

Introducción

SUMARIO .- 1.- EXPOSICIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL TEMA DE LA TESIS. 2. -PLAN DE LA OBRA. 3.- ESTADO DE LA CUESTIÓN: OBJETIVOS

*** 1. EXPOSICIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL TEMA DE LA TESIS.**

1.- Son numerosos los autores, sobre todo en la doctrina francesa¹, y algunos en la nuestra², los que afirman que existe un grupo de supuestos que presenta un número suficiente de rasgos comunes como para poder englobarlos en una institución autónoma: la acción directa.

En la exposición de la presente tesis se ha seguido el plan por el que me he conducido en la investigación y estudio del tema. El orden seguido en el planteamiento de éste trabajo ha sido consecuencia de dos hechos o datos que han condicionado mi actitud metodológica:

2.- En primer lugar, se ha partido del hecho de que en nuestro país son más bien escasos los estudios efectuados sobre la acción directa como institución dotada de autonomía propia³ por el contrario, esta figura si que

¹COZIAN, M: *L'action directe*, Paris, 1969, nº8; STARCK, B: «Action directe» en Encyclopédie Dalloz, 1970, nº 24, PLANQUEEL, A: *Contribution à l'étude des actions directes*, thèse, Lille, 1935, pág. 31. BENATTI: «Appunti in tema di azione diretta», *Riv.dir.proc.civ.*, 1964, nº 2, págs. 624 a 651.

²Vid. PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa en el Derecho español*, Madrid, 1.989, pág. 19. RODRÍGUEZ MORATA, F A.: *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, Madrid, 1.992, pág. 80 y LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos*, Barcelona 1994, págs 45 a 60 .

³Dos son las autores que han estudiado la acción directa con carácter general: PASQUAU LIAÑO (*La acción directa en el Derecho español, op. cit.*), que cataloga a la acción como una figura con personalidad propia, y dotada de un régimen jurídico propio y es el primer exponente en España de la superación de la denominada teoría legalista de este

ha sido objeto de tratamientos parciales, sobre todo en materia de contrato de seguro, donde la literatura al respecto es abundante. A diferencia de lo que sucede en nuestro país, si que es posible encontrar numerosas referencias al estudio de la acción directa, como institución con entidad propia, en la doctrina francesa⁴ y algunas referencias, más bien escasas, en

mecanismo. Asimismo LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos*, *op. cit.*, realiza un profundo estudio sobre esta institución, si bien el tema de su investigación se centra principalmente en la conexión entre contratos.

El resto de trabajos se refieren a modalidades concretas de acciones directas, entre las que destacan las relativas al art. 1597 del Código civil: DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., *Los créditos derivados del contrato de obra*, Madrid, 1.969 y RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, *op. cit.* En esta obra si bien en principio parece que el tema se encuentre acotado al estudio del art. 1.597 del CC, en realidad, tiene lugar un análisis a fondo de la acción directa como categoría general, adecuando a nuestro ordenamiento las diferentes teorías al respecto, mantenidas sobre todo por la doctrina francesa e italiana, y sobre todo siguiendo y ampliando la vía abierta en su día por PASQUAU LIAÑO.

Dentro de las obras dedicadas a la acción directa, en el ámbito del contrato de seguro destacan las siguientes: OLIVENCIA, M.: «La acción directa contra el asegurador. Subrogación y derecho de repetición », Ponencia nº 3, presentada en los *Coloquios sobre el seguro obligatorio de automóviles*, Madrid, sin paginar; SOTO NIETO, F.: *El seguro voluntario y el procedimiento penal*. Madrid, 1986. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa con el asegurador en el proceso civil*, Madrid, 1996; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980 y sus modificaciones* (dir. SÁNCHEZ CALERO), Pamplona, 1999; BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística*. Zaragoza, 2000.,

⁴La acción directa es un tema clásico en la doctrina francesa, DURANTON (*Traité des contrats et des obligations*, t.II, 1.819, p.34) fue el primero en intentar delimitar su originalidad. Numerosas obras especiales han sido consagradas a caballo de los siglos XIX y XX: sobre unas veintiséis tesis que tratan el tema aparecieron entre 1.892 y 1.928, de las cuales una de ellas, la de SOLUS, (*L'action directe et l'interpretation des articles 1753, 1798 et 1994 du Code civil*, th. Paris 1.914) destaca por su tentativa de comprensión de un mecanismo que asombra. Solus es uno de los últimos en negar la especificidad de la acción directa para desear su integración en la noción de enriquecimiento sin causa, con el fin de que sus principios generales dejen de ser objeto de burla. BÉZIN (*Etude sur la nature juridique de quelques actions directes*, th. Lille, 1897). al compararla con el régimen común de la acción oblicua pudo escribir: «Por oposición (a esta última) la acción directa no pertenece a los acreedores sino a título excepcional, y en virtud de una disposición legal». PLANCQUEEL, (*Contribution a l'etude des actions directes*, Lille, 1935) utiliza, sin contestarle, ese postulado para no interesarse en su tesis, nada más que de la búsqueda de los principios rectores que permitan fijar su modo de ejercicio de hecho, siendo el primero en distinguir entre acciones directas perfectas e imperfectas. COZIAN, (*L'action directe*, Paris, 1969), distingue entre las auténticas acciones directas en las que el origen es legal, de las «pseudo-acciones directas de fundamento convencional» que él ha descartado de su análisis. La acción directa se asimila únicamente a las acciones directas de pago. Su tesis es una teoría general de la acción directa que constituye una excepción legal al

la doctrina italiana⁵. La existencia de tal laguna en el panorama jurídico español, nos ha llevado al examen de los supuestos concretos de acción directa que se manifiestan en el ámbito del derecho privado, para ello se ha efectuado un análisis detallado de todas aquellas normas legales, sentencias o resoluciones que de algún modo aludieran y se refiriesen a cualquier supuesto de acción directa. Sólo tras realizar esta labor, de “disección” de cada una de las diferentes manifestaciones de la acción directa, hemos estado en situación de poder analizar los principios básicos de aplicación a la acción directa en general, los cuales inexcusablemente no pueden obtenerse sino a través de un método inductivo previo, examinando y considerando cada una de las diferentes manifestaciones de la acción directa; todo ello seguido de un proceso de generalización⁶.

3.- La primera manifestación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico no tiene lugar hasta la publicación del Código civil, desde entonces se han creado, tanto por vía legislativa como jurisprudencial, incluso doctrinal, nuevos tipos de acciones directas. La primera labor a realizar en

principio del efecto relativo de los contratos. Este autor no trata en absoluto de la naturaleza de la acción directa para, apoyándose en el estado de Derecho positivo, limitarse al estudio de la existencia y ejercicio del mecanismo que subyace en esta figura.

La superación de la teoría legalista de la acción directa tiene lugar con TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, Paris, 1.975; seguido por la obra de NÉRET, J. *Le sous-contrat*, Paris, 1979. Otras tesis de obligada referencia se deben a JAMIN, CH.: *La notion d'action directe*, París, 1.991 y a GHESTIN, J.: *Traité du Droit civil. Les effets du contrat*, Paris 1994. Finalmente la obra de BACACHE-GIBEILI, M.: *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, París, 1996, constituye el último gran esfuerzo para justificar la acción directa, si bien en este caso, mediante la rehabilitación de la doctrina de los grupos de contratos que vuelve a resurgir con fuerza con esta obra que supone una profunda revisión de la obra de Teyssié y Néret .

⁵Vid. BENATTI, «Appunti in tema di azione diretta», *Riv.dir.proc.civ.*, *op.cit.*, nº 2 y VECCHI, P.M.: *L'azione diretta*, Padova, 1990.

⁶Esta ha sido la metodología utilizada por la doctrina francesa que luego ha ido empleada en nuestra doctrina tanto por PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*; *op.cit.*, como por RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*; *op.cit.*, y LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.*

este trabajo será la de examinar⁷ esas nuevas formas o modalidades de manifestación de la acción directa en cada uno de aquellos campos o parcelas en los que se manifiesta⁸, para, desde ahí, junto con las anteriores aportaciones de la doctrina, intentar ordenar y elaborar una serie de principios básicos de este mecanismo jurídico que, a modo de Teoría general de la acción directa, sean de aplicación a cualquier nueva modalidad que la siempre cambiante realidad social nos pueda ofrecer. Para ello no haremos sino seguir los pasos de quienes durante todos estos años nos han ido despejando el camino.

*** 2.- PLAN DE LA OBRA**

4.- De acuerdo con los criterios expuestos, la presente tesis ha sido dividida en dos partes perfectamente diferenciadas: las manifestaciones de la acción directa en Derecho positivo, y la naturaleza y régimen jurídico de la acción directa.

5.- En la primera parte, se dedica el primer capítulo, «consideraciones preliminares», a establecer el estado de la cuestión del tema que nos ocupa, así como los objetivos que perseguimos. Para ello partiré un concepto de acción directa, sin perjuicio de su confirmación o reelaboración en la

⁷Vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1.985 pág. 25. Seguimos la línea metodológica que el insigne autor se plantea al tratar la definición del negocio jurídico: «Se requiere ante todo, delimitar aquella porción de la realidad social a la que se puede calificar de negocio jurídico (supuesto de hecho de la norma), y, después, averiguar el significado especial de la realidad jurídica que con él ha nacido (consecuencias o eficacia jurídica).

⁸La posibilidad de extraer soluciones desde cada una de las diferentes manifestaciones de la acción directa y construir con ellas una teoría general de la acción directa se encuentra con un serio obstáculo, que intentaremos salvar, de la prohibición de la aplicación del método analógico en las leyes especiales (art. 4.2 Cc), máxime cuando la acción directa que con más profundidad ha sido estudiada se encuentra en sede de ley especial, la acción directa *ex art 76 LCS*, aplicable a las diferentes modalidades de contrato de seguro de responsabilidad civil.

segunda parte de la tesis.

En el capítulo segundo, «antecedentes históricos», analizo el origen y evolución de esta figura, sobre todo en el Derecho francés, de donde aquella, como tantas otras, ha sido importada a nuestro país.

El resto de capítulos de la primera parte, se dedicará al estudio de las principales manifestaciones de la acción directa, en cada uno de aquellos sectores o parcelas de nuestro ordenamiento jurídico privado, en los que el fenómeno de la acción directa aparece confirmado por una reiterada aplicación y utilización en la vida práctica⁹. La realización de este estudio es necesaria, puesto que nos encontramos ante una noción cuyos contornos no siempre están bien delimitados, y es frecuente, que ante ciertos supuestos se dude si nos encontramos en presencia de una acción directa en sentido propio o ante una institución que se le parece¹⁰.

En los capítulos tercero a quinto se analizarán las denominadas acciones directas de pago. El capítulo tercero está dedicado a la acción directa de los obreros y suministradores contra el comitente (ex. Art. 1.597 Cc). En el capítulo cuarto se estudiarán las acciones directas en materia de arrendamientos, tales como la del arrendador contra el subarrendatario (ex. Arts. 1.551 y 1.552 Cc), asimismo serán objeto de estudio las acciones directas de las leyes especiales de Arrendamientos Urbanos. El capítulo quinto está dedicado a la acción directa del mandante contra el sustituto del mandatario (ex. Art. 1.722 Cc).

⁹Habida cuenta la gran multitud de manifestaciones de esta figura, hace que sea impensable un estudio pormenorizado de todas y cada una de las diferentes acciones directas, de ahí que acotemos nuestro trabajo única y exclusivamente al Derecho privado y dentro del mismo estudiemos a fondo únicamente las manifestaciones más representativas.

¹⁰Vid. PONSARD, A., en el prólogo la obra de COZIAN, *L'action directe..op.cit.*, pág. XIV.

Las denominadas acciones directas de garantía las contemplamos en los artículos sexto y séptimo. El capítulo sexto, «las acciones directas de garantía», está dedicado a las acciones directas *ex art.* 1591 del Código civil, y a las contempladas en la Ley de Ordenación de la Edificación. En el capítulo séptimo contempla la responsabilidad directa del fabricante por los daños causados por productos defectuosos.

Los capítulos octavo y noveno están dedicados a las acciones directas que se manifiestan en el ámbito de grupos de contratos heterogéneos. El capítulo octavo está dedicado a los créditos al consumo y el noveno a la acción directa en el seno de la operación de leasing.

Finalmente el capítulo décimo se ocupa de las acciones directas del Derecho de Seguros de Responsabilidad Civil, en especial la contemplada en el art. 76 de L.C.S así como las contempladas en los supuestos de Seguros Obligatorios

6.- La segunda parte de esta tesis se divide en dos capítulos. El capítulo primero está dedicado a la naturaleza, fundamento y función de la figura estudiada. Se va a poner especial énfasis a la noción de grupos de contratos o contratos conexos, que a nuestro entender constituye el fundamento último de la gran mayoría de acciones directas y que aun a pesar de haber sufrido un grave revés en de la jurisprudencia francesa, ha vuelto a ser recuperado por la doctrina¹¹. Finalmente, en el capítulo segundo

¹¹El recurso a la noción de los grupos de contratos como fundamento de la acción directa sufrió un grave revés cuando la Asamblea Plenaria de la *Cour de Cassation*, en su resolución de 12 de julio de 1991 -l'arrêt Besse-(J.C.P., 1991, II, 21743) rechaza la teoría de los grupos de contratos en materia de responsabilidad civil. No obstante, esta teoría ha sido revisada y puesta al día por BACACHE-GIBEILI (*La relativité des conventions et les groupes de contrats, ..op. cit.*) superando los inconvenientes teóricos que motivaron su rechazo por la Asamblea Plenaria.

se estudiará el régimen jurídico de la figura, así como de todos aquellos principios comunes que presiden su ejercicio.

*** 3.- ESTADO DE LA CUESTIÓN: OBJETIVOS**

7.- La finalidad de esta tesis, no es otra que continuar la brecha, que otros autores han ido abriendo dentro de la teoría de la acción directa; con la puesta al día de los estudios que nos han precedido, pretendemos aportar nuestro grano de arena para consolidar esta teoría y para ello es necesario replantearnos el fundamento, naturaleza y régimen jurídico de esta figura. De forma más concreta nos planteamos los siguientes objetivos:

8.- 1º.- Confirmar o desmentir, en su caso, la existencia de una teoría general de la acción directa, en definitiva se trata de ver si la acción directa, a semejanza de lo que sucede con el contrato, puede ser entendida como un *supraconcepto* (oberbegriff) o concepto superior comprensivo de aquellos otros sobre los que se establece y de los que toma lo que de común tienen entre sí, siendo aplicable a los más diversos y variados campos jurídicos¹². Por ello, se ha dicho que el supraconcepto es una abstracción de abstracciones, en cuanto que con la enunciación del supraconcepto se culmina un proceso metodológico de abstracción inductiva cuya etapa anterior reside, por así decirlo, en la elaboración de los distintos conceptos jurídicos que, como queda dicho, se han formulado a su vez inductivamente partiendo de situaciones iniciales concretas.

9.- 2º.- Con relación al fundamento de esta categoría jurídica, a la vista de las últimas manifestaciones legales, jurisprudenciales y doctrinales, si es posible continuar basándolo en su origen exclusivamente legal, o si por el

¹²LÓPEZ VILAS, R.: *El subcontrato*, Madrid, 1.973, pág. 77 y ss.

contrario esta concepción ha sido definitivamente superada por la tesis de los grupos de contratos. De ser así habrá que confirmar, si es posible continuar aplicando la extensión analógica de la acción directa a supuestos no previstos expresamente por la ley; asimismo pretendemos confirmar, en su caso, el pleno asentamiento de esta teoría en el Derecho español o si por el contrario se encuentra en pugna con alguna otra nueva teoría como ya ha sucedido en Francia¹³.

10.- Finalmente se prestará atención a toda una serie de cuestiones, que si bien podríamos calificar de menores, sin embargo todavía no están cerradas por la doctrina:

a) Si las denominadas acciones directas en pago por la doctrina francesa y acciones directas en garantía tienen la misma naturaleza jurídica y en su caso que repercusión tiene esto en su régimen jurídico y en cuanto a su admisibilidad *praeter legem*.

b) Analizar las acciones directas de responsabilidad, en especial respecto del criterio de distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual. En particular, si dentro de la expresión «*relación preexistente*» que utiliza frecuentemente el Tribunal Supremo, puede considerarse la conexión de los contratos en que ambos (acreedor y subdeudor) son parte, y, en consecuencia, la acción directa de responsabilidad tiene naturaleza contractual, y por tanto admite la misma calificación de acción directa como las típicas.

c) Dentro del régimen jurídico de la acción, hay varios supuestos en los que la doctrina no es pacífica:

- si la responsabilidad del subdeudor es subsidiaria o solidaria, tal como se manifiesta el Tribunal Supremo en la mayoría de sus

¹³Este sería el caso de la teoría GHESTIN, (*Traité du Droit civil. Les effets du contrat, op.cit.*) que sin negar la validez de la noción de los grupos de contratos para explicar la

manifestaciones, y si dentro del segundo caso hemos de hablar de una solidaridad propia o impropia.

- la necesidad o no de constituir previamente en mora al deudor intermedio, o si existe situación de litisconsorcio pasivo necesario entre ambos, etc.

- si la reclamación extrajudicial al subdeudor lo constituye o no en mora, es decir, si es posible el ejercicio extrajudicial de la acción directa.

- el elenco de excepciones oponibles por el subdeudor, con especial atención a las cláusulas incorporadas a contratos de adhesión (entre acreedor y deudor intermedio y éste con el subdeudor).

11.- En cuanto al ámbito de aplicación se plantea el problema de aplicación de la acción directa, fuera de los supuestos legales, en todos los supuestos de subcontratación: no sólo en la construcción, sino también en el transporte, distribución en exclusiva, publicidad, etc. Así como las posibilidades de utilización de la acción directa en el marco de los grupos de contratos.

Introducción

PRIMERA PARTE

Las manifestaciones de la acción directa en Derecho positivo

Capítulo I.- Consideraciones preliminares

Capítulo I

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

SUMARIO.- 1. A.- EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO: ACCIÓN O DERECHO. 1.B.- EL CONCEPTO DE ACCIÓN DIRECTA. 1.C.- LA INDISCRIMINADA UTILIZACIÓN DE LA EXPRESIÓN ACCIÓN DIRECTA. 1. D.- LA NECESIDAD DE UN CONCEPTO DE ACCIÓN DIRECTA.

1.A.- EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO: ACCIÓN O DERECHO.

12.- Una de las mayores dificultades que se le plantean al investigador para delimitar la noción de acción directa proviene de la ambigüedad e imprecisión de la terminología empleada¹. En principio el tenor literal de la expresión acción directa induce a pensar que nos encontremos ante una pretensión procesal que se otorga al titular de la acción directa, en el mismo sentido en que podríamos hablar de acción subrogatoria o acción revocatoria². Esta falta de claridad es la que provocó que en nuestro país,

¹COZIAN, M.: *L'action directe*, op. cit., nº 22, pág, 15. En nuestro derecho también se hace eco de la dificultad del término REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa con el asegurador...*, op. cit., pág. 49; SÁNCHEZ CALERO, F.(*Ley de Contrato de Seguro.op.cit.*, pág. 1218) que al referirse a la acción directa del art. 76 de la LCS, nos dice que la terminología de la ley parece confundir el derecho con la acción, cuando lo que ha hecho es reconocer un derecho subjetivo material propio y, en consecuencia la posibilidad de acudir al proceso alegando esa titularidad jurídica.

² GARRIGUES, J .(*Contrato de seguro terrestre*. 2ª Ed. Madrid, 1.982, pág. 428.) ya advierte, si bien al referirse a la acción directa en el ámbito del seguro obligatorio del automóvil, que: «la expresión acción directa ha de tomarse, no en su estricto sentido procesal de acción (como se habla de acción subrogatoria), sino en sentido material, como ejercicio de un derecho de crédito propio del perjudicado contra el asegurador». En sentido parecido se manifiesta SÁNCHEZ CALERO, F.,al comentar el art 76 LCS. en

con ocasión del reconocimiento legal de la acción directa del artículo 42 de la Ley del Automóvil de 1962, la doctrina se plantease si aquella acción directa constituía un supuesto de derecho propio o material, o si por el contrario se trataba de una acción en sentido formal³.

13.- La elección de una u otra postura, es de trascendental importancia puesto que condiciona totalmente el régimen de ejercicio del mecanismo que nos ocupa.

14.- El considerar la acción en sentido formal, considerándola como la posibilidad de provocar el ejercicio de la actividad jurisdiccional, significaría que esta sería la expresión del ejercicio de un derecho ajeno, es decir que podríamos encontrarnos ante un supuesto de sustitución procesal⁴.

En cambio, el considerarla en sentido sustancial, supone atribuir al titular de la acción directa un derecho sustantivo, propio, provisto de acción, que provocará entre otros efectos, el que pueda ejercitarse tanto judicial como extrajudicialmente⁵

(*Ley de Contrato de Seguro, op.cit.*, pág. 1218) para quien no puede considerarse que la acción directa trate de otorgar al perjudicado una simple pretensión procesal ya que tras ella se encuentra un derecho sustantivo o básico de su titular.

³BAILLO Y MORALES-ARCE, *La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística, op.cit.*, pág. 34.

⁴BAILLO Y MORALES-ARCE, *op.cit.*, págs. 35, 36 y 37: La acción subrogatoria del art. 1111 CC permite que el titular de la misma pueda utilizar, en su propio beneficio un derecho del que es titular otra persona. De donde se deduce que en este tipo de acciones procesales el titular de las mismas no tiene porqué ser titular del derecho subjetivo ejercitado. De modo que considerar la acción directa desde un punto de vista formal supondría considerarla como un tipo de especial de acción subrogatoria, lo que supondría que nos encontraríamos frente a una particular forma de sucesión por parte del acreedor directo. De modo que el titular de la acción directa estaría actuando, no *iure proprio* sino *iuribus debitoris*.

⁵PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*; *op. cit.*, pág. 80; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*; *op.cit.*, pág.81.

El primero de estos autores nos dice que la acción directa tiene naturaleza de derecho subjetivo directo, con vida fuera de los tribunales y que no se trata de una técnica procesal de alteración de las normas comunes de legitimación.

