periódicamente la vivienda por parte de aquélla, y nada se dice ni de la frecuencia de las inspecciones ni del resultado de la última realizada. En la sentencia tampoco se hace cuestión de la acumulación de responsabilidad contractual y extracontractual, ni parece que hubiera obstáculos procesales para aplicar el régimen procedente. (G. G. C.)

41. Responsabilidad extracontractual.—El motivo primero alegado no es tomado en consideración, ya que ni el artículo 1243 CC ni el artículo 632 LEC presentan carácter de precepto de contenido valorativo de la prueba a los efectos de acreditar un error de derecho en casación, ya que la prueba pericial es de valoración libre por el órgano jurisdiccional de instancia.

De igual manera, debe desestimarse el segundo motivo, por cuanto que no es más que una mera reproducción del anterior, y así no cabe alegar falta de motivación suficiente en la sentencia recurrida por ignorar la prueba pericial practicada y admitida en apelación, ya que se entiende que se ha hecho una apreciación conjunta de la prueba.

El último motivo estima infracción en la sentencia recurrida del artículo 1105 CC y la errónea interpretación de los artículos 1902 y 1903 del mismo cuerpo legal. La Sala alude al hecho de que para apreciarse caso fortuito se requiere inexcusablemente que se trate de un hecho que no hubiese podido preverse o que previsto fuera inevitable, siendo inexcusable la imprevisibilidad del daño causado a terceros, no debiendo estimarse, ni alegarse caso fortuito cuando el acontecimiento tiene lugar dentro de la empresa que debe ser controlada por el empresario y no debe escapar a su previsión como tal.

Por tales motivos, se rechaza el caso fortuito, con lo que se procede a aplicar el artículo 1903 CC, entendiéndose que se ha producido una culpa *in vigilando*, siendo directa la responsabilidad de la empresa una vez que resulta acreditada la causación material de los daños por sus dependientes o subordinados y por las propias cosas generantes de peligro, apareciendo tal culpa conexas a la falta del preciso control y aseguramiento de las condiciones en las que se desarrolla una actividad asaz peligrosa, lo cual aparece notorio y que se realizaba en provecho y beneficio de la empresa citada.

En las responsabilidades en los supuestos de riesgos, tanto existentes como instaurados, la culpa se mueve en ámbito de cuasi objetiva e impone que se extremen todas las precauciones y que se aporten todas las medidas para evitar la concurrencia de aquellas circunstancias que cabe controlar con mayor vigilancia y cuidado efectivos. Por todo ello, se estima el tercer motivo alegado en el recurso. (STS de 4 de abril de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Se promueve demanda de juicio declarativo de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de Aguilar de la Frontera, solicitando que se aprecie culpa extracontractual como causa de la muerte del hijo de los actores y, como consecuencia de ello, que se condene a los demandados al pago de la indemnización correspondiente.

El Juzgado dictó sentencia con fecha 27 de enero de 1995, desestimando la demanda, razón por la cual se interpuso recurso de apelación contra ella, que fue resuelto por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, con fecha 3 de junio de 1995, desestimándolo.

Finalmente, se presenta recurso de casación fundado en tres motivos, todos ellos con base en el artículo 1692.4 LEC. (*J. L. B.*)

42. Culpa extracontractual: inexistencia de responsabilidad cuando Asociaciones de Consumidores denuncian riesgos de toxicidad en conservas de marisco importado: actuaciones administrativas sobreesidas.—Las acciones ejercitadas por las Uniones de Consumidores demandadas no suponen un actuar antijurídico reprochable a título de culpa o negligencia; en efecto, tanto al encargar los análisis al laboratorio, como al efectuar las denuncias y emitir el comunicado de prensa, actuaron dentro del ejercicio legítimo de sus derechos, y ello sin perjuicio de que las actuaciones administrativas fueran posteriormente sobreesidas, no sin que antes se tomaran muestras, se inmovilizaran cautelarmente las navajuelas chilenas de las marcas de las acto-

ras y se abriera expediente sancionador, pues no toda denuncia administrativa que deja de prosperar implica la actuación culposa de su autor.

Actuación conforme a derecho de RTVE.—Por parte de RTVE se trata del ejercicio de un derecho de información dentro de los cauces del llamado reportaje neutral, o sea, cuando el órgano difusor se limita específicamente a transcribir noticias emanadas de otras fuentes de información, sin emitir ningún juicio valorativo ni ninguna crítica censora, acerca del contenido sobre el que versa la noticia que se emite, actuando dentro de los parámetros de normalidad y legalidad. (STS de 6 de junio de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia de aprobar (Pte. Martínez-Calcerrada y Gómez) con incidencia en un sector extremadamente sensible de la sociedad española y comunitaria, como consecuencia de hechos recientes y menos recientes que conviene enjuiciar con visión amplia (vacas locas, aceite de orujo de oliva, colza, etc.). Los principios que la LGDCU de 1984 trató de incardinar en nuestro ordenamiento, poco a poco van penetrando en él. Si el artículo 20 de aquélla otorga a las Asociaciones de Consumidores el derecho de *representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos*, la actuación en este caso resulta correcta cuando un primer análisis detecta cuatro miligramos de cadmio en determinada clase de conservas siendo lo tolerable un miligramo. Lo relativo a la actuación de RTVE, que dio a conocer el comunicado de aquéllas no supone, por otra parte, mayor novedad, pues constituye un hacer plenamente lícito. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

43. La aplicabilidad del artículo 453 CC a los casos en que la posesión exclusiva pasa a ser coposesión o posesión compartida con otros.—Muy recientemente la S de la Sala de lo Civil del TS de 20 de junio de 1992 ha declarado que «el artículo 453 CC se refiere a aquellas situaciones en que un propietario no poseedor (y, general, quien tenga mejor derecho a poseer) recupera la posesión detentada por un tercero, en cuyo caso es indudable que éste (el poseedor que cesa en la posesión), si lo ha sido de buena fe, tiene derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa poseída (en la forma y con las garantías que dicho precepto establece); pero este no es el caso sometido a debate en el proceso, pues aquí se trata de un supuesto de copropiedad de un inmueble que ha de regirse por las normas específicas y propias de esta institución (arts. 392 ss. CC); y si bien es cierto que, con arreglo a dicha normativa, todos los copropietarios están obligados a contribuir a los gastos de conservación y, en general, a todas las cargas de la cosa común, en proporción a sus respectivas cuotas, también lo es que tienen derecho a participar, en esa misma proporción, en sus beneficios (art. 393 CC), por lo que sí, como en el caso que nos ocupa, uno solo de los copropietarios ha aprovechado y explotado en su exclusivo provecho la cosa común, no se estima procedente que pretenda reclamar de los demás condueños los gastos que hizo para dicha explotación única y, al mismo tiempo, conservar para sí la integridad de los beneficios obtenidos con la misma, sin haber dado

participación a los demás, pues ello entrañaría un evidente y recusable enriquecimiento injusto».

En el supuesto ahora estudiado, aunque no pueda afirmarse rotundamente una inaplicabilidad general del artículo 453 CC a los casos de coposesión, lo cierto es que en el supuesto de hecho ahora examinado la combinación de este precepto con las reglas de la comunidad de bienes contenidas en los artículos 392 y 393 CC debe desembocar en la total exención de los demandados respecto de las cantidades que se les reclamaron en la demanda, por las siguientes razones: primera, porque la finca sobre la que se reconoció su derecho a los demandados-recurrentes aparece integrada en un conjunto de fincas pertenecientes a la actora, sobre el resto de las cuales ningún derecho ostentan los demandados, formando una gran extensión dedicada a coto de caza mayor; segunda, porque los demandados siempre fueron ajenos a ese destino o aprovechamiento de la finca, no habiendo podido intervenir, durante el tiempo en que permanecieron privados de la posesión del Lote Sur, en decisión alguna sobre el aprovechamiento de la misma finca; tercera, porque sin perjuicio de que alguna de las inversiones cuyo coste se repercute en los demandados por la sentencia recurrida pudiera haber supuesto una mejora de la finca al margen de su aprovechamiento cinegético, lo cierto es que prácticamente todas aquéllas, incluidas las charcas, la plantación de alcornoques y la malla cinegética, tenían por objeto favorecer las condiciones de conservación y reproducción de las piezas de caza; y cuarta, porque los demandados no sólo permanecieron al margen de cualquier aprovechamiento cinegético hasta que por sentencia firme se reconoció su derecho a coposeder con la actora, sino que incluso, tras ser puestos en posesión de la finca, siguieron al margen de tal actividad cinegética. (STS de 4 de abril de 2000; *ha lugar*.)

HECHOS.—Se promueve juicio de menor cuantía por una entidad, como poseedora de buena fe, en reclamación de las inversiones y mejoras realizadas en una parte de la finca sobre la cual, en sentencia firme de 12 de febrero de 1993, se había reconocido a los codemandados la coposesión de noventa y dos participaciones de las trescientas ochenta y siete en que idealmente se encontraba dividida la finca, participaciones aquéllas cuya venta en documento privado de 1974, elevado a escritura pública de 1978, se había declarado nula.

La sentencia en primera instancia desestimó totalmente la demanda entendiendo que la cantidad reclamada en su primer pedimento obedecía a mejoras y gastos de puro lujo o mero recreo, y las otras dos reclamadas en sus pedimentos segundo y tercero a gastos ordinarios de conservación de la cosa, sin que en ningún caso pudieran repercutirse en los demandados conceptos que no podían considerarse gastos necesarios o útiles. La sentencia en apelación estimó parcialmente la demanda por considerar que las inversiones hechas por la actora en la construcción de once charcas para abrevadero del ganado, en la instalación de una alambrada cinegética o de malla en 2.400 metros del perímetro de la finca y en la repoblación de un número indeterminado de alcornoques equivalían a gastos útiles que habían de ser abonados por los demandados, que son quienes han llegado a interponer el recurso de casación ante el TS, que con-

firmando el fallo de primera instancia deja sin efecto la sentencia de apelación e impone costas de la segunda instancia a la parte actora-apelante. (A. I. H.O.)

44. Valoración de los documentos privados.—La autenticidad de los documentos privados no se ve destruida aun cuando sean impugnados y no reconocidos en juicio si no se cuestiona la autenticidad de la firma ni se demuestra que las añadiduras al texto completando o anulando datos de las cláusulas haya sido consecuencia de una manipulación efectuada por una de las partes con posterioridad a estampar su firma la otra parte contratante.

Adquisición de los inmuebles vendidos implica que el comprador no ha adquirido la propiedad sobre los mismos por inexistencia de modo, que constituye el complemento indispensable del título para trasladar la propiedad.

Doble venta: artículo 1473 CC.—En caso de doble venta el artículo 1473 CC, en aplicación del principio de prioridad registral, establece que la propiedad pertenecerá al que primero inscriba; la doctrina y la jurisprudencia exigen además, aun cuando el precepto no lo mencione, la existencia de buena fe por parte del que inscribe en el sentido de «crear o ignorar si la situación registral era o no exacta respecto de la titularidad registral que proclama» (STS de 23 de enero de 1989). La falta de buena fe implica la prevalencia de la primera venta aun cuando ésta se haya realizado por documento privado y la segunda por escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad. (STS de 1 de junio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—J.M.D.S. adquirió por compra a F.G. del C. y a C.G.-E.G. determinadas fincas mediante contrato privado de compraventa. Del relato de los hechos no se deduce que se hubiese procedido a la entrega de los inmuebles. Las fincas objeto del contrato formaban parte de otra mayor inscrita en el Registro de la Propiedad, que posteriormente F.G. del C. y C.G.-E.G. aportaron a la entidad *Pacan, S.A.* (fundada por los vendedores y sus causahabientes acompañados de sus cónyuges), sin excluir las ya vendidas, adquiriendo de este modo el vendedor F.G. del C. la mayoría de sus acciones. La citada entidad procedió a la inscripción de la venta en el Registro. Es importante destacar la «inactividad práctica de la sociedad hasta su disolución y liquidación» (FD 3.º). J.M.D.S. formuló demanda contra M.C.G.E.G., M.C.I.G.G.E., F.G.G.E., M.M.G.G.E., A.M.G.G.E., contra los herederos desconocidos e inciertos de F.G. del C. y contra la entidad *Pacan, S.A.*, en la que solicitaba la nulidad de la aportación de las fincas a la sociedad mencionada, la nulidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad realizada a favor de *Pacan S.A.*, en la parte que incluía las fincas vendidas anteriormente al demandante y la elevación a documento público de los contratos privados de compraventa por los que los inmuebles fueron vendidos al actor. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda declarando que el actor había adquirido la propiedad de las fincas; dicha resolución fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia. (B. F. G.)

45. Acción reivindicatoria. Acción declarativa. Diferencias.—La STS de 27 de enero de 1995 ha definido la acción reivindicatoria como «la protección más amplia posible del derecho dominical sobre la cosa, pretendiendo la recuperación de la posesión de quien indebidamente la detente, razones que han permitido a la doctrina científica definirla como la acción dirigida por el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario. Es doctrina jurisprudencial tan reiterada que exige de puntual cita, que para la viabilidad de la acción reivindicatoria deben concurrir presupuestos consistentes en el título de dominio que acredite la propiedad del actor, la identificación suficiente de la cosa reivindicada y su posesión por el actual demandado». Los presupuestos necesarios para el ejercicio de esta acción no fueron pormenorizados por el legislador en 1889 en el artículo 348 CC, precepto que se limita a establecer el binomio derecho-acción. Nos encontramos ante un vacío legal en orden a su régimen jurídico cubierto por el hacer de la jurisprudencia del TS y de la doctrina de nuestros autores. Es doctrina jurisprudencial reiterada la que exige para la prosperabilidad de la acción reivindicatoria la concurrencia de acreditación de los tres requisitos enunciados en la resolución judicial: titularidad dominical del demandante, identificación de la cosa que sea su objeto y posesión de la misma por el demandado.

Bajo el presupuesto de que un propietario, sin dejar de ser poseedor, se vea perturbado en su titularidad, o tema serlo por quien «contravenga de forma efectiva el derecho de propiedad» (STS de 14 de octubre de 1991), lo «vulnere con actos de indiscutible realidad» (STS de 6 de junio de 1960) o «adopte una posición frente al dominio que lo haga dudoso o lo desconozca» (STS de 17 de enero de 1984) arrogándoselo o discutiéndoselo, podrá ejercitar una acción dirigida a verificar y comprobar, previa demostración judicial, la realidad de su título y la consistencia de su derecho, pidiendo que se declare todo ello con eficacia *erga omnes*. En relación a los requisitos necesarios para su ejercicio, la acción declarativa presupone los mismos requisitos y prueba que la reivindicatoria en lo relativo a la demostración de la propiedad y a la identidad de la cosa, mientras que nada tiene que probar el demandante en relación con la posesión del demandado.

La jurisprudencia pone de relieve la diferencia entre la acción reivindicatoria y la meramente declarativa en numerosas sentencias. Entre otras, la STS de 12 de junio de 1976 establece que «la tutela del derecho de propiedad se obtiene especialmente a través de dos acciones distintas, aunque muy enlazadas y frecuentemente confundidas: la propiamente reivindicatoria, que constituye medio de protección del dominio frente a una privación o una detentación posesoria, y va dirigida fundamentalmente a la recuperación de la posesión; y la acción meramente declarativa, la cual no requiere para su ejercicio que el demandado sea poseedor y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el demandante es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo atribuye, sin aspiraciones de ejecución en el mismo pleito, aunque pueda tenerlas en ulterior proceso, pues si a veces es conciliable con alguna medida de ejecución que no le haga perder su finalidad esencialmente declarativa, nunca esa medida se traducirá, dentro del proceso incoado, en reintegración de una posesión detentada».

Suficiencia e insuficiencia del título de heredero para ejercitar la acción reivindicatoria.—En relación con la legitimación del demandante o demandantes en situaciones de cotitularidad como la comunidad hereditaria, la doctrina jurisprudencial ha distinguido entre la legitimación del reivindi-

cante que actúa en beneficio exclusivo suyo, reclamando las cosas para sí y el que lo reclama en beneficio de la comunidad.

Centrándonos en el caso de la herencia indivisa se exige que esté liquidada la comunidad para que se pueda interponer con éxito la acción reivindicatoria, argumentándose que hasta que no cese la situación de indivisión no se tiene certeza que la cosa reclamada pertenece efectivamente al patrimonio del demandante. En este sentido son muy numerosas las decisiones jurisprudenciales que niegan al heredero esta legitimación cuando reclama no para la herencia sino en su propio beneficio sin citar a los demás partícipes. Entre otras, SSTS de 17 de junio de 1927, 25 de enero de 1943, 20 de febrero de 1951 y 21 de julio de 1986.

En el segundo de los supuestos podemos hacer una doble distinción, según la desposesión ya hubiese sido sufrida por el causante o bien si tiene lugar durante la vigencia de la comunidad hereditaria. Si partimos de la concepción de la herencia como una *universitas*, como un todo orgánico que puede comprender bienes, derechos y obligaciones, las acciones cuyo ejercicio correspondían al difunto, si eran transmisibles, ahora forman parte de la masa hereditaria y su ejercicio corresponderá a los coherederos, del mismo modo que le corresponde el uso de los objetos materiales de la herencia. Son muchas las sentencias que se han pronunciado en este sentido. Citaremos, entre otras muchas, la de 4 de abril de 1921 que establece que «debe considerarse como doctrina incurso la de que cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afectan a la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada a su favor aprovechará a sus compañeros sin que les afecte la adversa o contraria». Por tanto, cualquier heredero puede ejercitar una acción reivindicatoria para vindicar de terceros, incluso de un coheredero cuando se adjudica exclusivamente el aprovechamiento de una cosa perteneciente a la comunidad (SSTS de 25 de enero de 1943 y 19 de febrero de 1945). (STS de 27 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante en 1989 ejercita una acción declarativa de dominio solicitando se declare a su abuelo propietario de unas fincas que éste había adquirido en 1870 al amparo de las leyes desamortizadoras y de las cuales vendió las tres cuartas partes en 1873, así como aquéllas compradas en 1876 al amparo de las mismas leyes. Los abuelos del demandante fallecieron en 1814 y 1822 sin otorgar testamento, así como una de sus hijas, madre del recurrente, fallecida en 1937. En 1970 se otorga escritura pública de fusión entre dos sociedades indicándose como propias una serie de fincas entre las que figuran algunas de la pertenecientes al abuelo del demandante que, posteriormente, en 1980 fueron vendidas al ICONA. El Juzgado de Primera Instancia absolvió a la parte demandada. El Tribunal de apelación estima parcialmente el recurso de apelación absolviendo a la parte demandada de sus pedimentos. El TS desestima el recurso interpuesto por el actor. (M. F. N. C.)

46. División de la cosa común. Prevalencia de la solución convencional.—Con apoyo en la normativa que recoge el Código civil sobre la acción de división de la cosa común (arts. 402 y 404 CC), así como en su reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 10 de mayo de 1994 y 15 de febrero de 1996), declara el TS que el acuerdo de las partes relativo a la división de la cosa común, previo o coetáneo al proceso, es vinculante para el juzgador, que debe

acatarlo con preferencia a la solución legal. Sólo a falta de tal convenio debe aplicarse el régimen de división de la cosa común previsto legalmente, con independencia de cuáles fueran los distintos sistemas propuestos por las partes, y sin que esto implique incongruencia, como señalan numerosas sentencias (SSTS de 26 de febrero y 30 de mayo de 1981).

División de la cosa común. Régimen legal.—Cuando el juzgador deba proceder a la división de la cosa común conforme al régimen legal establecido en el Código civil (arts. 401 ss.), por no existir convenio entre las partes al respecto, deberá partir de examinar si la cosa a dividir es divisible o indivisible. En el primero de los casos procederá a la división material de la cosa y a su reparto entre las partes, sin que pueda obviar este proceso y optar por otras soluciones (como la adjudicación de la cosa a una de las partes, sorteo de lotes o venta en subasta). En cambio, si la cosa es indivisible, deberá proceder a su venta en pública subasta y al reparto entre las partes del precio obtenido.

Acción de división de la cosa común como acción única.—Declara el TS que la acción de división de la cosa común es única, de manera que no hay tantas acciones como formas de practicar la disolución de la comunidad. Por ello, una vez ejercitada tal acción, no cabe plantear al juzgador que la división tenga lugar de una determinada manera, salvo que todas las partes así lo acuerden.

Concepto de indivisibilidad de la cosa común.—Sobre la base del artículo 404 CC establece el TS que para considerar una cosa indivisible a los efectos de la acción de división de la cosa común debe tenerse en cuenta no sólo su indivisibilidad material, desde una perspectiva económica y social, sino también el hecho de que la división desmerezca mucho la cosa o la haga insertible.

Indivisibilidad de la cosa común. Impugnación en casación.—Reitera jurisprudencia del TS (SSTS de 28 de noviembre de 1992, 25 de enero de 1993, 29 de noviembre de 1995 y 22 de marzo de 1999) establece que la apreciación de la divisibilidad o indivisibilidad de una cosa es fundamentalmente una cuestión de hecho. Sin embargo, en ocasiones este concepto puede depender de juicios de valor jurídico, en cuyo caso pueden ser sometidos a impugnación casacional, siempre que sean necesarios y que se aporten las apreciaciones valorativas. (STS de 19 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En el término municipal de Ripoll se encuentra la finca «La Beltrana», propiedad de don I.F.R. (dueño de la mitad indivisa de la finca) y de las hermanas F.A. (dueñas de la otra mitad indivisa). Linda con dicha finca la llamada «Manso Palós», de la que son propietarias las citadas hermanas (dueñas de la mitad indivisa de la finca), junto con doña C.A.C. (dueña de la otra mitad indivisa). Ambas fincas están cubiertas de pinares, cuya explotación inician las hermanas F.A., sin el acuerdo respectivo de los otros copropietarios.

Cada uno de éstos, por separado, interpone demanda contra las hermanas F.A., solicitando, entre otros pedimentos, que se declare que las mismas carecen de autorización para explotar cada una de las fincas por sí solas. Las demandadas formulan reconvencción, en cada una de las demandas, interesando la disolución de la comunidad de bienes existente sobre ambas fincas. Solicitan que cada una de las fincas se adjudique al copropietario que esté dispuesto a adquirir la finca por un precio fijado pericialmente, procediéndose,

en cambio, a la venta en pública subasta y a la división del precio obtenido si son varios los interesados en la adquisición. Tras acumular los dos procesos paralelos, los demandantes reconvenidos contestan a la demanda reconvenzional solicitando que el reparto de las fincas se haga de forma conjunta, procediendo a dividir las como si fueran una y formando dos lotes, que se adjudicarían, respectivamente, a las reconvenzionales y a los reconvenidos.

En primera instancia se desestima la demanda, pero se estima parcialmente la reconvenzión, ordenando el Juzgado de Primera Instancia la división de las fincas. Ésta deberá realizarse de forma independiente, formando en cada finca dos lotes de equivalente valor que se adjudiquen a los anteriores copropietarios. Siendo apelada la sentencia por todas las partes, la Audiencia desestima el recurso y confirma el fallo de primera instancia. Ante este fallo, las hermanas F.A. interponen recurso de casación, que es desestimado por el TS. (A. M. M.)

47. Vicios que producen la nulidad radical de los acuerdos comunitarios. No es el caso de la falta de unanimidad cuando ésta es requerida.—Los acuerdos comunitarios que supongan infracciones estatutarias o de los preceptos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal pueden ser sanados por no ser impugnados en el plazo de treinta días previsto en el artículo 16.4.º, párrafo 2.º, de dicha Ley. La nulidad radical del acuerdo tiene lugar cuando se infringe otra norma imperativa que no tiene previsto un efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrario al orden público o a la moral o implique fraude de ley. La inobservancia de la regla de la unanimidad da lugar a la anulabilidad pero no produce la nulidad radical.

Mayoría exigida para los casos de utilización para fines publicitarios de la cubierta del edificio.—El acuerdo comunitario que tenga como objeto la instalación de una obra publicitaria en la cubierta del edificio no requiere la unanimidad ya que la obra no incide en la estructura del edificio, no cambia la naturaleza de la cubierta como elemento común y no priva a los comuneros de ventaja alguna, directa o indirecta, derivándose del acuerdo, por el contrario, beneficios para los mismos. (STS de 5 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El acuerdo adoptado en Junta general ordinaria de 29 de junio de 1990 y el de 19 de junio de 1991 acordó facultar al Comité Rector entrante para estudiar y decidir respectivamente sobre el aprovechamiento publicitario de la terraza del edificio; ambas decisiones se tomaron por mayoría relativa. El 16 de agosto de 1991 la Comunidad de Propietarios celebró un contrato con *Inpubli, S.A.*, sobre cesión publicitaria de la azotea del edificio autorizando la primera a la segunda a colocar dos rótulos como elementos publicitarios por un plazo de tres años y por un determinado canon anual. Debe destacarse que el artículo 38 de los Estatutos Comunitarios regulaba la instalación de anuncios por los ocupantes de los pisos o locales. La sociedad *Padcrest Investments, LTD*, ocupante de dos pisos que mantenía cerrados, interpuso demanda contra la Comunidad de Propietarios solicitando la nulidad de los acuerdos anteriormente citados. La Comunidad de Propietarios formuló reconvenzión pidiendo la declaración de la validez de los acuerdos impugnados y la condena a la sociedad demandante a la indemniza-

ción de los posibles perjuicios que se le causasen como consecuencia de la oposición de la actora a la instalación y funcionamiento de los carteles luminosos. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y acogió parcialmente la reconvencción declarando la validez de los acuerdos comunitarios y rechazando la pretensión de indemnización de perjuicios. La Audiencia confirmó la decisión de primera instancia.

NOTA.—La sentencia analizada aplica, por así exigirlo el caso concreto, la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, ya derogada. Actualmente es de aplicación la Ley 8/1999, de 6 de abril, que contempla en el apartado 3.º de su artículo 18 los plazos de interposición de acción contra los acuerdos adoptados en Junta de Propietarios: el plazo de caducidad pasa a ser de tres meses, ampliándose a un año cuando el acto impugnado sea contrario a la ley o a los estatutos. (B. F. G.)

48. Propiedad horizontal. Responsabilidad extracontractual de la Comunidad de Propietarios por falta de reparación de elementos comunes.—Si la Comunidad de Propietarios es conocedora de los daños ocasionados en un piso o apartamento debido a la defectuosa construcción de un elemento común, vendrá obligada a repararlos o a ejercitar las acciones necesarias para conseguir su efectiva y total reparación frente a los que considere responsables de tales defectos constructivos. En consecuencia, si la vía extrajudicial se revela insuficiente para la eliminación de los daños, deberá acudir a la vía judicial para obtener una total eliminación de la causa productora de los mismos. De no hacerlo así, habrá de afirmarse la existencia de una conducta negligente en la Comunidad de la que nace la obligación de reparar los daños al copropietario afectado.

Litisconsorcio pasivo necesario.— Ejercitada en la demanda inicial una acción para exigir responsabilidad por culpa extracontractual frente a la Comunidad de Propietarios, la sentencia que ponga fin al litigio no tiene trascendencia directa alguna respecto a quienes, en un concepto u otro, intervinieron en la edificación del inmueble; en este procedimiento sólo podrá hacerse declaración sobre la existencia o no de un actuar culposo imputable a la Comunidad de Propietarios demandada. (STS de 1 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Debido a la defectuosa construcción de la cubierta o terraza común en la que se encuentran las piscinas de la Comunidad, se producen unas filtraciones en uno de los pisos del inmueble. Ante esta situación, la propietaria del mismo ejercita una acción de responsabilidad por culpa extracontractual frente a la Comunidad de Propietarios para que se lleven a cabo las obras de reparación e impermeabilización de la cubierta o terraza común, y le indemnicen los daños y perjuicios ocasionados. La Comunidad contesta a la demanda y opone la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario; se argumenta que las filtraciones que dan lugar a los daños se deben a defectos de construcción o diseño, por lo que existe una posible responsabilidad de la promotora, la constructora o del propio arquitecto director de la obra.

El Juzgado de Primera Instancia estima la citada excepción y en consecuencia desestima la demanda de la copropietaria. Interpuesto

recurso de apelación por la representación de la parte actora, la Audiencia Provincial estima el recurso y revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Actualmente ha de tenerse en cuenta la Ley 8/1999, de 6 de abril, que ha reformado la Ley 49/1960, de 21 de julio, reguladora de la Propiedad Horizontal. Tras la nueva Ley, la obligación de la Comunidad de realizar «las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad y seguridad», está plasmada en el artículo 10.1 (M. C. C. M.)

49. Propiedad horizontal. Cómputo del plazo.—Resulta fundamental en este caso la interpretación que se lleve a cabo del artículo 15 LPH. Así, ajustándonos al supuesto que nos ocupa, el precepto citado señala con relación a la Junta de Propietarios que «la citación para la Junta ordinaria anual se hará, cuando menos, con seis días de antelación...». Sin embargo, no se explica el cómputo de dicho plazo, con lo que es necesario acudir al artículo 5.1 CC a cuyo tenor, «en los plazos señalados por días a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente».

Se trata sin duda de un plazo señalado por días, con lo cual el día de la citación deberá excluirse del cómputo y así contarse los seis días a partir del siguiente a la recepción de la citación, aviso, carta certificada, etc.

De este modo, dado que la citación del supuesto tratado en la sentencia se recibe en el domicilio el 20 de marzo de 1992, tal día no entra en el cómputo, que comenzará el siguiente y alcanza seis días, a la celebración de la Junta y no se produce con «seis días de antelación», porque para ello sería preciso que la Junta se hubiese celebrado el día 27 de marzo de 1992. Con tales argumentos, resulta obligado estimar el motivo alegado en el recurso.

Resumiendo, el plazo señalado en el apartado tercero del artículo 15 de la Ley de 21 de julio de 1960 sobre propiedad horizontal no establece otra cosa, en el sentido de fijar un nuevo cómputo del plazo y, por tanto una excepción a la regla general señalada en el artículo 5.1 CC, con lo que debe regirse por esta normativa en su aplicación. Además, se trata de un plazo contado por días y para tales casos señala el Código civil la regla del cómputo que no es de fecha a fecha, como en el caso de los meses o de los años.

Asimismo, la anterior Ley de Propiedad Horizontal señala que la citación, punto de partida del plazo de seis días de antelación a la celebración de la Junta ordinaria, debe, conforme a la normativa general del Código civil, quedar excluida del cómputo, el cual deberá comenzar al siguiente día de la citación y, por consiguiente, aplicando esta regla, la citación para la Junta no se ha producido en este caso, con los seis días de antelación a la misma. Este sistema en absoluto coincide con el de los términos judiciales, que si bien empiezan a correr desde el día siguiente en que se hubiera hecho el emplazamiento, citación o notificación, se contará en tales términos judiciales el día del emplazamiento. De hecho, aunque la Ley Orgánica del Poder Judicial se remite al cómputo del Código civil, en los señalados por días excluye los inhábiles, lo que no ocurre en los plazos no procesales del texto sustantivo civil en que se trata de plazos naturales que no excluyen los inhábiles.

Por último, señala el Tribunal en su fallo que la referencia del artículo 15 de la Ley de 1960 al plazo de citación para la Junta es que se hará «cuando

menos» con seis días de antelación a su celebración, razón por la que se entiende que el legislador tiene la voluntad de no reducir dicho plazo.

En definitiva, la Sala *a quo* ha computado indebidamente –de momento a momento– un plazo de días, habiendo prescindido de la normativa del artículo 5.1 CC, con lo que se estiman nulos los acuerdos adoptados en la Junta en cuestión. (STS de 26 de marzo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.–Se presenta demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de San Bartolomé de Tirajana en la que se solicita que se declare nula la Junta General de Propietarios de los Bungalows Mónaco de fecha 26 de marzo de 1992, así como todos los acuerdos tomados en ella y el Acta correspondiente.

Con fecha 22 de marzo de 1994 dictó sentencia el citado Juzgado estimando la demanda, razón por la cual se interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, con fecha 8 de febrero de 1995, estimándolo y revocando la sentencia de primera instancia.

Finalmente, se presenta recurso de casación con fundamento en el apartado 4.º del artículo 1692 LEC, al entender infringidas las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate y, en concreto, el artículo 5.1 CC, el artículo 15 LPH y el artículo 16.4 de este último texto. (J. L. B.)

50. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de los litigios derivados de la ejecución de un Plan de Ordenación Urbana.–Lo que se trata en este caso con la acción litigiosa es de impugnar la ejecución del Plan de Ordenación Urbana aprobado oficialmente; o lo que es lo mismo, se deje sin efecto una actuación efectuada por la Administración dentro del marco legal correspondiente. Habiendo actuado este ente público mediante el ejercicio de su potestad, que en materia de urbanismo le concede la legislación vigente, a través de su decisión en la ejecución del Plan Urbanístico, lo que supuso la ocupación de la parcela objeto de la contienda, en la praxis lo que se está planteando es un derecho a la contraprestación de la Administración por esa ocupación. Afectando la controversia a ese Plan de ejecución, la competencia por razón de la materia es del orden contencioso-administrativo (entre otros, art. 126 de la Ley de Expropiación Forzosa, art. 9.4 LOPJ, legislación urbanística: Texto Refundido de la Ley sobre Registro del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976 y DT 2.ª de la Ley 30/1992).

La construcción de viales públicos en ejecución de un Plan de Ordenación Urbana no puede considerarse invasión de la propiedad privada.–La construcción de viales públicos previa cesión del terreno preciso al efecto, cuya naturaleza administrativa es clara, en virtud de los artículos 112 y 113 RDL 781/1986, en ningún caso puede considerarse que implica estricta y exclusivamente el ejercicio de una auténtica invasión en la propiedad privada en base a una vía de hecho irregular por parte de la Administración demandada en este caso. (STS de 2 de marzo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.–El solar propiedad de don E.E.H. se ve afectado por el Plan General de Ordenación Urbana de San Pedro del Pinatar, publicado en el Boletín Oficial de la Región de Murcia de 3 de octubre de 1984, con su consiguiente entrada en vigor. Conforme a este Plan se debían ceder un total de 1225 m² para vías públicas. Los

propietarios del citado solar no concurrieron a la información pública del Plan General que les afectaba. Posteriormente demandan al Ayuntamiento y solicitan que les reintegre la posesión de la superficie que consideran ocupada sin título. (*M. C. P. A.*)

51. Anotación preventiva de embargo: el acreedor embargante no está protegido por la fe pública registral.—Reiterada jurisprudencia del TS (SSTS de 8 de julio de 1983, 27 de marzo de 1985, 19 de noviembre de 1992, 30 de diciembre de 1993, 2 de febrero y 10 de mayo de 1994 y 19 de mayo de 1997) afirma que las anotaciones preventivas de embargo no pueden producir efectos contra las adquisiciones efectuadas con anterioridad sobre el inmueble, aunque éstas no hayan sido inscritas en el Registro de la Propiedad. Así pues, es preferente la adquisición de la finca por escritura pública frente al embargo, incluso cuando no se haya inscrito la compraventa en el Registro de la Propiedad. (**STS de 5 de julio de 2000**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J.R.A.A. y doña A.F.R., vigente su matrimonio, adquieren un piso que se inscribe en el Registro de la Propiedad como ganancial. En el Registro Civil consta la sentencia de separación matrimonial desde mayo de 1986. Al liquidarse la sociedad de gananciales, se adjudica a doña A.F.R. el citado inmueble (se inscribe la adjudicación en el Registro de la Propiedad el 2 de mayo de 1991).

En septiembre de 1991, doña A.F.R. vende, mediante escritura pública, la mitad indivisa de la vivienda a don V.A.P.

La Tesorería General de la Seguridad Social inicia procedimiento de apremio contra don J.R.A.A. por impago de cuotas, dando lugar a la traba de diversos embargos sobre dicha vivienda (octubre de 1988, marzo de 1990 y marzo de 1992).

Doña A.F.R. y don V.A.P. interponen una tercería de dominio contra la Tesorería General de la Seguridad Social y don J.R.A.A., suplicando, entre otras cosas, el levantamiento de la traba del embargo de marzo de 1992 sobre el inmueble.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—A nuestro juicio, el levantamiento de la traba de los embargos sobre el mencionado inmueble depende, en gran medida, del carácter ganancial o privativo de las deudas. Consideramos que si se trata de una deuda ganancial (contraída con anterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales), no procede el levantamiento del embargo. Por el contrario, si es una deuda privativa (contraída con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales), debería ordenarse el alzamiento del embargo trabado sobre el inmueble. (*M. J. P. G.*)

52. Tercería de dominio. Naturaleza y función procesal. Doctrina jurisprudencial.—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 SS, como las de 19 de mayo y 16 de julio de 1997, 11 de marzo y 28 de octubre de 1998, que expresa que la acción de tercería de dominio, regulada en los artículos 1532 ss. de la 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 del 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 calificarla 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.

Compraventa posterior al embargo. Inscripción en el Registro de la Propiedad de aquella posterior a la anotación de éste, cuya eficacia en el tiempo la marca el asiento de presentación.—Declara la sentencia la improsperabilidad de la acción de tercería de dominio en el presente caso, tanto desde una perspectiva de Derecho civil puro, como desde la del Derecho hipotecario:

— Aplicando la normativa del Derecho civil, el demandante en el juicio declarativo principal obtiene el embargo de la finca a su favor en fecha de 8 de abril de 1992 y el tercerista don M.F.G. adquiere la finca embargada posteriormente, el día 23 del mismo mes y año; ni el embargo ni la compraventa han tenido acceso todavía al Registro de la Propiedad.

— Aplicando la normativa de Derecho hipotecario, consta la entrada en el Registro de la Propiedad del embargo antes que la compraventa, pues el asiento de presentación —que determina la eficacia en el tiempo de toda inscripción o anotación, tal como establecen los arts. 24 y 25 LH— del mandamiento de embargo fue el 30 de abril y el de la escritura de compraventa el 13 de mayo de 1992.

Presunción de exactitud registral. Principio de fe pública registral (eficacia ofensiva de la inscripción). Tercero hipotecario: es el que inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad.—El artículo 32 LH integra la presunción de exactitud registral y, junto con el artículo 34, plasma el llamado principio de fe pública registral que constituye la eficacia ofensiva de la inscripción; y cuando dispone que los títulos no inscritos no perjudican a

tercero, debe recordarse el concepto de tercero, tercero hipotecario o tercero registral, que no es el simple tercero civil el cual no es parte en la relación jurídica, sino el tercero adquirente que, de buena fe, ha inscrito en el Registro de la Propiedad el derecho que ha adquirido del titular registral. A él no podrá oponérsele lo no inscrito, según el artículo 32 LH, pero no es el caso presente en el que el recurrente adquiere una finca ya embargada y cuando inscribe ya estaba anotado (con el asiento de presentación) el embargo. (STS de 7 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha 8 de abril de 1992 se produce el embargo de la finca objeto de la tercería de dominio, a instancia de *Moliver, S.L.*; en fecha 23 de abril de 1992, el embargado don F.A. vende en escritura pública la misma finca a don M.F.C., el actual tercerista, recurrente en casación; en 30 de abril de 1992 se practica el asiento de presentación del mandamiento de embargo, cuya Providencia ordenándolo era de 28 de abril y la inscripción fue el 26 de mayo; el 13 de mayo de 1992 se practicó el asiento de presentación de aquella compraventa, cuya inscripción tuvo lugar el siguiente 11 de junio. (A. G. B.)

53. La identificación de la finca es una cuestión de hecho.—Entre los requisitos configuradores de la acción declarativa de dominio se encuentra, además del título dominical, la identificación de la finca que, como cuestión de hecho, corresponde exclusivamente a los Tribunales de Instancia apreciarla.

Registro de la Propiedad y datos de hecho.—La legitimación registral, reconocida en el artículo 38 LH, y la fe pública, plasmada en el artículo 34 LH, aseguran la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantizan la exactitud de los datos de mero hecho. (STS de 5 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El objeto del litigio que dio lugar a la sentencia analizada es el terreno que separa el chalet y garaje del demandante C.M.O.; éste solicitaba la declaración de propiedad sobre dicho terreno a su favor y la de inexistencia de derecho real limitativo o gravamen sobre el inmueble a nombre de los demandados M.V.P., F.L.R. y *Promociones y Construcciones Villalba, S.A.* El actor pedía así mismo indemnización de daños y perjuicios. Los demandados alegaron la excepción de falta de legitimación pasiva y formularon reconvencción solicitando la declaración como propietaria del terreno en cuestión a *Promociones y Construcciones Villalba, S.A.* A dicho efecto pedían la rectificación registral correspondiente por considerar que el terreno en cuestión se encontraba incluido en la finca registral cuyo dominio ostentaba dicha sociedad. El Juzgado de Primera Instancia declaró el dominio del demandante C.M.O. sin gravamen o derecho real limitativo. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia.

NOTA.—La cuestión más significativa que plantea la sentencia analizada se refiere a la extensión de los principios de legitimación registral y fe pública a los datos de mero hecho. Morales Moreno (*Publicidad Registral y Datos de Hecho*, ed. Centro de estudios registrales, 2000, pp. 87 ss) afirma que en relación con el artículo 38 LH no existe un jurisprudencia uniforme ya que en ocasiones

el TS considera presuntivamente la configuración de la finca exacta siempre que ésta sea precisa, pero en otras sentencias se mantiene un posición contraria. Dentro de esta última posición jurisprudencial, el autor citado llama la atención sobre el hecho de que pueden darse dos tipos de casos: por un lado, aquellos en los que el principio de legitimación registral es operativo en un principio respecto de los datos físicos pero la presunción *iuris tantum* de exactitud del Registro resulta destruida en la práctica de la prueba durante el proceso, y por otro lado, aquellos casos en los que el Alto Tribunal entiende desde un principio que el artículo 38 LH no es aplicable a los datos de hecho.