15.- La doctrina ante la disyuntiva de optar por el carácter meramente procesal de la acción directa o por la condición de derecho sustantivo de su titular, se ha inclinado finalmente, de forma mayoritaria por esta última posibilidad⁶

16.- La imprecisión del término acción directa, tiene una explicación de carácter histórico, puesto que la misma data de una época, la de la escuela francesa de la exégesis, de principios de siglo XIX, en la que se confundían los términos derecho y acción⁷, de ahí que hoy en día la utilización de la expresión acción directa no tiene porqué prejuzgar su contenido jurídico-procesal. Desde aquella época, la acción directa está mal denominada y puesto que se define como un derecho excepcional concedido a un acreedor contra el deudor de su deudor, sería preferible utilizar la expresión «derecho directo⁸», ya que permitiría distinguir entre el derecho propio del acreedor directo y la acción directa que sería la puesta en marcha de ese derecho propio; algún autor ha considerado la necesidad de ajustar todavía más el concepto y habla de «derecho de acción directa⁹». No obstante, la

⁶La mayor parte de la doctrina afirma su carácter de derecho subjetivo. Vid. OLIVENCIA RUIZ, M.: «La acción directa contra el asegurador. Subrogación y derecho de repetición», Ponencia nº3 presentada en Coloquios sobre el Seguro Obligatorio de Automóviles, SEAIDA, Madrid, 1.963. pág. 9; GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro terrestre*. 2ª Ed. Madrid, 1.982, pág. 390 y 428; .PASQUAU LIAÑO, *La acción directa ...; op. cit.*, págs 14 y 15; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...; op.cit.*, pág. 81; REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador en el proceso civil*. Madrid, 1996, pág. 50 y SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980 y sus modificaciones* (dir. SÁNCHEZ CALERO), Pamplona, 1999, pág. 1218.

Mantiene su carácter procesal DE ÁNGEL YÁGUEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra*, *op. cit.*, págs.70 y ss. .

⁷COZIAN, *L'action directe*, *op. cit.*, nº 22, pág. 16.

⁸En ese sentido se manifiesta COZIAN, en *ibidem*, nº 22, postura que es compartida por PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...., op.cit.*, pág. 15.

⁹La expresión «derecho a la acción directa» se debe a PLANCQUEEL (vid. *Contribution à l'étude des actions directes*, *op.cit.*, pag. 54) en respuesta frente a quienes solamente veían en la acción directa un mecanismo procesal y no la facultad de un derecho de crédito propio. La conveniencia de utilizar esta expresión en nuestro derecho ha sido

doctrina, aún a pesar de realizar estas precisiones terminológicas continua utilizando el término acción directa, habida cuenta de la dificultad que entraña el querer corregir una terminología harto incorrecta¹⁰, pero consagrada por su uso constante¹¹.

17.- Otra dificultad añadida a la anterior proviene del hecho de que la expresión acción directa, en su sentido más lógico, significa que se puede ejercitar directamente contra otros *terceros* sin pasar por el deudor intermedio¹². Pero, desde este punto de vista, resulta que la mayoría de las acciones son acciones directas, puesto que todo sujeto está por principio habilitado a ejercitar sus derechos por si mismo, sin autorización ni interposición de un tercero¹³. Para definir la acción directa hay que pensar en oponerla a la acción subrogatoria u oblicua, del art. 1.111 del Código civil¹⁴. En esta última figura el acreedor se dirige contra el deudor de su

puesta de relieve por RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...;op.cit.*, pág. 103.

¹⁰Al respecto ya dijo SOLUS, (*L'action directe et l'interpretation des articles 1753, 1798 et 1994 du Code civil*, th. Paris 1.914), «si es verdad que la oscuridad de algunas palabras crece desde el principio con los múltiples usos que se hace de ellas, no hay sino que asombrarse de la imprecisión actual de la expresión «acción directa».

¹¹PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...., op.cit.*,pág. 15. SÁNCHEZ CALERO, F.(*Ley de Contrato de Seguro.op.cit.*, pág. 1218) señala que el art. 76 de LCS al referirse a la acción directa, ha utilizado una terminología imprecisa, pero que puede justificarse por apego a ella.

¹²COZIAN, *L'action directe*, Paris, 1.968, nº 23.

¹³BAILLO Y MORALES-ARCE, *op.cit.*, pág.47: estima que tan « directa » es la acción directa la acción que ejercita el vendedor contra el comprador reclamándole el pago de la cosa vendida, como la acción aquiliana que ejercita el perjudicado no tercero contra el responsable del daño *ex art.* 1902.

¹⁴La doctrina coincide a la hora de contraponer la acción directa con la acción subrogatoria, incluso hay quien estima que la denominación acción directa proviene de oponerla de la acción subrogatoria a la que también se ha denominado acción indirecta u oblicua. En este sentido ATAZ LÓPEZ (*Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*, Madrid, 1988, pág. 63) dice que: «De hecho algunos autores denominan a la acción subrogatoria “acción indirecta”, precisamente para contraponerla a las acciones directas.»; y de forma casi coincidente SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro.,op.cit.*, pág. 1211, dice que «La acción subrogatoria, llamada también indirecta u oblicua, dio origen a la expresión acción directa, terminología acuñada primero por la propia jurisprudencia y recogida luego por la ley.»

deudor, tomándole prestada, a este último, su condición jurídica para ejercer el derecho del que éste parece desinteresarse. Se opone así la acción subrogatoria frente a la acción directa en que el acreedor intenta ejercer el derecho del deudor principal en su propio nombre y condicionado por los límites de su deudor. Pero la acción directa así entendida no añade sino una falsa impresión, puesto, que salvo la excepción del art. 1.111, toda acción es directa.

18.- Por ello es necesario entender de otro modo la antítesis acción directa-acción indirecta. Hay que partir del dato de que en el supuesto del art. 1.111, el acreedor sólo se aprovecha indirectamente de su iniciativa¹⁵, puesto que hace reentrar el resultado del derecho del que se aprovecha en el patrimonio de su deudor y allí debe repartir el producto de su acción con los otros acreedores de su deudor, es decir que su intervención no le confiere en absoluto una situación privilegiada. Sin embargo, al acreedor directo se le dispensa de ese rodeo, y puede dirigirse en su propio nombre contra el subdeudor y beneficiarse en exclusiva de su acción, puesto que el beneficio de la misma entra en su propio patrimonio, con la consecuencia de no tener que repartirlo con los otros acreedores de su deudor. Es en este último supuesto cuando nos encontramos ante un acción directa; esta actúa a modo de favor o privilegio con relación a los otros acreedores que no tienen a su disposición sino la acción oblicua con todos los inconvenientes que ella comporta¹⁶. La acción directa, en ese caso, es una denominación

¹⁵COZIAN, *op. cit.*, pág. 2, nº3, dice que: «Existen casos en los que un crédito, queda sustraído del derecho de garantía general, y se encuentra afectado a la garantía de un sólo acreedor que, técnicamente, no dispone de un privilegio. La acción directa responde a esta hipótesis: permite a un acreedor interceptar un crédito de su deudor y atribuirse su valor a título exclusivo». A título de ejemplo cita el caso del arrendatario, que en virtud el artículo 1753 del *Code* (art. 1551 del C.C.), puede dirigirse en pago contra el subarrendatario del inmueble que él ha arrendado: de este modo se apropia en su beneficio exclusivo del montante de los alquileres debidos al arrendatario principal.

¹⁶El que la acción directa funcione a modo de privilegio no significa en absoluto que se le pueda equiparar al mismo. Así nos manifestamos en la segunda parte de esta obra al comparar la acción directa con otras figuras clásicas del Código civil.

necesaria y designa una situación a la vez excepcional y privilegiada en relación a quien utiliza la acción indirecta u oblicua del Código civil .

1.B.- EL CONCEPTO DE ACCIÓN DIRECTA.

19.- En el plan de exposición de la obra se ha mencionado el propósito de estudiar los diferentes tipos de acciones directas, para luego tratar de encontrar los rasgos comunes a todas ellas para así contribuir a la elaboración de la teoría general de la acción directa. Esta ardua tarea no puede realizarse sin formular previamente un concepto de acción directa¹⁷

Se impone a la doctrina dilucidar la acción directa, despojándola de su carácter extraño, integrándola en el ordenamiento jurídico. Los elementos de una teoría general, de una síntesis coherente, se encuentran diseminados en nuestro derecho; es necesario reagruparlos, coordinarlos y construir un edificio de bases sólidas», que actuando a modo de patrón, nos permita *a priori* bien calificar una determinada figura como acción directa o bien rechazarla si podemos encontrarle encaje en otra figura jurídica¹⁸.

20.- Esta forma de actuar, partiendo de la formulación de un concepto genérico de acción directa ofrece una serie de riesgos, puesto que como se ha advertido previamente, la doctrina se encuentra dividida en dos sectores aparentemente irreconciliables: los defensores de la concepción legalista de la acción directa, como institución cerrada que sólo puede tener un origen

¹⁷ Señala COZIAN, *op.cit.*, pág. 8, nº 15 que : «La incertidumbre que pesa sobre su noción, la incertidumbre misma de algunos de sus resultados constituyen un grave *handicap* para su desarrollo armonioso.

Ciertas acciones directas son mal conocidas; los justiciables no piensan invocarlas o no osan hacerlo; los jueces vacilan en ver otra cosa que no sean medidas particulares que es necesario que tratar separadamente.

¹⁸ Este el método seguido por PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...; op. cit.*, págs. 18 y ss.

exclusivamente legal¹⁹, y los partidarios de la teoría de los grupos de contratos^{20, 21} de la acción directa e incluso los partidarios de lo que se podría denominar teoría contractualista²².

21.- No obstante la dificultad para encontrar la unidad conceptual de esta figura, la mayoría de la doctrina ha venido definiendo la acción directa como: «aquella que permite a un acreedor, a la inversa de la acción oblicua, perseguir en su nombre y en su propio derecho, a los terceros deudores de su deudor^{23 24}». Coinciden la mayoría de los autores en que su puesta en

¹⁹La limitación del ámbito de operatividad de la acción directa, únicamente a los supuestos legalmente previstos obedece al obstáculo insalvable de la relatividad contractual. En este sentido se manifiestan LÓPEZ VILAS, R.: *El subcontrato...*; *op.cit.*, pág. 317; BENATTI, *op. cit.*, págs. 625 y ss; GONZÁLEZ PACKANOWSKA, I.: en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. ALBALADEJO Y DÍEZ ALABART), t.XVII, vol.1º-A, Madrid, 1993, pág. 365.

²⁰Según esta teoría cabe la posibilidad de acciones directas «atípicas» o desprovistas de un fundamento legal expreso, para ello fundamentan esta figura en la denominada «conexión funcional» de relaciones jurídicamente independientes pero integrantes de una misma operación económica. En nuestro país son partidarios de la misma PASQUAU LIAÑO, *La acción directa..op.cit.*, págs. 104 y 120; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*; *op.cit.*, págs. 128 a 131. y LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.*, págs. 226 y 227.

Esta tesis tiene su origen en Francia, los defensores de la creación jurisprudencial de la acción directa son al mismo tiempo los primeros representantes de la teoría de los grupos de contratos, entre los que cabe citar a TEYSSIE. (*Les groupes de contrats*, 1975) y a NERÉT, J (*Le sous-contrat*, 1979, págs. 270 y 217), en Italia tenemos el caso de VECCHI, P.M.: *L'azione diretta*, Padova, 1990, pág. 234

²¹La expresión « teoría doctrinal de la acción directa », la podemos encontrar en GHESTIN, *op. cit.*, nº 729, pág. 790.

²²Defiende el carácter contractual de la acción directa, si bien referida exclusivamente a la contemplada en el art. 76LCS, CALZADA CONDE, M.A.: (*El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Madrid, 1983, pág. 383.)

²³JAMIN, *La notion d'action directe*, *op.cit.*, nº1, pág.1.

²⁴No obstante, esa definición consensuada de acción directa, vamos a tomar como punto de partida en nuestro estudio, nos parece mucho más adecuada, por toda la serie de razones que iremos analizando a lo largo de esta obra, la propuesta por PASQUAU LIAÑO, «Comentario a la STS 9 junio 1989; Legitimación activa del promotor para ejercitar la acción de responsabilidad por ruina de la obra contra el contratista », Revista de la Universidad de Granada, nº. 15, pág. 106, 1998: La acción directa es una: «Acción contractual que pone en contacto a dos grupos de personas que, no siendo contratantes entre sí, forman parte de un mismo grupo de contratos o, si se quiere, de dos relaciones jurídicas conexas, integrantes de una misma relación económica, ajustando así la

funcionamiento choca con los principios de relatividad contractual y de la igualdad de los acreedores. En efecto, su titular tiene preferencia sobre los acreedores de su deudor al perseguir directamente el pago de su crédito en el patrimonio del deudor de éste último (subdeudor), aún a pesar de que éste no está unido por ningún vínculo jurídico con aquél.

Hay varias razones que hacen que la acción directa, quede como un procedimiento misterioso, mal definido; como un cuerpo extraño que nuestro ordenamiento jurídico tiene dificultad para absorber²⁵:

22.- En primer lugar, la acción directa, en comparación con otras figuras jurídicas, es de creación relativamente reciente. En el Derecho romano si bien se empleaba a menudo la expresión acción directa, se hacía en un sentido diferente al que lo hacemos hoy día²⁶. En Francia, ni los jurisconsultos del *ancien droit*, ni los redactores del Código civil, se preocuparon de las acciones directas: la noción era desconocida en la época. Carecemos, por lo tanto, de precedentes de base histórica y esta es una primera dificultad de la acción directa.

23.- Una segunda dificultad, se encuentra en su origen jurisprudencial. La teoría de la acción directa se obtiene por la doctrina francesa sobre la base de textos oscuros e imprecisos²⁷ y, posteriormente fue aplicada por la

legitimación jurídico-formal a los verdaderos interesados económicamente y, en suma, evitando una cadena de acciones entre todos los eslabones de la cadena de contratos ».

²⁵COZIAN, *op. cit.*, nº 4, pág. 3.

²⁶ Vid., *supra* pág. 73, los distintos significados de la expresión acción directa en Derecho romano.

²⁷En nuestro país las acciones directas clásicas del Código civil, cuyos precedentes se encuentran en el *Code*, también están recogidas en textos que podríamos denominar oscuros ya que ninguno de ellos utiliza la expresión acción directa; aun a pesar de que, tal como señala DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Los créditos derivados...*; *op.cit.*, pág. 34, en la época en que se publica nuestro Código, la doctrina y la jurisprudencia francesa ya habían perfilado suficientemente la institución de la acción directa.

jurisprudencia. Como sucede en algunas construcciones jurisprudenciales: las reglas así creadas corren el riesgo de presentar contornos inciertos, puesto que sólo proporcionan soluciones en la medida en que se van planteando los litigios; es decir se atiende al caso concreto planteado sin hacer referencias a principios generales, puesto que no existen.

24.- Otro inconveniente lo constituye la falta de homogeneidad de la figura²⁸, puesto que las acciones directas se aplican en ámbitos harto diferentes que apenas tienen puntos de coincidencia. Pueden distinguirse hasta cuatro grupos de acciones directas, en relación a su campo de aplicación²⁹:

a.- Las acciones directas propias del subcontrato (arrendamiento, subcontratista de obra)

b.- Las acciones contra los auxiliares que colaboran en una actividad no siendo subcontratistas, como es el caso del sustituto del mandante.

c.- El de la sucesión de contratos, como es el caso de las sucesivas ventas de bienes muebles o inmuebles, o de un contrato de obra seguido de una compraventa.

d.- En el ámbito del contrato de seguro de responsabilidad civil también se pueden encontrar con acciones directas que ponen en contacto relaciones jurídicas diferentes (contractual entre asegurado y aseguradora y extracontractual entre asegurado-causante del daño y el perjudicado).

25.- También constituye un inconveniente el que la finalidad perseguida por las acciones directas es diferente, mientras que en las denominadas acciones directas de pago el objetivo perseguido es el cobro de una cantidad dineraria, en las denominadas acciones directas de garantía se persigue el cumplimiento indirecto de una obligación que puede ser tanto

²⁸RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*; *op.cit.*, pág. 80.

²⁹PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*; *op.cit.*, pág. 77.

de dar como de hacer.

26.- La existencia de un diferente régimen jurídico, entre las denominadas acciones directas perfectas e imperfectas, viene a complicar la situación³⁰.

27.- Finalmente, la jurisprudencia resultante se ha formado por islotes aparentemente extraños los unos de los otros ya que cada acción directa ha dado lugar a un cuerpo de soluciones que responde a necesidades particulares; la jurisprudencia no se ha preocupado de formular un concepto general de modo que se ha limitado a proporcionar soluciones parciales. Ese conjunto de soluciones concretas no constituye un conjunto demasiado coherente³¹.

1.C.- LA INDISCRIMINADA UTILIZACIÓN DE LA EXPRESIÓN ACCIÓN DIRECTA.

28.- El propio legislador utiliza la expresión acción directa de forma desconcertante, en la mayoría de las ocasiones, la institución existe en un precepto sin que el nombre aparezca en el mismo, tal como sucede con las denominadas acciones directas clásicas de los arts. 1.522. 1597 y 1721 del Código civil³². En otros supuestos, sucede a la inversa, la expresión acción directa se utiliza sin corresponderse con la institución designada, como sucede con el art. 46 de la Ley Cambiaria y del Cheque o como acontece con el artículo 1560 del Código civil, cuando se le reconoce una acción directa al arrendatario contra el tercero perturbador de hecho³³.

³⁰PASQUAU LIAÑO, *Ibidem*, pág.78.

³¹COZIAN, *op.cit.*, pág. 3, nº 5.

³²Tal vez porque nuestro legislador, igual como sucedió con el francés, no tuviese conciencia del mecanismo que en realidad estaba creando.

³³ PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...; op. cit.*, pág 15.

29.- La doctrina ha llegado a catalogar como acciones directas, toda una serie de supuestos, que dividiremos en dos grupos, el integrado por aquellas acciones sobre las que existe un cierto consenso sobre su condición de directas y un segundo grupo de acciones que en unas ocasiones han recibido esta catalogación bien de forma errónea o bien de forma aislada³⁴:

a) Acciones directas comúnmente admitidas.

1- Las acciones directas *ex* artículos 1551 y 1552 Código civil, que si bien establecen sendas acciones directas en favor del arrendador contra el subarrendatario, no utilizan la expresión acción directa.

2.-El art. 1597 del Código civil que tampoco utiliza la denominación acción directa para referirse a la acción que tienen los que ponen su trabajo y material en una obra, ajustada alzadamente por el contratista, contra el dueño de la misma.

3.- La acción del mandante contra el sustituto del mandatario, contemplada en el art. 1722 del Código civil.

4.-La acción directa *ex* art. 1591 Código civil del dueño de la obra contra el arquitecto u otros técnicos de la edificación que han sido contratados por el contratista³⁵

5.- Las acciones contempladas en los artículos 15, 16, 17 y 22 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos urbanos de 1.964, en favor del arrendador contra el subarrendatario de vivienda o de local de negocio.

³⁴La mayoría de las acciones mencionadas las hemos extraído de PUIG BRUTAU, *Diccionario de acciones en Derecho civil español*, Barcelona, 1.984, así como de PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*; *op. cit.*, págs. 15 y 16.

³⁵*Vid.* LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pág. 181.

Así como la contemplada en el art. el 8º de la Ley 29 /1994 de Arrendamientos Urbanos³⁶.

6.- La acción *ex art.* 76 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1.980³⁷.

7.- Los diversos supuestos de acciones directas previstos por la ley en relación con los diferentes seguros obligatorios.

8.- La acción directa del subcontratista de obra contra el dueño de la misma. Así como aquella de la que disponen los subcontratistas en los diferentes supuestos de subcontratos (submandato, subtransporte, subcomisión, etc)³⁸.

9.- La acción directa *ex.* artículo 27.1.a) LGDCU del consumidor o usuario contra el fabricante de productos³⁹.

10.- La acción directa de garantía, *ex* artículo 11 LGDCU que acompaña a determinados bienes⁴⁰

11.- La acción directa *ex art* 19 LPH que posee la junta de propietarios contra el ocupante en caso de infracción de ciertas prohibiciones⁴¹.

³⁶En el caso de ambas leyes, en adelante, utilizaremos las abreviaturas LAU/64 y LAU/94.

³⁷En adelante LCS.

³⁸LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pág.43 a 44, reconoce implícitamente la existencia de acciones directas en los supuestos de subcontrato.

³⁹LÓPEZ FRÍAS, *ibidem* nota anterior, págs. 54 y 166; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I.: *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Madrid, 2000, págs. 291 y 292.

⁴⁰LÓPEZ FRÍAS, *ibidem* nota anterior, págs. 161 a 166; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad de los contratos en el derecho español, op.cit.*, pág.292.

⁴¹RAGEL SÁNCHEZ, L.F: *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena:la*

B) Supuestos dudosos de acciones directas⁴².

1.- La acción directa que compete al representado contra el tercero, y al tercero contra aquél, como consecuencia de la heteroeficacia propia de la actuación del representante en nombre y por cuenta ajena⁴³.

2.- A la acción del mandante contra el mandatario (o gestor de negocios), como contrapuesta a la «actio contraria» que se concede en favor de éstos contra aquellos⁴⁴.

3.- Acción directa es la que se atribuye al tercero en cuyo favor se realiza un contrato, o una estipulación dentro de un contrato, desde el momento en que se haga saber su aceptación (art. 1.257-2º CC)⁴⁵.

4.- En los supuestos de cesión de créditos, también se dice que el cesionario tiene una acción directa contra el deudor.⁴⁶

5.- En caso de delegación de deuda, el delegatario tiene una acción directa contra el delegado⁴⁷.

6.- Se denomina asimismo directa, en ocasiones, la acción de que

inoponibilidad, Valencia, 1.994, pág. 50 y ss.

⁴²Dentro de estos supuestos incluimos aquellos que aun tratándose de auténticas acciones directas no han alcanzado el suficiente consenso dentro de la doctrina, así como aquellos que en realidad se corresponden con otra figura y finalmente aquellos supuestos aislados que en alguna ocasión han recibido esta conceptualización.