Por lo que se refiere al principio de fe pública la posición del TS puede calificarse, sin embargo, de uniforme ya que «casi de modo unánime, no admite que el Registro garantice al tercero una determinada configuración de la finca» (Morales Moreno, *op.cit.*, p. 126). (B. F. G.)

54. Extensión de la hipoteca. Maquinaria.—Según indica el TS, la maquinaria que se pueda desmontar fácilmente de su fijación a la superficie de una finca no queda comprendida dentro de la extensión de la hipoteca que se haya establecido sobre tal finca, aunque dicha maquinaria se encuentre en ella de forma permanente. El artículo 111 LH así lo dispone, salvo que medie pacto expreso o disposición legal en contrario, o que se trate de bienes que no puedan separarse sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto al cual van fijados.

Aplicación del artículo 34 LH a los inmuebles por destino.—Con cita de una sentencia anterior (STS de 10 de mayo de 1989), declara el TS que la protección del artículo 34 LH al titular registral que adquiera *a non domino* no es aplicable a la adquisición de inmuebles por destino que no figuren inscritos en el Registro de la Propiedad como pertenecientes al deudor hipotecario.

Principio de seguridad jurídica. Contenido.—La doctrina del TS (sirva de ejemplo la STS de 26 de febrero de 1991) establece que el principio de seguridad jurídica, que debe aplicarse en relación con el principio de «certeza del Derecho», significa que el ciudadano ha de conocer con antelación las consecuencias jurídicas de los actos que realice al amparo de las normas, por lo que no puede haber dudas o dobles sentidos en la interpretación de éstas. Sin embargo, este principio no ampara los errores o equivocaciones de los ciudadanos en cuanto al contenido o extensión de las normas.

Principio de seguridad jurídica. Valor relativo.—Según reiterada jurisprudencia de la Sala 3.^a del TS (entre otras, SSTs de 30 de marzo de 1989 y 8 de febrero de 1990), el principio de seguridad jurídica no puede establecerse como valor absoluto, ya que ello llevaría a la congelación del ordenamiento jurídico existente. (STS de 7 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa textil *COTEXSA* interpone terceraía de dominio en el procedimiento de embargo seguido contra la entidad mercantil *SUDOTEX* por los trabajadores de la misma (representados por el Fondo de Garantía Salarial) y por el *Banco Zaragozano*. En dicho procedimiento se había trabado embargo sobre la maquinaria existente en una finca que había sido adquirida por *COTEXSA* con anterioridad. La adquisición se había producido en subasta judi-

cial cuyo origen estaba en la ejecución de una hipoteca que pesaba sobre la finca. La entidad adquirente, en la creencia de que la ejecución de la hipoteca incluía la maquinaria situada en la finca, a pesar de que se trataba de bienes fácilmente desmontables y susceptibles de ser separados sin detrimento, interpuso tercería de dominio en el procedimiento en el cual se trabó embargo sobre la misma.

Estimada la demanda de tercería de dominio en primera instancia, la sentencia fue recurrida por el Fondo de Garantía Salarial, que alegó que la hipoteca sobre la finca no se extendía a la maquinaria fácilmente separable. La Audiencia estimó el recurso, revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, ante lo cual interpuso recurso de casación *COTEXSA*. Dicho recurso fue desestimado por el TS. (A. M. M.)

55. Acciones reales y litisconsorcio pasivo necesario. Notificación de la sentencia: artículo 270 LOPJ.—El litisconsorcio tiene lugar cuando el fallo no puede emitirse sólo respecto de los demandados ya que la sentencia afectará inexcusablemente a personas no llamadas al pleito con las que existe un vínculo directo. En el caso de las acciones reales, al precisar éstas un soporte físico, únicamente cabe apreciar litisconsorcio cuando la cosa reivindicada esté poseída o detentada por varios con o sin título. En estos supuestos cada uno de los poseedores «puede ofrecer una postura y una actuación diferente ante la acción real que en su contra se esgrime» (STS de 30 de mayo de 1992). Ello es distinto a la notificación que se realiza en virtud del artículo 270 LOPJ que entra en juego cuando la decisión judicial puede tener efectos reflejos hacia terceros de la *litis* pero sin que quiera decir que se vean alcanzados por los efectos de la cosa juzgada o que se produzca para ellos indefensión.

Artículo 226 LH.—En los casos de discrepancia entre las certificaciones y el contenido de los Libros registrales, prevalecen estos últimos, de tal manera que constando la declaración de caducidad de una carga en las primeras sin existir dicha mención de caducidad en los segundos, los compradores por subasta pública, solicitantes de la certificación, no van a recibir protección registral.

Cancelación del derecho de opción.—El derecho de opción no es meramente anotable, sino inscribible y de protección registral. Ello implica que sólo puede ser objeto de cancelación siguiendo los trámites previstos en los artículos 76 ss. de la LH.

Restauración de la situación jurídica anterior al contrato de compraventa nulo.—Declarado nulo un contrato de compraventa que transmite la propiedad del inmueble a sus arrendatarios, es requisito indispensable para que el antiguo contrato de arrendamiento aflore la prueba de la locación. (STS de 27 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El señor T., propietario de la finca objeto del presente litigio, se negó a otorgar escritura de venta en favor de la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura*, titular de un derecho de opción de compra sobre el inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad. Interpuesto juicio de menor cuantía y anotada la demanda, la escritura de compraventa a favor de la *Caja de Ahorros* fue finalmente otorgada por el Juzgado. El procedimiento citado

llegó hasta el TS y finalizó con la inscripción de la escritura otorgada a favor de la *Caja de Ahorros*.

Por otra parte, los cónyuges, don J.J.M.C. y doña A.A.D.A., y don R.E.P.P. y doña M.I.F.S., que alegan su condición de antiguos arrendatarios del inmueble, lo adquirieron en la subasta que traía causa del procedimiento de embargo instado por el *Banco Hispano Americano* contra el señor T., e inscribieron la escritura notarial otorgada por éste. En la anotación preventiva de dicho embargo constaba como derecho preferente el derecho de opción de compra a favor de la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura*, pero en la certificación de cargas solicitada por los citados cónyuges se expresaba que el contrato de opción había vencido y añadía el término «caducada».

La *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura* ejerció acción sobre declaración de derechos contra los compradores del inmueble por subasta pública; en la demanda solicitaba la declaración del derecho preferente de la actora, como titular dominical, frente al derecho que ostentasen o pudiesen haber ostentado en el pasado los demandados sobre la finca objeto del litigio, y la declaración del derecho de la demandante a la posesión del inmueble condenando a los demandados al desalojo de la misma. Los demandados formularon reconvencción solicitando la nulidad de las inscripciones registrales existentes a favor de la demandante y, subsidiariamente, la declaración de la vigencia de la relación arrendaticia que alegaban existente con anterioridad a la subasta.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por apreciar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario ya que no habían sido demandados ni el *Banco Hispano Americano* ni el señor T.; la demanda reconvenccional fue igualmente desestimada. La Audiencia Provincial negó la existencia de litisconsorcio pasivo necesario y estimó la demanda en su totalidad.

NOTA.—En el contrato de opción de compra hay que tener en cuenta que, por una parte, tiene lugar la perfección de la propia opción de compra y, por otra, la de la posterior compraventa. La primera tiene lugar en el momento en que optante y concedente prestan el consentimiento; la compraventa, en cambio, se perfecciona desde el momento en que el optante ejercita la acción derivada de su derecho, porque el concedente ya dio su consentimiento al concluir el contrato de opción de compra. Ello quiere decir que cuando el Juez otorga la escritura pública de compraventa al optante por haberse negado a ello el concedente no sustituye la voluntad de una de las partes, sino que ejecuta el cumplimiento del contrato. (B. F. G.)

56. El ejercicio correcto de la acción de retracto no exige demandar al transmitente.—Al ejercitar la acción de retracto, la relación jurídico procesal queda bien constituida si se demanda únicamente al comprador o adquirente. No se trata de un supuesto de litis consorcio pasivo necesario.

El nudo propietario tiene derecho al retracto.—El artículo 1522 CC no distingue entre nudo y pleno propietario, y legitima al nudo propietario para el ejercicio del derecho de retracto.

El plazo de ejercicio de la acción de retracto comienza a computarse desde el momento de la inscripción de la adquisición en el Registro y no desde la fecha del asiento de presentación.—El momento determinante para el inicio del cómputo del plazo de nueve días previsto en el artículo 1524 CC no es aquel en que se efectuó el asiento de presentación sino el de la inscripción, máxime cuando no se ha probado suficientemente que el demandante hubiera tenido noticia de la venta antes de la inscripción.

La acción de retracto de comuneros no es una acción contradictoria de lo inscrito en el Registro.—No procede aplicar el artículo 38 LH cuando se ejercita la acción de retracto, porque esta acción no provoca una contradicción con lo inscrito en el Registro, sino que persigue declarar el deber del adquirente de transmitir las fincas a los retrayentes.

El legado no requiere aceptación para la producción de efectos.—Los legatarios devienen titulares *ipso iure* desde la muerte del causante, aunque, si lo desean, pueden renunciar a él. (STS de 27 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiendo sido vendidas dos fincas por quien, según parece deducirse de la sentencia, es un usufructuario con facultad de disposición, los demandantes, en calidad de nudos propietarios, ejercitan una acción de retracto de comuneros frente al comprador. En primera instancia, se estima parcialmente la demanda. La Audiencia revoca la anterior y dicta nueva sentencia estimando plenamente la demanda. En casación, no ha lugar.

NOTA.—Únicamente una breve observación: la sentencia define el retracto como *el derecho sobre una cosa, que permite adquirirla en caso de que se haya transmitido a un tercero y opera después del contrato y de la transmisión, eliminando ésta para producir la adquisición por el retrayente*. A mi juicio, sería más coherente con el texto de la sentencia decir que el retracto elimina o deja sin contenido parte de los efectos de la adquisición (en particular, afecta a la facultad de libre disposición del adquirente y a la de retener la cosa); porque si, como hace la sentencia, decimos que el retracto elimina la transmisión, ¿cómo justificaremos que se obligue al adquirente a transmitir la cosa al retrayente? ¿Cómo justificaremos, además, que no se demande al vendedor o enajenante? Esta idea de que lo que se elimina no es la transmisión, sino alguno de sus efectos, entronca en la línea doctrinal que define el retracto como un derecho a subrogarse en lugar del adquirente (art. 1521 CC) y encaja armónicamente con el resto de la sentencia. Por el contrario, la definición del retracto que recoge la propia sentencia encaja mejor en la corriente doctrinal que defiende que el ejercicio del derecho provoca la rescisión del negocio. (C. J. D.)

DERECHO DE FAMILIA

57. Bienes gananciales: atribución al cónyuge del ajuar de la vivienda habitual: requisitos procesales de la demanda.—La demanda inicial cumple todos y cada uno de los requisitos del artículo 524 LEC, como son la designación exacta de los demandados, los hechos fundamentadores de la pretensión ejercitada expuestos con la suficiente claridad y precisión y las

peticiones contenidas en el suplico formuladas de forma claramente inteligible, sin que sea necesario explicar la clase de acción que se ejercita, ya que según reiterada jurisprudencia las acciones interpuestas no se califican por la denominación que le dan las partes, sino por los hechos alegados y las pretensiones verdaderamente ejercitadas.

Carácter imperativo del artículo 1321 CC: legado a favor de una hija de todos los muebles que existan al ocurrir el fallecimiento del testador en su casa habitación.—Si bien el legado de todos los muebles a favor de una hija es una cuestión nueva que no puede tener acceso a casación, conviene tener en cuenta que aunque el testador puede disponer libremente de tales bienes, respetando los derechos legitimarios de los herederos forzosos, no puede obviarse la norma imperativa, inderogable por la voluntad de ninguno de los cónyuges, del artículo 1321 CC, según la cual, fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobrevive, sin computárselo en su haber; de ahí que ninguno de los cónyuges pueda disponer de tales bienes sino para el supuesto de sobrevivencia al otro esposo, ya que, de fallecer en estado de casado, los bienes que componen el ajuar de la vivienda habitual común se atribuyen, por disposición legal, al cónyuge superviviente; de ahí que el legado mencionado no puede contradecir lo dispuesto en el artículo 1321 CC. (STS de 19 de mayo de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia interesante por confirmar el carácter imperativo del artículo 1321 CC, coherente con su pertenencia al denominado *régimen matrimonial primario*. En cuanto a su última *ratio*, bien puede considerársele como una continuación *postmortem* de la protección del hogar familiar, que encuentra su apoyo constitucional en los artículos 33 y 39 de la Carta Magna (véase M.^a José Herrero García, en *Comentarios Ministerio de Justicia*, II, p. 592 ss., y las opiniones que he expresado en Castán, V-1.^o, 12.^a ed., Madrid 1994, p. 385 ss.). Pero la sentencia no entra en la polémica sobre la naturaleza, familiar o sucesoria, del derecho que se establece. (G. G. C.)

58. Donación de piso ganancial por marido mediante persona interpuesta: calificación del contrato: nulidad.—Con fecha de 4 de mayo 1978 el marido don Enrique se dirige a Ingasa a fin de que se otorgue la escritura pública de una vivienda, haciendo constar como compradora a doña Rocío, pero en tal fecha Ingasa no podía transmitir dominio alguno pues el verdadero dueño era el primero; al cumplir el encargo Ingasa otorga apariencia formal de titularidad dominical a favor de doña Rocío, si bien no se trataba de un título legítimo, el cual sólo podía provenir de un negocio jurídico idóneo al efecto transmisivo en el que aparezca como *tradens* don Enrique. Doña Rocío no adquirió de Ingasa porque esa entidad nada podía transmitir, ni tampoco compró el piso a aquél, sino que don Enrique lo que le hizo fue una transmisión por acto a título gratuito, causalizado por la liberalidad del bienhechor, es decir, una donación. Pero al tratarse de la donación verbal de un inmueble se incumplió el requisito de la escritura pública, cuya falta determina la nulidad radical o, mejor, inexistencia del título, como entiende reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 27 de septiembre de 1989, 7 de mayo y 25 de octubre de 1993, 27 de julio y 10 de noviembre de 1994, 3 de marzo, 24 de octubre y 23 de diciembre de 1995, 5 de noviembre de 1996 y 19 de junio de 1999), por lo que no puede desplegar virtualidad transmisiva alguna de los

bienes a que se refiere; además Ingasa no es representante de don Enrique, y falta en todo caso la aceptación de la donataria. Por consiguiente, no hay título, porque se utilizó para viabilizar la transmisión del dominio una operación jurídica inválida. Esta solución no se ajusta totalmente a la argumentación de la resolución recurrida, si bien ello carece de trascendencia en el fallo al ser aplicable la doctrina de la *equivalencia de resultados*.

Legitimación activa de la esposa del donante.—Es evidente la legitimación *ad causam* de doña Trinidad, esposa de don Enrique, pues la supuesta donación se refiere a un bien ganancial por haber sido adquirido por su marido constante matrimonio, sujeto al régimen de la sociedad de gananciales. La disposición del bien solamente por el marido, sin la intervención de la esposa, o sin su consentimiento, determina la invalidez del acto de disposición a título gratuito del bien ganancial, sin que importe aquí concretar si la nulidad tiene carácter radical (como ocurre claramente en la actualidad, dados los arts. 1322, párr. 2.º, y 1378) o relativa (anulabilidad) en la normativa vigente al realizarse el acto anterior a la reforma de 1981 (art. 65 reformado en 1975, 1413, redacción de 1958, 1415, párr. 2.º, *a sensu contrario*, e incluso 1343 y 1409 en orden a complementar la interpretación normativa), porque el tema no se suscitó en casación, ni tampoco el del cómputo del plazo de extinción de la acción. Por todo ello es evidente la nulidad del título por no cumplirse la exigencia legal en materia de disposición gratuita de bienes gananciales.

Separación de hecho: inaplicación de la doctrina jurisprudencial que niega carácter ganancial a los bienes adquiridos individualmente después de la separación de hecho.—Tal doctrina es inaplicable al caso de autos pues, con independencia de que no consta claramente en qué momento se produjo la interrupción de la convivencia íntima de los esposos, en cualquier caso, no basta con no tener relaciones íntimas con el cónyuge, y mantener unas relaciones extramatrimoniales con otra persona, para aplicar la referida doctrina; el marido no dejó el domicilio conyugal (cualesquiera que fueren las razones para no hacerlo), siguió pernoctando en el mismo, continuó llevando la gestión de los asuntos de la familia formada por su mujer e hijos y contribuyó con los ingresos propios a su sostenimiento. (STS de 24 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 12 de diciembre de 1968 don Enrique, casado con doña Trinidad, bajo el régimen de gananciales, compra a Ingasa la vivienda litigiosa; el 16 de junio de 1971 el comprador cede sus derechos a una compañía mercantil en garantía de la deuda contraída como consecuencia del aval prestado para la compra; el 2 de mayo de 1978 se produce la retrocesión de derecho por haber satisfecho don Enrique la suma adeudada. El 4 de mayo remite éste una notificación a Ingasa notificándole haber cedido los derechos sobre el piso a doña Rocío, viuda e inquilina del piso. El 21 de junio de 1978 Ingasa otorga escritura de compraventa a favor de doña Rocío. Don Enrique había contraído matrimonio con doña Trinidad en 1948, de cuyo matrimonio tuvieron tres hijos, aunque a partir de un tiempo no concretado, por causas de las desavenencias dejaron de tener relaciones íntimas, si bien el marido siguió pernoctando en el domicilio matrimonial, manteniendo la apariencia por los hijos y por razones de índole social, y continuó con la gestión de los asuntos de la familia, contribuyendo a su sostenimiento. Doña Rocío

estuvo casada con don José Luis, el cual murió en 1973; los dos matrimonios se conocían y mantuvieron relaciones de amistad. Muerto éste, don Enrique, en tiempo no precisado, pero próximo y sin abandonar el domicilio conyugal, comenzó a desarrollar una relación íntima y de práctica convivencia con doña Rocío, hasta su fallecimiento en 1992. La demanda se interpone por doña Trinidad contra su marido y los hijos de doña Rocío. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación; el TS (Pte. Corbal Fernández) desestima el recurso de casación.

Es notable el análisis que contiene la sentencia con la finalidad de calificar la transmisión que Ingasa hace a favor de doña Rocío, siguiendo las instrucciones de su verdadero dueño. Elude considerarla como venta de cosa ajena, y dado que no parece haberse producido ulteriores transmisiones a terceros, opta por considerarla una transmisión a título gratuito, por persona interpuesta (simulación *in personam*). Formalmente hay una compraventa, pero no parece que, en el pleito, se haya sostenido esta postura. Todavía quedaba otro obstáculo en el camino casacional: la doctrina jurisprudencial sobre las donaciones encubiertas en forma de compraventa; sólo de pasada se afirma que falta la aceptación de doña Rocío en calidad de donataria. Se concluye así por calificar el contrato de donación de inmueble ganancial realizada unilateralmente por el marido, calificación que debemos completar *realizado por persona interpuesta bajo forma de compraventa*.

En realidad hay una cuestión de derecho transitorio, pues los hechos parecen haber ocurrido antes de entrar en vigor la nueva regulación de la sociedad de gananciales por la Ley de 13 de mayo de 1981, si bien la sentencia utiliza una fórmula genérica aplicable a ambos regímenes legales en vigor consistente en la *nulidad del título por no cumplirse la exigencia legal en materia de disposición gratuita de bienes gananciales*, sin mayor profundización (que acaso hubiera debido realizarse).

No menor escollo representaba la compleja y atípica relación familiar del marido donante, que, siguiendo la terminología usual en los años en que se produjeron los hechos, mantenía relaciones adulterinas secretas con la donataria, sin romper fáctica ni jurídicamente relaciones con su familia matrimonial. Pero los hechos probados no permiten encuadrarlos dentro de la reiterada doctrina jurisprudencial que niega carácter ganancial a los bienes adquiridos por cada cónyuge después de la separación de hecho. El marido no quiso romper del todo la vida común con su familia matrimonial, y su esposa se ha aprovechado de este hecho para que ese bien ganancial, donado irregularmente a otra mujer constante matrimonio, no salga, del círculo de la familia matrimonial. (G. G. C.)

59. Filiación extramatrimonial: reclamación de paternidad: exigencia de principio de prueba según artículo 127 CC.—Puede hablarse de una vieja doctrina jurisprudencial según la cual (SSTS de 3 de diciembre de 1991, 8 y 20 de octubre de 1993, 28 de abril y 28 de mayo de 1994, y 3 de septiembre de 1996) no puede confundirse el principio de prueba exigido por el artículo 127, párrafo 2.º, CC para la admisión de la demanda con la que ha de

realizarse en el curso del proceso para obtener una sentencia favorable, bastando para admitir a trámite la demanda una mínima línea de razonabilidad o verosimilitud, de la que derivar la atribución de la paternidad, consistiendo en un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, sin que pueda constituir una restricción a la posibilidad que abre el artículo 39.2 CE; la doctrina científica aduce que es un instrumento previsor frente a insólitas demandas instadas por sentimientos personales o deleznable; lo que requiere según los casos, y hasta en hipótesis de mínima cimentación, es que sea suficiente del contexto de la petición original que el órgano judicial tenga la impresión de que, razonablemente, existe base o fundamento para adentrarse en el acervo *ex post* probatorio en búsqueda de la paternidad discutida.