⁴³ PASQUAU LIAÑO, *La acción directa*, *op. cit.*, pág.15.

⁴⁴ PASQUAU LIAÑO, *ibidem nota anterior*, págs.15 y 16.

⁴⁵ PASQUAU LIAÑO, *ibidem*, pág.; 16.

⁴⁶ RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*; *op. cit.*, pág. 79.

⁴⁷ PASQUAU LIAÑO, *ibidem*. pág. 16; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op. cit.*, pág.79.

dispone el perjudicado contra el responsable por hecho ajeno ex art. 1.903 Código civil⁴⁸.

7.- El art. 1.560 del Código civil establece que el arrendatario tendrá acción directa contra el perturbador de mero hecho⁴⁹.

8-En Derecho cambiario, se denomina acción directa a la que dispone el tenedor de la letra contra el aceptante.

9-Algún autor denomina acción directa a la del acreedor contra los bienes gananciales por razón de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (arts, 1319 y 1365)⁵⁰.

10.- El art. 8 de la Ley de Arbitraje.

11.- La acción directa *ex* artículo 1890 Código civil que tiene el propietario frente al delegado de quien gestione un negocio de aquél sin

⁴⁸PASQUAU LIAÑO, *La acción directa*, *op. cit.*, pág. 16.

⁴⁹Entro otros autores citan acción contenida en el art. 1560 C.C., como un ejemplo de acción directa RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía .. op. cit.*, pág. 79. No obstante, esta supuesta acción directa en realidad puede calificarse simplemente como una acción posesoria, en este sentido, compartimos la opinión de PASQUAU LIAÑO, *ibidem* nota anterior, pág. 16.

⁵⁰PUIG BRUTAU, *Diccionario de Acciones ...*, *op. cit.*, pág. 143, además del supuesto del art. 1365 Código civil, estima que también tendrá acción el acreedor contra los bienes gananciales cuando se trate de obligaciones extracontractuales de un cónyuge, en las que haya incurrido a consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor (v. art. 1366 CC). Asimismo responderán asimismo los bienes gananciales " de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro" (art. 1.367 CC) y finalmente también responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno sólo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales". (art. 1.368). Igualmente responderán solidariamente (como dice el art. 1369) los bienes de la sociedad de gananciales de las deudas de un cónyuge que sean, además deudas de la sociedad.

mandato ni representación alguna⁵¹.

12.- La acción directa prevista en la Ley para la Ordenación de la Edificación, a favor del subadquirente de viviendas⁵².

13.- La acción directa de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, *ex art. 17 LOE*⁵³.

14.- Las acciones directas que se originan como consecuencia de la Ley 7/ 1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, que ha recogido expresamente la problemática de los contratos vinculados⁵⁴.

15.- La acción directa “contraria” del contratista de la obra contra el adquirente o sucesivos adquirentes de inmuebles por el precio o parte del precio impagados⁵⁵.

16.- La redención del censo por los acreedores del enfiteuta (art. art. 1650 CC)⁵⁶

17.- El retracto convencional ejercitado por los acreedores del

⁵¹Reconocen la existencia de una acción directa en este precepto: PASQUAU LIAÑO, *La acción directa.. op.cit.*, pág.36; DÍEZ-PICAZO («Comentario del art. 1.890 » en comentario del Código civil, Mº de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1947) y LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pág. 53.

⁵²Acción referida a los supuestos que están fuera del ámbito de aplicación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación.

⁵³RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *op.cit.*, pág. 294.

⁵⁴RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *op.cit.*, pág.293.

⁵⁵RUIZ-RICO RUIZ, J.M.: *Las garantías del contratista de inmuebles*. Ed. Universidad de Jaén, Jaén 1.995, págs. 63 y 64.

⁵⁶Vid. LACRUZ y SANCHO (*Elementos de Derecho civil, II, vol.1º*, Barcelona, 1.984 .. *op. cit.*, pág. 329).

vendedor (art. 1.512 CC)⁵⁷.

18.- La renuncia a la prescripción hecha valer por los acreedores (art. 1937 CC)⁵⁸

19.- Las acciones directas de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil de los daños causados por productos defectuosos.

20.- El art. 78.1 de la Ley de Patentes (Ley 11/1986 de 20 de marzo) que establece la responsabilidad solidaria entre adquirente y transmitente o entre licenciante y licenciatario (según los casos) por las indemnizaciones a que hubiere lugar como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados a personas por defectos inherentes a la invención objeto de solicitud de patente o de la patente.

21.-El supuesto del art. 25 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954, en favor del acreedor para solicitar el cese de las perturbaciones.

22.- La acción *ex art.* 1.894 de que dispone el tercero que ha atendido las necesidades del alimentista contra el obligado a prestar alimentos.

4. D.- LA NECESIDAD DE UN CONCEPTO DE ACCIÓN DIRECTA.

30.- Algunas de las anteriores acciones, que algunos autores

⁵⁷Vid. PUIG BRUTAU: *Diccionario de Acciones...*, *op. cit.*, pág. 121. LACRUZ y SANCHO (*Elementos de Derecho civil, II...*, *op. cit.*, pág. 292).

⁵⁸LACRUZ y SANCHO (*Elementos de Derecho civil, II...*, *op. cit.*, pág. 292)., si bien señalan ambos autores que este supuesto también podría ser hecho valer como acción revocatoria.

erróneamente denominan directas, en realidad, responden a intentos *tautológicos*, autoexplicativos en los que únicamente se ha exigido que aquella acción cumpla con alguno de los requisitos exigidos para la acción directa con carácter general, y con este único referente⁵⁹, se han incluido o excluido en el mecanismo de la acción directa según conviniese para verificar una determinada hipótesis, unas u otras pretendidas acciones directas⁶⁰. Generalmente, estos supuestos de acciones directas “dudosas” pueden ser explicados por normas del Derecho común o pueden ser reducidos a alguna institución conocida⁶¹.

Han sido numerosos los intentos por encontrar un fundamento común a las acciones directas clásicas, sin que ninguno de ellos haya encontrado la aceptación general de la doctrina; así pues se ha pretendido ver en los diferentes supuestos de acción directa: un privilegio sobre el crédito, un embargo de crédito, cesión de crédito tácita o legal, novación subjetiva por cambio de deudor, estipulación en favor de tercero, o incluso enriquecimiento sin causa.

Ninguno de esos intentos de ha obtenido éxito, por lo que hay que afirmar, que la acción directa es irreductible a cualquier otra institución de Derecho común⁶². Si un supuesto determinado admite su explicación por cualquier otro mecanismo, deber ser automáticamente excluido como

⁵⁹ Estimamos que para que una acción pueda ser calificada como directa se requiere como mínimo que cumpla la mayoría de los requisitos que señalamos en los parágrafo nº 34.

⁶⁰ PASQUAU LIAÑO, *La acción directa ...; op. cit.*, pág. 18.

⁶¹ *Vid.* PASQUAU LIAÑO, *La acción directa ...; op. cit.*, pág. 19.

⁶² PLANCQUEEL: (*Contribution à l'étude des actions directes; ...; op. cit.*, págs. 31 y 94) se manifiesta contrario encuadrar las acciones directas en cualquier institución conocida, tal como se había venido haciendo en los últimos años de la escuela de la exégesis y postula su encuadre dentro de una institución con caracteres propios. En idéntico sentido STARCK, «Action directe» en *Encyclopédie Dalloz*, 1970, núms. 11 a 25; PASQUAU LIAÑO, *op. cit.*, pág. 19.

acción directa, puesto que como veremos en adelante, los diferentes supuestos de acción directa, por constituir esta una excepción a los principios de relatividad contractual y de la *par conditio creditorum*, deben ser objeto de interpretación restrictiva y, solamente aquellos supuestos que encajen en el concepto que formulemos deberán ser admitidos.

31.- La mayoría de autores, tanto en nuestro Derecho como en el extranjero, afirma que la acción directa se trata de una institución técnico-jurídica dotada de autonomía, con una estructura interna y régimen jurídico común a todas sus manifestaciones, que quedarían englobadas dentro de aquella, aun a pesar de sus diferentes ámbitos de aplicación⁶³

32.- De entre los supuestos que han sido catalogados por la doctrina como acciones directas, hay algunos cuyo estudio descartaremos desde un principio, puesto que pueden explicarse por las reglas generales del Derecho común o por su inclusión en otras figuras contractuales conocidas⁶⁴. Asimismo, para que una determinada situación jurídica pueda catalogarse como acción directa, ha de poder alcanzar el patrimonio de un tercero, el subdeudor, sin pasar por él del deudor intermedio. Por ello la

⁶³Estiman que aun a pesar de su heterogeneidad las acciones directas forman una única institución jurídica (vid. por todos) PASQUAU LIAÑO, *La acción directa en el Derecho español*, *op.cit.*, págs. 19 y 100. En Francia PLANQUEEL, *Contribution à l'étude des actions directes*, thèse, Lille, 1935, pág. 31. COZIAN, *L'action directe*, Paris, 1969, n°8; STARCK, «Action directe» en Encyclopédie Dalloz, *op.cit.*, n° 24. En Italia BENATTI, *op.cit.*, págs. 624 a 651, DEL VECCHI: *Azione diretta*, *op.cit.*

En contra: SOLUS, *L'action directe et l'interprétation*,...; *op. cit.*, pág. 2: para quien no cabe hablar de una única institución, cuando afirma que: «no hay una acción directa, sino acciones directas.». Asimismo BAILLO Y MORALES-ARCE, *op.cit.*, pág. 31: « El instituto de la acción directa, como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina en repetidas ocasiones, es un remedio absolutamente excepcional que no encuentra una categoría unitaria en el Derecho, ya que la misma viene establecida sólo en algunos casos específicos (...) esta excepcionalidad hace que única y exclusivamente pueda hablarse de acción directa en aquellos casos en la ley la haya establecido.» .

acción directa exige necesariamente la presencia de tres personas y en el caso de que únicamente existan dos, esta no será una acción directa sino una acción a todas luces ordinaria⁶⁵.

33.- Así pues algunas de las mal denominadas acciones directas, no son sino la aplicación del art. 1091 del Código civil, consistiendo en meras acciones de cumplimiento entre personas vinculadas contractualmente entre sí (ej. la acción directa del mandante contra el mandatario). Otras se explican por el juego de la autonomía de la voluntad y la figura de la transmisión de créditos y acciones (ej. la derivada de la delegación de deuda, y la misma acción directa cambiaria, sólo que esta presenta las peculiaridades de ejecutoriedad e inoponibilidad de excepciones propias del Derecho cambiario, sin que por eso desaparezca lo que en ella hay de cesión de créditos). Por su parte, la representación explica la acción directa del mandante contra el tercero y viceversa, y la figura del cuasi contrato fundamenta la acción del *dominus negotii* contra el *gestor*. En cuanto a la acción contemplada en el art. 1.560 del Código civil, puede calificarse como una acción posesoria, aunque también quepa una subrogación real para el ejercicio de las acciones del propietario. Finalmente, los supuestos contemplados en los artículos 1.319 y 1.356 del Código civil no constituyen ninguna manifestación de acción directa, sino la afección de determinados bienes al cumplimiento de una deuda, como consecuencia de una atribución de legitimación (la del cónyuge gestor) similar a la del copropietario o el socio para la administración de los bienes comunes o de la sociedad⁶⁶.

⁶⁴Vid. PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op.cit.*, pág. 19.

⁶⁵IZORCHE, M.L: «Action directe » en *Encyclopédie Juridique Dalloz*, 1994, *op.cit.*, nº 24. En este mismo sentido, tanto COZIAN *op. cit.*, nº 64 y ss, como JAMIN, *op.cit.*, nº 19, estiman que no la acción del mandante contra el sustituto del mandatario no es directa.

⁶⁶Hemos seguido a PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*; *op. cit.*, pág.,19.

34.- El resto de acciones enumeradas, a las que denominaremos verdaderas acciones directas y que serán objeto de estudio detallado, si que presentan, en principio, los siguientes rasgos genéricos comunes⁶⁷:

1º.- La acción directa es un derecho subjetivo propio concedido por la ley^{68 69} a determinados acreedores y, como tal derecho o facultad puede ejercitarse judicialmente o extrajudicialmente⁷⁰

2º.- Se trata de acciones de naturaleza contractual u obligacional, aun a pesar de que las acciones directas proceden entre personas entre las cuales no existe ningún vínculo contractual, es decir que tienen la condición de terceros^{71 72}.La acción directa pone en contacto a dos partes que no han

⁶⁷Vid. GARRIGUES, *op.cit.*, pág. 428; PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op. cit.*, pág. págs 80 a 89 y RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía ...*, *op. cit.*, pág., 81. En Francia, COZIAN, *op.cit.*, págs. 191 a 195; STARCK, *op.cit.*, núms. 16 y 60 y TEYSSIÉ, *op.cit.*, págs. 262 a 264.

⁶⁸La doctrina es unánime en cuanto que el acreedor directo ejerce un derecho propio, sin actuar como sustituto del deudor intermedio, sin embargo no es pacífica en cuanto a su origen legal. Estiman que se está ejerciendo un derecho propio: LACRUZ y SANCHO (*Elementos de Derecho civil*, II...; *op. cit.*, pág. 329); DEL ARCO TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M.: *Derecho de la Construcción. (Aspectos administrativos, civiles y penales)*, Granada, 2000, pág. 304.

⁶⁹Para algún sector doctrinal minoritario el origen de la acción directa no es legal, sino que puede encontrarse en el propio contrato, en este sentido se manifiesta CALZADA CONDE (*El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Madrid, 1983, pág. 383 al referirse al fundamento de la acción directa ex art 76LCS: «la LCS únicamente reconoce un derecho que el tercero tiene en virtud del contrato de seguro de responsabilidad civil»

⁷⁰A favor del carácter extrajudicial de la acción directa: GARRIGUES, *op. cit.*, pág.428; PASQUAU LIAÑO, *op. cit.*, págs. 80 a 83; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía ...*, *op. cit.*, pág., 81; BAILLO Y MORALES-ARCE, *op.cit.*, pág. 38.

En contra DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Los créditos derivados...*; *op.cit.*, págs. 70 a 73.

⁷¹PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*; *op. cit.*, pág. 20; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía.*; *op. cit.*,pág.79. Asimismo manifiesta el carácter contractual de la acción directa; LÓPEZ FRÍAS: *Los contratos conexos*, *op. cit.*, pág. 45 CAVANILLAS MUGICA,(*La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual , Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1992, pág.37) al manifestar que en la acción directa concurre para el tercero, una posible responsabilidad extracontractual en cuanto a tal tercero, y una responsabilidad contractual derivada de la acción directa.

contratado entre sí, siendo lo más frecuente que ambas que vinculadas en virtud de dos contratos distintos, pero que tienen la misma naturaleza y han sido celebrados con la misma persona⁷³. El esquema general sería A contrata con B, B con C, y se otorga una acción a A frente a C o viceversa. Aunque también puede existir acción directa concurriendo dos relaciones jurídicas (una de ellas extracontractual) y no necesariamente dos contratos⁷⁴. En la acción directa existe una única situación jurídica con tres sujetos relacionados entre sí, nos encontramos con una conexión *ab initio* entre dos relaciones que tienen carácter causal, y no ocasional; porque la segunda situación, es desde un punto de vista práctico y económico, consecuencia de la primera⁷⁵.

3º.- La acción directa concede una pretensión (acción, derecho) a un acreedor contra el deudor de su deudor para la satisfacción de su crédito, sin que se le exija el ejercicio previo de la pretensión⁷⁶ contra el deudor

⁷²La acción directa no siempre responde a este esquema puesto que algunas acciones directas como las contempladas en los arts. 76 L.C.S y 1890 CC, no tienen como base dos contratos sino dos relaciones jurídicas sucesivas, *vid.* LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, págs. 161 a 166.

⁷³Los sujetos intervinientes en la acción directa, son tres: el acreedor directo o titular de la acción directa; su deudor, con quien ha contratado directamente, que recibe el nombre de deudor principal, inmediato o intermediario, y el deudor de este último a quien se denomina subdeudor. *Vid.* RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...; op. cit.*, pág. 81.

⁷⁴ LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pág.45.

⁷⁵ RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...; op. cit.*, pág., 98.

⁷⁶*Vid.* DE ÁNGEL YÁGUEZ, *Los créditos derivados... op. cit.*, págs.52 y 54; PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...;op.cit.*, págs. 83 y 84; BAILLO Y MORALES-ARCE, *op.cit.*, pág. 38; En ese sentido, ATAZ LÓPEZ, (*Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor, op.cit.*, pág. 63) sostiene que la acción directa es una facultad similar a la subrogatoria de la que difiere en su resultado y en la no exigencia previa de la persecución de los bienes del deudor.

En la doctrina extranjera comparten este criterio BENATTI, F.: «Appunti in tema di azione diretta», ...; *op. cit.*, pág. 649 ; COZIAN: *L'action directe, op.cit.*, 229 y STARCK, B.: «Action directe», ...; *op. cit.*, pág. 63 y 64.

intermedio o inmediato, y obrando el acreedor «iure proprio»⁷⁷, y no en sustitución de su deudor como sucede en el caso de la acción subrogatoria.

4º.- La acción directa tiene carácter excepcional, puesto que choca frontalmente con dos grandes principios de nuestro ordenamiento jurídico⁷⁸:

a) El principio de la relatividad contractual, (*ex art.1.257,1º CC*), puesto que establece un vínculo jurídico entre dos personas que no forman parte de un mismo contrato, lo cual supone una garantía reforzada del crédito del titular de la acción directa, puesto que sujeta dos patrimonios al pago de la obligación, con lo cual se elude el riesgo de insolvencia del deudor principal, por la posibilidad de poderse dirigir contra una tercera persona⁷⁹.

b) El principio de la «*par conditio creditoris*» o de igualdad de los acreedores (*ex art. 1925 CC*), ya que el acreedor que tiene a su favor una acción directa ve reforzado considerablemente su crédito, viéndose privilegiado en cierta manera en relación al resto de acreedores del mismo deudor⁸⁰, dado que puede dirigirse contra un deudor de éste deudor común sin necesidad de embargar su crédito ni de acreditar previamente su insolvencia, tal como se exige en nuestro ordenamiento jurídico para el

⁷⁷La doctrina mayoritaria estima que el acreedor ejerce, en la acción directa, un derecho propio, y no actúa como sustituto del deudor intermediario. PASQUAU LIAÑO, *La acción directa, op. cit.*, pág.91; ATAZ LÓPEZ, *op.cit.*, pág. 64; DEL ARCO Torres, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M.: *Derecho de la Construcción. (Aspectos administrativos, civiles y penales)*, Comares, 4ª ed., Granada, 2000, pág. 304.

⁷⁸Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: en la presentación de la obra de PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...;op.cit.*, pág. 5.

⁷⁹PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...., op. cit.*, pág. 21.

⁸⁰Matiza COZIAN, *op.cit.*, pág. 5, nº 9, que la acción directa choca con el principio de igualdad de los acreedores: «puesto que ese tercero, sin privilegio ni hipoteca. se beneficia así de un derecho de preferencia ».

ejercicio de la acción subrogatoria, *ex art.* 1.111 del Código civil⁸¹.

5º.- La acción directa es una medida de carácter ejecutivo⁸², puesto que la acción directa constituye una medida de refuerzo del crédito utilizable en el momento de su ejecución; además reporta una serie de beneficios como el ahorro de actividad procesal con la consiguiente reducción de los plazos para el cobro del crédito, etc.

6º.- Toda acción directa provoca desde su nacimiento, en el caso de las acciones directas perfectas, o desde su ejercicio en el supuesto de las acciones directas imperfectas, que resulten inoponibles al titular de la acción directa las excepciones que el deudor intermedio pudiese tener contra el deudor principal, en virtud de la inmovilización que opera sobre el crédito del deudor intermediario⁸³.

7º.- Las acciones directas si bien no constituyen un *privilegio* en sentido técnico⁸⁴, dotan a su crédito de una especial causa de preferencia para el cobro o satisfacción del crédito, puesto que su titular tiene una ventaja sobre el resto de acreedores del subdeudor, puesto que puede dirigirse contra este último deudor de su deudor y apropiarse de lo que obtenga sin pasar por el patrimonio del deudor intermediario y en

⁸¹PASQUAU LIAÑO, *La acción directa....*, *op. cit.*, pág. 21.

⁸²A favor del carácter ejecutivo de la acción directa se pronuncian: COZIAN, *L'action directe*, *op.cit.*, nº 32 y ss. págs. 37 y ss.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Los créditos derivados...;* *op.cit.*, págs, 30, 31; PASQUAU LIAÑO, *op. cit.*, pág. 69; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía....*, *op. cit.*, pág. 83; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, *Derecho de la Construcción,(Aspectos administrativos, civiles y penales)....*, *op.cit.*, pág. 204.

⁸³En este sentido: COZIAN, *op.cit.*, núm 53, págs. 37 y ss.; PASQUAU LIAÑO, *La acción directa....*, *op. cit.*, pág. 91; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía ...*, *op. cit.*, pág., 83.

⁸⁴En Francia un determinado grupo de autores han estimado que la acción directa funciona como una especie de privilegio sobre el crédito: COZIAN;*op.cit.*, nº3, STARCK; *op. cit.*, nº 96.

consecuencia evitando la concurrencia de los otros acreedores⁸⁵.

8º) Las acciones directas suponen una ampliación de la cobertura del crédito⁸⁶, ya que en todos los supuestos de acción directa, el titular de la misma conserva otra acción «paralela» contra el deudor intermedio⁸⁷. En realidad se establece una solidaridad pasiva en favor del titular de la acción directa⁸⁸.

35.- Esta categoría jurídica, la «acción directa», puede llegar a explicar y articular determinadas medidas de carácter excepcional que aparecen en nuestro ordenamiento jurídico, a las que aún a pesar del silencio legal, algún autor le ha atribuido una ordenación y régimen jurídico propio⁸⁹.

En el presente trabajo, me propongo despejar la existencia de aquellas razones que puedan justificar la derogación de estos principios jurídicos, así como la búsqueda de la naturaleza jurídica común a todos los supuestos de acción directa y, finalmente, el establecimiento del régimen jurídico de esta figura y de sus efectos.

⁸⁵PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op. cit.*, págs.95 y 101.

⁸⁶ATAZ LÓPEZ, *op.cit.*, pág. 65.

⁸⁷Así lo hace ver SÁNCHEZ CALERO, F.(*Ley de Contrato de Seguro, op.cit.*, pág. 1219), cuando manifiesta que el tercero perjudicado cuando el causante del daño está asegurado, tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones: la del asegurado-causante del daño y la del asegurador.

⁸⁸PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op. cit.*, pág. 101: « la acción directa permite a su titular dirigirse indistintamente contra el propio deudor o contra un deudor de este, lo que además de la simplificación procedimental que entraña, genera, por virtud de este encadenamiento de relaciones jurídicas, una especie de solidaridad pasiva (obligación in solidum) entre ambos deudores lo que amplía considerablemente la base patrimonial de garantía del crédito como si de una fianza solidaria se tratase.

⁸⁹En este sentido PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*,*op.cit.*; y RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 81.

Capítulo II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS: LA APARICIÓN Y EL DESARROLLO DE LA ACCIÓN DIRECTA.

SUMARIO.-1.- INTRODUCCIÓN. 2.- LAS ACCIONES DIRECTAS EN EL DERECHO ROMANO. 3.-LA TEORÍA EXEGÉTICA DE LA ACCIÓN DIRECTA. 3.A.- La admisión de la acción directa. 3.B.- Las justificaciones de la acción directa. 3.C.- La superación de la teoría clásica. 4.- -LA TEORÍA LEGALISTA DE LA ACCIÓN DIRECTA. 4.A.- Exposición de la teoría legalista. 4.B.- Crítica de la teoría legalista. 5.- LA TEORÍA DE LOS GRUPOS DE CONTRATOS. 5.A.- Exposición de la teoría de los grupos de contratos o doctrinal.5.B.- Rechazo de la teoría de los grupos de contratos en materia de responsabilidad.

1. - INTRODUCCIÓN.

36.- En principio, no pretendemos realizar un estudio descriptivo de la institución, sino que, parafraseando a uno de los autores que más a fondo la analizado, «nos consagraremos más bien a la historia de la forma de pensar la acción directa¹». Puesto que ésta se percibe, hoy en día, como un mecanismo, tal vez borroso y complejo, pero sin duda alguna, parte integrante del Derecho positivo. En otras palabras constituye, a los ojos de los juristas contemporáneos, un antecedente histórico del que, sin embargo, hay que precisar los términos y el régimen jurídico². Asimismo vamos a seguir, en parte, el planteamiento adoptado por COZIAN quien propone, después de varias páginas históricas, hacer la teoría general para así realizar

¹JAMIN, *op.cit.*, nº5, pág. 7

²COZIAN, *op.cit.*, nº 17, pág.9.

una «síntesis coherente» de sus diversos elementos dispersos dentro del Derecho³. La coherencia de todos aquellos elementos, nos permitirá afirmar, coincidiendo con la mayoría de los autores, que la acción directa es un mecanismo *sui generis* que no tiene encaje en otra figura conocida. Si bien, hoy en día, esta concepción de la acción directa es la predominante, sin embargo, a lo largo de la historia, se han formulado diferentes teorías en cuanto a su naturaleza y fundamento.

37.- El análisis histórico de la figura puede ser dividido en tres grandes épocas, correspondientes a las diferentes actitudes intelectuales que se han mantenido de cara a este particular mecanismo, su estudio nos permitirá conocer el origen y posterior desarrollo de la acción directa⁴. No obstante, este estudio histórico quedaría incompleto si no hiciéramos una remisión al Derecho romano.

2.-LAS ACCIONES DIRECTAS EN EL DERECHO ROMANO.

38.- La acción directa es inexistente en Roma, al menos en el sentido en que hoy en día la concebimos. Sin embargo, en alguna ocasión sí que fue utilizado el término acción directa, aunque no ha estado nunca perfectamente definido, y ha encubierto diferentes conceptos⁵.

En un primer sentido, los romanos, para afirmar el carácter sinalagmático de ciertos contratos y cuasicontratos, oponían a las acciones directas o principales las denominadas acciones contrarias. En las primeras

³No obstante utilizar el método de Cozian para el estudio de la figura, desde la lectura de las primeras páginas va a quedar patente que sólo compartimos el método pero discrepamos ampliamente en la mayoría de las conclusiones finales.

⁴GHESTIN, *op.cit.*, nº 715, pág. 774.

⁵JAMIN, *op.cit.*, nº 12 pág.10.

destacaba el derecho de crédito que constituía la sanción lógica y necesaria del contrato para el *tradens*, el mandatario o el contratista⁶. La acción contraria era consecuencia mediata y accidental del contrato, y pertenecía al deudor para hacerse indemnizar por los gastos y perjuicios que le habían podido causar la ejecución del contrato⁷.

En una segunda acepción, más estrictamente procedimental, la acción directa o *vulgaris*, era aquella que se otorgaba, dentro de un régimen formalista, por razón de su estricta conformidad con las condiciones de aplicación de un texto al que esta estaba subordinada. Esta se opone ulteriormente a las acciones «útiles», creadas por el pretor en reacción a ese formalismo riguroso y que permitían el ejercicio de acciones idénticas aún cuando las estrictas condiciones de aplicación de las acciones directas no se habían cumplido⁸.

Según una tercera definición, todavía procedimental, se puede entender por acciones directas «todas aquellas en las que la fórmula somete al juez la verificación pura y simple de un derecho o de un hecho» por oposición a las acciones «ficticias» caracterizadas por una «sustitución o ficción de la fórmula»⁹ En las primeras, el Juez debía verificar si las condiciones requeridas para el ejercicio de un derecho figuraban en la fórmula antes de poder condenar, mientras que las segundas permitían una condena aún cuando faltase una de las condiciones. Era pues una diferencia

⁶Según GUTIERREZ.-ALVIZ Y ARMARIO, F.: *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 1982, pág. 35, en el Derecho justiniano las *actiones directae*, eran generalmente acciones de buena fe, -en oposición a las *actiones contrariae*- en favor de la parte directamente interesada en un contrato bilateral imperfecto, a fin de hacer cumplir a la parte normalmente obligada las obligaciones nacidas del mismo, cual sucede con la *actio commodati directa*, *depositi directa*, *fiduciae directa*, *mandati directa*, *pigneraticia directa*, *tutela directa*.

⁷SOLUS, *op.cit.*, nº 2; JAMIN, *op.cit.*, nº 13 pág.10.

⁸SOLUS, *op.cit.*, nº 2. JAMIN, *op.cit.*, nº 13 pág.10.

⁹JAMIN, *op.cit.*, nº 13 pág.10.

de redacción dentro de la fórmula la que hacía surgir la distinción entre las acciones directas y las ficticias¹⁰.

Conforme a una cuarta concepción, la acción para la reparación de un perjuicio como consecuencia de un delito podía ejercitarse directamente contra el responsable, si este era un *sui iuris* o contra su jefe, el *pater familias* o el patrono, si se encontraba bajo su protección, este era *alteri iuris* o *in potestate*. Se distinguía así la acción directa de la acción noxal¹¹.

Finalmente, en un último sentido, se oponía especialmente la acción directa a la *acción ad exhibendum*.¹²

3.-LA TEORÍA EXEGÉTICA DE LA ACCIÓN DIRECTA.

3.A.- LA ADMISIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA.

39.- Es difícil establecer una fecha concreta para el reconocimiento jurisprudencial de la acción directa, si bien, las primeras manifestaciones jurisprudenciales de la acción directa, en particular, la relativa a las costas del procurador *ad litem* de la parte ganadora en contra de la parte perdedora, se remontan a un período anterior a la redacción del Código de Procedimiento civil francés¹³.

Por el contrario, sí que es posible establecer en 1820 la primera

¹⁰JAMIN, *op.cit.*, nº 13 pág.10.

¹¹SOLUS, *op.cit.*, nº 1; JAMIN, *op.cit.*, nº 13 pág.11.

¹²JAMIN, *op.cit.*, nº 13 pág.11. Según GUTIERREZ.-ALVIZ Y ARMARIO, F.: *Diccionario de Derecho romano, op.cit.*, pág. 8, la *actio ad exhibendum*, era una: «acción o recurso procesal de carácter accesorio constitutivo de una acción civil, *in rem scripta* y arbitraria, puesta generalmente al servicio de otra acción principal [que era directa en oposición a ésta] para hacer efectiva la obligación del detentador o poseedor de una cosa de presentar ésta en un determinado momento a aquel que va a intentar la acción principal.. (D.10, 4.C. 3, 42.)

¹³GHESTIN, *op.cit.*, nº 717, pág. 774.

conceptualización doctrinal de la figura en la obra de DURANTON¹⁴, quien citando a título de ejemplo los artículos 1753, 1798 y 1994 del Code francés¹⁵, así como la acción del depositante contra el subdepositario a los efectos de hacerse restituir el depósito, estableció que «en ciertos casos de excepción, el acreedor puede dirigirse en su nombre contra el tercero, deudor de su deudor embargado y su acción tiene el mismo efecto que si esta hubiera nacido directamente de un contrato realizado entre él y el tercero embargado¹⁶.

40.- La acciones directas admitidas por la doctrina y jurisprudencia francesa en el siglo XIX y principios del XX no tenían un origen exclusivamente legal, ya que los diferentes artículos del *Code* citados por DURANTON no tenían por objeto instituir acciones directas en pago, tal como reconoció posteriormente la jurisprudencia¹⁷.

El art. 1753 del *Code*, no figuraba en el proyecto primitivo del Código de Napoleón; en el espíritu de sus redactores constituye una limitación del privilegio del arrendador sobre los muebles del subarrendador, al prohibir su embargo más allá del montante no pagado por este último al arrendatario cocontratante¹⁸. La doctrina y jurisprudencia¹⁹

¹⁴SOLUS, *op.cit.*, nº 136, pág. 185; GHESTIN, *op.cit.* nº.717 pág. 774.

¹⁵La correspondencia de estos artículos con el Código civil es la siguiente: al art. 1.753 del *Code* tiene su equivalente en los arts. 1551 y 1.552 del Código civil (acción directa del propietario contra el subarrendatario); el art. 1.798 del Code tiene su homólogo en el art. 1.597 del Código civil (acción directa contra el dueño de la obra) y finalmente el art. 1.994 del Code se corresponde con el 1.722 del Código civil (acción directa del mandante contra el sustituto del mandatario)

¹⁶En DURANTON :*Traité des contrats et des obligations en général*, t. II. pág. 34, citado por SOLUS, *op. cit.*, pág.185.

¹⁷SOLUS, *op.cit.*, nº 116 y ss.; GHESTIN, *op.cit.* nº.718 pág. 775.

¹⁸JAMIN, *op.cit.*, nº 17 pág.12;GHESTIN, *op.cit.* nº.718 pág. 775.

¹⁹La *Cour de Cassation* estableció una acción directa en las siguientes resoluciones: Casación civil 24 junio de 1853, *D.P.* 53.1, p. 124; S.53.1, p.321.- 2 de julio 1873; S.73.1.p.323.- 13 enero 1892, S.92,1, p.89. Parece ser que influenciada su primer presidente, TROPLONG, nombrado en 1852, que previamente en su obra *De l'échange et du louage*, T.II, 1840, nº 538, p. 322, había manifestado que el art. 1.753

vieron en este precepto una acción directa en pago que el arrendador podía ejercitar contra el subarrendatario, afectando a la parte de la renta que no había sido entregada al arrendatario.²⁰

Con relación al art. 1798, los trabajos preparatorios del Código civil francés no proporcionan apenas información sobre su alcance. Pero el silencio mismo de los redactores del Código permite pensar que este precepto generalizaba la solución contenida en la Declaración Real de 1747 relativa a la construcción de navíos²¹, que permitía a los obreros alcanzar al dueño de la obra por la única vía del embargo y hasta el límite de lo que les debía. A pesar de que ciertas resoluciones se basaban en la declaración de 1747 para admitir que el art 1798 del *Code*, francés instauraba una acción oblicua²², pronto se admitió que ese texto, no podía constituir una repetición inútil²³ de la acción subrogatoria contenida en el artículo 1166 del *Code*, y que, por lo tanto, instauraba una acción directa en pago en beneficio del obrero que le dispensaba de practicar el embargo²⁴.

En el artículo 1994-2 del *Code*, si bien aparecía la expresión «acción directa», no se refería a la acción directa, tal como luego se ha entendido,

instauraba una acción directa en pago, (GHESTIN, *op.cit.* n° 718 pág. 775.)

²⁰Según SOLUS, (L'action directe*op.cit.*, , n° 140 y ss.) parece ser que los juristas que contribuyeron al origen del concepto de acción directa, tuvieron éxito en su análisis en la medida en que ellos eran prácticos influyentes tal como era el caso de Troplong.

²¹SOLUS, *op.cit.*, , n° 130, .174 y n° 123, p.163 . GHESTIN, *op.cit.* n° 718 pág. 775.

²²Rouen, 31 mayo 1826, y Cean, 21 Mayo 1827, en D. Y A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation et de jurisprudence*, t.XVIII, 1850 . V°. Droit maritime, n° 256-1° y 2°.- Amiens, 10 abril 1839, *D.P.*40,2,pág.41.- Toulouse, 5 febrero 1845, *S.*45,2, pág.279. Citadas por GHESTIN, *op.cit.*, n° 718 pág. 775.

²³En ese sentido se manifestaba TROPLONG, *op.cit.*, t.III, 1840, n° 1048, pág.258.

²⁴La primeras decisiones de la Corte de Casación en este sentido fueron las de 13 de abril de 1833, *S.*33, 2, pág. 537.- Req., 18 de enero 1854, *S.* 54,1, pág.441; *D.P.* 54,1, pág. 121.- Casación civil, 11 junio 1861, *S.* 61, 1, pág.878.- 12 febrero 1866, *S.* 66, 1, pág. 429.- *Adde*, Douai, 30 marzo de 1833, *S.* 33, 2, pág.536; *D.P.* 34, 2, pág.72.

sino como *actio mandati directa* del Derecho romano²⁵, el sustituto del mandatario, devenía deudor del mandante puesto que reemplaza al mandatario. Sin embargo, medio siglo después de la redacción del Código civil, la jurisprudencia francesa vio en ese mismo artículo una acción directa de pago, del mandante en contra el sustituto del mandatario, idéntica a la de los artículos 1.753 y 1.798²⁶.

El resto de acciones directas admitidas en esa época tampoco tienen un origen exclusivamente legal²⁷. En materia de seguros de responsabilidad civil fue donde se manifestó con más intensidad la ausencia del carácter exclusivamente legal de la acción directa, estableciéndose un vivo debate en la doctrina entorno al reconocimiento de una acción directa en favor del perjudicado en contra de la compañía aseguradora hasta que finalmente se llegó a su admisión jurisprudencial²⁸.

3.B.- LAS JUSTIFICACIONES DE LA ACCIÓN DIRECTA

41.- Las primeras manifestaciones de la acción directa no se debieron a la voluntad del legislador, sino que tuvieron su origen en una práctica jurisprudencial antigua que efectuó una interpretación amplia de algunos

²⁵SOLUS, *op.cit.*, nº 131, pág.177. GHESTIN, *op.cit.*, nº.718 pág. 776.

²⁶Req. 20 abril 1859, S.59, 1, p. 298; D.P. 59.1. p.263.- Cas.civ. 22 marzo 1875, D.P. 75,1, p. 204.- 1º dic, 1896, D.P. 97,1, p. 561. Resoluciones citadas por GHESTIN, *op.cit.*, nº.718 pág. 776.

²⁷GHESTIN, *op.cit.*, nº.718 pág. 776.

²⁸No fue sin embargo hasta la Sentencia 11 de julio de 1911 (Cass. civ., 17 julio 1911, D.P. 1912, 1, pág. 81, nota PLANIOL, S.1915, 1, pág. 145, nota NAQUET; Rev.trim.dr,civ, 1912, pág.517, obs.DEMOGUE) cuando se reconoció una acción directa en favor de los acreedores hipotecario y privilegiados, contra el asegurador del bien destruido. El texto legal en el que se apoya la decisión, la Ley de 19 marzo de 1889, únicamente reconocía en su art. 3º una inmovilización del crédito en manos del asegurador hasta que la víctima no fuese indemnizada. GHESTIN, *op.cit.*, nº.718 pág. 777.

Asimismo en materia de accidentes de trabajo, se reconoció una acción directa en favor de los trabajadores, contra la aseguradora, superándose así el tenor literal de la ley, 9 abril 1898, que se limitaba a establecer la responsabilidad del empleador por los accidentes de trabajo. (req.19 octubre 1908, y, Cass, civ. 5 enero 1910, D.P., 1910, 1, pág.57 nota DUPUICH). *Vid.* GHESTIN, *op.cit.*, nº.718 págs. 777 a 778..

textos legales que no implicaban necesariamente el reconocimiento del mecanismo²⁹.

42.- La escuela de la exégesis, en el primer tercio del siglo XIX, ofrece la primera justificación de la acción directa, utilizando el recurso a la equidad para evitar el perjuicio que habría resultado de la aplicación estricta del principio relatividad, en el caso de las acciones directas clásicas del Código civil. Sin embargo, pronto se vio que este único argumento por sí sólo no era suficiente para superar el principio de relatividad contractual, llegándose a la conclusión que la única vía apta consistía en establecer un vínculo jurídico entre el acreedor y el subdeudor³⁰.

43.- En el caso de las acciones directas contenidas en los artículos del *Code*, la evolución doctrinal tuvo lugar en dos etapas³¹: En la primera, una parte de la doctrina, apoyándose sobre un análisis gramatical y lógico de los textos concluyó que el codificador realmente había querido instaurar en los arts 1753, 1798 y 1994 del *Code*, diferentes manifestaciones de la acción directa³². Se argumentaba que en el caso contrario, el legislador se habría limitado a insertar en el Código civil simples e inútiles repeticiones del art 1166 (cfr. con art. 1.111 C.c español), es decir de la acción oblicua³³. Esta ficción de la *voluntas legislatoris*, que favorece a una interpretación más laxa de los textos legales, permite fácilmente establecer el vínculo jurídico que convierte al tercero, bien sea el obrero o el subarrendador, en deudor personal del acreedor de su propio acreedor.

²⁹GHESTIN, *op.cit.*, n.º.719 pág. 778.

³⁰GHESTIN, *op.cit.*, n.º. 720 pág. 780.

³¹GHESTIN, *op.cit.*, n.º.720 pág. 780.

³²De este grupo doctrinal forman parte TROPLONG, DEMOLOMBE, LAROMBIERE, DURANTON Y MARCADE., según GHESTIN, *op.cit.*, n.º.720 pág. 780.

³³«No se puede suponer, por honor al legislador que éste se haya complacido con recopilar el art 1166» dice TROPLONG.....*op.cit.* n.º 1048, p.258., citado por

44.- La doctrina, no queriendo ceder totalmente a lo que se suponía el arbitrio del legislador, se dividió a la hora de determinar el fundamento último de la acción directa apoyándose en nociones tan diversas como la cesión de créditos, la delegación perfecta, la gestión de negocios o el mandato³⁴.

45.- La evolución doctrinal de la escuela de la exégesis culmina al asimilar el reconocimiento de una acción directa en favor del subadquirente en los supuestos de ventas sucesivas. La admisión de una acción directa en garantía del saneamiento por evicción o por los vicios ocultos en beneficio del subadquirente se justificó por la doctrina como si se hubiese tratado de una acción directa en pago de una suma de dinero³⁵.

En el Derecho romano, una acción no podía transferirse de pleno derecho de una persona a otra, por lo tanto, el subadquirente no podía, en ausencia de una cesión expresa, dirigirse contra su cocontratante. El *Ancien Droit* francés no recibió esa herencia en su integridad. Si bien, ciertos autores continuaban manteniendo que en ausencia de vínculo jurídico entre el subadquirente y los vendedores anteriores, el primero no podía dirigirse contra los segundos, por el contrario otros como DOMAT y POTHIER³⁶, admitían la transmisión de la acción en garantía sin cesión expresa al considerar que la garantía constituía un accesorio de la cosa. La doctrina y jurisprudencia de principios del siglo XIX hicieron suyo este análisis al

GHESTIN, *op.cit.*, n.º.720 pág. 780.

³⁴JAMIN, *op.cit.*, n.º 71 pág. 51 y n.º 77 pág. 58.. Este mismo autor añade que la controversia fue todavía más viva en materia de seguros contra incendio. Al amparo del Derecho común del Código, doctrina y jurisprudencia propusieron unas diez explicaciones para justificar la existencia de un vínculo jurídico entre la víctima y asegurador sin que las reformas sucesivas no terminasen con la polémica.

³⁵GHESTIN, *op.cit.*, n.º.721 pág. 781.

³⁶DOMAT en *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Liv.I, Tit.II, sect. X, XXIX.y POTHIER en *Traité du contrat de vente* en (*Oeuvres de Pothier*, t.III, 2 ed. 1861, n.º 148, pág. 61). Citados por GHESTIN, *op.cit.*, n.º.721 pág. 781.

estimar que este introducía la acción subrogatoria contemplada en el art 1166 del *Code*, (cfr. 1111 del Código civil)³⁷ No obstante, poco a poco, fue predominando la idea que bajo el principio de una transferencia *cum omnia sua causa*, es decir con todos los accesorios, lo que existía era una acción personal y directa del subadquirente contra el vendedor anterior³⁸.

46.- La doctrina estableció una serie de puntos en común entre la acción directa de pago y la de garantía: el recurso a la equidad para evitar el perjuicio causado por el principio del efecto relativo de los contratos; el Derecho común de la acción oblicua y finalmente la necesidad de establecer un vínculo jurídico entre el subdeudor y el acreedor. De modo que ambas acciones conforman en aquella época una categoría única³⁹.

3.C.- LA SUPERACIÓN DE LA TEORÍA CLÁSICA.