Acción ejercitada por hija de cuarenta y ocho años de edad frente a supuesto padre próximo a los setenta: buena fe y abuso del derecho: acción imprescriptible de la hija.—Las actuaciones de la propia hija y de su madre presiden, están inspiradas en los principios de buena fe y no abuso del derecho, ya que postulan reconocimientos legales inherentes con su verdadera progenie; la seguridad jurídica es efecto o consecuencia de la previa categoría institucional de la paternidad que se manifiesta en la imprescriptibilidad de la acción que asiste a todo hijo *ex* artículo 133 CC; son irrelevantes la acusación de móviles económicos de la actora y la tardanza en el ejercicio de la acción, ante su legítima aspiración a una tutela judicial para determinar su estado de filiación. La equidad no se vulnera ya que la ley se ajusta a unos hechos que claman en su vocación de justicia, frente a lo que no cabe oponer con sustancia relevante el lapso de tiempo que, sobre la procreación, no puede eliminar los frutos biológicos de una casual cohabitación.

Prueba biológica practicada en segunda instancia para mejor proveer: prueba testifical y documental.—En primera instancia la sentencia estimatoria se basó en las pruebas testifical y documental, de las que se desprende la notoriedad pública y social del nacimiento de la actora y de su paternidad por el demandado; en segunda instancia la prueba biológica realizada por el Instituto Nacional de Toxicología declara que la probabilidad de paternidad obtenida es del 99'998%, por lo cual la prueba de la filiación está práctica y absolutamente probada, convirtiéndose en certeza la presunción que estableció la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. (STS de 18 de mayo de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Resulta incuestionable la doctrina mantenida en la sentencia extractada; pues al ser imprescriptible la acción que se otorga al hijo para reclamar su filiación frente al presunto padre, tan legítima es la ejercitada por la madre al poco de nacer el hijo como esperar a cumplir cuarenta y ocho años la hija para ejercerla frente al supuesto progenitor casi septuagenario. Lo que ocurre es que el caso aquí contemplado merecería estudios sociológicos y de psicología social para tratar de encontrar una explicación razonable a los mismos, que acaso pueda encontrarse en la notoriedad pública y social de la paternidad, tal como recoge la sentencia extractada. (G. G. C.)

60. Filiación extramatrimonial: derecho a conocer la propia filiación biológica: fundamento constitucional.—El principio general del interés del menor es destacado en la fundada sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mérida de 3 de febrero de 1995, en los siguientes términos: «El artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las

Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, proclama que el niño desde que nace tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, siendo misión de los Estados Partes respetar y velar para que sea efectiva la integración del menor en las relaciones familiares; para hacer realidad ese derecho del niño se hace preciso establecer su filiación; el derecho del hijo a conocer su origen biológico adquiere tal relevancia que la propia CE exhorta al legislador a que se posibilite la investigación de la paternidad (art. 39); principio también rector de la actuación de los poderes públicos es asegurar la protección integral de los hijos; así la CE establece que los hijos, con independencia de su filiación, son iguales ante la ley y tienen derecho a ser asistidos por sus padres, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio. Es que el derecho a conocer la propia filiación biológica, incluso con independencia de la jurídica, se erige como un derecho de la personalidad que no puede ser negado a la persona sin quebrantar el derecho a la identidad personal y cuyo fundamento hay que buscar en la dignidad de la persona y en el desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).»

Negativa a la práctica de la prueba biológica.—Según la doctrina constitucional y jurisprudencial sobre esta cuestión, si se practica, la prueba biológica es de una seguridad extrema; si no se practica por voluntad del demandado, sin causa que lo justifique, no es una *ficta confessio*, pero tiene un alto valor probatorio puesto en relación con las demás pruebas practicadas, aunque éstas en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar probada una paternidad que, de por sí, es de imposible prueba absoluta, salvo la biológica.

Casos en que resulta esencial la prueba biológica: doctrina del TC: jurisprudencia de la Sala 1.^a TS.—En los supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación, ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es entonces donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación (SSTC de 17 de enero de 1994 y 31 de mayo de 1999). En la misma dirección la jurisprudencia reiterada de esta Sala declara que, si bien la negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica no es base para suponer una *ficta confessio*, sin embargo representa un indicio valioso que, conjugado con otros elementos probatorios configurados en los autos, sirve para determinar la filiación solicitada. (STS de 22 de mayo de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Doctrina jurisprudencial ya consolidada, de la que llama la atención la reproducción de la argumentación empleada por el Juzgado de Primera Instancia con referencia a la Convención de 1989. Acaso el énfasis que en ésta se pone para erigir como derecho de la personalidad el de conocer el propio origen biológico —que muchos autores aceptan y propugnan, y también este anotador—habría que ponerlo en relación, para matizarlo, con la Ley de Procreación Asistida, que lo niega tajantemente al hijo así nacido cuando interviene semen de donante, pero cuya constitucionalidad ha

sido declarada recientemente por el TC con argumentos, sin embargo, poco convincentes. (G. G. C.)

61. Filiación extramatrimonial: negativa a someterse a prueba biológica: no es suficiente *per se* para declarar la relación de filiación: doctrina general.—El deber de colaboración en el proceso, los principios de buena fe y lealtad procesal, las modernas doctrinas en materia de carga de la prueba y el obvio reproche que moralmente puede merecer la conducta del demandado, no pueden servir de soporte para aceptar una solución que desborda la posibilidad de los Tribunales y que en sistemas jurídicos de otros países cuenta con una previsión legal. La hipotética atribución judicial a la negativa injustificada a la práctica de la prueba hematológica de un valor superior al de un *indicio valioso muy cualificado*, aparte de problemas prácticos en el terreno de la sociología jurídica, y técnicos, se aviene mal con la relevancia del vínculo que se pretende establecer y, sobre todo, con su inmutabilidad (cosa juzgada con eficacia *erga omnes*). Como dice la STS de 4 de febrero de 1999 «si bien los Tribunales de Justicia en estas cuestiones no exigen una prueba férrea y absoluta dadas las especiales condiciones de las situaciones humanas que se debaten y los intereses a proteger de los hijos, tampoco por ello cabe una permisividad abierta e incontrolada que permitiría, unas veces, alcanzar decisiones coincidentes con la realidad genética, con lo cual se autorizaría a definir situaciones de estado civil difusas, despejando su incertidumbre para las personas interesadas; pero en otros casos puede suceder que se atribuya filiación equivocada, con las graves consecuencias que ello implica, por lo que la exigencia de prueba medianamente suficiente y sobre todo convincente, con sujeción a la legalidad a cumplir, se impone y se hace exigente a los Tribunales». Con esta doctrina no se vulnera la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, pues no se establece ninguna diferencia para los hijos procreados dentro o fuera de matrimonio, ni tampoco se causa indefensión, pues se pudieron intentar otros medios de prueba o asegurar las intentadas. (STS de 30 de mayo de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Es doctrina reiterada de la Sala 1.^a que la mera negativa a someterse a las pruebas biológicas no constituye *ficta possessio*, lo que no obsta a su valoración como indicio de prueba que, unido a otras, permite a los Tribunales estimar la acción de reclamación intentada. La lectura de la jurisprudencia sobre la materia dictada en los últimos años pudiera dar la impresión de que basta cualquier prueba adicional para obtener éxito en la acción de reclamación; es cierto que en algunos casos se hacen valer criterios que podrían calificarse de *audaces*; con todo, hay límites que la Sala 1.^a no quiere traspasar, en ausencia de una norma legal que lo autorice, y que esta sentencia se encarga de recordar ratificando la STS de 4 de febrero de 1999; el temor a atribuir una filiación equivocada parece un freno prudente, aun a riesgo de dejar en la incertidumbre algunos supuestos por falta de prueba. (G. G. C.)

62. Filiación no matrimonial: reclamación de paternidad a cargo de progenitor sin posesión de estado: jurisprudencia consolidada.—La jurisprudencia más reciente de esta Sala ha consolidado el reajuste interpretativo de los artículos 131, 133 y 134 CC, que ya habían iniciado las SS de 5 de noviembre de 1987, 22 de marzo de 1988, 19 de enero y 23 de febrero

de 1990 y 8 de julio de 1991, para llegar a la doctrina contenida en las últimas SS de 24 de junio de 1996, 30 de marzo y 19 de mayo de 1998, que establecen y reconocen la legitimación del padre en los casos de filiación no matrimonial, al superarse la literalidad del artículo 133 CC que atribuye sólo la legitimación al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad; y toda vez que el artículo 134 CC legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictora, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial; tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible, y este interés existe y se presenta legítimo en casos como el presente en relación con el padre biológico, y que le es negado en la sentencia recurrida; la verdad biológica no puede dejarse de lado y conforma la efectiva verdad material y, a su vez, también ha de tenerse en cuenta el derecho natural y, por ello, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre y se presenta como encuadrable en la tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgársele por integrarse en la moral-jurídica y normativa constitucional, e, incluso, resulta necesaria para la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud.

Prueba indiciaria.—Se dan pruebas indiciarias suficientes que acreditan que el recurrente es el padre biológico de la menor Andrea; del examen conjunto del cuerpo probatorio, e incluso del contexto del escrito de contestación a la demanda, se alcanza la conclusión lógico-jurídica, suficientemente al concurrir hechos-base acreditados de que los litigantes mantuvieron relaciones íntimas en tiempo hábil para la procreación y, a consecuencia de las cuales, la mujer quedó embarazada, y el nacimiento de la niña, lo que se acomoda al artículo 135 que hace una enumeración abierta de los medios de prueba, para autorizar su inciso último la facultad de acudir al artículo 4.º.1 CC, al permitir se tomen en consideración otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo.

Negativa de la madre a la prueba biológica sobre su hija menor: mala fe.—Ha de añadirse la negativa persistente y continuada de la madre para la práctica de las pruebas biológicas de investigación de la paternidad, ya que por dos veces fue requerida para ello por el Juzgado, y otras dos veces por la Audiencia Provincial en trámite de apelación, sin que en ningún momento mostrara la mínima actividad cooperadora o predisposición para su práctica, alegando siempre estancias o viajes en el extranjero, no suficientemente justificadas, pero, en todo caso, no probó que se trataba de situaciones permanentes indefinidas y plenas que no permitía el desplazamiento de la menor a territorio español; la actitud de la demandada se presenta clara y notoriamente obstruccionista y rebelde, encuadrable en la mala fe procesal, pues no siendo necesaria su presencia para llevar a cabo la prueba, bien pudo acceder a que acudiera la hija, ya que no se demostró debidamente que residiera con ella en el extranjero y le acompañase en todo momento en las pretendidas residencias fuera del país; tal conducta opositora no resulta por completo irrelevante y se convierte en un intenso indicio cuando sucede que la negativa carece de justificación susceptible de ser apreciada, y obedeció más bien a una actitud decidida de evitar por todos los medios a que se llevase a cabo su práctica.

Excepción *plurium concubentium*.—Como dice la STS de 17 de octubre de 1996, la alegación de una hipotética excepción *plurium concubentium* no

justifica la negativa a la realización de la prueba biológica. (STS de 20 de junio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don Guillermo reclama la filiación extramatrimonial de la menor Andrea, reconocida por su madre Ana María: el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial confirma la sentencia apelada. Se interpone recurso de casación por el supuesto padre, invocando la infracción de los artículos 131, 133 y 134 CC, y también del artículo 135 en relación con el 1253 CC. El Ministerio Fiscal se opuso manifestando señaladamente que la acción de filiación no matrimonial corresponde únicamente a las personas que señala el artículo 133, salvo el caso de posesión de estado. La sentencia extractada estima el recurso con base en la doctrina extractada y ya consolidada (v. García Cantero, «Legitimación activa para reclamar la filiación no matrimonial sin posesión de estado», *RJN* oct.-dic. 2000, p. 313 ss.) Se da la circunstancia de ser la madre reconocedora la que se opone a la acción del padre. (G. G. C.)

63. Filiación. Prueba biológica. Doctrina constitucional. Jurisprudencia del TS.—El principal intérprete de nuestro Texto Fundamental, el TC, tiene declarado al respecto que la sentencia impugnada en amparo no se aparta de la línea seguida hace años por el TS que atiende mayormente al cambio operado en este campo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del Código civil, a la búsqueda de la verdad material o real y se ha ocupado de otorgar la necesaria ponderación a la frecuente negativa de los demandados en procesos de esta índole a someterse a las cada vez más afinadas pruebas biológicas que permiten acreditar, junto con el resto de las pruebas, la paternidad en litigio. Así la negativa cobra su virtualidad en conjunción con el resto de los elementos fácticos, acreditados a lo largo del procedimiento, constituye base suficiente para que el Tribunal establezca el nexo causal preciso para llegar a una conclusión sobre la filiación reclamada, no suponiendo tal actividad un comportamiento arbitrario, sino el legítimo y necesario juicio de valor al que no puede renunciar el Juez, so pena de quedar reducido a la inacción o un resultado problemático —auto 103/1990, de 9 de marzo, en recurso de amparo 1285/1988—. Así, aunque se ha negado que la actitud obstruccionista de la recurrente impidiendo la práctica de tales pruebas biológicas suponga una *ficta confessio* —auto 276/1996, de 2 de octubre, en recurso de amparo 4439/1995— se trata de un medio probatorio esencial y fiable para la determinación del hecho de la generación discutida en el pleito; su negativa, junto con el resto de los fundamentos fácticos acreditados, puede permitir llegar a la conclusión de la determinación de la filiación —S 95/1999, de 31 de mayo, en recurso de amparo 1167/1995 (BOE de 29 de junio de 1999). Finalmente, se ha mantenido que no se infringe el derecho a la intimidad familiar y a la propia imagen cuando se trata de realizar una prueba prevista en la Ley y acordada por la autoridad judicial en el seno del proceso —S 7/1994, de 17 de enero, en recurso de amparo 407/1992 (BOE de 17 de febrero de 1994).

En igual sentido se ha pronunciado la doctrina de esta Sala de casación, destacando que si bien no permite tan solo por la negativa deducir la presunción de paternidad, ni es base suficiente para suponer una *ficta confessio*, precisando una valoración del resto del material probatorio, sí presenta el valor de un indicio y precisando la complementación con otras pruebas —ver SS de 27 de junio de 1987, 11 y 18 de marzo, 12 de abril, 21 de mayo, 3 de junio, 14 de

julio, 23 de septiembre, 3 y 5 de diciembre de 1988, 15 de marzo, 24 de mayo, 20 de julio, 10 y 30 de noviembre de 1989, 18 y 28 de mayo, 20 de julio, 23 de octubre 26 de noviembre de 1990, 6 de febrero, 25 de abril, 14 y 20 de mayo, 6 y 26 de junio y 3 de diciembre de 1991, 25 y 30 de enero, 18 de febrero, 17 de marzo, 30 de abril, 18 de mayo y 5 de octubre de 1992, 26 y 27 de enero, 4 y 24 de febrero, 29 de marzo, 15 de junio, 30 de octubre y 28 de diciembre de 1993, 1 de marzo, 28 de abril, 27 de mayo, 16 de junio, 21 de octubre, 16 y 20 de diciembre de 1994, 6 y 7 de marzo, 8 de mayo, 28 de julio, 7 de octubre y 20 de diciembre de 1994, 6 y 7 de marzo, 8 de mayo, 28 de julio, 7 de octubre y 28 de noviembre de 1995, 22 de marzo, 14 y 24 de junio, 1, 2, 4, 18 y 26 de julio, 3 de septiembre, 17, 25 y 28 de octubre de 1996, 4 y 28 de febrero, 19 de marzo, 19 de mayo, 14 de junio, 3 y 19 de noviembre, 12 y 29 de diciembre de 1997, 13 de marzo, 26 de septiembre, 3 de octubre, 4 y 28 de diciembre de 1998, etc.— Más recientemente, se ha destacado que la negativa a someterse a pruebas biológicas de investigación de la paternidad, aunque no pudo atribuírsele valor de *ficta confessio*, sí equivale a un valioso indicio que, conjugado con otros medios de prueba, permite declarar la filiación —S de 11 de mayo de 1999, con cita y referencia a las precedentes de 11 de marzo de 1988 y 17 de noviembre de 1989—.

Por último, la S de 16 de enero de 1999 ha puesto de relieve la diferencia entre los procedimientos civiles de filiación y el resto de los procesos, afirmando que en aquéllos pierde relevancia el principio de aportación de parte y hasta el principio dispositivo.

Asimismo, sobre la obligación de someterse a tales pruebas biológicas cuando han sido ordenadas dentro del proceso razonadamente por la autoridad judicial ha sido también mantenida por el TC por prevalecer el interés social y público que subyace en las declaraciones de paternidad, no infringiéndose por ello ni el derecho a la integridad física ni el derecho a la intimidad —S de esta Sala de 28 de mayo de 1999, con referencia a las anteriores de 17 de enero y 18 de mayo de 1994 y 8 de marzo de 1995—. En idéntico sentido se ha interpretado la existencia de indicios significativos cuando ello se suma a la negativa injustificada del demandado de someterse a la prueba biológica, negativa que aunque no se equipara a la *ficta confessio*, constituye un dato de inestimable valor que si se acompaña de indicios hace prosperar la acción, salvo casos excepcionales. Por último, se trata de un valioso indicio que junto a los datos demostrativos de otra índole, obrantes en las actuaciones, llevan a la convicción de la paternidad del recurrente —S de 11 de octubre de 1999, con referencia a las de 14 de julio de 1996 y 3 de noviembre de 1997— por lo que tal negativa ha de ponerse en relación con las demás pruebas obrantes en el proceso —S de 11 de diciembre de 1999—.

En el supuesto concreto traído ahora a la censura casacional existe una pluralidad de datos acreditados por la prueba (confesión judicial, testifical), a los que se suma, como poderoso indicio, la negativa a someterse el demandado a una prueba biológica acordada, prueba inocua a la salud, a la dignidad, intimidad y que, además de su virtualidad y eficacia, hace pensar que el ajeno a tal paternidad estaría deseoso de utilizar un medio que le excluya de manera definitiva de la pretensión contraria. Por tales razones, la Sala estima el motivo que aduce infracción de la doctrina jurisprudencial en relación con la negativa al sometimiento de las pruebas biológicas, con cita en la STC 7/1994, de 17 de enero, que recoge al efecto que «cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) con-

lleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial puede descubrir la verdad». En este sentido la sentencia de esta Sala 684/1999, de 26 de julio, añade al respecto que no significa en el proceso civil que aportar una prueba sea un debe, exigible coactivamente, sino una carga, cuyas consecuencias perjudiciales a la negativa se señalan con relación a la oposición a la prueba biológica acordada legítimamente en el proceso. (STS de 29 de marzo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Leganés, doña M.N.C. promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don J.A.C.B. sobre declaración de filiación. Estimada la demanda en primera instancia, la sentencia fue revocada por la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid. El TS estima el recurso de casación, manteniendo íntegramente el fallo de la sentencia de primera instancia. (O. M. B.)

64. Aplicación del derecho a la presunción de inocencia en el proceso civil.—Declara la sentencia que, como principio general, la presunción de inocencia tiene en el proceso civil una aplicabilidad sumamente restringida, en cuanto se limita a los escasos supuestos de sanción o limitación civil de derechos propiamente dicha. Así, la STC 367/1993, de 13 de diciembre, recogiendo la doctrina sentada en las SSTC 13/1982 y 36/1985, declaró que el derecho fundamental a la presunción de inocencia «actúa siempre que deba adoptarse una resolución judicial o administrativa que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado punitivo, sancionador o limitativo de sus derechos, y, por ello, no es aplicable a los supuestos de mera imposición de la responsabilidad civil en los que sólo se dilucida la imputación al responsable de un hecho productor o fuente de una obligación patrimonial de resarcimiento de daños y perjuicios derivado de un ilícito civil (art. 1089 CC)». Y esta Sala, en su S de 8 de julio de 1997, aplica explícitamente esa misma doctrina, coincidente a su vez con la jurisprudencia que para procesos sobre responsabilidad civil se contenía en otras muchas sentencias, como la de 23 de marzo de 1993, y se reiteró en la de 20 de octubre de 1997. De ahí que la S de 19 de junio de 1997 declarara que, al no contener por lo general el Derecho civil normas represivas, punitivas o sancionadoras, el principio de la presunción de inocencia fuese raramente aplicable en su ámbito, descartando concretamente que pudiera tener relevancia alguna en un caso de demanda contra una aseguradora, fundada en seguro de robo, que aparecía desestimada en la instancia porque las cosas supuestamente sustraídas habían sido sacadas del local, en realidad, desde dentro del mismo y por personas cercanas al asegurado.

Falta de colaboración del demandado para la práctica de pruebas biológicas de investigación de la paternidad y la maternidad. Doctrina del TC.—Es sobradamente conocida la STC 7/1994, de 17 de enero, que, tras unos razonamientos acerca del deber del demandado de prestar su colaboración a unas pruebas que por regla general no vulneran derecho fundamental alguno, declaró que «los límites que los artículos 18.1 y 15 CE pueden imponer a la investigación de la filiación no justifican, en modo alguno, la cerrada negativa del demandado en el litigio civil precedente a someterse a la práctica de las pruebas que habían sido decretadas por el Juzgado, primero, y por la Audiencia Provincial, luego. Su oposición sólo hubiera sido ilícita, desde la óptica de tales derechos fundamentales, si se fundara en la inexistencia de

razones que justificasen la decisión judicial de realizar la prueba». Y la mucho más reciente STC 95/1999, de 31 de mayo, tomando como principal punto de partida la sentencia de 1994 pero en términos si cabe más contundentes, hace en su FJ 2.º la siguiente síntesis: «Este Tribunal ha declarado la plena conformidad constitucional de la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pues este tipo de pruebas, que no pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona, encuentran su cobertura legal en el artículo 127 CC, que desarrollando el mandato contenido en el inciso final del artículo 39.2 CE, según el cual “la ley posibilitará la investigación de la paternidad”, autoriza la investigación de la relación de paternidad o de maternidad en los juicios de filiación mediante el empleo de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, a la vez que sirven para la consecución de la finalidad perseguida con las normas constitucionales que imponen “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación” (art. 39.2 CE), y la obligación de los padres de “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio”» (art. 39.3 CE). Por ello, cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) del afectado (STC 7/1994, FJ 3.º).

Hemos declarado igualmente que, dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser este un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 CE por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el artículo 24.2 CE (STC 7/1994, FJ 6.º y las resoluciones en ella citadas).

Por tales razones, este Tribunal ha declarado ya en ocasiones anteriores que cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación, permitido por el artículo 135, *in fine*, CC, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (AATC 103/1990, 221/1990)».

Filiación. Pruebas biológicas. Jurisprudencia del TS.—Por lo que se refiere a la jurisprudencia de esta Sala, son ya innumerables las sentencias que sin atribuir a la falta de colaboración del demandado la eficacia o valor

probatorio de una confesión judicial, *ficta confessio* o admisión implícita de la paternidad, sí la consideran desde luego un indicio especialmente valioso o significativo que, en unión de otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista. Es más, si por algo se caracterizan las sentencias más recientes es por aumentar cada vez más el valor probatorio de esa conducta del demandado, según resulta de la STS de 17 de noviembre de 1997.

Regularidad de la citación por cédula o por medio de procurador para la práctica de la prueba biológica, con omisión de las consecuencias de la negativa a su práctica.—Reitera la sentencia lo ya establecido en la de 3 de octubre de 1998, al examinar un motivo que alegaba la falta de citación personal del demandado para la práctica de la prueba biológica y la omisión de advertencia por el órgano jurisdiccional acerca de las consecuencias de su negativa a colaborar, declarando la plena regularidad de la citación por cédula, y también por medio del procurador del demandado, así como la irrelevancia de omitir aquella advertencia, «pues dicha advertencia es misión que incumbe exclusivamente al Letrado-director técnico del interesado». (STS de 28 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña F.R.R. presentó demanda contra D. F.C de P. y N. solicitando que se declarase que E.J.R.R. era hijo no matrimonial del demandado. La sentencia de primera instancia estima la demanda, siendo recurrida por el demandado, acordándose el recibimiento a prueba en segunda instancia para la prueba de la pericial biológica que no se pueden llevar a cabo por la incomparecencia del demandado. La Audiencia confirma la sentencia recurrida. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (A. G. B.)

65. La doctrina del *onus probandi* como fundamento de un motivo de casación.—Recuerda la sentencia que es doctrina jurisprudencial reiterada que el artículo 1214 CC sólo puede invocarse cuando la Sala *a quo* no haya tenido en cuenta la regla distributiva del *onus probandi*, quedando vedada la invocación cuando el Tribunal de instancia ha obtenido su convicción por cualquiera de las pruebas obrantes en autos, con independencia de qué parte las haya proporcionado (SSTS de 3 de diciembre de 1984, 24 de mayo de 1985, 11 de noviembre de 1988, 14 de mayo de 1990, 21 de marzo de 1992 y 24 de octubre de 1994, entre otras). También ha declarado que la doctrina del *onus probandi* sólo puede entrar en juego para fundar un motivo de casación cuando haya inexistencia probatoria o inversión de la carga que a cada parte corresponde; el actor, normalmente deberá probar los actos constitutivos de su pretensión y el demandado los extintivos o impeditivos (SS de 24 de julio de 1986, 13 de febrero de 1987, 19 de noviembre de 1988, 19 de diciembre de 1989, etc.). No es este el caso del presente recurso, en que la recurrente lo que trata es de que prevalezca, por esta vía, una valoración distinta de la efectuada por la Sala de instancia de la negativa del demandado a las pruebas biológicas.

Inexistente infracción del artículo 1253 CC.—Alega la recurrente infracción del artículo 1253 CC esgrimiendo que la Sala de instancia no ha dado valor probatorio a la negativa a las pruebas biológicas, en conjunción con las demás pruebas, poniendo especial énfasis en que la propia sentencia recurrida reconoce que la madre de la actora trabajó para el demandado, según la prueba testifical, y que vivió algún tiempo en el mismo domicilio;

todo esto, unido a la negativa, cree que tiene un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, por lo que al no tener en cuenta la Sala esta prueba habría vulnerado el artículo 1253 CC.

Frente a dicha alegación la sentencia recuerda que si bien el artículo 1253 CC autoriza al Juez a acudir a la prueba de presunciones, no le obliga a ello para fundar el fallo, por lo que, si acude a ella, no infringe el precepto, pero tampoco lo infringe su no aplicación, a menos que esta prueba hubiera sido propuesta por las partes y discutida en el pleito, según las SS de esta Sala de 30 de abril y 11 de octubre de 1990 y 9 de abril de 1994. En este caso, ni la actora ni el demandado propusieron la prueba de presunciones, por lo que el juzgador no venía obligado a conocer de la prueba de presunciones. Por ello, es de aplicación la constante doctrina de esta Sala según la cual cuando el juzgador de instancia no hace uso del artículo 1253 CC para fundar el fallo y sí de otras pruebas, no resulta infringido el precepto (SS de 7 de julio de 1989, 21 de diciembre de 1990, 17 de julio de 1991, 9 de febrero de 1996, entre otras).

Reconocimiento de la paternidad. No procede. Valoración de la negativa a la investigación de la paternidad.—En el cuarto motivo, alega la recurrente infracción del artículo 127 CC, precepto que establece la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39-2 de la Constitución. En este motivo se insiste en la negativa del demandado a realizar las pruebas biológicas como hecho que debe gravitar sobre todas las pruebas para llegar a una conclusión congruente con la pretensión deducida por la demandante, ahora recurrente. Significa la sentencia que si bien la negativa a las pruebas biológicas no puede interpretarse como una *ficta confessio*, de tal manera que haya de imputarse la paternidad necesariamente a quien se niegue a practicar estas pruebas, sí constituye, en cambio, un elemento integrador de la convicción del juzgador a ponderar juntamente con las demás pruebas; es decir, de la negativa, cuando ésta va acompañada de otros elementos indiciarios, pueden derivarse consecuencias desfavorables para el demandado, puesto que puede conducir al juzgador a la convicción de que existió el acto generativo determinante de la filiación cuestionada. Es muy numerosa la doctrina jurisprudencial que pudiera citarse en este sentido. Pero ocurre que en el caso de este recurso de casación la convicción de los juzgadores de instancia ha sido la contraria, de tal manera que, a pesar de la negativa del demandado a la práctica de las pruebas biológicas, tanto el juzgador de primera instancia como el de segunda llegan al convencimiento de que esa negativa, juntamente con las pruebas practicadas, no es bastante para la afirmación de la paternidad reclamada, por considerar que la negativa está en cierto modo justificada por las especiales circunstancias concurrentes en el demandado. La sentencia de la Audiencia, entre estas circunstancias, destaca «la edad, noventa y un años, que lo coloca en un estado psicofísico que presenta grandes alteraciones de la normalidad, como consta en el certificado médico, según el cual padece mareos internos, ligera pérdida de memoria, artrosis de la columna vertebral y extremidades inferiores, con tumefacción». La oposición a las pruebas biológicas de la persona que se encuentra en estas precarias condiciones vitales, no puede decirse que actúe en fraude de ley ni en el ejercicio antisocial del derecho, porque se trata de causas muy cualificadas, debidamente acreditadas, que en cierto modo legitiman o fundan la negativa al sometimiento de las

pruebas biológicas, como ha puesto de manifiesto esta Sala en su S de 27 de mayo de 1994. (STS de 24 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia de Becerreá, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de doña M.^a del C.P.L. contra don J.B.A., sobre reclamación de paternidad y filiación, solicitando que se dictara sentencia por la que se declarase que don J.B.A. es el padre real de la actora doña M.^a del C. L., nacida el día 2 de noviembre de 1939 de doña M.^a del C.P.L., habida de relaciones extramatrimoniales entre ambos progenitores, con todos los derechos inherentes que tal paternidad conlleva a favor de la actora, según lo previsto en las leyes. Por el Juzgado se dictó sentencia desestimando la demanda formulada. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial de Lugo confirmó la sentencia apelada. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (O. M. B.)

66. Procesos matrimoniales: recurso en interés de la ley: legitimación del cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad para solicitar alimentos para éstos.—Del artículo 93.2 CC emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de estas necesidades alimenticias de los hijos. Por consecuencia de la ruptura matrimonial, el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponden al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el artículo 93.2 CC se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término, con lo que la misma comporta entre las personas que la integran. De todo lo expuesto se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93.2 CC se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores. Al no entenderlo así la sentencia recurrida ha infringido los preceptos invocados por el Ministerio Fiscal en su recurso que, en consecuencia, ha de ser estimado. (STS de 24 de abril de 2000; ha lugar.)

NOTA.—La reforma de 1990 dio la redacción actual al párrafo 2.º del artículo 93 CC, cuyos defectos técnicos han frustrado en no pocos casos la bien intencionada *voluntas legislatoris*, originando abundante bibliografía de orientación práctica. La sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de la misma ciudad, desestimó

la pretensión de la actora en reclamación del señalamiento de alimentos para los hijos del matrimonio mayores de edad *por cuanto la esposa no aparece legitimada para hacer dicha solicitud conforme a una reiterada jurisprudencia de nuestra Audiencia*. La imposibilidad de acceder a la casación los procesos de divorcio ha podido originar ese extraño fenómeno de que, en los casos extremos, cada Audiencia Provincial se considere equiparada a la Sala 1.^a del TS para sentar jurisprudencia vinculante en el territorio. Hay que aplaudir este recurso interpuesto por el Fiscal en interés de la ley, que ha permitido al TS sentar, con valor meramente doctrinal, pero inequívoco, la verdadera interpretación del artículo 93, lo que resulta plenamente de aplaudir. (G. G. C.)

67. Patria potestad: pérdida en caso de padre condenado a pena de treinta años.—El tema central de este recurso es si el recurrente puede ser privado de la patria potestad sobre su hijo por estar condenado al cumplimiento de pena privativa de libertad que le impide cumplir los deberes legales del artículo 154 CC, estando incurso en el artículo 170; el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de la madre; en cambio, la Audiencia Provincial la estimó en grado de apelación. El menor, próximo a cumplir siete años al tiempo de la demanda, convivía con la madre y con su nuevo esposo, del que ha tenido un hijo; el padre biológico había ingresado en prisión pocos días después de nacer su hijo, donde permanece desde entonces, pendiente de cumplir una condena de treinta años por un delito de robo con homicidio y otros, que quedaría extinguida el 16 de abril de 2020, y, a continuación, las correspondientes a otras causas que, en conjunto, suman más de treinta años; en 1993 se encontraba clasificado en primer grado, redimiento pena de forma ininterrumpida. En estas condiciones, carece de sentido plantearse el problema del incumplimiento de los deberes del artículo 154 CC, pues no se puede saber si es un buen padre o no el demandado, por darse inexistencia de relación con el hijo y no por voluntaria inhibición; es obvio que su situación carcelaria lo impide, y aunque mejorara la clasificación penitenciaria (lo que no se sabe cuándo), la relación paterno-filial sería circunstancial y esporádica, y, en todo caso, carente del debido tracto para el cumplimiento de sus fines.

Interpretación del artículo 170 CC.—El artículo 170 CC ha de ser interpretado a la luz de las circunstancias que rodean a cada caso para proceder en consecuencia a su aplicación, sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho; es cierto que la STS de 20 de enero de 1993, así lo manifestó, pero se deduce de su lectura que se está ante un *obiter dicta* ya que la *ratio decidendi* del fallo se halla en seguir la doctrina de esta Sala (SSTS de 14 marzo de 1899, 28 de enero de 1918, 26 de junio de 1923 y 11 de octubre de 1991), que interpretaba el antiguo artículo 181, y el actual 170 que lo sustituyó en la reforma de 1981, en el sentido de que concedía una facultad a los órganos de instancia para la privación de la patria potestad, lo cual se mantiene también en esta sentencia, pero añadiendo que el uso de esta facultad queda sujeto a la censura casacional cuando pugna abierta e incontrovertiblemente con la lógica. El caso litigioso actual es uno de ellos, pues añadiría a la pena impuesta a todo recluso privado de libertad por un tiempo razonable al efecto la de poder ser privado también por los tribunales civiles de la patria potestad, a pesar del silencio que sobre este punto guarde la sentencia penal; además, tal medida se revela innecesaria, porque ya el legislador ha previsto en el artículo 156, párrafos penúltimo y último,

que en los casos de imposibilidad de ejercicio, o cuando los cónyuges vivan separados, la misma sea ejercida por el cónyuge con el que los menores convivan, ejercicio total de la patria potestad que deja reducido a un mero rólulo la titularidad de la misma, que el legislador reformista de 1981 disoció de su ejercicio concreto y efectivo. (STS de 24 de mayo de 2000; ha lugar.)

NOTA.—Lo que puede calificarse de *Derecho civil sancionador*, apenas estudiado sistemáticamente por la doctrina, no goza hoy del favor de los Tribunales, probablemente por su posible colisión con los derechos fundamentales de la persona humana que la CE obliga a tener prevalentemente en cuenta. Y de ello hay que congratularse. Según el artículo 170, párrafo 1.º, CC: «El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial». En ausencia de una sentencia penal o civil matrimonial, la actora sólo podía apoyarse en el primero de los supuestos previstos en la norma. Los hechos significativos recogidos en la sentencia parecen fundar una sentencia estimatoria: el padre no ha cumplido en ningún momento sus deberes respecto de su hijo. Sin embargo el TS acepta otra exégesis del artículo 170. No puede decirse que el padre sea incumplidor cuando, por causas ajenas a su voluntad, no ha tenido oportunidad de demostrar su bondad como titular de la potestad paterna. Será, por tanto, padre no ejerciente por causas ajenas a su voluntad, que podrá, en su caso, solicitar ejercer el derecho de visita (o, más exactamente, a ser visitado en la cárcel por su hijo). Pese a su largo historial penal, podrá enorgullecerse de ser padre. Tiene razón la sentencia cuando afirma que la privación de la patria potestad añadiría un innecesario sufrimiento a su situación personal. Sentencia de aprobar por estar en juego la dignidad de la persona, que se protege mejor con la solución casacional. (G. G. C.)

68. Patria potestad otorgada a los abuelos, posponiendo a los padres.—Recuerda la sentencia que la patria potestad es en el Derecho moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 CE; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro Derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección del menor (art. 2).

Con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses. Por ello, la propia Convención, en su artículo 9.1, después de establecer que los

Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño. Este interés superior del niño, que implícitamente está recogido también en el artículo 154 CC cuando dispone que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, es el que decretó la privación de la patria potestad a los demandados, en conformidad con lo establecido en el artículo 170 del citado Cuerpo legal. Según el TS, el acierto de la sentencia de primera instancia lo pone de manifiesto la sentencia impugnada con la concluyente declaración que se refiere a la omisión por los demandados de los deberes de asistencia material y moral respecto a su hijo menor, desde los primeros meses de su vida, cuando las atenciones de los progenitores son absolutamente indispensables, por lo que la medida de privación de la patria potestad, aunque en extremo dura para los padres, ha resultado una medida indispensable de protección de los intereses superiores del menor, o, mejor dicho, necesaria para la protección integral del menor conforme al mandato constitucional. (STS de 24 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de los de Alcalá de Henares conoció el juicio de menor cuantía seguido a instancia de don J.L.G. de B., contra doña M.^a J.G.A. y don V.B.G., sobre privación del ejercicio de patria potestad dictando sentencia estimatoria y decretando la privación de la patria potestad del menor a sus padres, constituyendo la tutela del menor nombrándose tutor a don J.L.G. de B., confirmando esta sentencia la Audiencia Provincial de Madrid. No ha lugar al recurso de casación. (O. M. B.)

DERECHO DE SUCESIONES

69. Testamento en peligro de muerte: supuesto excepcional de testamento abierto (arts. 694.2 y 700 CC).—Nos encontramos ante un supuesto excepcional de testamento abierto que permite prescindir de la presencia del Notario de concurrir las circunstancias previstas, es decir, la inminencia del fallecimiento según preceptúa el segundo de los preceptos mencionados. Sin embargo y pese a su carácter excepcional, esta citada modalidad testamentaria no puede prescindir de los requisitos generales referentes a la capacidad y a las formalidades exigidas a todo testamento abierto «siempre que sean racionalmente compatibles con las peculiaridades que distinguen a esta forma especial de testar, a fin de que no pongan en peligro su autenticidad por una posible confabulación posterior» (STS de 24 de octubre de 1958), es decir, y según enumera la propia resolución judicial: «capacidad del testador, idoneidad de los testigos, ánimo de testar y presencia del testador y testigos en unidad de acto» (STS de 20 de junio de 2000).

Requisitos del testamento en peligro de muerte: muerte inminente, ausencia de Notario, presencia de testigos.—La muerte inminente es el presupuesto básico del otorgamiento de este testamento especial. Considera la STS de 2 de julio de 1977 que concurre esta circunstancia en aquellos «momentos en que el estado del testador es de tal gravedad que se pierde toda

esperanza de salvación y no hay lugar a que pueda acudir al Notario». Ha de tratarse de una situación «urgente, inmediata y extrema, que haga temer al próximo y fatal desenlace» (STS de 4 de octubre de 1957), es decir, una enfermedad por grave que sea no permite testar al amparo de este precepto si no se da una situación de hecho de inminencia de la muerte y no se quiera correr el riesgo de fallecer sin haber testado. En caso de no producirse el fallecimiento con la inminencia requerida, cierto sector doctrinal avalado por resoluciones jurisprudenciales se cuestiona si, en tal caso, concurren las circunstancias exigidas por el precepto porque si bien el temor al fallecimiento puede estar racionalmente fundado, el pronóstico falla. A este respecto la STS de 4 de octubre de 1957 ha afirmado que «el estado de peligro es de carácter esencial sin el cual no ha de entenderse válido y cuya significación ha de hacerse después, por el conjunto de circunstancias que en el caso se den y en el acto concurren, sin el concurso de las cuales no puede tener eficacia el testamento». Por ello, si no se consigue demostrar la existencia del riesgo mortal, el testamento es nulo (STS de 3 de noviembre de 1962).

La ausencia del Notario es el segundo de los requisitos exigidos por esta modalidad testamentaria. Se justifica esta exigencia no sólo por la inminencia de la muerte, sino también por la imposibilidad de localizar al fedatario público. No obstante, la jurisprudencia ha matizado que la imposibilidad de localización del mismo ha de interpretarse de forma flexible, pero racional. A este respecto la STS de 2 de julio de 1977 ha dicho que «dada su finalidad que es la de facilitar la expresión de la última voluntad, no debe hacerse con criterio estricto la apreciación de la inminencia del peligro de muerte, ni la imposibilidad de intervención del Notario, aunque es esencial el carácter del estado de peligro, sin el cual no ha de entenderse válido, y el testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del Notario, cuando nada obste para que este funcionario autorice el testamento, pero es suficiente la prueba de que no pudo encontrarse al Notario o era difícil obtener su concurrencia» (SSTS de 22 de abril de 1910, 23 de febrero de 1926, 12 de mayo de 1945, 19 de diciembre de 1959 y 3 de enero de 1962).