47.- La acción directa, tal como la había configurado la escuela de la exégesis, empieza a cuestionarse desde principios del siglo XX, por dos motivos: la ausencia de carácter satisfactorio de las diferentes

³⁷En este sentido TROPLONG, M.: *De la vente.*, t.I, 1.836, 2ª ed. n°437, p.662; DURANTON, A.:*op.cit.*, t.XVI, n° 275, p. 292-293.- Adde DUVERGIER, *Le Droit français suivant l'ordre du Code*, t.XVI, 1830, n° 344, pág. 412 y ss.

La Corte real de Burdeos aprobó dos resoluciones que admitían que la acción en garantía de evicción se transfería al subadquirente quien podía ejercer una acción oblicua en contra de un vendedor anterior: Burdeos, 5 abril 1826, S.27,2,p.6; D.P. 26,2,pág.177.- 4 febrero 1831, S.31,2.p.138: DP. 31.1.pág.85.

Sin embargo la primera resolución que no se apoyaba en la acción subrogatoria y que se pronuncia nítidamente sobre la noción de accesorio es la de Cass, civ., 12 noviembre 1884, D.P. 85, 1, pág. 357. Resoluciones y autores citados por GHESTIN, *op.cit.*, n°721 pág. 782..

³⁸DURANTON, A.:*op.cit.*, t.XVI, n° 275, p. 293-24.- DUVERGIER, *op.cit.*, t.XVI, 1830, n° 344, pág. 412 y ss. LAROMBIÈRE, L.: *op.cit.*, t.I., p.706-707 n°2

³⁹DEMOLOMBE, CH.: *op.cit.*, t.II, 1.869, 2 ed., n° 141, pág.147 no estudiaba separadamente las acciones directas en pago de las acciones en garantía y se pronunciaba lógicamente por una extensión de las acciones directas en todos los casos en los que un vínculo jurídico pudiese ser establecido entre el acreedor y el subdeudor. Citado por GHESTIN, *op.cit.*, n°721 pág. 783.

justificaciones de la acción directa extraídas del Código civil y la admisión de un poder cada vez más acrecentado del legislador⁴⁰.

La doctrina empieza a plantearse que los textos del Código no permitían el establecimiento de un vínculo jurídico entre el acreedor y el subdeudor, puesto que ninguno de los mecanismos contemplados en el Código que habían sido utilizados hasta ese momento podía por si solo explicar la acción directa⁴¹. Los últimos intentos de justificación de la acción directa en pago, se oponían a la propia existencia del mecanismo por cuanto que suponía incluirlo dentro de otra figura como el privilegio o el enriquecimiento sin causa⁴². Esta falta de justificación supuso un callejón sin salida para la acción directa en pago, y supuso el abandono de los análisis consistentes en sustituir la acción directa por otro mecanismo.

48.- En adelante, la única vía para admitir la acción directa pasará por que ésta forme parte integrante del Derecho positivo, el fundamento de la acción directa será única y exclusivamente la voluntad soberana del legislador⁴³, de modo que al disponer aquella de un fundamento legal ya no

⁴⁰ GHESTIN, *op.cit.*, n.º.722, pág. 783.

⁴¹ GHESTIN, *op.cit.*, n.º.723, pág. 783. Quedó fuera de esta polémica el caso de la acción directa de garantía, ya ningún autor se opuso a la misma, quedando como válida su justificación por la noción de accesoriedad.

⁴² En la doctrina destaca SOLUS, (*L'action directe et l'interpretation des articles 1.753, 1.798 et 1.994 du Code civil*; París, 1.914, *op. cit.*,) su tesis marca un punto de inflexión que vaticina la llegada de la «teoría legalista» de la acción directa. Para este autor los artículos del Código civil, por el estudiados no tenían por objeto la creación de acciones directas, puesto que constituyen aplicaciones particulares de la teoría del enriquecimiento sin causa. Aún la doctrina venía reconociendo la condición de la acción directa en aquellas situaciones en que el acreedor estuviese unido por un nexo jurídico al subdeudor, éste niega esa cualidad incluso en presencia de tal vínculo. A partir de la tesis de SOLUS, se puede hablar de una nueva tipología de acciones directas: las acciones directas *stricto sensu* que son aquellas que no constituyen la consecuencia de otro mecanismo; las otras acciones *lato sensu*- están excluidas de la teoría de la acción directa. Vid. GHESTIN, *op.cit.*, n.º.723, págs. 783 y 784.

⁴³ En la jurisprudencia el primer ejemplo relevante de esta nueva doctrina lo tenemos cuando la *Cour de Cassation* al interpretar de la Ley de 28 de mayo de 1913, recurrió al argumento de una acción directa de origen legal sin tener que establecer un

será necesario buscar un nexo jurídico entre el acreedor y el subdeudor⁴⁴

4. -LA TEORÍA LEGALISTA DE LA ACCIÓN DIRECTA

4.A.- EXPOSICIÓN DE LA TEORÍA LEGALISTA.

49.- La teoría legalista relega, a la acción directa, a la condición de mero mecanismo de origen exclusivamente legal. Esta tesis, si bien comienza a gestarse en el primer tercio del siglo XX, conoce su momento álgido con la obra de COZIAN^{45 46} que se centra principalmente en el estudio del régimen

vinculo jurídico entre la víctima y el asegurador. El tribunal no queriendo que la víctima tenga que compartir el beneficio de su acción con los otros acreedores del asegurado, mediante un análisis del texto de la ley inmoviliza la indemnización en manos del asegurador, y para ello recurre a un argumento de reducción al absurdo. JOSSERAND, en Note sous Toulouse, 8 octubre 1928 y Lyon, 6 diciembre 1928, *D.* 1930.2 pág.1.:« desde el momento en que el asegurado no puede exigir la entrega de la indemnización , es evidente que la victima esta autorizado a requerirla sin pasar por aquel, en caso contrario la mencionada indemnización se encontraría bloqueada indefinidamente en la caja del asegurador, lo que sería simplemente absurdo e iría en contra de la voluntad del legislador de 1913, que había decidido asegurar la indemnización de la victima multiplicando a su favor, las garantías de pago ». Citado por GHESTIN, *op.cit.*, n°.724 pág. 785.

⁴⁴GHESTIN, *op.cit.*, n°.723 págs. 783 y 784.

⁴⁵La teoría legalista de la acción directa presenta sus primeros balbuceos con la obra de SOLUS, (*L'action directe et l'interpretation,...op. cit.*, pág. 14) quien ya se refiere a la acción directa la define como una: «acción de pago concedida excepcionalmente por la Ley a un acreedor para que pueda ejercitar en su propio nombre y derecho y a su propia cuenta contra un deudor de su deudor». Entre otros seguidores se encuentran PLANCQUEEL (*Contribution à l'étude des actions directes*; Lille, 1935, *op. cit.*) y WEIL(*Le principe de la relativité des conventions en Droit français*, Estrasburgo, 1938). Sin embargo la obra cumbre de la tesis legalista se debe a M. COZIAN, (*L'action directe*. L.G.D.J., París, 1969, *op. cit.*).

⁴⁶En España, la gran mayoría de la doctrina sigue esta concepción de la acción directa. Es de destacar el gran número de adeptos con que cuenta dentro de los comentaristas de la acción directa en el ámbito de los seguros automovilísticos, donde la existencia de una ley que establece de forma tan clara este mecanismo, convierte en cierto modo superfluo la búsqueda del fundamento de la acción.

Son partidarios de la teoría legalista: BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio*, *op.cit.*, págs. 32, 39, 48; CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E. Y GONZÁLEZ CARRASCO, C.: *Derecho de la construcción y la vivienda*. Ed.Dilex, Madrid 1.997, pág. 147; CLAVERO TERNERO, M..F.: *La acción directa del perjudicado...op. cit.*, pág.12; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Los créditos*

jurídico de la figura dejando de lado la búsqueda de su fundamento⁴⁷.

50.- A la escuela legalista se le atribuyen los siguientes logros:

a) En primer lugar que haya adoptado la distinción efectuada por Solus entre las auténticas acciones directas y las otras⁴⁸. En relación a las primeras se ha consagrado a determinar su régimen legal, si bien sin apenas analizar su fundamento⁴⁹.

b) Ha consolidado la distinción, ya clásica, entre acciones directas perfectas que, como sucede en el caso de la acción de la víctima contra el asegurador del causante del daño, entrañan una inmovilización del crédito a favor del subdeudor desde el nacimiento de la acción directa y de las acciones directas imperfectas como sucede, a título de ejemplo, en las acciones directas del Código civil, no pueden realizar esa inmovilización hasta el momento en que son ejercitadas por su titular.

4.B.- CRÍTICA DE LA TEORÍA LEGALISTA.

derivados del contrato de obra...op.cit. pág. 41; DE COSSIO Y CORRAL: Instituciones de derecho civil, Tomo I: Parte General. Obligaciones y ontratos, (rev. De Cossio y Martínez y León-Castro Alonso);Madrid, 1991, pág. 527; GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro terrestre,...op. cit.*, pág. 388; LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, II, «Derecho de obligaciones»vol 3º, «Contratos y cuasicontratos»2ª ed., Libreria Bosch, Barcelona, 1.986; LÓPEZ VILAS, R.: *El subcontrato...op.cit.* pág. 317; LUCAS FERNANDEZ,F.:«*Comentarios a los artículos 1.583 a 1.603*», *op.cit.*, pág.443 y 444; GONZÁLEZ PACKANOWSKA, I.: en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (DIR. ALBALADEJO Y DÍEZ ALABART), t.XVII, vol.1º-A, Madrid, 1993, pág. 365; SOTO NIETO, F.: *El seguro voluntario .., op. cit.*, pág. 27.

⁴⁷En nuestro país cuando los autores se enfrentan con la acción directa extramuros de cualquier norma legal o en textos poco claros, cuestionan la validez de la teoría legalista, que poco a poco va perdiendo partidarios en esos ámbitos y recurren a otros fundamentos: bien utilizan el recurso a un mecanismo clásico del Código civil o bien se adhieren a la teoría de los grupos de contratos.

⁴⁸ Siguiendo aquella distinción COZIAN, *op.cit.*, nº 62 , diferencia entre las acciones directas, cuyo fundamento es exclusivamente legal y las *pseudoacciones directas* de fundamento convencional.

51.- Las principales críticas que se han formulado a la teoría legalista son:

a) La falta de sintonía entre la concepción exclusivamente legal de la acción directa y la realidad jurisprudencial de su desarrollo histórico⁵⁰. La teoría legalista empieza a ser objeto de fuertes críticas con la aparición de la tesis de los grupos de contratos de TEYSSIÉ en 1975⁵¹; éste demuestra que el fundamento exclusivamente legal de la acción directa choca con una jurisprudencia audaz y con una doctrina moderna que desde el siglo anterior no había vacilado en reconocer acciones directas⁵², tanto en pago como en garantía, en ausencia o más allá de textos legales⁵³, seguido en 1979 por NÉRET, para quien «invocar la voluntad del legislador, es en realidad recurrir a una nueva ficción⁵⁴».

b) La inexistencia de un fundamento adecuado para justificar la acción directa en garantía⁵⁵, ya que el fundamento exclusivamente legal de la acción directa supondrá la exclusión de la acción directa en garantía. En esa misma época, la jurisprudencia francesa, empieza a admitir que la acción directa en garantía de la que dispone el subadquirente contra un vendedor anterior o el adquirente de un inmueble contra los constructores

⁴⁹COZIAN, *op.cit.*, nº 62 y ss.; GHESTIN, *op.cit.*, nº.726, pág. 786.

⁵⁰GHESTIN, *op.cit.*, nº.728, pág. 788.

⁵¹TEYSSIÉ: *Les groupes de contrats*. L.G.D.J., París, 1.975, prólogo de MOUSSERON.

⁵²En España el Tribunal Supremo ha reconocido la existencia de acciones directas más allá de textos legales en varios ámbitos: En el caso de la acción directa *ex art. 1597* Código civil fueron las SSTs de 30 junio 1920 y 11 de junio 1928 (C.J.C, t.102, pág. 134), fueron de las primeras en utilizar la expresión acción directa para referirse a la naturaleza de la acción que contiene el art. 1597: « éste [el propietario] no podrá enervar la acción directa analizada...». En el caso de la acción otorgada en favor de subcontratista de obra fue la STS de 29 de junio de 1936 (RJA 1936, 1491), y en el ámbito del seguro de responsabilidad civil en el ámbito automovilístico, bastante antes de la ley del Automóvil de 1962, podemos encontrarnos con las STS de 23 junio 1930 (RJA 1930,1032) y 4 noviembre 1932 (RJA 1932,1264).

⁵³TEYSSIÉ, B.: *Les groupes de contrats,...op. cit.*, nº. 476 pág. 239.

⁵⁴NERET: *Le sous-contrat*, *op.cit.* nº pág. 433, p.315.

⁵⁵BOUBLI, B.: « Soliloque sur la transmission de l'action en garantie » *J.C.P.*; 1974, I, 2646.

de la obra está fundada sobre la noción de accesorio, lo que impediría a la acción directa en garantía ser un mecanismo *sui generis*⁵⁶, quedando relegada a la categoría de las acciones directas *lato sensu* o «pseudo-acciones directas» de fundamento convencional. De modo que el estudio de las acciones directas quedaba reducido exclusivamente al de las acciones directas en pago⁵⁷.

52.- La alternativa en la que teoría legalista encierra a todo el conjunto de las acciones directas va a producir en Francia una evolución jurisprudencial que volverá inoperante la noción de accesorio que había venido utilizándose para justificar la acción directa en garantía. Finalmente, la sentencia de la *Cour de Cassation* de 7 de febrero de 1989, supuso el reconocimiento de la teoría de los grupos de contratos y en consecuencia el fin de la teoría legalista⁵⁸.

5.- LA TEORÍA DE LOS GRUPOS DE CONTRATOS.

5.A.- EXPOSICIÓN DE LA TEORÍA DE LOS GRUPOS DE CONTRATOS.

53.- La teoría de los grupos de contratos surge en la segunda mitad del siglo XX y su máximo referente lo constituye la obra de TEYSSIÉ⁵⁹, junto

⁵⁶GHESTIN, *op.cit.*, nº.726 pág. 787.

⁵⁷COZIAN, *op.cit.* nº 62 y 93 y ss.;JAMIN, *op. cit.*, nº 172, pág.147 y ss.

⁵⁸GHESTIN, *op.cit.*, nºs. 728 y 729, pág. 788.

⁵⁹*Les groupes de contrats, op.cit.*, Otras aportaciones doctrinales que han contribuido a la elaboración doctrinal sobre «les groupes de contrats»: MANLIVAUD, PH.: «L'action directe du maître de l'ouvrage contre les fabricants et fournisseurs de matériaux et composants», *Chronique Dalloz*, 1984, págs. 41 a 50; LARROUMET, CH : «L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité dans les ensembles contractuels », J.C.P., 1988, I, 3.357; G.VINEY, « *L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats* », en *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, París, 1990, págs. 399 a 424 y sobre todo las más reciente monografía de BACACHE-GIBEILI, M.: *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, París, 1996.

con la de NERET⁶⁰. Esta corriente doctrinal surge como respuesta a la inoperancia de la tesis legalista para explicar las acciones directas de garantía. Se apoya en una detenida observación de la realidad económica: la constante renovación de la realidad socio-económica está provocando como consecuencia la multiplicación de contratos que cada vez presentan una mayor imbricación o interconexión entre ellos. Multitud de contratos que persiguen un mismo objetivo y concurren a la realización de la misma operación económica acceden a la vida jurídica. Estas operaciones complejas a su vez provocan que se cuestione el alcance del principio individualista del efecto relativo de los contratos⁶¹. Frente a esta realidad cambiante la respuesta es la creación de una nueva figura jurídica: los grupos de contratos.

54.- Este nuevo mecanismo permite la creación de vínculos contractuales directos entre los contratantes extremos, de modo que personas que no han intercambiado su consentimiento, forman parte de un mismo grupo contractual⁶². Los grupos de contratos se dividen en dos grupos: las cadenas de contratos y los conjuntos de contratos⁶³.

La cadena de contratos está formada por una sucesión de contratos unidos por el mismo objeto. Los contratos de la cadena se organizan

⁶⁰NÉRET, *Le sous-contrat*, Paris, 1979.

⁶¹TEYSSIÉ, *op.cit.*, págs. 8 a 10.

⁶²En el caso de que uno de los contratantes extremos sufriese un perjuicio como consecuencia de la defectuosa ejecución prestada por el integrante del otro del extremo del grupo de contratos, con quien no había contratado directamente, la responsabilidad todavía sería contractual, aun a pesar del principio de relatividad contractual. Un ejemplo lo constituye el incumplimiento del subcontratista de obra que no sólo causa un daño al empresario principal, su cocontrante directo, sino también al dueño de la obra, que es un tercero respecto al contrato incumplido. *Vid.* LEQUETTE, Y.: en Prefacio a BACACHE-GIBEILI, M.: *La relativité des conventions...op. cit.*, págs. XV y XVI..

⁶³A la división entre cadenas y conjuntos de contratos, le siguen toda una serie de subdivisiones: la cadenas pueden ser por adición o por fragmentación y los conjuntos contractuales puede ser interdependientes o unilateralmente dependientes. A su vez se reproducen nuevas divisiones se producen a su vez dentro de estas categorías. BACACHE-GIBEILI, M.: *La relativité des conventions...*, *op. cit.*, nº 39, pág. 38.

alrededor de una misma prestación esencial⁶⁴. La cadena se caracteriza por su linealidad, los sujetos que participan en la misma únicamente están unidos contractualmente con otras dos personas, el cocontratante anterior y posterior en virtud de dos contratos diferentes. Los conjuntos de contratos están constituidos por contratos unidos por una identidad de causa en el sentido de finalidad común. Los contratos que forman el conjunto están unidos por un mismo objetivo de orden económico y se concluyen en vista de la realización de una operación global⁶⁵. La estructura del conjunto es circular⁶⁶: los contratos se organizan alrededor de un personaje clave en relación contractual inmediata con cada uno de los participantes en el grupo. Todos los contratos se caracterizan no por una sucesión sino por una coexistencia que les permite atender al objetivo común⁶⁷

55.- El grupo de contratos constituye un nuevo fundamento que permite justificar la existencia y el desarrollo del mecanismo de la acción directa. De modo que el desarrollo de las acciones directas, tanto en pago como en garantía, no son sino una manifestación de la existencia de relaciones de carácter contractual en el seno de los grupos de contratos⁶⁸.⁶⁹

⁶⁴TEYSSIÉ, B., *op. cit.*, n.º.63, pág. 33.

⁶⁵TEYSSIÉ, B., *ibidem* nota anterior, n.º.176, pág. 95.

⁶⁶TEYSSIÉ, B., *ibidem* nota anterior, n.º.175, pág. 95.

⁶⁷TEYSSIÉ, B., *op. cit.*, n.º.175, pág. 95.

⁶⁸Esta figura ha sido tratada de forma unitaria por primera vez en nuestro país por LÓPEZ FRÍAS en *Los contratos conexos....op. cit.*,. Hasta la aparición de su obra este mecanismo sólo había sido objeto de tratamientos parciales sobre todo el estudiarse en temas como los de la atipicidad (DE CASTRO, JORDANO BAREA, SANTOS BRIZ, GARCÍA VILLAVERDE) o en figuras concretas como el subcontrato (LÓPEZ VILAS, RODRÍGUEZ MORATA) o como el leasing (RIVERO, ROJO AJURIA) o las tarjetas de crédito (GETE-ALONSO) o la acción directa (PASQUAU LIAÑO).

No obstante la publicación de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de Crédito al Consumo, ha originado un gran número de obras en las que se trata en profundidad la problemática de la vinculación contractual: GAVIDIA SÁNCHEZ, J.L.: *El crédito al consumo (cesión y contratos vinculados)*, Valencia 1996; MUÑOZ CERVERA, M.: «La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo », *CDC*, 1995, n.º 7, págs. 199 y ss; MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Pamplona, 2000; NAVÁS NAVARRO, S.: « Notas sobre la financiación por un tercero y el crédito al consumo (“Los derechos ejercitables por el consumidor frente al financiador en los contratos vinculados”, art. 15 Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo), *EC*, n.º 53, año 2000, págs.33 a 46

56.- El grupo contractual aparece delimitado por la existencia de una causa o de un objeto común a cada uno de los contratos que lo componen, el grupo constituye la traducción jurídica de la realidad económica contemporánea. Las acciones directas que se desarrollan en su seno constituyen una de sus varias manifestaciones^{70 71}.

57.- La noción del grupo contractual presenta una doble ventaja, en primer lugar permite salvar el obstáculo constituido por el principio de relatividad contractual al hacer descansar los límites del ámbito de aplicación del contrato al grupo contractual⁷², finalmente favorece la

⁶⁹En Italia estudian el fenómeno: NICOLÒ, R.: «Deposito in funzione di garanzia e indempimento del depositario », Foro it., 1937, I; GIORGIANI, M.: «Negozi giuridici collegati », Riv, it, scienz, giur., 1937, págs. 275 a 352; SCHIZZEROTTO: «Il collegamento negoziale », Napoli, 1983 y FERRANDO: «I contratti collegati . Struttuta e funzione.», Genova, 1986.

Sin embargo como pone de manifiesto LÓPEZ FRÍAS (*Los contratos conexos...op. cit.*, pág. 31) la doctrina francesa no se ha apoyado para nada en la italiana aún a pesar de que esta última vio la luz casi cuarenta años antes que la otra. .

⁷⁰TEYSSIE, B., *op.cit.*, nº 548, pág. 271: «Hoy en día se constata una generalización de las acciones directas en pago en el seno de los grupos de contratos. En ocasiones asegurada por el legislador, sin embargo en materia de garantía o de subcontrato, se debe, esencialmente, a la iniciativa de la jurisprudencia . Ésta ha permitido la promoción, en el seno de los grupos de contratos acciones directas en pago que no se apoyan en ningún texto legal».