Finalmente, la presencia de cinco testigos es el último de los requisitos exigidos por el precepto comentado. La declaración del testador en peligro inminente de muerte ha de hacerse en presencia de cinco testigos idóneos y hábiles conforme a los artículos 681 y 682 CC. Los testigos deben de conocer e identificar al testador y estar presentes en unidad de acto, porque de lo contrario el testamento es nulo (SSTS de 6 de noviembre de 1929 y 4 de febrero de 1943).

Eficacia: necesidad de elevación a escritura pública y protocolización.—El testamento otorgado en peligro de muerte es un acto o documento privado, verbal o escrito, que necesita complementarse con las necesidades requeridas por el artículo 704 —elevación a escritura pública y protocolización— para ser eficaz. En caso contrario, el testamento es nulo, no en vano el testamento así otorgado prescindió de la fe notarial, y como todos los que así se otorgan, necesitan ser protocolizados. Así lo recoge la STS de 19 de diciembre de 1959 al establecer que «el testamento otorgado en inminente peligro de muerte no tiene la eficacia y la virtualidad de verdadero testamento hasta que no se protocolice (...) en donde se justifica que han concurrido todos los requisitos exigidos para su validez». (STS de 20 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don José M.^a G.O., Notario de la ciudad de Burgos, se persona en compañía de una de sus empleadas el día 14 de abril de 1993 en la habitación 830 de la Residencia Sanitaria General Yagüe para llevar a cabo la autorización del testamento de doña Primitiva R.A. Ante el estado físico de la testadora, que fallece dos días después, el fedatario público requiere la presencia del personal sanitario (dos médicos y una ATS) y manifiesta que no cabe otorgar testamento abierto, pero sí testamento en inminente peligro de muerte, y, acto seguido, procede a tomar nota de las estimadas como declaraciones de voluntad de la testadora en presencia de cinco testigos, integrados por él mismo y su empleada y los componentes del equipo sanitario previamente citados. El 28 de abril de 1993 el Notario, en su calidad de testigo, comparece ante el Juzgado de Primera Instancia a fin de que se eleve a escritura pública el documento en que constaba la última voluntad de la testadora. El 21 de mayo de 1993 el referido Juzgado acuerda la protocolización del testamento. La parte actora solicita nulidad del testamento otorgado en inminente peligro de muerte por incumplimiento de formalidades y requisitos esenciales señalados por la ley. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, no así la Audiencia Provincial de Burgos que declara la nulidad del testamento. El TS confirma la segunda instancia.

NOTA.—Nos encontramos ante un supuesto en donde, si bien puede parecer que concurre la inminencia del peligro de muerte, ya que la testadora fallece a los dos días del otorgamiento, no cabría el recurso a esta modalidad testamentaria por la presencia del Notario que desvanece el requisito de la imposibilidad de encontrarlo, no debiendo haber actuado el fedatario como testigo sino en su cualidad de tal. (M. F. N. C.)

70. Aceptación tácita de la herencia.—Nuestra tradición legislativa en tema de adición de la herencia sigue el Derecho romano que a su vez pasó a Las Partidas en donde el ejercicio del *ius delationis* es imprescindible para que el llamado sea investido heredero. Según el artículo 999 CC la aceptación del llamamiento hereditario puede hacerse expresa o tácitamente. Con el fin de justificar esta última forma de ejercicio del *ius delationis* establece la STS de 15 de junio de 1982 que «nuestra doctrina y jurisprudencia bajo el milenar influjo del Derecho romano, ante la imposibilidad de fijar *ex lege* todos los actos que pudieran implicar la aceptación de una herencia, opta por atribuir este efecto a aquellos actos que, por sí mismos o por el mero actuar, indiquen la intención del querer ser o manifestarse como heredero». A esta forma de aceptación se refiere el artículo 999.3 como «la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero».

La STS de 20 de enero de 1998 permite conocer las diferentes posiciones de nuestra jurisprudencia respecto de la existencia de aceptación tácita: «el artículo 999.3 expresa la idea que ya recogían Las Partidas (Sexta, 6,11) de que acepta tácitamente el que realiza *actos de señor*, o lo que es lo mismo, y conviene destacarlo, la realización de actos concluyentes de los que se deriva la voluntad inequívoca de aceptar, en el sentido de que revelan la intención de hacer la herencia como propia». Con anterioridad a este pronunciamiento lo hizo la STS de 24 de noviembre de 1992 al caracterizar esta modalidad de

aceptación a través de «actos que revelen sin duda alguna que el agente quería aceptar la herencia». Es ésta una línea jurisprudencial consagrada, entre otras, en las SSTs de 13 de marzo de 1952, 27 de abril de 1955, 15 de junio de 1982 y 12 de julio de 1996, doctrina que íntegramente repite la sentencia anotada cuando considera como demostrativas de la aceptación tácita aquellos actos que «revelan la idea de hacer propia la herencia, mirándola como tal y no con la intención de cuidar el interés de otro o eventualmente el propio para decirse después de aceptar».

Supuestos concretos de aceptación tácita lo constituyen: ostentar ante la Administración el título de heredero (STS de 18 de junio de 1900), venta de bienes hereditarios (STS de 6 de junio de 1920), otorgamiento de escrituras de apoderamiento (STS de 23 de abril de 1928), interposición de reclamaciones o demandas (SSTS de 7 de enero de 1942 y 13 de marzo de 1952), gestiones sobre bienes hereditarios (STS de 23 de mayo de 1955), pago con bienes hereditarios de una deuda de la herencia (STS de 16 de junio de 1961), ejercicio de acciones relativas a los bienes relictos (STS de 14 de marzo de 1978), cobro de créditos hereditarios (STS de 15 de junio de 1982), instar ante servicios oficiales la calificación de ganancial de la finca discutida (STS de 20 de noviembre de 1991), impugnación de la validez del testamento de la causante en el que excluía al demandante de la herencia (STS de 24 de noviembre de 1992), ejercicio de la dirección del negocio que había sido del causante (STS de 12 de julio de 1992), entre otros.

La DGRN también se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre esta particular cuestión. Una de ellas ha sido con ocasión de la Resolución de 11 de diciembre de 1998 en donde al interpretar el artículo 999 CC ha establecido que «los actos dispositivos sobre bienes que aparecen registrados a favor del causante pueden ser directamente inscritos sin necesidad de previa partición hereditaria siempre que aparezcan otorgados por quienes acrediten ser todos los llamados a su herencia y conste su aceptación expresa o derive ésta, por ley, del propio acto dispositivo cuya inscripción se cuestiona, si bien habría de hacerse constar en la inscripción las transmisiones realizadas». (STS de 27 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En el año 1987 la entidad *Central Lechera Segoviana, S.A.*, formula demanda de reclamación de cantidad contra don Pedro G.B. y don Pedro María G.G. procedimiento del que derivó la condena solidaria de los demandados a pagar la cantidad de ocho millones de pesetas. Durante la tramitación de la apelación fallece don Pedro G.B. sin haber comparecido los herederos en su lugar, mientras que don Pedro María G.G. es absuelto, por lo que la condena queda reducida a los herederos del demandado fallecido no personados en la alzada. La sentencia fue ejecutada contra don Pedro María G.G., por lo que éste formula demanda contra sus hermanas y coherederas, doña M.^a Teresa G.G. y doña M.^a Begoña G.G., solicitando se les condene al pago de los ocho millones más intereses legales y gastos. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda formulada por don Pedro María G.G. y la condena de las demandadas al pago de la cantidad. La sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia estima el recurso de apelación formulado por las demandadas y revocando la sentencia del Juzgado las absolvió en la instancia. Don Pedro M.^a G.G. interpone recurso de casación, que fue desestimado.

NOTA.—Se entiende aceptada tácitamente una herencia cuando el llamado lleva a cabo un acto que «revele sin duda alguna que el agente quería aceptar la herencia» (STS de 12 de julio de 1996). Por lo tanto, no implican aceptación de la herencia aquellos actos que no revelan la intención inequívoca de asumir la cualidad de heredero y adir la herencia (STS de 27 de junio de 2000). La actitud de las demandadas en el pleito se reduce a la incomparecencia en el mismo, por lo tanto su actitud, lejos de revelar su condición de herederas, revela una voluntad inequívoca de no aceptar su llamamiento hereditario, pues «no puede derivarse semejante intención de omisiones o circunstancias negativas» (SSTS de 17 de febrero de 1905, 12 de febrero de 1916 y 27 de junio de 2000). Distinto hubiese sido el caso contrario en el que las recurridas hubiesen comparecido, pues esta actitud sí es considerada como acto que revela la voluntad de ser heredero. (M. F. N. C.)

71. Comunidad postganancial.—Tras la disolución *ipso iure* de una comunidad ganancial no liquidada por el fallecimiento de uno de los esposos, el patrimonio que antes integraba la misma entra a formar parte de una comunidad postganancial. Aunque se configura ésta como una comunidad de tipo romano, pro indiviso, regida por los artículos 392 y ss. CC, la cuota que representa la titularidad ostentada sobre la misma no recae sobre cada cosa que forma parte de ella sino sobre el conjunto de la misma. Es ésta una cuestión sobre la que se ha consolidado la jurisprudencia, entre otras, en la STS de 23 de diciembre de 1993 al establecer que se trata de «una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial cotitularidad ordinaria en donde cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial, pero no una cuota sobre cada uno de los bienes». En idéntico sentido se han pronunciado las SSTS de 23 de diciembre de 1992, 28 de septiembre de 1993, 14 de marzo de 1994, 26 de abril de 1997, 28 de septiembre de 1998 o la propia resolución anotada.

Legado de cosa ganancial.—Mientras esté vigente la sociedad de gananciales cada uno de los cónyuges puede disponer *mortis causa*, como herencia o como legado, de la parte de gananciales que le correspondan al disolverse la comunidad, es decir, la mitad de los gananciales. En este sentido dispone el Código civil la eficacia de tales disposiciones cuando dichos bienes son adjudicados al testador. No obstante, puede ocurrir que al hacer uso de esta facultad el disponente disponga de bienes que, finalmente, no le son adjudicados. El artículo 1380 CC se encarga de resolver las cuestiones que plantean las disposiciones testamentarias de bienes gananciales concretos adjudicados al cónyuge no disponente. En tal caso y ante la imposibilidad de entregar el bien legado se entiende que lo legado es el valor del mismo al tiempo del fallecimiento del testador (STS de 2 de marzo de 1972 y SAP de Zaragoza de 12 de enero de 1994). El mencionado precepto trata de conjugar los principios de las normas sobre los legados testamentarios a las características de la sociedad de gananciales excluyendo la posibilidad de acudir a la sanción de invalidez prevista en el artículo 878.1 CC (STS de 29 de septiembre de 1998).

Legado de cosa postganancial.—Nos encontramos ante el supuesto en el que el cónyuge sobreviviente dispone sobre bienes de la comunidad no liquidada. Esta posibilidad se ha planteado en determinadas sentencias del TS sin que se haya obtenido una línea unánime de admisibilidad. Así, mientras la STS de 2 de marzo de 1973 admite la validez del legado que recae sobre un

bien del patrimonio postganancial, siempre y cuando no se perjudiquen derechos legitimarios, otro grupo de sentencias, entre las que se encuentran las SSTs de 3 de marzo de 1980, 5 de junio de 1985 o 7 de diciembre de 1988, rechazan la aplicabilidad del artículo 1380 CC sobre la base de que el testador no puede incluir en la partición de sus bienes aquellos que no son de su pertenencia exclusiva.

Analogía.—Tradicionalmente en tratados y manuales se ha entendido que la analogía es una técnica de interpretación de normas e integración del ordenamiento cuyo recurso viene motivado por la constatación de una laguna legal a la que hay que dar solución. Se inicia entonces la búsqueda de supuestos legales semejantes y, una vez localizados, se procede a un juicio de identidad de razón entre el supuesto no regulado y el supuesto legal. Desde un análisis jurisprudencial la institución de la analogía se revela más bien como una técnica de selección de la norma aplicable en relación a supuestos que no están específicamente contemplados por ningún precepto, pero que son potencialmente subsumibles en varios. «Es la equidad, la búsqueda de una solución justa el verdadero motor impulsor de la analogía cuyo fin último es tratar de justificar la aplicación de normas cuya consecuencia jurídica proyectada sobre el supuesto a enjuiciar ofrece resultados apropiados» (STS de 13 de mayo de 1983). (STS de 11 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Durante la vigencia del matrimonio formado por doña Carmen S. y don Eugenio R. era el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales al que estaba sometido el patrimonio común de ambos. Matrimonio y comunidad quedaron disueltos, pero no liquidada la sociedad, por la muerte de la esposa en 1984, habiendo nombrado heredero universal al hijo único del matrimonio, don Eugenio R.S. En 1985 el esposo otorgó testamento instituyendo heredero universal al referido descendiente y atribuyendo el legado de una finca que había formado parte de la comunidad ganancial a su sobrino don Juan Antonio M. R. El testador falleció en 1987. Don Eugenio R. S. formula demanda solicitando la nulidad del legado al que califica de legado de cosa ajena por recaer en un bien ganancial. Por su parte, el demandado formula reconvencción solicitando la entrega del legado. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de nulidad del legado condenando al heredero a la entrega de la finca legada. La Audiencia mantiene la validez del legado y revoca la estimación de la reconvencción. El TS confirma la validez del legado por aplicación analógica del artículo 1380 CC.

NOTA.—En la comunidad postganancial el testador sigue siendo titular de una cuota en esta comunidad y al disponer *mortis causa* de un bien en concreto puede interpretarse como legado a cargo de dicha cuota. En este caso, un sector doctrinal, entiende aplicable lo que dispone el artículo 1380 CC siempre que a la muerte del testador persista esta indivisión. En contra Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, quienes consideran que el mencionado precepto contempla el legado hecho en vida de ambos cónyuges, no el dispuesto por el sobreviviente sobre bienes de la comunidad no liquidada. Si la liquidación de la sociedad ganancial tiene lugar tras la muerte del disponente y la cosa legada se adjudica a su herencia, el legatario tiene derecho a la totalidad de la misma. Si se adjudica a los herederos

ros de su cónyuge, el legatario percibirá su valor. Si resulta que los herederos del cónyuge premuerto y partícipes de la antigua masa ganancial son a la vez herederos del testador, puede entenderse que el legado debe ser cumplido *in natura*, ya que no supondrá dificultad alguna la adjudicación del bien legado a la herencia del testador. (M. F. N. C.)

DERECHO MERCANTIL

72. Competencia desleal. Inexistencia.—El artículo 33 de la Ley de Propiedad Intelectual, si bien es imperativo en el mantenimiento del precio fijo que con carácter general establece para la venta de libros normales al por menor para el público, introduce también excepciones muy precisas a esa exigencia —día del libro, ferias nacionales, congresos o exposiciones— que, por lo mismo y ser de ámbito general en tales supuestos, no la desvirtúan ya que dicha exigencia de respeto al precio fijo no enconsertará el principio de libre competencia siempre que dicho precio se flexibilice sobre factores diferentes como cuida establecer el preámbulo del Real Decreto 484/1990, de 30 de marzo, sobre precio de venta al público de libros para pasar a señalar una serie de excepciones que después se inician en su artículo 1 consignando con carácter general e incondicionada la posibilidad de oscilación de precios entre el margen del 100% hasta el del 95% sobre el fijo establecido para vender, sin perjuicio de las demás variaciones permitidas para otros supuestos, que aquí no vienen al caso, en su artículo 3.

Estos descuentos que expresa la norma habrán de entenderse en el significado usual de la palabra como rebaja en el importe del precio fijado con el consiguiente beneficio dinerario del porcentaje en que se fije el descuento para el comprador que, en tales supuestos, no ha de desembolsar la porción rebajada del precio y es en este marco dinerario como establece la norma la permisividad al tiempo que fija los límites dentro de los que, sin más condicionamientos, lealmente puede competirse.

Ahora bien, como ya se ha anticipado, el Real Decreto no cierra el paso a otras posibilidades de competencia que no implican violación de la expuesta normativa. Su preámbulo dispone que «por otra parte, el precio fijo permitirá que la competencia entre establecimientos detallistas de distinto tamaño se establezca sobre factores diferentes al precio», lo cual concuerda con la no prohibición contenida en el artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal cuando las ventajas a obtener se desvinculan de cualquier compromiso ulterior y con la permisividad del artículo 9 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya que en ambos supuestos se partiría, como aquí ha ocurrido, de que el precio del libro vendido ha de desembolsarse íntegramente y la ventaja que puede generar la adquisición así realizada inevitablemente —fuera de ella no existe posibilidad legal de compra— es únicamente el recibo de un obsequio que se materializará en un objeto concreto. En el caso aquí contemplado, en el objeto a comprar cuyo precio coincida con el valor de los puntos regalados al adquirir el libro o en la porción de su mayor valor, según lo que se compre en el mismo establecimiento.

Dentro de estos parámetros considera la sentencia ajustada a la norma la forma de vender los libros de texto con premio, como hizo la recurrente, que no comporta ventaja infractora de ley, ni sería significativa, como exigencia

que resulta *a contrario sensu* del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta.

Inexistencia de fraude de ley.—Como dice la S de 23 de enero de 1999, con las demás que la misma recoge, incluida la del TC de 6 de abril de 1988, «son requisitos esenciales del fraude de ley y fraude procesal: *a)* que el acto o actos cuestionados sean contrarios al fin práctico que la norma defraudada persigue y supongan, en consecuencia, su violación efectiva; *b)* que la norma en la que el acto pretende apoyarse (de cobertura) no vaya dirigida, expresa y directamente, a protegerlo, bien por no constituir el supuesto normal, bien por ser el referido un medio de vulneración de otras normas, bien por ir dirigido a perjudicar a otros, y *c)* manifestación notoria e inequívoca de la producción de un resultado contrario o prohibido por otra norma tenida como fundamental en la regulación de la materia», exigiendo una clara prueba de haberse obtenido un resultado contrario al querido por el ordenamiento jurídico, utilizando deliberadamente una norma para llegar a tal resultado.

Entiende la Sala que ninguno de estos presupuestos se ha producido en la actividad que motiva la demanda rectora, pues asentada ésta en una competencia desleal todas y cada una de las disposiciones a que se acoge aquella actividad atajan su posibilidad estableciendo unos parámetros de ineludible cumplimiento y en función de ellos unas posibilidades que todo aquel conjunto de normas respeta concediendo derechos que no nacen de disposiciones dispares y sí de normas armónicas que anticipa, como ya se ha señalado, el preámbulo del Real Decreto 484/1990 y desarrolla después, sin desdeñar el texto —el del respeto al precio fijo del que nada cabe descontar dentro de los escasos márgenes de rebaja que el Real Decreto dispone—, la Ley 3/1991 sin distinción de objetos comerciales y, por lo mismo, sin excluir aquellos que justifican el Real Decreto, con lo cual ninguna norma se elude desde otra por lo que el ejercicio de la actividad que ambas completan no supone más que el legítimo ejercicio de un derecho que hace inaplicable la prevención del artículo 6.4 CC, llevando a la estimación de este tercer motivo de recurso. (STS de 31 de marzo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad recurrente, en establecimiento de los de gran superficie que tiene en Lugo, realizó una campaña de promoción y venta de libros de texto al inicio del curso escolar del año 1993 mediante la entrega a los compradores de unos vales-punto por el 25% del valor de los libros adquiridos —punto que se corresponde a peseta— canjeables al hacer compras de otros productos, que no de libros, en el mismo centro comercial.

Se formula demanda por la Asociación Provincial de Librerías y Papelerías de la provincia de Lugo, calificando aquella actividad de competencia desleal, cuando no realizada en fraude de ley o de mala fe al menos, por indirectamente infractora de la normativa vigente concretada en la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de marzo de 1975 y en el Real Decreto 484/1990, de 30 de marzo, partiendo siempre de lo previsto en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuyo artículo 5 especifica que «se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe» en la libre, si que también ordenada y controlada, concurrencia al mercado y en la protección de los intereses de los consumidores, generalizando en su artículo 15 la deslealtad a la consecución de ventaja significativa mediante la «infracción de

normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concursal».

La oferta y operación se han estimado ajustadas a la Ley en la primera instancia y prohibidas en apelación. El TS casa y anula la sentencia de la Audiencia, confirmando la dictada en primera instancia. (O. M. B.)

73. Los efectos económicos del artículo 63 de la Ley de Patentes no se producen automáticamente, se ha probar su realidad.—Dispone el artículo 63, apartado b), de la Ley de Patentes que el titular cuyo derecho de patente sea lesionado podrá, en especial, solicitar... b) la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. Y así se interpreta por el TS que el artículo 63 de dicha Ley no impone unos efectos económicos de la violación de una patente de modo automático, sino que se ha de probar su realidad. Lo cual es concorde con la doctrina jurisprudencial: con carácter general, la S de 26 de noviembre de 1999 expresa que la demostración de la existencia real de los daños y perjuicios no puede dejarse para la fase de ejecución de sentencia, aunque sí cabe deferir la fijación de la cuantía cuando no sea posible hacer la cuantificación en el pleito; con carácter particular relativo a la propiedad industrial, aunque no exactamente a la patente, la S de 21 de abril de 1992 dice que «... la jurisprudencia de esta Sala, cuyas principales declaraciones, en esta materia, se apoyan en que no puede condenarse a un resarcimiento de daños si éstos no se han probado, prueba que incumbe al acreedor reclamante de la indemnización», y añade que «la declaración y prueba de la existencia de los daños durante la litis no puede ser suplida por la remisión del problema a la fase de ejecución de sentencia...»; y con carácter concreto, relativo a las patentes, la S de 27 de julio de 1998 declara la procedencia de la indemnización, sin aplicar el artículo 63 de la Ley de Patentes, en un caso en que se había probado la comercialización de productos con lesión económica de la patente.

En definitiva, la sentencia recurrida no da base fáctica alguna que permita sustentar la consecuencia jurídica de indemnizar unos daños y perjuicios cuya realidad ni siquiera se ha planteado en la demanda y que no procede averiguar en ejecución de sentencia, por lo que ha infringido el artículo 63.b) de la Ley de Patentes.

Cuando se ordena un cese de actividad, un embargo, y la atribución de propiedad y publicación de sentencia se deben concretar los conceptos.—En efecto, respecto a la infracción de los apartados a), c), d), e) y f) del artículo 63 de la Ley de Patentes, que disponen que el titular del derecho a la patente lesionado podrá pedir la cesación de los actos que violen su derecho, el embargo de bienes producidos con violación de tal derecho y atribución en propiedad de los mismos a aquel titular, adopción de medidas y publicación de la sentencia, aplicó la sentencia de instancia automáticamente el artículo 63 y las decretó, salvo la del apartado e) consistente en adopción de medidas; las demás las acordó sin la más mínima justificación, argumentación o razonamiento. Y así, la sentencia no hace constar qué fabricación debe cesar, qué productos producidos deben ser embargados, ni cuál es la razón objetiva que justifica la publicación de la sentencia. Por tanto, cuando se ordena un cese de actividad, un embargo, y la atribución de propiedad y publicación de sentencia se deben concretar los conceptos y no dejar para la ejecución de sentencia la clarificación de los mínimos elementos, como si de un nuevo proceso se tratara. (STS de 5 de abril de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado núm. 10 de Barcelona se interpone demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía solicitando se declare la nulidad de las inscripciones en el Registro de la Propiedad Industrial de determinadas patentes de invención, así como se cese en la fabricación iniciada y se proceda al embargo de los objetos producidos, con indemnización de daños y perjuicios ocasionados, publicación de la sentencia condenatoria y pago de las costas que el procedimiento ocasione. Se desestima íntegramente la demanda en primera instancia tras lo cual se interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que estimando el recurso de apelación revoca la sentencia dictada en primera instancia. Se interpone recurso de casación ante el TS que declara haber lugar al recurso y, manteniendo la nulidad de las patentes, anula el resto de la sentencia en cuanto a la condena a la sociedad demandada. (A. I. H. O.)

74. Contrato de agencia. Normativa aplicable. Determinación de la fecha de extinción del mismo.—La DT de la Ley sobre el Contrato de Agencia (Ley 12/1992, de 27 de mayo), determina que «hasta el día 1 de enero de 1994 los preceptos de la presente Ley no serán de aplicación a los contratos de agencia celebrados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor».

Contrato de compraventa y de distribución en exclusiva. Deberes y obligaciones del agente.—Dentro del ámbito de los contratos de distribución en exclusiva, y en concreto de la distribución de automóviles, el agente se encuentra obligado con respecto a su concesionario a cumplir no sólo lo expresamente pactado entre ellos, sino todo aquello que se derive de su pertenencia a una concreta red de ámbito nacional. Se entienden, pues, incumplidos dichos deberes cuando el agente no respete su ámbito territorial de ventas asignado, no sólo porque así se pactó sino porque de no ser así también se afectarían los derechos concedidos a otro agente. De la misma manera, se entienden incumplidos los objetivos de financiación acordados con el concesionario cuando el agente no encauza la financiación de los vehículos a través de la organización y sistema establecidos por la empresa, sin que el agente pueda alegar que el adverbio «preferentemente», recogido en el contrato, no pueda interpretarse por el principal como «obligatoriamente», puesto que «con preferencia», equivalente a «preferentemente» según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa de manera preferente o principalmente, sin que el término en sí encierre ninguna oscuridad. Igualmente, se considera incumplimiento contractual la no asistencia a las reuniones periódicas convocadas por el concesionario, la remisión periódica del resultado del taller a la empresa concesionaria y la incorporación del demandante como agente de «Mercedes Benz».

Indemnización del agente en caso de resolución unilateral. Indemnización por clientela e indemnización por daños y perjuicios.—El derecho del agente a percibir de su principal una indemnización compensatoria, a la que el artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de Agencia, denomina indemnización por clientela, para aquellos supuestos en los que se tenga lugar la extinción del contrato, requiere que, como resultado de la actividad desplegada por el agente durante el tiempo de vigencia del contrato, se haya producido «la aportación de nuevos clientes al empresario o el incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente». Dicha indemnización es compatible con la indemnización de daños y perjuicios

regulada en el artículo 30 del citado texto legal. Sin embargo, el agente no tendrá derecho ni a una ni a otra cuando incurra en algunos de los supuestos regulados en el artículo 30 y, en concreto, cuando el empresario hubiese extinguido el contrato «por causa de incumplimiento por parte del agente de las obligaciones legales o contractuales que le incumbían», como sucede en el caso que nos ocupa.

Doctrina de los actos propios.—El acto propio contra el que no puede ir válidamente aquel que lo realiza es el llevado a efecto «con ánimo de producir una consecuencia jurídica, pero han de ser “los trascendentales”, de los que no cabe regresar contradiciéndose por vincular a quien lo realiza a un estado o situación que por su proyección más allá del ámbito unilateral es inalterable» (FD 4.º y SSTs de 11 de octubre de 1966 y 12 de abril de 1993). Por dicho motivo no puede reputarse acto propio los que no dan lugar a derechos y obligaciones (SSTs de 9 de febrero de 1962, 16 de junio y 5 de octubre de 1984, 23 de junio, 25 de septiembre y 5 de octubre de 1987, 25 de enero, 4 y 10 de mayo de 1989, 20 de febrero de 1990 y 10 de junio de 1994). (STS de 13 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *AIO, S.A.*, había celebrado con *H y L, S.A.*, y *Fabricación de Automóviles R de España (FASA)*, un contrato de agencia en virtud del cual *AIO, S.A.*, se comprometía a desarrollar la actividad de venta de vehículos en un determinado ámbito territorial, así como al cumplimiento de ciertos deberes como agente perteneciente a una concreta Red de venta de automóviles. Tras el incumplimiento manifiesto de los mismos, así como de la cláusula contractual de limitación territorial, *H y L* notificó por conducto notarial a la *AIO, S.A.*, el anuncio de la extinción unilateral del contrato por expiración del tiempo convenido, sin la oposición de *FASA*. La empresa *AIO, S.A.*, promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra *H y L, S.A.*, y *FASA* sobre reclamación de cantidad en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados por la parte demanda como consecuencia del incumplimiento de contrato de agencia y la rescisión unilateral del mismo. La parte demandada formuló demanda reconvenzional solicitando la condena de la parte demandante al pago de la suma de 5.703.499 pesetas, por los mismos conceptos. Estimada la demanda en primera instancia, y desestimada la reconvencción, *H y L, S.A.*, y *FASA* fueron condenadas solidariamente al pago de 3.902.816 pesetas. Interpuesto recurso de apelación por todas las partes litigantes, éste fue estimado parcialmente, absolviendo a *H y L, S.A.*, y a *FASA* de la pretensión formulada, y a *AIO, S.A.*, de la reconvencción. La representación legal de *AIO, S.A.*, interpuso recurso de casación alegando inaplicación de los artículos 1.4 y 1288 CC, así como de la jurisprudencia relativa a los contratos de compraventa y distribución en exclusivas. El TS desestimó el recurso.

NOTA.—Aunque carecemos de suficientes datos que nos permitan determinar con exactitud las fechas de inicio y término del contrato de agencia celebrado entre el agente y la empresa concesionaria de automóviles, por las fechas referidas en la sentencia podemos determinar que ciertamente es un contrato celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la ley (la primera notificación del principal efectuada por conducto notarial es de fecha 27 de noviembre

de 1991), y cuya expiración tuvo lugar con anterioridad al 1 de enero de 1994. Sin embargo, el TS entiende que tanto la DT de la Ley del Contrato de Agencia como el artículo 22 de la Directiva 86/653/CEE no son aplicables al caso por haberse producido un incumplimiento contractual del agente conforme al artículo 30.a) de la LCA, cuando, quizás, dicho texto legal no resulte aplicable al caso. Mayor dificultad supone al fijación de la fecha de finalización. (R. D. O.)

75. La tercería de mejor derecho.—Según se manifestó la Sala de lo Civil del TS en la S de 4 de julio de 1989, la llamada tercería de mejor derecho «... es una de las dos que se contemplan dentro de la Sección 3.ª “De las tercerías”, Título XV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en la actualidad, Secciones 2.ª y 4.ª, Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero), y, por tanto, como un proceso intercalado dentro de “juicio ejecutivo” que al estar superpuesto a un precedente juicio ejecutivo que es el principal, no tiende, en puridad técnica, a un pronunciamiento autónomo por completo desgajado de lo hasta entonces acontecido en aquel proceso, sino que, al contrario, aspira la consecución de una decisión judicial que conectada con el trámite del principal, del tal forma le afecte que convulsione lo hasta entonces en él resuelto; así, si es de mejor dominio, la decisión supondrá el mantenimiento o alzamiento de la medida cautelar del embargo decretado de las cosas en el juicio ejecutivo, mientras que si lo es de mejor derecho, la orden de reintegrar el crédito del actor tercerista con preferencia —si se estima la acción— al del ejecutante y a expensas del importe de la venta de los bienes embargados al ejecutado, con lo que, se quiere decir, subrayando esa colateralidad (el propio legislador en su art. 1534.1 califica con acierto expresional de “incidencia” a las tercerías respecto al juicio ejecutivo, cuyo curso no se suspenderá a consecuencia de las mismas, habiendo al punto expuesto la S de esta Sala de 20 de junio de 1986 que la tercería... no es un procedimiento autónomo sino la incidencia de una ejecución abierta y en trámite, determinando siempre una oposición a diligencias de juicio ejecutivo en marcha y, por tanto, una incidencia del mismo), que, exclusivamente, la pretensión liberatoria del embargo de la cosa en la primera dualidad, o la corrección de esta medida procesal más que la atribución del derecho de propiedad es lo que se persigue en este juicio de tercería, según S de 11 de abril de 1988 y el reintegro o cobro del crédito en la segunda, frente a las medidas ya adoptadas en el juicio ejecutivo a favor del ejecutante pueden y deben ser objeto de debate en las citadas tercerías».

La pugna entre las llamadas pólizas de préstamo y las pólizas de crédito.—Dice el TS que respecto a la diatriba entre las llamadas pólizas de préstamo y pólizas de crédito, se expresa que la preferencia para deshacer la concurrencia de créditos entre el del actor tercerista y el del ejecutante habrá de fundarse en los criterios marcados por los artículos del Código civil que desarrollan el Título XVII, «De la concurrencia y prelación de créditos», artículos 1911 y siguientes, bien por el carácter o bienes sobre que recaen, bien por la fecha de su constitución o antigüedad; en síntesis, que, por lo demás, enmarca el problema del litigio, ya que en el recurso se pretende demostrar la equivocación del juzgador, pues viene a sostener que el crédito recurrente es preferente al del ejecutante codemandado que es de fecha posterior, y, al punto, se afirma que «... como es sabido y pone de relieve, entre otras muchas, la sentencia de este Tribunal de 21 de septiembre de 1984, al expresar que en

los casos de créditos documentados mediante “póliza” no es la fecha de ésta la que hay que tener en cuenta para determinar la prelación del crédito (lo que sí acontece en la concesión o constitución de una póliza de préstamo en lo que, en efecto, realmente se percibe por el prestatario o deudor desde ya la suma convenida), sino la de fijación fehaciente del saldo exigible, lo cual no es sino ratificar una verdad mayúscula y elemental en torno a la completa configuración de todo derecho de crédito, para lo que no basta con su nacimiento, sino que precisa que el mismo sea exigible por haber vencido, por lo que sólo ante ese vencimiento e impago, tras su exigibilidad es cuando deviene la tutela legal y judicial correspondiente...».

Así, el crédito del tercerista, aun cuando está amparado inicialmente en una llamada póliza de préstamo, sin embargo, no sólo porque *ab initio* de tal póliza no tiene por qué efectivamente, obtenerse que, constituye un auténtico préstamo y ello, con independencia de que el calificativo que las partes le hayan dado sea éste, en un impreso propio de un contrato de adhesión, sino porque, incluso, partiendo de ese *nomen*, habrá que estar a las circunstancias de concesión de ese supuesto préstamo y, las distintas vicisitudes sobre su posible reintegro a los fines de calificar, si efectivamente, la fecha prevalente a los efectos de la tercería es la de suscripción de la póliza, o bien, la correspondiente al crédito que tenga el tercerista, cuando efectivamente, este sea líquido y exigible, esto es, si ello proviene de una liquidación previa, determinante del saldo exigible. Y a este respecto, tal y como declara el TS en S de 21 de septiembre de 1984, «... no se puede concluir, como pretende la parte recurrente, que las pólizas de préstamo no precisan de declaración alguna sobre la liquidez porque la tienen, ya que, como es sabido, no todo préstamo es líquido *per se*, sino tan sólo aquellos préstamos bancarios que arrojen a su vencimiento una cantidad indiscutiblemente líquida». (STS de 29 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Planteado juicio de menor cuantía sobre tercería de mejor derecho ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao, dictó sentencia el Juzgado desestimando la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones de la demanda de la actora e imponiendo a ésta las costas del procedimiento. Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, que desestimando el recurso de apelación confirma la resolución apelada, con expresa imposición de costas al apelante. Se formaliza recurso de casación ante el TS, que declarando no haber lugar al recurso condena a la parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido. (A. I. H. O.)

76. Pago de talones nulos: responsabilidad del banco.—El artículo 106 de la Ley Cambiaria y del Cheque determina los requisitos que debe contener el cheque, y en su apartado 6 se refiere como uno de ellos a la firma de quien expide dicho título; y el artículo 107 dispone que el documento no se considera cheque si carece de alguno de los presupuestos indicados en el artículo precedente, por lo que, en este caso, habida cuenta de que la empleada de la empresa presentó al cobro y consiguió hacer efectivos distintos y numerosos talones en los cuales la firma del apoderado de la empresa no aparece manuscrita sino estampillada, y que no se había pactado entre la citada empresa y el banco, ni se permitió en ningún momento por aquélla a la entidad bancaria el

dar por buena y como auténtica otra firma que no fuera la manuscrita por el mencionado apoderado, es evidente que el banco ha abonado como válidos cheque nulos.

Concurrencia de culpas: negligencia del titular de la cuenta corriente.—Cuando el titular de la cuenta corriente ha sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiese procedido con culpa, los Tribunales pueden moderar la responsabilidad del banco y reducir en proporción su obligación resarcitoria mediante el reparto del daño con el titular de la cuenta, situación que puede apreciarse de oficio (SS de 7 de junio de 1991, 18 de octubre de 1992 y 18 de julio de 1995). (**STS de 17 de mayo de 2000**; ha lugar en parte.)

NOTA.—La cuantía reclamada al banco se aproxima a los treinta y un millones de pesetas; el Juzgado de Primera Instancia otorga casi trece millones y medio, rechazándose luego la apelación. El recurso de casación se estima parcialmente, elevándose la cuantía de la indemnización, aunque rebajándose en algo más de cinco millones la reclamación inicial. Se ha estimado, por tanto, la concurrencia de culpas, si bien la del titular del talonario puede considerarse leve, pues su cuantificación viene a representar aproximadamente la sexta parte del monto total de la reclamación. Resulta difícilmente comprensible que durante un lapso de tiempo superior a dos años, la persona que ejercía funciones de secretaria de la dirección de la empresa pudiera hacer efectivos gran número de cheques aprovechándose de la estampilla de la firma del apoderado de la empresa, sin que ello se advirtiera ni en la entidad bancaria ni tampoco en la contabilidad de la empresa. La indicada concurrencia de culpas parece clara, aunque, evidentemente, resulta ser de mayor intensidad la concurrente en el banco, por lo que la solución casacional, estimando parcialmente el recurso parece razonable. (*G. G. C.*)

77. Posible apreciación de oficio de la falta de litisconsorcio pasivo necesario sin incurrir en incongruencia.—Es reiteradísima la jurisprudencia creadora de la figura del litisconsorcio pasivo necesario concibiéndola como un presupuesto procesal imprescindible —por tender a evitar la posibilidad de sentencias contradictorias en procedimientos distintos sobre el mismo objeto litigioso y a que nadie pueda ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio— que, exigiendo la presencia en el proceso de cuantos han de venir a él al ser afectados por la resolución que le ponga fin, pone en los Tribunales el cuidado de apreciar de oficio su falta, sin necesidad de ser alegada como excepción, con el efecto inherente a esa apreciación cual es el de la desestimación de la demanda en la instancia.

Cuando la apreciación de que no se ha producido la necesaria concurrencia de aquellos potencialmente afectados es estimada independientemente de toda alegación de parte, el ejercicio de tal facultad por el juzgador no lleva a estimar que su resolución ha incidido en incongruencia, pues la cuestión así sobrevenida no entra en las disponibilidades procesales de parte y habría de conducir, en definitiva, a la desestimación de la demanda en la medida correspondiente a la aplicación a sus hechos de la norma que para ellos considera procedente en orden a los sujetos del proceso, concluyendo en un pronunciamiento absolutorio que, aunque constreñido por esa circunstancia, siempre

respetará la exigencia de aquel artículo 359, sin perjuicio de lo acertado o no de tal decisión.

Reclamación por el Estado de los depósitos constituidos en Caja de Ahorros y abandonados por inacción de sus titulares durante veinte años. Son propiedad del Estado reclamante.—El Real Decreto-Ley del Ministerio de Hacienda de 24 de enero de 1928 disponía en su artículo 1 que «se declaran bienes abandonados por su dueño, y como tales pertenecientes al Estado, los valores o metálico que se hallen constituidos en depósito, tanto voluntario como necesario, en bancos, banqueros, sociedades de crédito y toda clase de entidades privadas que no sean de carácter benéfico» intocados en el plazo de veinte años por los interesados en los mismos, y en su artículo 3 disponía lo mismo respecto de «los saldos de cuentas corrientes abiertas en los establecimientos y entidades» anteriormente indicadas, siendo expresamente derogados estos preceptos por la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977.

En el intermedio se había promulgado el Real Decreto-Ley del Ministerio de Trabajo de 21 de noviembre de 1929 sobre Régimen de ahorro popular, Estatuto Especial para las Cajas Generales de Ahorro Popular, venía a disponer en este ámbito la misma presunción de abandono que el anterior; pero el último párrafo de su artículo 54 establecía que «el importe de las libretas o cuentas de ahorro que se declaren caducados se aplicará, en su totalidad, a la realización de obras sociales, culturales y benéficas por las propias Cajas».

Respecto de este Real Decreto-Ley, ni la Ley General Presupuestaria de 1977 ni la de 1988 dispusieron su derogación expresa y en las mismas, a diferencia del anterior, pasó en silencio. No obstante este silencio, el artículo 29.2 de dichas Leyes Presupuestarias, igual en ambas, estableció que «son bienes abandonados por su titular, y como tales pertenecientes al Estado, los valores, dinero y demás bienes muebles constituidos en depósito, voluntario o necesario, en toda clase de sociedades de crédito o entidades financieras, respecto de los cuales, y en el plazo de veinte años, no se haya practicado gestión alguna por los interesados que impliquen el ejercicio de su derecho de propiedad. Este mismo régimen es aplicable a los saldos de cuentas corrientes abiertas en los referidos establecimientos o entidades».

El problema podría persistir a causa de la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro —entidades de crédito y financieras, o no, a que se refieren literalmente esas disposiciones— cuestión que ha resuelto afirmativamente, tras un minucioso estudio a través de los tiempos, la S de la Sala de lo contencioso-administrativo de este Tribunal de 22 de julio de 1999, y demás que en ellas se citan, recogiendo la verdadera naturaleza de aquéllas a través de sus actividades competenciales, por lo que dice: «su carácter benéfico-social no les priva de su naturaleza crediticia y financiera»; para concluir que las considera así, de acuerdo con la Directiva 77/80 de 12 de diciembre, el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, de Adaptación del Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Económicas Europeas. Así lo entendió también la S de esta Sala de lo Civil de 8 de mayo de 1999 recogiendo la del TC de 22 de marzo de 1988, por lo que, desde esta plural concepción, ha de entenderse que las Cajas de Ahorro están comprendidas en la disposición del citado artículo 29.2 de la Ley General Presupuestaria de 1977, tanto como en el de la propia Ley de 1988, que por incompatibilidad de disposiciones ha derogado el artículo 54 del Real Decreto-Ley de 21 de noviembre de 1929.