⁷¹La conexión contractual se manifiesta cuando « los particulares concluyen simultánea o sucesivamente diversos contratos que presentan un vínculo de dependencia, vínculo que les resta autonomía y que lleva a diferenciarlos del contrato considerado como figura cerrada, completa y aislada. No estamos aquí ante la formación de contratos *ex novo* o que resultan de la fusión de las prestaciones de diverso tipo; la especificidad del supuesto reside en la celebración de varios contratos-típicos o atípicos- formalmente independientes pero que, desde un punto de vista funcional, se relacionan entre sí en sentido unilateral o unívoco ». *Vid.* LÓPEZ FRÍAS, A., *op. cit.*, págs. 22 y 23.

⁷²Un nuevo concepto de parte se produce como consecuencia de esta tesis, ya que la condición de de parte se extiende a todos los participantes del grupo contractual. La categoría de tercero en el sentido del art. 1165 (cfr. 1257 Código civil) se reduce puesto que no engloba los miembros del grupo contractual. El principio de relatividad sólo se aplicará a los terceros absolutos exteriores al grupo. Puesto que si bien es cierto que los contratantes extremos del grupo no son parte en el mismo contrato, si embargo son partes en el mismo conjunto contractual y esta consideración conlleva a que se les aplique la responsabilidad contractual dentro de sus relaciones recíprocas NÉRET, J.: *Le sous-contrat, ...op. cit.*, pág. 339, nº 474 y pág. 272 nº 378.

En nuestro país estiman que la conexión contractual está cuestionando el principio de relatividad: PASQUAU LIAÑO, M.: «*La acción directa...op. cit.*, pág. 118; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I.: *El principio de relatividad ...op. cit.*, pág. 286 a 287, estima

admisión de nuevas manifestaciones de la acción directa cuando estas se sitúan en el seno de un grupo de contratos⁷³, y supone un freno a la extensión desmesurada al recurso a la responsabilidad extracontractual para justificar la indemnización a los terceros que han sufrido un daño con ocasión de un contrato en el que no han sido parte⁷⁴.

5.B.- RECHAZO DE LA TEORÍA DE LOS GRUPOS DE CONTRATOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD

58.- Los tribunales franceses pronto se adscribieron a esta nueva teoría y la 1ª Camara civil de la *Cour de Cassation*, empezó a justificar la acción directa de responsabilidad contractual, dentro de particulares circunstancias, mediante la noción de grupo de contratos^{75 76}. Las primeras manifestaciones de esta teoría las encontramos en las sentencias de la *Cour de Cassation* (Primera Sala a civil) de 8 de marzo y 21 de julio de 1988⁷⁷

la relatividad contractual se manifiesta en las relaciones conexas en un doble aspecto: a) Positivamente reafirmandola.b) Y, negativamente afirmándola cuando la ley prevé expresamente un efecto directo de un contrato en el otro coligado con él.. Así ocurre en diferentes supuestos en los que un contratante se puede dirigir jurídicamente al tercero partícipe en el contrato conexo en ejercicio de una acción puramente contractual. Aquí si que cabe plantearse una verdadera excepción al principio de relatividad de los contratos, como ocurre en los supuestos recogidos en los artículos 1551 y 1597 Código civil.

⁷³LARROUMET, *L'action de nature necessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels*, J.C.P. 1988, ed. G. I, 3357, nº 12.

⁷⁴BACACHE-GIBEILI, M., *op. cit.*, nº 15, pág.10.

⁷⁵GHESTIN, *op.cit.*, nº 732. pág. 792.

⁷⁶En España no hemos encontrado ninguna sentencia del T.S. donde claramente se haga referencia a esta teoría, si bien existen pronunciamientos en los que se hace referencia a la vinculación contractual: NAVARRO FERNÁNDEZ, («Comentario del art. 1550 », ...*op. cit.*, págs.. 2772 y 2773) cita dos sentencias del T.S para justificar el recurso a la vinculación de contratos: la de 20 de enero 1958 (RJA 1958,539) y la de 22 de febrero 1972 (RJA 1972,860): En la primera de ellas, nos dice que: «se contempla un supuesto de vinculación contractual a tres bandas (Arrendador, arrendatario y subarrendatario) por lo que aunque alude a los arts. 1551 y 1552 y habla de relación directa, es precisamente porque el arrendador aquí es parte ». En la segunda nos dice que: «si alude a la conexión de dos vínculos contractuales, pero al abordar la cuestión de la extinción del subarriendo».

⁷⁷Resolución de 21 de junio de 1988. *Bull.civ.* I, nº 202, p.141. *Rev.trim.dr.civ.*1988, p. 762, nº 1, obs. P.JOURDAIN ; *J.C.P.*1988, éd. E.II. 15294, obs.

Estas sentencias tuvieron una enorme repercusión en la doctrina y originaron un gran número de comentarios^{78 79}.

59.- La plena admisión de la teoría de grupos de contratos por la *Cour de Cassation* tuvo una vigencia muy limitada en el tiempo, a la que puso fin la sentencia de la Asamblea plenaria, de 12 de julio de 1991⁸⁰, que establecía que no puede admitirse una acción contractual en aquellos casos en que «el subcontratante no está unido contractualmente al dueño de la obra⁸¹». La nitidez de la motivación supuso la «condena» de la orientación

PH. DELEBECQUE; *D.S.*1989, p.5 nota CH.LARROUMET ; *D.S.* 1989, somm.p. 232 ét *Défrenois* 1989, p.356 , obs. J.L. AUBERT; *Rev.Trim.dr.civ.* 1989,p.74, n°6, obs.J. MESTRE y pág. 107, n° obs. PH. REMY.

En concreto , una compañía de aviación estaba vinculada a la sociedad de Aeropuertos de París por un contrato de asistencia en el término del cual aquella última se obligaba a remolcar sus aviones desde el punto de embarque hasta el área de despegue. Debido a un defecto de una válvula incorporada al sistema de enganche de la barra del tractor al avión, éste había chocado y se había dañado, ocasionando un perjuicio a la compañía. La 1ª Camara civil permitió a este último dirigirse en materia de responsabilidad contractual directamente contra el fabricante del enganche manifestando «que en un grupo de contratos, la responsabilidad contractual rige necesariamente la demanda de reparación de todos los han sufrido el daño porque tenían un vínculo con el contrato inicial; que en efecto , en este caso, el deudor debería haber previsto las consecuencias de su incumplimiento según las reglas contractuales aplicables en la materia , el perjudicado no puede disponer contra él sino de una acción de naturaleza contractual , incluso en ausencia de contrato entre ellos

⁷⁸V.G.Viney, art. Prectiado p. 418-19.- Ch.. LARROUMET, note sous Cass.civ. 1^{re}, 21 junio 1988, *D.S.*1989, p. 9.- P. JOURDAIN , note sous Cass.civ. 1^{re}, 8 mar 1988, *J.C.P.*1988, ed. G., II, 21070.- *Adde.* G. DURRY, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle.* Univ.McGill, 1986, n°. 126-27, p.96.

⁷⁹Vid . Cass. Civ. 3ª, 22 de junio de 1988, *J.C.P.* 1988 .ed. G.II, 21125 y *Rev. trim. dr.civ.* 1988, pág. 763, n° 1, obs. P.JOURDAIN.- 31 de mayo de 1989, *Bull. Civ.*III, n° 121, pág. 67.- 31 de Octubre *Bull. Civ.*III, n° 208, pág.114.- 6 de diciembre de 1989,*Bull. Civ.*III, n° 228, pág.125.- 13 de diciembre de 1989, *J.C.P.* 1990 .ed. G.II, 21554, obs. L.BOUILLOUX-LAFONT; *D.S.* 1991, pág. 25, nota de J. KULLMAN .- *Adde.* Cons. D'Etat, 11 de julio de 1988, *D.S.* somm. p.223, obs. Ph. TERNEYRE.

⁸⁰Esta sentencia (*J.C.P.*, 1991, II, 21743) zanja el conflicto que oponía a la 1ª con la 3ª cámara civil, el 12 de julio de 1991, al casar una resolución que había admitido la acción de reparación del dueño de la obra contra el subcontratista en el terreno contractual: «Visto el artículo 1165 del Código civil; habida cuenta de que los contratos solo tienen efecto entre las partes contractuales...habida cuenta de que al haber establecido que el subcontratista no está unido contractualmente al dueño de la obra, la corte de apelación, ha violado el mencionado texto».

⁸¹GHESTIN, *op.cit.* n° 733. pág. 794; BACACHE-GIBEILI, M.: *La relativité des conventions ...op. cit.*, pág.7, estima que la Asamblea plenaria sensible por las críticas dirigidas a la noción de grupo contractual puso fin a al vasto movimiento de la contractualización de la responsabilidad dentro de los grupos de contratos..

jurisprudencial establecida por la 1ª Cámara civil tanto en su fallo de 8 marzo de 1988 como en el de 21 junio de 1988 y rechaza, al menos en el ámbito de las acciones directas de garantía la teoría de los grupos de contratos⁸²

60.- El rechazo por la *Cour de Cassation* de esta teoría no ha supuesto sin embargo el total abandono de la misma por la doctrina⁸³. Un nuevo esfuerzo por rehabilitar esta figura ha tenido lugar con la tesis de BACACHE-GIBEILI, esta autora rechaza el análisis jurídico directo copiado de la realidad económica, que es el que ha conducido al rechazo de la teoría grupo contractual por la jurisprudencia. El nuevo análisis se basa en una profundización en los conceptos clásicos del derecho de obligaciones, huyendo de las interpretaciones forzadas de sus predecesores para explicar el encadenamiento de algunos grupos⁸⁴.

61.- El reto de la doctrina en adelante lo constituye el superar la fragilidad de la teoría de los grupos de contratos fuera de los grupos traslativos por su incapacidad de apoyarse en la regla de la accesoriedad⁸⁵. El mérito de esta tesis revisionista consiste en haber hallado una noción de grupo de contratos que permite otorgar la condición de contractual a la acción de responsabilidad en el seno de los grupos de contratos con

⁸²GHESTIN, *op.cit.* n° 733. pág. 794.

⁸³La sentencia de la Asamblea Plenaria de 12 de julio de 1991 hay que relacionarla con la de 7 febrero de 1986, de donde resulta que en Francia la situación actual del Derecho positivo es la siguiente: la naturaleza de la acción de responsabilidad de los terceros víctimas del deudor incumplidor es dualista: Es contractual en el seno de los grupos de contratos traslativos y extracontractual en los otros grupos. El causahabiente a título particular del cocontratante del deudor incumplidor únicamente puede exigirle la responsabilidad contractual en el caso de que la acción contractual se haya transmitido de modo accesorio junto con la propiedad de la cosa. BACACHE-GIBEILI, M., *op. cit.*, n° 10, pág.8.

⁸⁴LEQUETTE en el Prefacio a BACACHE-GIBEILI, M.: *La relativité des conventions ...op. cit.*, pág. XVI.

⁸⁵BACACHE-GIBEILI, M.: *La relativité des conventions ...op. cit.*, n° 11, pág. 8.

independencia de que el grupo sea o no traslativo⁸⁶. Otro sector doctrinal, encabezado por GHESTIN, dando por supuesto la inoperancia de los grupos de contratos, ha formulado una nueva tesis de la acción directa que justifica mediante el recurso a la justicia conmutativa.

1.E.- EL FUNDAMENTO INCIERTO DE LA ACCIÓN DIRECTA.

60.- Es posible extraer una doble enseñanza del estudio de la aparición y desarrollo de la noción de acción directa en el curso de los siglos XIX y XX. En primer lugar, su admisión antes ha sido consecuencia de los esfuerzos asociados de la doctrina y jurisprudencia, que de la voluntad legislativa. Esfuerzos realizados ante ciertas situaciones de hecho donde la aplicación conjugada del principio de relatividad contractual y el de la igualdad de los acreedores parecía chocar con el sentido común de la equidad. Sin embargo la concepción legalista de la acción directa, por constituir antes una actitud voluntarista que la expresión de la realidad histórica, no permite comprender su razón de ser⁸⁷.

Finalmente, la justificación clásica utilizada por la jurisprudencia para admitir el beneficio de la acción directa en materia de garantía, la noción de accesoriedad, no ha conseguido la adhesión del conjunto de la doctrina y en lo sucesivo ya no ha sido invocada por la Corte de casación, sucediendo lo mismo en materia de ventas sucesivas⁸⁸. Por otra parte, es

⁸⁶En nuestro país la teoría de los grupos de contratos, o de la conexión de contratos, va adquiriendo progresiva importancia, no sólo por las aportaciones doctrinales a las que hemos hecho referencia, sino porque nuestro legislador ha consagrado legalmente varios supuestos de conexión contractual como sucede con los arts. 14.1 y 15 de la Ley 7/1995 de Crédito al Consumo; el art. 44.1 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista ; el art. 9 de la Ley 28/1998 de Ventas a Plazos de Bienes Muebles y el art. 12 de la Ley 42/1998 de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles.

⁸⁷GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit. n° 734. pág. 794.*

⁸⁸Vid. Cass. civ.1ª, 27 de enero de 1993, Bull.civ.I, n° 45, pág.30; *J.C.P.*1.993,

más difícil recurrir a esa noción para justificar la acción directa en materia de responsabilidad contractual de derecho común fundada sobre **la ausencia de conformidad** de la cosa entregada que ejerce el dueño de la obra contra el fabricante⁸⁹, salvo si se considera, que la obligación de entrega, es un accesorio de la propiedad de la cosa incorporada a la obra transmitida por el efecto del contrato de empresa⁹⁰.

Desde entonces, la acción directa en garantía o en responsabilidad ya no puede estar justificada por un mecanismo clásico, esencialmente la noción de accesorio, sin por ello disponer de un mecanismo exclusivamente legal puesto que ella se ha desarrollado en ausencia de texto legal⁹¹. Por otra parte, ella no podría fundarse en el futuro sobre la noción de grupo contractual que la Asamblea plenaria ha condenado más allá incluso del ámbito del subcontrato inmobiliario⁹².

Así pues, tanto la acción directa en pago como la acción directa en garantía y en responsabilidad no parecen disponer de fundamento asegurado. Conviene por lo tanto plantear la cuestión de su naturaleza jurídica.

ed.G,I, 3684, pág.274-275, obs. GHESTIN.- Cass. civ.3^a, 30 de octubre de 1991, *Bull.civ.III*, n° 251, pág.148; *J.C.P.1.992*, ed.G,I, 3570, obs. JAMIN.- 14 noviembre 1991, *Bull.civ.,III*, n° 271, pág. 159.- Cass. civ.

⁸⁹Vid. Cass.Ass.plen., 7 febrero 1986.

⁹⁰Vid. J.KULLMAN, nota sobre Cass.civ. 3^a, 13 diciembre 1989 y 28 marzo 1990.

⁹¹Vid. JAMIN, *La notion d'action directe*, *op.cit.*n° 205.

⁹²GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, *op.cit.* n° 734. pág. 795.

Capítulo III

LA ACCIÓN DIRECTA DE TRABAJADORES Y SUMINISTRADORES DE OBRA

SUMARIO.- 1.- CLASES DE ACCIONES DIRECTAS. 2.- LAS ACCIONES DIRECTAS DEL CÓDIGO CIVIL. 3.- LA ACCIÓN DIRECTA DE LOS QUE PONEN SU TRABAJO Y MATERIALES CONTRA EL DUEÑO DE LA OBRA. 3.A.- Antecedentes históricos. 3.B.- Naturaleza jurídica. *3.B.1.- Tesis de la acción subrogatoria. 3.B.2.- Tesis de la acción directa.* 3.C.- Fundamento 3.D- Titulares de la acción directa. 3.D.1.-Legitimación activa. 3.D.2.- Legitimación pasiva. 3.E.- Requisitos de la acción ex art. 1597. 3.F.- Efectos .4.- LA ACCIÓN DIRECTA DEL SUBCONTRATISTA DE OBRA. 4.A.- La extensión de la acción directa ex art. 1.597 al subcontratista.4.B.- Condiciones de ejercicio.4.C.- Requisitos para su ejercicio.4.D.- Efectos de la acción directa del subcontratista.4.D.1.- La eficacia conservativa. *4.D.1.a.- La inmovilización del crédito. 4.D.1.b.-Inoponibilidad de excepciones.* 4.D.2.- La eficacia ejecutiva. *4.D.2.a.- Ingreso directo del crédito en el patrimonio del subcontratista. 4.D.2.b.-La preferencia de cobro del subcontratista*

1.- CLASES DE ACCIONES DIRECTAS.

62.- Las acciones directas han sido objeto de diversas clasificaciones atendiendo a diferentes criterios:

a) Acciones directas *stricto sensu*¹⁷⁷ y acciones directas *lato censo*.

¹⁷⁷Esta distinción fue planteada por SOLUS, *op.cit.* pág.24, si bien hoy en día carece de aplicación alguna puesto que es pacífica la doctrina de que la acción directa es una institución *sui generis* y que no es posible enmarcarla en ninguna otra conocida.. No obstante algún sector doctrinal en francia (TERRE, SIMMLER Y LEQUETTE, Derecho civil. Las obligaciones, 5º ed. 1993, nº 1090), continúa utilizando este mismo criterio diferenciador, si bien prefiere hablar de verdaderas y falsas acciones directas.

63.- Las primeras son aquellas acciones que no son consecuencia de otro mecanismo contractual, mientras que las segundas son reducibles a otro mecanismo jurídico, como la estipulación por otro, cesión de créditos, etc.¹⁷⁸

¹⁷⁸En las acciones directas del segundo grupo, dice SOLUS, *op.cit.*, n° 4, pág.6, que: «el papel del intermedio es eminentemente activo: es él quien ha hecho nacer, mediante su voluntad combinada con la del deudor el derecho del acreedor beneficiado con la acción directa [...], la acción directa, entendida en este sentido se encuentra en tres series de hipótesis: en el caso del mandato, de la gestión de negocios y la estipulación por otro».

En las acciones directas del primer grupo, continúa diciendo SOLUS, (*op. cit.*, n^{os}. 28 y 29, págs. 31 a 33), que: «un deudor, que tiene en esa condición, dentro de su patrimonio, bienes o derechos que pertenecen a su acreedor, concluye un contrato sobre esos valores, con otra persona, un contrato del que resulta para él una deudor contra ese último. Se entiende que no ha sido su

intención representar a su propio acreedor: frente a este ha jugado un papel pasivo. [...] Sabemos que el deudor al contratar con el subdeudor no ha representado al acreedor: hay dos contratos, independientes, perfectos y autosuficientes. ¿De donde proviene entonces que, desconociendo el principio del art. 1165 [cfr. art. 1257 C.C.], rechazando la aplicación del artículo 1166, el acreedor originario se dirige directamente contra el subdeudor, invocando para él sólo y en su propio nombre derechos que su deudor inmediato no había adquirido

b) Acciones directas perfectas e imperfectas¹⁷⁹

por si mismo y que constituían la garantía de todos sus acreedores?. La acción directa [en este grupo sentido] aparece como una derogación del Derecho común: es excepcional.

¹⁷⁹Esta distinción que fue planteada en 1935 por PLANCQUEEL, (*Contribution à l'étude des actions directes, op. cit.*, pág. 96 y ss.) ha encontrado una gran aceptación tanto en la doctrina francesa como en la española: COZIAN, *op.cit.*, nºs. 119 y ss., pág. 78.; STARK, *op.cit.*, nº 54; JAMIN, *op. cit.*, nº 167; IZORCHE, *op. cit.*, nº 12. En nuestro país *vid.* PASQUAU LIAÑO, M., *La acción directa...*, *op.cit.*, pág.78; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op. cit.*, págs. 83 y 84.

Esta distinción, según IZORCHE, *op. cit.*, nº 12, únicamente es válida para las acciones directas consistentes en el pago de un suma de dinero..

64.- Esta clasificación responde al distinto funcionamiento de las acciones directas. Las *acciones directas perfectas* provocan una inmovilización del crédito del deudor intermedio contra el subdeudor, desde el momento de su nacimiento; de modo que los pagos efectuados a pesar de esa inmovilización o retención, son declarados inoponibles a los titulares de la acción directa. La acción directa perfecta es más eficaz, por cuestiones obvias que la imperfecta. El supuesto previsto en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980, es el único supuesto de acción directa perfecta de nuestro ordenamiento^{180 181}.

65.- Las *acciones directas imperfectas* reciben este nombre porque sólo provocan la inmovilización del crédito del deudor intermedio desde que son ejercitadas judicial o extrajudicialmente por su titular¹⁸²; de modo que sólo serán inoponibles los actos de disposición sobre el crédito del acreedor directo realizados por el deudor intermedio a partir del ejercicio de ésta acción. Los actos de disposición realizados entre el nacimiento de la acción directa y el momento de su ejercicio si que serán oponibles por el deudor intermedio. Es decir, si no hay ejercicio no hay inmovilización del crédito¹⁸³. Las acciones imperfectas tienen un régimen jurídico que se diferencia del de las perfectas por el hecho de que el deudor principal sigue siendo titular

¹⁸⁰PASQUAU LIAÑO, M., *La acción directa...*, *op.cit.*, pág.79; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...* *op.cit.*, pág. 83.

¹⁸¹Comoquiera que este precepto también es aplicable a los seguros obligatorios de responsabilidad civil, también serán perfectas todas las acciones directas que surjan de aquellos seguros.

¹⁸²PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa...*, *op.cit.*, págs. 78 y 79; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 98. En Francia, vid. PLANCQUEEL, *op.cit.*, p.96; COZIAN, *op.cit.*, n°119 y ss; GHESTIN, *op.cit.*, n°775, pág.833.

¹⁸³Hasta el momento del ejercicio de la acción directa, el deudor intermedio puede realizar válidamente cualquier acto de disposición en relación con el crédito que ostenta contra el subdeudor: puede recibir el pago, cederlo, asegurarlo, etc. Vid. IZORCHE, *op. cit.*, n°14.

de su crédito frente al subdeudor y puede disponer como tenga conveniente del mismo mientras que el titular de la acción no la ejercite¹⁸⁴. En nuestro ordenamiento, la inmensa mayoría de acciones directas son imperfectas. Este es el caso de las acciones clásicas del Código civil¹⁸⁵.

c) acciones directas de pago y de responsabilidad o de garantía.