A la vista de esta normativa, la sentencia confirma la de primera instancia que establece que los valores, dinero y bienes muebles constituidos en depó-

sito en las oficinas, sucursales y agencias de la Caja de Ahorros demandada, y los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro y cuentas análogas igualmente abiertas en ellas —que han de estimarse abandonadas en cuanto sus titulares o interesados no han practicado gestión alguna sobre ellas, que presuponga ejercicio de su derecho de propiedad, en un plazo de veinte años— pertenecen al Estado por ministerio de la ley como bienes abandonados que son en aras de aquellas circunstancias de pasividad, siquiera en esta atribución ha de fijarse una fecha de partida en el cómputo de aquellos veinte años y sus consecuencias, fecha que no puede ser otra que la entrada en vigor de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977. (STS de 21 de marzo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Por el Abogado del Estado se promovió acción reivindicatoria contra Caja de Ahorros de Asturias suplicando al Juzgado se «dicte en su día sentencia por la que: *a*) se declare que son propiedad del Estado los valores, dinero y bienes muebles constituidos en depósitos en las oficinas, sucursales y agencias de la Caja de Ahorros de Asturias y los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro y cuentas análogas abiertas en las mismas que hubieran incurrido en abandono por no haberse practicado gestión alguna por sus titulares que implique el ejercicio de su derecho de propiedad en un plazo de veinte años, y *b*) asimismo, y como consecuencia de lo anterior, que se condene a la Caja de Ahorros de Asturias a entregar al Estado las correspondientes cantidades, valores y bienes que, en su caso, se determinarán en ejecución de sentencia, con imposición de costas a la demandada». La sentencia de primera instancia estima la demanda, siendo revocada por la Audiencia Provincial. El TS casa y anula la sentencia de la Audiencia Provincial, confirmando la de primera instancia. (A. G. B.)

78. Culpa extracontractual: daños causados por cierre de empresa: extinción de contratos de trabajo: solicitud de quiebra voluntaria con base en balances inexactos.—Debe estimarse probada la acción culpable al acordar la solicitud de quiebra voluntaria, demandando del Juzgado competente la declaración formal del estado de quiebra voluntaria, pues el acuerdo no fue adoptado con la diligencia media exigible, habiendo transcurrido sólo un plazo de veintidós días desde el fallecimiento del anterior empresario, que no es suficiente para efectuar un plan serio de viabilidad de la empresa y determinar de forma expresa el estado real de la misma; por lo que dicha rapidez más parece venir determinada con la finalidad de cerrar la empresa lo antes posible que por una situación real de insolvencia y sobreseimiento general en el pago de las obligaciones. En el balance utilizado se hacen constar créditos absolutamente infundados y sin justificación documental ni contable; pero el origen viciado de dichos créditos fue determinante para la existencia de diferencia entre el activo y el pasivo; tampoco se ha justificado, ni intentado probar, la existencia del sobreseimiento general de pago de obligaciones que requiere el artículo 874 CCO. Por todo ello se dio lugar a una aparente situación de desbalance que propició la declaración de quiebra voluntaria, seguida del cierre de la empresa, por los actores, que inmediatamente solicitaron de la autoridad laboral la extinción de los contratos de trabajo concertados.

Suspensión de pagos con carácter alternativo.—La conducta seguida por los demandados no responde a la que debe observar un ordenado comerciante al aportar un balance deliberadamente inexacto, optando por acudir a la quiebra voluntaria cuando la situación real de la empresa les debería haber impelido a solicitar una suspensión de pagos. (STS de 17 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Acertado y minucioso análisis del *factum* encaminado a aislar unas conductas empresariales, frecuentes entre nosotros en la década de los ochenta, encaminada a utilizar los mecanismos legales de un juicio universal en provecho propio y simultáneo perjuicio de terceros (especialmente, de los obreros de la empresa en dificultad). Acertada valoración de las conductas y sentencia de aprobar (Pte. González Poveda), salvo en lo relativo a los casi veinte años transcurridos desde que se solicita la declaración voluntaria de quiebra hasta que se resuelve la acción indemnizatoria. (G. G. C.)

DERECHO PROCESAL

79. Responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados: normativa aplicable.—El artículo 903 LEC 1881 se encuentra dentro de una normativa de responsabilidad representada por el artículo 121 CE, y los artículos 16, 297 y 412 LOPJ 1985, que debe ser interpretada armónicamente; así, según las SSTS de 23 de septiembre de 1994, 10 de junio de 1995 y 6 de febrero de 1998, el artículo 422 LOPJ, al disponer que «los jueces y magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando en el desempeño de sus funciones incurrieren en dolo o culpa», no supone una diversidad ordenadora en relación con el artículo 903 LEC, pues la redacción de aquel precepto fue producto de una enmienda con finalidad de corrección técnica del proyecto de LOPJ, que se refería a *dolo, culpa grave o ignorancia inexcusable*, y en tal sentido fue aceptada por la ponencia, alegando que era una «simplificación en la redacción, no pretendiéndose en modo alguno una modificación legislativa», lo que se patentiza y corrobora con la subsistencia sin modificación alguna del artículo 903 LEC; con igual criterio, el artículo 296 LOPJ limita la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia a los daños causados por dolo o culpa grave de los jueces y magistrados. De la jurisprudencia de esta Sala se deduce que la exigencia de esta responsabilidad ha de descansar forzosamente en la actuación dolosa o culposa del juez o magistrado, que se capta cuando ha infringido una ley sustantiva o procesal, siempre que esté sancionada su infracción por la nulidad de la actuación o trámite correspondiente, calificada como de manifiesta para que sea cohonestable con la *voluntad negligente o la ignorancia inexcusable* a que alude el artículo 903 LEC, pues de otra suerte sólo podría conceptuarse como simple *error judicial o deficiente o anómalo funcionamiento de la administración de justicia*, en cuyo caso es el Estado y no el juez o el magistrado personalmente el que asume la responsabilidad inherente.

Requisitos.—La exigencia de esta responsabilidad descansa forzosamente en el cumplimiento de los siguientes requisitos: *a)* una actuación dolosa o culposa del juez o magistrado; *b)* infracción de las normas denominadas *rígidas* y no *flexibles*; *c)* perjuicio económico, evaluable e individualizado, con

demostración de la relación de causa a efecto entre la negligencia o ignorancia inexcusable y el daño económico, y *d*) el daño o perjuicio económico no debe poder ser reparado de otra forma.

Infracción del artículo 82 LH: valoración respectiva de la conducta de Magistrada-Juez que actúan por sustitución y prórroga de jurisdicción.—No parece correcto el auto que ordena la cancelación de una hipoteca sin que conste la total liquidación del crédito hipotecario que garantiza y prescindiendo del preceptivo consentimiento del acreedor hipotecario. Pero no puede menos de valorarse como leve la culpa de las dos demandadas; una de ellas, encargada de un Juzgado de Primera Instancia de la provincia, actúa para resolver un recurso de reposición contra el auto de la Magistrada-Juez de Vigo, actuando por sustitución en caso de jubilación, limitándose a confirmar la de su titular que consideraba con mayor preparación y competencia; y la segunda demandada actúa enmarcada también en otra sustitución y bajo la presión de trabajo producida por una prórroga de jurisdicción. Hay que enjuiciar ambas conductas, pero no cual si de una actuación única y aislada se tratase, sino en el contexto de llevanza de dos Juzgados con mucho trabajo. Desde esta perspectiva, y aun reconociendo que no fue correcta la resolución cancelatoria, no alcanza la calificación de grave. Por otra parte, el auto no era firme, y nada le hubiera costado al abogado del recurrente alertar al Registrador sobre dicho extremo, lo que hubiera suspendido la eficacia del mandamiento. Además, no está probada el estado de insolvencia de las demandadas en el juicio ejecutivo, ni tampoco que los perjuicios causados al recurrente sólo puedan cubrirse dirigiéndose contra el patrimonio de las juezas demandadas. (STS de 10 de mayo de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—En este recurso se resuelve recurso contra la sentencia dictada en única instancia por la Audiencia Provincial, confirmando la desestimación de la demanda de responsabilidad civil contra dos mujeres pertenecientes a la carrera judicial. Ha sido Ponente el Sr. Martínez-Pereda Rodríguez, en una prolija y minuciosa sentencia que sigue la tónica de recientes resoluciones cuya doctrina fundamental se mantiene. Esta sentencia declara que constituye una *falta leve* la infracción del artículo 82 LH, es decir, el hecho de ordenar la cancelación de una escritura de hipoteca sin la prueba del pago del crédito garantizado y sin el consentimiento del acreedor. Tal afirmación no sólo resulta capaz de conmover a los miles de opositores a notarías y registros de España, sino que hace tambalear nuestras convenciones hipotecarias más robustas. Debe añadirse inmediatamente: *a efectos de exigir responsabilidad civil a jueces y magistrados*. Pero esta relativización limitativa no se sabe bien qué alcance puede tener: por de pronto, uno obvio que se deriva de las circunstancias del caso; cuando se establece una sustitución o una prórroga de jurisdicción, échense a temblar los justiciables; hay apariencia de funcionamiento del servicio de justicia, pero las resoluciones que adopte el sustituto o el que desempeña la prórroga pueden adolecer de no pocos defectos (complejo de inferioridad de no enmendar la plana a otro juez o magistrado de mayor edad o prestigio; síndrome de «salir del paso», como sea, de la acumulación de trabajo etc.). Esta sentencia permite asomarnos a esos «episodios judiciales nacionales», no por bastante conocidos, no menos merecedores de incluirse en el *pacto por la justicia* que acaban de firmar los dos partidos mayoritarios. (G. G. C.)

80. Distribución de competencias en los casos de producción de daños a particulares por la Administración.—El conocimiento de las reclamaciones por lesiones sufridas por los particulares en sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos corresponde de manera exclusiva a la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud del artículo 3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, incluso cuando se demande también a particulares. La jurisdicción civil será competente para conocer de este tipo de reclamaciones únicamente cuando la conducta culposa sea extra-administrativa y desconectada del servicio público. (STS de 14 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—J.S.R. interpuso acción de indemnización de daños y perjuicios contra la *Empresa de Obras y Construcciones, S.A.* (empresa contratista), la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía y la Consejería de Política Territorial de la Junta de Andalucía. El actor alegaba la producción de daños en el edificio dedicado a restaurante-hostal durante el acto expropiatorio del terreno dedicado a aparcamiento de dicho local, tanto por la actuación de las máquinas de obra, como por el cierre del acceso al bar. La empresa contratista no se excedió de lo señalado en el proyecto ni de las órdenes recibidas. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pronunciamiento confirmado por la Audiencia Provincial. Las herederas del demandante interponen recurso de casación.

NOTA.—La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las reclamaciones de los particulares contra la Administración se encuentra recogida en el artículo 9.4 de la LO 6/98, de 13 de julio, del Poder Judicial, y en el artículo 2.e) de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. (B. F. G.)

81. Litisconsorcio pasivo necesario. Inexistencia.—Según deriva de reiterada jurisprudencia, la figura de creación jurisprudencial del litisconsorcio pasivo necesario tiende a evitar, por una vertiente, que puedan resultar afectados directamente por una resolución judicial quienes no fueron oídos en juicio, e impedir, por otra, la posibilidad de sentencias contradictorias, no es menos cierto que únicamente debe entrar en juego y producir sus efectos con respecto a aquellas personas que verdaderamente hubieran tenido intervención en la relación contractual o jurídica objeto del litigio, o, dicho en otras palabras, que la justificación más importante de dicha figura ha de buscarse en la situación jurídico-material controvertida en el pleito, con prevención de todos los interesados en ella, únicos que pueden ser estimados como litisconsorcios pasivos necesarios, pues los que no fueron partes en el contrato carecen de interés legítimo sobre las obligaciones que constituyen su objeto, puesto que nada tienen que defender y, consiguientemente, no hay razón alguna para llamarlos obligatoriamente al proceso, en el que no puede recaer pronunciamiento condenatorio que les afecte de modo directo, para lo que habría de seguirse nuevo litigio y con diferentes partes. Conforme a esta doctrina, en este caso no es posible considerar al Ayuntamiento como parte en el contrato, sino como otorgante de las licencias para construir; por tanto, no se puede estimar la pretensión de entender como parte afectada en el cumplimiento contractual a dicho Ayuntamiento.

Jurisdicción civil y jurisdicción contencioso administrativa.—En el presente caso, la constatación de la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario, ya que el Ayuntamiento no puede ser considerado como parte de la relación contractual, lleva necesariamente a proclamar la jurisdicción civil. Además, con carácter general hay que tener en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre la denominada «peregrinación de jurisdicciones», principio de economía procesal y la vis atractiva de la jurisdicción civil, según la calificada doctrinalmente como «vinculación más fuerte». (STS de 10 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Las comunidades de propietarios de los edificios integrantes del Conjunto Urbanístico Port Cristal, demandan a la sociedad mercantil *Port Cristal, S.A.*, solicitando que termine las obras que constituyan la totalidad del complejo urbanístico en todos los elementos proyectados, zonas comunes y cerramiento, así como la terminación de las obras del paseo marítimo, a cuya construcción se condicionó la licencia de obras concedida por el Ayuntamiento y la dotación de vertidos, bien realizando la conexión a la depuradora existente o bien construyendo una nueva si ello es necesario. Por último, la comunidad de propietarios solicita que la mercantil construya los edificios proyectados y no construidos, que forman parte del complejo según el proyecto original, o bien que desista de su construcción y se reasigne la participación de los edificios existentes en elementos comunes. También son demandados, subsidiariamente, los arquitectos. Tanto en primera instancia como en apelación se acogen todas las peticiones de la comunidad de propietarios y se condena a la mercantil. (M. C. P. A.)

82. Invocación de documentos de carácter judicial en casación: no procede.—La alegación de quebrantamiento de forma en documentos como la contestación a la demanda, los escritos de las partes de proposición de prueba, el escrito de resumen de pruebas y otros de carácter judicial no puede prosperar en casación ya que no reúnen el carácter de documentos *strictu sensu* a efectos casacionales.

Procedimiento de tercería: naturaleza y relación jurídico procesal.—El proceso de tercería tiene una naturaleza incidental: no es autónomo, sino que se encuentra superpuesto al procedimiento principal constituido por el precedente juicio ejecutivo. Ello implica que la decisión judicial referente a la tercería va a influir en lo resuelto hasta ese momento en el trámite principal: en el caso de una tercería de mejor dominio supondrá el mantenimiento o el alzamiento de la medida cautelar del embargo de la cosa decretado en el juicio ejecutivo, y en el supuesto de tercería de mejor derecho, si ésta es estimada, se reintegrará el crédito del actor tercerista con preferencia al del ejecutante a expensas del importe de la venta de los bienes embargados al ejecutado. Se trata, por tanto, de una oposición a diligencias de juicio ejecutivo en marcha, por lo que la relación jurídica procesal sólo estará correctamente formada cuando se demande a todos los ejecutados. (STS de 16 de mayo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Exterior de España, S.A.*, formuló demanda de juicio ejecutivo de embargo contra R.G.S., contra los herederos de T.G.M., difunta esposa de aquél, contra M.J.G.C.H. y contra C.L., esposa de este último. Los bienes inmuebles objeto de la subasta y de la anotación preventiva de embargo figuraban inscritos a favor de R.G.S. y su difunta esposa, T.G.M. La *Caja de Ahorros* y

Monte de Piedad de Salamanca promovió juicio de menor cuantía contra el *Banco Exterior de España, S.A.*, y R.G.S. sobre tercería de mejor derecho de los bienes embargados en el ejecutivo instado por el citado Banco. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia confirmó dicho pronunciamiento.

NOTA.—La LEC 1/2000, de 7 de enero, regula en el artículo 600 los sujetos legitimados pasivamente en las tercerías. A diferencia de la redacción de la LEC de 1881 contenida en el artículo 1539, la normativa vigente no parece que exija al tercerista demandar necesariamente al ejecutado o ejecutados: en efecto, el citado artículo 600 LEC habla de litisconsorcio pasivo *voluntario*. Parece que mientras que el acreedor ejecutante debe ser siempre demandado, el ejecutado únicamente estará legitimado pasivamente de manera obligatoria cuando él mismo haya señalado el bien a embargar; en los demás casos el ejecutado, aun no habiendo sido demandado, tiene la posibilidad de participar en el proceso con los mismos derechos que las partes de la tercería, pero la relación jurídico-procesal no estará mal construida si no se le demanda. (B. F. G.)

83. Reclamación anticipada de cantidades retenidas en concepto de garantía de calidad de los trabajos. Viabilidad de acciones de condena de futuro.—La condena de futuro no es desconocida por la jurisprudencia civil (SSTS de 20 de mayo de 1982, 30 de junio de 1986 y 21 de febrero de 1989). Tampoco la doctrina constitucional ha desapoderado de legalidad estas condenas, al afirmar que mantener impagada la retención que ya cumplió la finalidad de garantía asignada en el contrato equivaldría a amparar una situación de posible encaje en el enriquecimiento injusto. Así las cosas, podrá decretarse excepcionalmente la condena de futuro en aquellos supuestos en los que el demandante, siendo acreedor «virtual» de la cantidad reclamada al tiempo de plantear la demanda, se convierte posteriormente en acreedor «efectivo» por transcurrir el plazo de garantía durante la tramitación del proceso, sin que el demandado hubiera demostrado haber hecho efectivas las garantías retenidas como le obligaban la buena fe y la lealtad del contrato, utilizando el proceso para no cumplir su obligación de devolver lo que se le reclama. (STS de 24 de junio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—En juicio declarativo de menor cuantía la subcontratista *Fondedile S.A.E* reclama anticipadamente las cantidades retenidas por el contratista —*Construcciones Lain, S.A.*— en concepto de garantía de calidad de los trabajos realizados (condena de futuro) por no existir hasta la fecha ningún defecto de los cubiertos por tal garantía. Se trata de una reclamación anticipada, puesto que al tiempo de presentación de la demanda, el plazo de garantía no había transcurrido; sin embargo, el citado plazo resulta vencido con anterioridad a la sentencia del Juzgado. La mercantil demandada contestó a la demanda y formuló reconvencción.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda y estimando parcialmente la demanda reconvenccional. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la mercantil demandada (absuelve al demandado de devolver la garantía reclamada) y desestima la adhesión al mismo realizada por la demandante. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por *Fondedile S.A.E*. (M. C. C. M.)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LIV, 2001

SUMARIO DEL FASCÍCULO IV, OCTUBRE-DICIEMBRE

	<u>Pág.</u>
Nota necrológica	
«Rodrigo Uría (1906-2001). En memoria del hombre de carne y hueso», por Aníbal SÁNCHEZ ANDRÉS	1341
Estudios monográficos	
Luis María DÍEZ-PICAZO: «Sobre la ciudadanía europea».....	1355
Luis MOISSET DE ESPANÉS: «La obligación y sus elementos esenciales en el Código civil paraguayo de 1986»	1371
María Dolores ARIAS DÍAZ: «El derecho de retención de inmuebles del usufructuario: el artículo 502 del Código civil»	1449
Carmen SÁNCHEZ HERNÁNDEZ: «Breves reflexiones sobre las adquisiciones <i>a non dominio</i> de inmuebles en el Ordenamiento alemán»	1555
Crónica de legislación y jurisprudencia comunitarias	
Por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ	1597
Bibliografía	
LIBROS	
GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso: «La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual», por Ignacio Garrote Fernández-Díez	1617
LAMARCA I MARQUÉS, Albert: «El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación», por Antoni Vaquer Aloy	1627
REVISTAS EXTRANJERAS	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Josep Maria BECH SERRAT, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, María Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA .	1631
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
SENTENCIAS, año 2000	
A cargo de: Encarna ROCA TRÍAS, Ramón CASAS VALLÉS. Colaboran: Susana ÁLVAREZ GARCÍA, Ramón CASAS VALLÉS, Isidoro GAR-	

CÍA SÁNCHEZ, Ana LATORRE ARMERO, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Mònica VILASAU SOLANA	1683
--	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

Carmen JEREZ DELGADO: «La entrega y las obligaciones del vendedor derivadas de la buena fe contractual: la segunda venta del inmueble por un mismo vendedor. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2000)»	1711
Máximo Juan PÉREZ GARCÍA: «El <i>derecho de acogimiento a la casa</i> y su oponibilidad a los terceros adquirentes. (Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 28 de noviembre de 2000)»	1723
Antonio José QUESADA SÁNCHEZ: «Sobre la causa y el error en el convenio transaccional: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2000»	1741

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: María del Carmen CRESPO MORA, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, Carmen JEREZ DELGADO, Javier LARENA BALDERRAÍN, Andrea MACÍA MORILLO, Óscar MONJE BALMASEDA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, María del Carmen PLANA ARNALDOS, Antonio José QUESADA SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ	1753
---	------