66.- Las acciones directas de pago tienen por finalidad el cobro de una deuda dineraria, estas acciones cumplen una función de refuerzo ya que afectan la garantía del patrimonio de un tercero (el subdeudor) al pago de esa deuda. Las acciones de pago se utilizan en caso de impago por parte del deudor principal¹⁸⁶. Las acciones directas de responsabilidad o de garantía¹⁸⁷, no tienen siempre por objeto el pago de una suma de dinero¹⁸⁸, puesto que a través de las mismas se puede obtener una sentencia en la que el resarcimiento del daño consista en una prestación *in natura*¹⁸⁹. Una particularidad de las acciones directas

¹⁸⁴RODRÍGUEZ MORATA, La acción directa como garantía..., *op.cit.*, pág. 85.

¹⁸⁵Es evidente que la garantía proporcionada por las acciones directas imperfectas es inferior a la de las perfectas, puesto que en las primeras el titular del derecho tendría que actuar con toda la diligencia posible desde el momento del nacimiento de la acción y hasta el momento del ejercicio de la misma, puesto que durante este lapso de tiempo estaría expuesto a los efectos de la máxima *prior in tempore, potior in iure*. En este sentido se manifiestan PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op.cit.*, pág.79 y RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 85.

¹⁸⁶PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op.cit.*, pág. 78.

¹⁸⁷Si bien la gran mayoría de autores utilizan las acciones directas de responsabilidad y de garantía como equivalentes AYNÈS (*La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, París, 1984, nº 156, pág. 118) matiza la diferencia: «el objeto de una acción directa no consiste únicamente en el pago de una suma de dinero. Por consiguiente, el subadquirente puede ejercer una acción redhibitoria contra el vendedor anterior, cuyo objeto es la obtención del equivalente de la resolución del contrato. De ahí nuestra distinción entre acción directa en pago y la acción directa en responsabilidad, de la que la acción en garantía no es sino una modalidad».

¹⁸⁸GHESTIN, *op.cit.*, nº776, pág.834.

¹⁸⁹Este tipo de acciones generalmente, aunque no de forma necesaria,

de pago es que tradicionalmente o bien han surgido de la interpretación de un texto legal o bien se encuentran directamente fijadas en uno. Por el contrario, la gran mayoría de acciones directas de garantía o responsabilidad rara vez aparecen consagradas en un texto, sino que tienen un origen jurisprudencial¹⁹⁰. Son acciones que se encuentran generalmente en los supuestos de encadenamiento de contratos¹⁹¹. Pertenecen a este grupo la acción directa de la víctima contra el asegurador y la acción directa de subcontratista contra el dueño de la obra.

d) Acciones directas generales y especiales.

67.- Dentro de las acciones imperfectas, la doctrina francesa ha diferenciado entre las *acciones directas generales*¹⁹², que permiten a su titular dirigirse contra todos los deudores del deudor intermedio, en este aspecto se comportan como la acción oblicua, ya que su titular puede dirigirse contra cualquier deudor de su deudor inmediato. En el caso de las *acciones directas especiales* el titular de las mismas sólo

suelen poner en contacto dos relaciones jurídicas de signo diverso, una extracontractual entre perjudicado y causante del daño y otra contractual entre éste y el asegurador del segundo. Así lo reconoce PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op.cit.*, pág. 77, al referirse el caso de la acción directa *ex art. 76 LCS*.

¹⁹⁰Ello no es óbice para que a ese origen jurisprudencial le haya seguido un reconocimiento legal como es el caso de la acción directa de la víctima contra el asegurador que ha sido consagrada en el art. 76 de la LCS.

¹⁹¹IZORCHE, *op.cit.*, n^{os}.19 y 20.

¹⁹²COZIAN, *op.cit.*, n^o122 y ss.; IZORCHE, n^{os}. 9 a 11. Según esta última autora las acciones directas generales son raras puesto que en ese caso el acreedor directo todavía ocupa una posición más favorable que la que le confiere el otorgamiento de una acción directa especial. Como ejemplos cita toda una serie de supuestos que no tienen su equivalente en el Derecho español, como es el caso de la acción directa conferida al Tesoro Público con el fin de permitirle obtener el pago de los impuestos debidos por los deudores. (LPF Drt L. 262); asimismo el art 1^o de la ley n^o 73-5 de 2 enero 1973 (D.1973.63) otorga una acción directa al acreedor de alimentos contra los acreedores del obligado al pago de la pensión para que esta forma aquellos le paguen directamente las cantidades adeudadas a

puede dirigirse contra un subdeudor determinado y para recobrar una deuda determinada. Las acciones directas especiales constituyen la regla general¹⁹³.

e) Acciones directas de origen legal y de creación jurisprudencial¹⁹⁴.

68.-

aquél.

¹⁹³Esta clasificación carece de relevancia en nuestro ordenamiento, puesto que en él todas las acciones directas son especiales.

¹⁹⁴Este es el criterio utilizado por PASQUAU LIAÑO para efectuar la exposición de su tesis. Nosotros sin embargo preferimos utilizar el que diferencia entre acciones directas de pago y acciones directas de responsabilidad, sin perjuicio de distinguir dentro de cada grupo entre aquellos supuestos de origen legal y los de origen pretoriano.

¹⁹⁵¹⁹⁶¹⁹⁷Según que su origen se encuentre en un texto legal o que sean una creación jurisprudencial. Este criterio diferenciador ha sido objeto de crítica por considerarse que la ley cumple una triple función¹⁹⁸: En unos casos la ley crea una acción directa, sería este el caso de la acción directa *ex art 76 LCS*; en otros casos permite la creación de una acción directa y en otros no hace sino tomar una construcción jurisprudencial.

f) Acciones directas bidireccionales.

69.- Alguna acción directa como sucede en el caso de la que dispone el mandante contra el sustituto del mandatario *ex art. 1722 del Código civil* funciona en una doble dirección¹⁹⁹. El funcionamiento habitual de esta acción directa consiste en que el mandatario se dirige contra el sustituto del mandatario, bien para reclamarle la entrega de los bienes conseguidos con su gestión, bien para exigirle responsabilidad por mala gestión; sin embargo el sustituto también podrá dirigirse contra el contra el mandante, con quien no le une ningún vínculo jurídico para exigirle los gastos que originó la realización del encargo²⁰⁰.

En relación a las acciones directas que se originan en el ámbito

¹⁹⁵Vid. nº 763 y ss. GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, *op.cit.* nº775. pág.833.

¹⁹⁶GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, *op.cit.* nº775. pág.833.

¹⁹⁷GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, *op.cit.* nº775. pág.834.

¹⁹⁸Vid. JAMIN, *op.cit.*, nºs. 179 y ss; IZORCHE, *op.cit.*, nº 21.

¹⁹⁹ GHESTIN, *op.cit.*, nº739, pág. 801, al referirse a la acción de que dispone el mandante contra el sustituto del mandatario se refiere a la misma como bilateral. En relación al artículo 1721 del Código civil, también la admite ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: «Comentario del art.1721 » en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*. (Dir. PASQUAU LIAÑO, M., Coord. ALBIEZ DOHRMAN, K.J, y LÓPEZ FRÍAS, A) Granada. 2000, T.II, pág. 2991. ...*op. cit.*, pág. 2993.

²⁰⁰Esta misma doble dirección estimamos que es predicable en el caso del

del subcontrato la doctrina se ha planteado la posibilidad de que los subcontratistas finales tengan acción de regreso o inversa contra el comitente. El único supuesto admitido por la jurisprudencia ha sido la acción directa de los subcontratistas contra el dueño de la obra *ex art.* 1597. Pero en los demás supuestos de subcontratación, como el subtransporte y submandato, la jurisprudencia no ha reconocido esta especial protección al subcontratante. Dentro de la doctrina, un sector, al que nos adherimos, es partidario de admitir con carácter general esa acción directa “inversa”, para ello fundamenta su admisibilidad a través de la imbricación o conexión que se aprecia entre el contrato principal y el subcontrato, imbricación que es consecuencia normal de todo supuesto de unión jurídica de contratos o grupo contractual^{201 202}.

g) Acciones directas que se encuentran dentro y fuera de grupos de contratos.

70.- Las acciones directas, desde este punto de vista, pueden englobarse en dos grupos: aquellas que están integradas en un grupo

delegado del gestor de negocios ajenos contemplado en el art. 1890 cc.

²⁰¹En favor del reconocimiento de acciones directas bidireccionales, cruzadas o recíprocas en el ámbito del subcontrato: PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op. cit.*, págs. 135 a 136 y «Comentario a la Sentencia de 2 julio 1997. Acción directa del artículo 1597 CC: legitimación de los subcontratistas sucesivos frente al comitente y contratistas», CCJC, nº 45, Sept.-Dic., pág. 1231; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág.139 y LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, págs. 229 a 231.

En la doctrina francesa también es posible encontrar a algún autor como DE QUENAUDON (comentario a la sentencia de la *Cour Cassation* [1ª Sala civil] de 31 de octubre de 1989 , J.C.P.. 1990, II, 21.568, nº 14 y ss) que es partidario de la bidireccionalidad de la acción directa como pone de manifiesto al comentar una sentencia en la que se admite la posibilidad del subdepositario para dirigirse contra el depositante para exigirle el pago de su crédito o los gastos que el subdepósito le originó.

²⁰²En contra de las acciones directas bilaterales: COZIAN, *op. cit.*, págs. 54 y 55; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, t. X, vol.2º, 6ª ed. Revisada por J.Mª. BLOCH, Madrid, 1.969., pág. 101; FUENTES LOJO, J.V.: *Suma*

contractual, y que no son sino una aplicación del principio de relatividad de los contratos, y acciones directas al margen de cualquier tipo de grupo contractual²⁰³.

h) Acciones directas modificadas.

71.- Las acciones directas modificadas serían aquellas de origen legal, en las que el legislador habrían modificado, bien por adición o sustracción, algunas de las características comunes a todas las acciones directas²⁰⁴

2.- LAS ACCIONES DIRECTAS DEL CÓDIGO CIVIL.

72.- Las tres acciones directas que, aun sin recibir tal denominación, aparecen en el Código civil español desde su redacción, son fruto de la

de arrendamientos urbanos. T.I y II; Barcelona, 1986,. t.I., pág. 392 .

²⁰³Esta clasificación podemos encontrarla en BACACHE-GIBEILI, *op.cit.*, pág. 275. Según esta autora las acciones que se encuentran dentro de un grupo de contrato son manifestaciones del principio de relatividad y pueden existir al margen de cualquier norma legal. Las otras acciones directas por el contrario son verdaderas excepciones al principio de relatividad contractual y por lo tanto necesitan apoyarse en una norma legal.

²⁰⁴Un ejemplo de acción directa modificada lo tenemos en el supuesto del art 15.1 de la Ley 7/1995 de crédito al consumo, se está reconociendo de forma implícita una acción directa en favor del consumidor contra el empresario que hubiera concedido del crédito. Si bien la regla general en la acción directa es la responsabilidad solidaria del deudor inmediato y del subdeudor, en este caso el legislador ha creído conveniente modificar ese régimen general y establecer la responsabilidad subsidiaria del financiador. El art. 15.1.e) exige para ejercitar los mismos derechos de que dispone el consumidor frente al empresario : «Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho ».

Otro ejemplo lo constituye la acción directa *ex art. 76 LCS*, cuyo régimen de excepciones se aparta del régimen general aplicable al resto de acciones directas por una voluntad concreta del legislador. En este sentido PASQUAU LIAÑO, *La acción directa ...*, *op. cit.*, págs. 98 y 90..

influencia del *Code* napoleónico, aún cuando puede advertirse alguna leve modificación e incluso alguna mejora en algún aspecto parcial. Es por ello, como ya hemos dicho con anterioridad, que buscaremos en el Derecho francés el origen y evolución de esta figura. La casi totalidad de la doctrina y de la jurisprudencia francesa del siglo XIX admiten que los artículos 1.753, 1.798 y 1.994 del Código civil²⁰⁵ constituyen el fundamento de las diferentes formas de acciones directas²⁰⁶.

El análisis histórico efectuado con posterioridad revela una realidad diferente: si bien la acción directa no tenía en verdad ninguna existencia en el período anterior al *Code*, tampoco la tuvo en el espíritu de sus redactores. El concepto de acción directa puede ser fijado como consecuencia de una interpretación contraria al espíritu de los textos que la doctrina y, después la jurisprudencia han fijado²⁰⁷.

3.- LA ACCIÓN DIRECTA DE LOS QUE PONEN SU TRABAJO Y MATERIALES CONTRA EL DUEÑO DE LA OBRA.

73.- La acción contenida en el artículo 1597 constituye una de las denominadas acciones directas clásicas del Código civil²⁰⁸; y si bien el legislador decimonónico no utilizó la expresión acción directa en el texto del precepto, es pacífica la doctrina que admite la existencia de esta institución en el contenido del mismo²⁰⁹. El artículo 1.597 es

²⁰⁵Estos preceptos tienen su equivalente en nuestro Código civil. El 1.753 equivale a los artículos 1.551 y 1.552; el 1798 del Code al 1597 y finalmente el 1994 acción directa contra el sustituto del mandatario englobaría los supuestos que contempla los arts. 1721 y 1722 del C.c.

²⁰⁶JAMIN, *op.cit.*, nº 11, pág.9.

²⁰⁷JAMIN, *op.cit.*, nº11, pág.9.

²⁰⁸El art. 1.597 C.c. establece que: «Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación.»

²⁰⁹La no utilización del Codificador de la expresión acción directa, va ser

consecuencia de la posibilidad que tiene el contratista de utilizar a terceros en la realización de la obra, excepción hecha del caso de que el contrato sea uno de los denominados *intuitu personae*²¹⁰

3.A.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

74.- La doctrina coincide en que el artículo 1.597 del Código civil es un precepto sin antecedentes remotos en nuestro Derecho histórico²¹¹ y que su directo precedente es el artículo 1.798 del *Code*, habida cuenta de la similitud de redacción²¹². No obstante, a finales del siglo

un denominador común a los preceptos que sin embargo encierran a las acciones directas clásicas del CC, el art. 1.597, el 1551 y 1552 1722.

²¹⁰Vid. ALBÁCAR LÓPEZ, J.L.: *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, (coor. MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M.), t.V., Madrid, 1992, pág. 1267.. Este autor se refiere a este artículo como una especie de complemento del art. 1596 que establece la responsabilidad que al contratista corresponde, frente al dueño de la obra, por razón del trabajo efectuado por las personas que éste ocupara en la obra. El art. 1597 atribuye a los terceros mencionados en el anterior precepto la posibilidad de dirigirse contra el comitente si se cumplen los requisitos exigidos por el precepto.

Asimismo señala que este precepto no es el único precepto del C.c. en que se contempla reclamación de los terceros como consecuencia de la intervención en obras. Así pues el art. 1.600 contempla el derecho de retención del que ejecuta una obra en un bien mueble, o los arts. 1.922, 1.923 y 1.927 relativos al orden de preferencia con que cuentan los titulares de los denominados créditos refaccionarios. Finalmente en el Estatuto de los Trabajadores encontramos preceptos que protegen los créditos laborales.

²¹¹Vid. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...*, *op.cit.*, pág.11; PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...op.cit.*, pág. 29; RODRIGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág.23; NART, «*Contrato de obra y empresa*», en RDP, 1951, p. 824; LUCAS FERNANDEZ,F.:«*Comentarios a los artículos 1.583 a 1.603*» *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t.,XX vol. 2º,(dir.ALBALADEJO) Madrid, 1.986., pág 444; Q. M. SCAEVOLA, *Código civil*, t. XXIV, parte 2ª, 2ª ed., por L. RODRIGUEZ ARIAS, Madrid, 1951, p. 158; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, *op.cit.*, págs. 736 y 737; DEL ARCO y PONS, *Derecho de la Construcción*, Madrid, 1987, pág. 233.

²¹²El precepto del *Code* establece que: « Los albañiles, carpinteros y otros obreros que se hayan empleado en la construcción de un edificio o de otras obras hechas por precio alzado, no tienen acción contra aquel para el cual se han hecho las obras más que hasta la cantidad por la que éste resulte deudor para con el contratista, en el momento en que aquéllos interpongan su acción »

XIX se ha llegado a mantener que el artículo 1.597 del Código civil tiene su *antecedente patrio*²¹³ en la ley 17, título VIII Partida 5ª; si bien, esta opinión no ha encontrado eco en la doctrina²¹⁴. La primera referencia legislativa del precepto, puede encontrarse en el Proyecto de Código civil de 1836 en su artículo 1.257²¹⁵. La extraordinaria similitud de su redacción con la de su modelo francés, permite afirmar que es una mera transcripción del artículo 1.798 del Código civil francés²¹⁶. El Proyecto de Código civil de 1851 incorporaba un artículo, el 1.538²¹⁷, en el que tanto la redacción de su texto como en su colocación sistemática, nuevamente se hacía patente su ascendencia francesa²¹⁸. En el texto del Proyecto se advierte una extensión de la

El artículo español presenta una novedad como es la de ampliar los legitimados activamente por la acción a los que “ponen materiales en la obra”, lo que ha posibilitado que nuestro T.S. amplíe la acción directa a los subcontratistas, mientras que en Francia el tenor literal del precepto lo ha impedido.

Según COZIAN, *op. cit.*, nº 146, el art. 1.798 del Code carece de historia, puesto que no tiene antecedentes conocidos ni tampoco ha quedado constancia de las discusiones parlamentarias de los codificadores.

²¹³BONEL Y SÁNCHEZ, *Código civil comentado*, Barcelona, 1891, artículo. 1597.

²¹⁴ Se dice que la opinión del citado autor es infundada, ya que que el supuesto que contempla el texto histórico se refiere a un caso en que el comitente, en forma maliciosa, no pagó la obra debidamente ejecutada por el «maestro» y sus auxiliares. Vid. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...*, *op.cit.*, pág.12. RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 24.

²¹⁵ Establece este precepto que: «Los albañiles, carpinteros y otros operarios que han sido empleados en alguna obra hecha por ajuste no tienen acción contra aquél por cuya cuenta se ha ejecutado la obra, sino en concurrencia de lo que éste resultare debiendo al arquitecto o empresario cuando entablen su demanda»

²¹⁶ RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía ...*, *op.cit.*, pág. 24.

²¹⁷ Decía este artículo que: «Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por un empresario no tienen acción contra el dueño de ella, sino hasta en la cantidad que éste adeude al empresario cuando se hace la reclamación.»

²¹⁸ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...op.cit.*, pág.12; SALVADOR CODERCH, P.: «Comentario del artículo 1.597 » en Comentario del Código civil, t.II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1207.

legitimación activa de la acción directa, parece ser que GARCÍA GOYENA asimiló las críticas que autores franceses contemporáneos habían formulado al concordante artículo 1.798 del *Code* y, por ello amplió la esfera de legitimación de la acción, no sólo a los obreros u operarios del contratista, sino también a los suministradores que concertaron con este último el suministro de materiales en la obra ajustada por precio alzado²¹⁹. El Anteproyecto de Código civil de 1.882-1.888 adopta de forma casi idéntica el artículo 1.538 del Proyecto de 1.851, con leves modificaciones de carácter puramente gramatical²²⁰. Finalmente el Código recoge casi literalmente este precepto del anteproyecto, para llegar a nuestros días tal como lo conocemos, sin haber sufrido ninguna modificación.

3.B.- NATURALEZA JURÍDICA

75.- La doctrina es coincidente a la hora de calificar la redacción del artículo 1597 Código civil como oscura y enigmática²²¹. Esta falta de claridad del precepto ha motivado que la doctrina haya mantenido dos posturas enfrentadas en relación a la naturaleza de la acción que

²¹⁹DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...op.cit.*, pág.13.

²²⁰El artículo 53 «Del arrendamiento», del Libro IV, establece que : «Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por un empresario, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta en la cantidad que éste adeude al empresario, cuando se hace la reclamación.». *Vid.* RODRÍGUEZ MORATA, F.:

²²¹Nos dice DE ÁNGEL YAGÜEZ , *Los créditos derivados del contrato de obra... op.cit.*, pág. 13, que la oscuridad legal del precepto, que ya aparece en el art. 1.798 del *Code*, es una constante que se viene repitiendo en todos los ordenamientos latinos. En el caso del artículo español es desconcertante su redacción en sentido negativo. Al no conceder acción sino hasta cierto límite - (“...no tienen acción contra el dueño sino hasta la cantidad...”)- se induce a pensar en la existencia de un artículo previo de la que el 1597 supondría una limitación. Es decir que lo lógico hubiera sido establecer una norma y posteriormente un límite a su eficacia en uno o dos artículos.

éste encierra ²²².

1) Tesis de la acción subrogatoria.

76.- Los defensores de esta tesis se basan en que el texto del artículo habla de un acción, si bien sin especificar cual sea, para posteriormente limitar su alcance, de modo que, ante el silencio legal, no puede ser otra que la acción general subrogatoria²²³. De modo que el artículo 1597 Cc. no sería sino una aplicación casuística de la acción más general contenida en el artículo de la acción subrogatoria. La acción a la que se refiere el precepto comentado no sería sino una acción subrogatoria con la particularidad de no exigir la previa excusión de los bienes del deudor²²⁴. Esta postura doctrinal, si bien fue compartida por los primeros comentaristas de nuestro Código civil, carece de continuidad en la doctrina moderna²²⁵, sin embargo, en la

²²²Esta división doctrinal no es sino la trasposición a nuestro país de una de las tantas polémicas surgida en la doctrina francesa del siglo XIX en relación a la naturaleza de esta figura, y que se dividía entre quienes consideraban que la acción contemplada en el art. 1.798 del *Code* (cfr. Art. 1.597 cc) era una modalidad de la acción subrogatoria general del art. 1.166 del *Code* (cfr. 1111 cc) y quienes consideraban que en realidad se trataba de una genuina acción directa.

²²³Los defensores de esta tesis fueron, LAURENT: *Principes de Droit civil Français*, París-Bruselas, 1878, XXX, pág. 40. PLANIOL: *Tratado Elemental*, Edición Mejicana, nº 1920.

²²⁴Vid. PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...op.cit.*, pág. 30. RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa..., op.cit.*, pág. 71. Ambos autores se oponen, como la mayoría de nuestra doctrina, a esta asimilación entre acción subrogatoria y la que contempla el art. 1597.

²²⁵Q.M.SCAEVOLA.: *Código civil*, T. XXIV, Primera Parte, Madrid, 1.952, ed. revisada por RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMENTE, pág..160 dice que: « el artículo 1.597 no es una excepción de los principios generales de la contractualidad, sino una adecuación de la norma básica subrogatoria contenida en el artículo 1.111, con la peculiaridad de que atendiendo a la naturaleza especial del contrato de obra, libera a los acreedores privilegiados del deber de perseguir los bienes de que estuviera en posesión el deudor.». Asimismo comparte este criterio FALCÓN, (*Derecho civil español, común y foral*, t.IV, Madrid, 1902, pág. 291), dice este autor que éste precepto se funda en que, no habiendo contratado el dueño con los destajistas, ninguna obligación ha contraído con ellos, y ninguna acción (excepcional) por consiguiente tienen éstos contra aquél.

jurisprudencia se ha utilizado profusamente el recurso la acción subrogatoria, junto con otros argumentos, para justificar la acción directa *ex art. 1597 Cc*²²⁶

2) Tesis de la acción directa.

77.- En la actualidad la doctrina es pacífica a la hora de admitir que la acción a la que se refiere el artículo 1597 es una acción directa²²⁷. Es una figura *sui generis* que dota a su titular de un verdadero derecho preferencia para el cobro de su crédito²²⁸. En este sentido la acción directa, a diferencia de la subrogatoria, sí que tiene carácter excepcional y cuestiona los principios de relatividad contractual y el de la igualdad de los acreedores (*par conditium creditorum*).

En nuestro país la recepción de la doctrina de la acción directa

²²⁶En este sentido la STS 29 de junio de 1936 (RJA 1936, 1491) que aún a pesar de su modernidad al consolidar la doctrina que amplía la acción directa al subcontratista; continua utilizando el recurso a la acción subrogatoria; esa referencia si bien indirecta a la acción subrogatoria además ha quedado como cláusula de estilo en posteriores sentencias. Establecía esta sentencia que: «ha de entenderse como una especie de subrogatoria general derivada de la máxima romanista, “*debitor debitoris meus*, etc.”

En la STS 6-junio-2000 (RJA 2000\4402), por todas, se vuelve a utilizar la misma justificación, para otorgar la acción directa: « La acción directa la concede el artículo 1597 al tercero frente al dueño de la obra, pero la razón de ser de esta norma y su fundamento (que, como dice la sentencia de 11 de octubre de 1994 es: razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción, especie de subrogación general derivada del principio de que “el deudor de mi deudor es también deudor mío”, etc.).

²²⁷La expresión acción directa ya aparece empleada por el T.S. en la S.11 de junio 1928 (C.J.C, t.102, pág. 134), ésta fue sin duda de las primeras en utilizar aquel término para referirse a la naturaleza de la acción que contiene el art.1597 C.C: « éste [el propietario] no podrá enervar la acción directa analizada... »

²²⁸En Francia quienes ven en el artículo 1798 del Code una acción directa, se justifican frente a los defensores de la vía subrogatoria alegando que si la acción contenida en el artículo 1798 del Code (1597 cc) fuese una subrogatoria, ese precepto no sería sino una repetición inútil del artículo 1.166 (art. 1111 cc).DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra... op.cit.*, pág. 18.

tuvo lugar en el primer tercio del siglo XX²²⁹, si bien la aportación de los autores de la época poco contribuyó al desarrollo de la figura que nos ocupa, limitándose únicamente a afirmar que los favorecidos por la misma ejercitan un derecho propio y que el precepto constituye una excepción legal al principio de la relatividad contractual²³⁰

²²⁹Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t.IV, Madrid, 1.910, pág. 794; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t.III, Valladolid, 1.932, págs. 487 y 488; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, t.II, Madrid, 1.930, págs. 243 y *Dictámenes jurídicos*, t.II, Barcelona, 1958, pág. 503; PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil español*, Madrid, 1946, IV, vol.2, págs. 304-305; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, *op.cit.*, pág. 735.

²³⁰La referencia al art. 1597 como una excepción al principio de relatividad contractual la encontramos en numerosos autores: LOPEZ VILAS, *El subcontrato, ...op. cit.*, pág. 134; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, *op.cit.*, pág. 262; SANTOS BRIZ, J.: «El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica», *RDP*, 1972, pág. 407; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa...*, *op.cit.*, pág. 75; LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, págs. 48 y 49.

En la actualidad la admisión de que este precepto encierra una acción directa es el criterio dominante tanto en la doctrina extranjera como en la española²³¹, es pacífica la doctrina que estima que nos encontramos ante un supuesto precisamente de excepción de la acción subrogatoria citada.

3.C.- FUNDAMENTO

78.- La doctrina ha ofrecido diferentes explicaciones para justificar el porqué la ley ofrece la posibilidad de que determinadas personas que intervienen en una obra ajustada alzadamente por el contratista, saltándose el principio de relatividad contractual, puedan dirigirse contra el dueño de la obra con quien no han contratado:

a) El recurso a la equidad.

79.- Este ha sido el fundamento utilizado con más frecuencia por la doctrina. Ya a mediados del siglo XIX GARCÍA GOYENA^{232 233}, nos

²³¹DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, II, 5ª ed., Madrid, 1.988, pág.445; LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, II, vol 3º, 2ª ed., Barcelona, 1.986, pág. 299; ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, II, vol. 2º, 7ª ed., Barcelona, 1.982, págs. 287 y 288; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, II, vol.2º, 2ª ed., Barcelona, 1.986; LUCAS FERNANDEZ, F.: «Comentarios a los artículos 1.583 a 1.603», *op.cit.*, pág.445; PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op.cit.*, págs.28 a 33; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág.77; SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 1.597...», *op.cit.*, pág. 1207; CAPILLA RONCERO, F.: *Derecho de obligaciones y contratos*, (Coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Valencia, 1994, pág. 686; ABRIL CAMPOY, J.M.: *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, (Dir. PASQUAU LIAÑO, M., Coord. ALBIEZ DOHRMAN, K.J, y LÓPEZ FRÍAS, A), Granada. 2000; DEL ARCO TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M: *Derecho de la construcción. (Aspectos administrativos, civiles y penales)*, Granada, 2000, pág. 305; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «Los contratos de obras y servicios » en AAVV, *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de Obligaciones*, (dir.MARTÍNEZ DE AGUIRRE), Madrid, 2000, pág.603.

²³²GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t.III, Madrid. 1852 (reimp. Barcelona, 1973), pág 488.

dice que: «el artículo²³⁴ es una excepción al rigor y disposiciones generales del derecho: no habiendo contratado con el empresario, contra éste sólo deberían dirigir su acción; pero la equidad no permite que el empresario se enriquezca a expensas de los que, bajo su garantía, contribuyeron a la ejecución de la obra. Este favor de la Ley no debía ir, ni va hasta perjudicar al propietario, que ha pagado por entero al empresario». Otros autores añaden que esta acción directa se otorga como consecuencia de modificar los principios generales de la contratación, puesto que en caso contrario no les correspondería contra el dueño de la obra otra acción que la subrogatoria del artículo 1.111 del Código civil²³⁵.

b) Por razón de la cualidad de la deuda.

80.- También se ha justificado alegando que en los contratos de obra por ajuste alzado la deuda se corresponde, no con una obligación genérica, representada en su fase económica por todos los bienes del deudor, sino con aquellas cosas y aquellas actividades que por su incorporación a la obra crean gradualmente la nueva propiedad²³⁶.

c) El privilegio

²³³Entre otros, estiman que el artículo comentado tiene su razón de ser por motivos de equidad: Q. M. SCAEVOLA, *Código civil...op.cit.*, pág.159, si bien parte de la equidad como criterio justificador de la acción *ex art.* 1597, PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil, t.II, , vol. 2º*, Barcelona, 1986, págs. 397-398; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español. Común y foral. Tomo IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias.* (Rev. FERRANDIS VILELLA), Madrid, 1988, pág. 517, DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...*, *op.cit.*, págs. 35 y 41. ALBÁCAR LÓPEZ, *Código civil...*, *op.cit.*, pág. 1267

²³⁴Se refiere al artículo 1.538 del Proyecto de Código civil de 1851, equivalente del actual 1.597 del Cc .

²³⁵Vid. CASTÁN, *op. cit.*, pág. 517.

81.- Algunos autores estiman que los que han dado origen al nacimiento de un crédito en favor de su deudor deben tener un privilegio para el cobro del producto de la acción que su deudor tenga frente a un tercero²³⁷.

d) La estipulación a favor de tercero.

82.- Al titular de la acción directa, así como el beneficiario de la estipulación, se le atribuye directamente un derecho con facultad de exigir al obligado. La acción directa no es sino la consecuencia de una estipulación en favor de tercero, refrendada de autoridad por la Ley sobre el contrato suscrito por el deudor intermedio y el subdeudor²³⁸.

d) El enriquecimiento injusto.

83.- Para los defensores de esta tesis la acción del artículo 1597 del Cc no se trata de una acción directa excepcional de concesión forzada, sino de una auténtica, verdadera y ejemplar acción de enriquecimiento injusto, intrínsecamente directa; es un caso claro de vigencia de la *actio in rem verso*; de modo que el comitente se enriquece a través del patrimonio del contratista mientras que de modo correlativo se empobrecen los operarios o suministradores que no están ligados con el dueño de la obra por causa jurídica alguna²³⁹. Esta tesis en Derecho

²³⁶ Q. M. SCAEVOLA, *op.cit.*, págs. 160 y 161.

²³⁷ Han justificado la concesión de la acción directa a través de la idea del privilegio: LABBÈ: «Des privilèges sur les créances », *Rev. crit.leg.et jur.* 1876, págs. 571 y ss; LAURENT: *Principes du Droit Civil*, XXVI, num 81., 8ª ed Paris, Bruselas, 1.878; DEBRAY, V.R.: *Privilèges sur les creances et actions directes*, París, 1928, pág. 80 y ss.

²³⁸ Esta tesis, que no comparto, ha sido desarrollada por WEIL; *Le principe de la relativité des conventions en droit français*, Estrasburgo, 1938, págs. 772 y ss. Asimismo siguen esta teoría AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français*, IV, Paris, 1942, pág. 455 .

²³⁹ Comparten esta teoría SOLUS, *op.cit.*, págs. 227 y 238 y ss. y NART,

español no puede utilizarse para justificar la acción directa, puesto que la causa del enriquecimiento del comitente es justa, ya que su origen está en un contrato, y además, porque la acción de enriquecimiento injusto sólo opera en defecto de norma legal aplicable al caso y en éste caso los titulares de la acción directa tendrían la posibilidad de ejercitar la vía subrogatoria del art. 1111 del Código civil²⁴⁰.

f) El criterio corrector para evitar la discriminación.

84.- Otra justificación utilizada por la doctrina²⁴¹, es que la figura contemplada en el artículo 1.597 viene a corregir la discriminación que supone el hecho de que si los trabajadores y suministradores hubiesen contratado directamente con el dueño de la obra, tendrían la consideración de acreedores refaccionarios privilegiados, mientras que al contratar con el contratista pierden tal beneficio respecto del comitente.

g) La gestión de negocios ajenos

85.- Esta postura es fácilmente criticable²⁴², puesto que en el caso de que la gestión no sea beneficiosa para el comitente, no es operativa

«Contrato de obra y empresa», *op.cit.*, págs. 814 y ss. En el caso de Q. M. SCAEVOLA, *op.cit.*, pág.159, si bien parte de la equidad como criterio justificador de la acción *ex art.* 1597, dice que: « no es lícito que el dueño o empresario, o ambos, hasta por fraudulenta confabulación , se enriquezcan dañinamente con el esfuerzo o la aportación impagada de operarios y materialistas »; siguen esta opinión CASTÁN TOBEÑAS, J.: Derecho civil español, común y foral, t.IV, pág. 517; PUIG BRUTAU, J.: Fundamentos de Derecho civil, t.II, vol.2º, pág. 474.

²⁴⁰RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, págs. 113 y 114.

²⁴¹DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...* *op.cit.*, págs. 44 a 46 utiliza esta explicación aunque no como criterio único, puesto que apoya preferentemente en criterios de justicia y equidad para el reconocimiento de esta acción directa.

²⁴²Teoría defendida por DEMOLOMBE, XXV, nº 318.

esta figura; además falta el requisito del «*animus negotia aliena gerendi*» ya que, en el caso que nos ocupa, la gestión no es voluntaria porque nace como consecuencia de un contrato²⁴³.

h) *El favor legis* .

86.- Para los defensores de la denominada teoría legalista o del *favor legis*, solo cabe el otorgamiento de una acción directa previo reconocimiento expreso de la ley y, en todo caso, tendrá que ser interpretada restrictivamente²⁴⁴. Esta corriente doctrinal ha sido durante mucho tiempo la tesis dominante²⁴⁵. El máximo representante de esta escuela es COZIAN, para quien las verdaderas acciones directas no son fruto de la voluntad de las partes, sino que existen al margen de todo consentimiento y aún en contra de la intención de las partes. Se ejercen en virtud de una institución legal, de un favor de la ley concedido a algunos acreedores, cuyo interés le ha parecido digno de protección. La tesis legalista llevada a sus últimas consecuencias significaría la prevalencia del principio «ninguna acción directa sin texto legal expreso²⁴⁶. De ahí se deduciría tanto la imposibilidad de

²⁴³DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...* *op.cit.*, pág. 38 ve inviable por tales motivos la justificación de la acción directa a través de la gestión de negocios en el derecho español.

²⁴⁴RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía ...*, *op.cit.*, pág. 120.

²⁴⁵Vid. COZIAN, *op.cit.*, nº 61, pág. 42. En nuestra doctrina son partidarios de la teoría legalista de la acción directa, al referirse al art. 1597 C.c., DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...* *op.cit.*, pág. 41; DE COSSIO Y CORRAL: *Instituciones de derecho civil*, Tomo I: Parte General. Obligaciones y contratos, (rev. DE COSSIO Y MARTÍNEZ y LEÓN-CASTRO ALONSO); Madrid, 1991, pág. 527; LUCAS FERNANDEZ, F.: «*Comentarios a los artículos 1.583 a 1.603*», *op.cit.*, pág. 443 y 444; LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, II, «Derecho de obligaciones» vol 3º, «Contratos y cuasicontratos» 2ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1.986; CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E. Y GONZÁLEZ CARRASCO, C.: *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid 1.997, pág. 147.

²⁴⁶El principio «*pas d'action directe sans texte* », ha sido utilizado por la doctrina

que la jurisprudencia pudiera aceptar más acciones directas que la consagradas en un texto legal expreso, como que esos textos deberían ser interpretados restrictivamente. No obstante esta tesis tiene el mérito de haber demostrado que el origen de las acciones directas no puede estar en la voluntad de las partes contratantes²⁴⁷

87.- Esta teoría es criticable puesto algunas acciones directas son de origen jurisprudencial, entre ellas algunas fueron creadas al margen de cualquier texto legal que tan siquiera las insinuase y otras fueron producto de una interpretación generosa de algunos textos. Entre estos últimos supuestos se encuentra el caso de la acción directa reconocida al subcontratista de obra; en el caso del artículo 1597 no aparece referencia alguna al subcontratista²⁴⁸, por lo que tuvo que ser la jurisprudencia la que formulando una interpretación extensiva del precepto, asimilara los subcontratistas a los que ponen su trabajo y materiales en la obra²⁴⁹.

y la jurisprudencia francesa para negar la concesión de la acción directa a los subcontratistas en base al artículo 1.798 del *Code*, que es el equivalente a nuestro 1597. (vid. COZIAN, *op.cit.*, nº 101, pág 65 y nº 114 pág. 73. Según LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pág.49, en Francia el reconocimiento de la acción directa a los subcontratistas de obra frente al comitente no tuvo lugar hasta la Ley nº 75-1334 de 31 de 1975 relativa a «la sous-traitance ». En la mencionada ley se establece el régimen jurídico para el ejercicio de la acción directa ».

²⁴⁷RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía ...*, *op.cit.*, pág. 121.

²⁴⁸RODRÍGUEZ MORATA, *ibidem* nota anterior, pág. 121.

²⁴⁹En este sentido la STS 29 de junio de 1936 (RJA 1936, 1491) asimila los subcontratistas a los que ponen su material o trabajo en una obra. Esta doctrina ha sido entre muchas otras por las de : 6-junio-2000,(RJA 2000\4402), 22-diciembre1999 (RJA 1999\9358); 28-mayo-1999 (RJA 1999\4115); 28-enero-1998.(RJA 1998\119); 16-marzo-1998 (RJA 1998\1570); 26-junio-1998,(RJA 1998\5016); 10-marzo-1997(RJA 1997\1915); 2-julio-1997,(RJA 1997\5474); 17-julio-1997(RJ 1998\216); 12-mayo-1994 (RJA 1994\3572); 11- octubre- 1994 (RJA 1994\7479); 29 abril 1991 (RJA 1991\3068) y 15-marzo-1990 (RJA

88.- La teoría legalista encubre una ficción de la voluntad, puesto que se alega que es la voluntad de la Ley la que sirve de justificación a la acción directa ex artículo 1597. La simple voluntad de la ley no puede servir de fundamento a ésta o cualquier otra institución jurídica. En su defensa, los partidarios del *favor legis* recurren a toda una serie de argumentos atécnicos como son acudir a criterios de justicia, a la equidad²⁵⁰. Así pues, no se puede decir que la ampliación que la jurisprudencia ha realizado al subcontratista se encontraba implícita por el artículo 1597, al referirse a los que ponen su trabajo.

i) La conexión funcional de relaciones obligatorias.

89.- Los inconvenientes teóricos planteados por la concepción legalista de la acción directa, ha llevado a que un sector doctrinal haya buscado su fundamento analizando la relación contractual que ha dado origen a la acción directa²⁵¹.

En cualquiera de las hipótesis del art. 1597 (los que ponen trabajo o materiales) se trata de una sola situación jurídica en la que intervienen tres sujetos: el titular de la acción, el contratista y el comitente o dueño de la obra. En esta situación jurídica nos encontramos con dos relaciones jurídicas, el contrato que une al comitente con el contratista, y otra que une este último con el subcontratista. En todo caso, ambas relaciones jurídicas tienen en común que uno de los sujetos (contratista principal) interviene simultáneamente en ellas. A su vez, ambas relaciones jurídicas tienen como causa, a la vez que como soporte económico un mismo objeto:

1990\1698).

²⁵⁰RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 120.

²⁵¹RODRÍGUEZ MORATA, *ibidem* nota anterior pág. 102.

la obra construida, que en una primera fase incorpora el trabajo del auxiliar, los materiales del suministrador o el riesgo empresarial del subcontratista, y en una segunda, es entregada físicamente al comitente, es decir, al beneficiario final de las prestaciones ejecutadas por los acreedores directos. Es decir que el objeto del contrato suscrito por los titulares de la acción *ex artículo 1597* se reduce a la actividad, que debiendo ser ejecutada por el contratista principal (deudor intermedio), deviene obligación a cumplir, o prestación a realizar por los acreedores directos. Naturalmente, ese objeto inmediato representado por la obligación o prestación que asume el acreedor directo se concreta sobre un bien (la obra) o sobre una específica actividad (trabajo, riesgo empresarial) que es común al contrato principal de ejecución de obra, lo que determina una íntima conexión o imbricación entre ambos contratos: la función o finalidad económica de los dos contratos es la misma, esto es, la ejecución, de la obra, cuyo beneficiario último es su propietario²⁵².

90.- De esta finalidad económica surge una conexión contractual que une triangularmente a los tres sujetos intervinientes y les otorga una legitimación excepcional que les permite hacer efectivos sus créditos pendientes por impago del contratista sobre el patrimonio del dueño

²⁵²RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 128. Esta idea ya aparece formulada en parecidos términos por SCIALOIA (citado por Abello y a su vez por DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra... op.cit.*, pág. 40) este autor estima que la acción directa que consideramos es consecuencia de una compenetración o conexión que se verifica entre dos relaciones obligatorias: la que surge entre el contratista y sus cooperadores, y la existente entre contratista y propietario. Cuando existen dos relaciones obligatorias en las cuales la prestación que es objeto de una de ellas sólo es posible gracias a la prestación objeto de la otra, como en el caso presente, se verifica una especie de compenetración de las dos prestaciones. Es natural que cuando alguno, satisfaciendo su propia obligación haya satisfecho al mismo tiempo la de otro, y no haya recibido su contraprestación, pueda actuar directamente contra el tercero, que es también deudor de la retribución de aquella prestación.

de la obra, en la medida en que éste último deba todavía al contratista. Así pues, es la conexión o vinculación contractual de relaciones jurídicamente independientes pero integrantes de una misma operación económica la que confiere unidad a todas ellas, de modo que esta imbricación sirve de fundamento o razón de ser a la acción directa.²⁵³

A pesar de los grandes esfuerzos doctrinales por hallar un fundamento que pueda explicar el régimen jurídico de la misma y que permita superar los inconvenientes teóricos de la tesis legalista, la jurisprudencia no ha seguido a la doctrina²⁵⁴

²⁵³PASQUAU LIAÑO, *La acción directa ...*, *op.cit.*, pág. 120 y «Comentario a la Sentencia de 2 julio 1997...», *op. cit.* pág.1232; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 129; LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pág.48; BACCIGALUPI, « Appunti per una teoria del subcontratto », en Rivista de Diritto commerciale, I, 1943, págs. 181 y 182 ; NERET, *Le sous-contrat*, págs, 316 y ss.

En contra CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E. Y GONZÁLEZ CARRASCO, C.: *Derecho de la construcción y la vivienda. op.cit.*, pág. 147. Estos autores alegan que no puede explicarse la acción directa como una consecuencia de la común finalidad económica o conexión funcional entre la prestación debida por el contratista y la realizada por los acreedores directos, pues esta conexión funcional existe también en otras relaciones trilaterales para las que no está prevista ninguna acción directa (por ej., el proveedor del vendedor carece de tal acción frente al comprador; tampoco la tiene quien financia la compra del vendedor que revende, ni tan siquiera quien presta dinero al contratista de obra, cfr, STS 5 junio 1945). Se trata solamente de un favor legal concedido a ciertos acreedores supuestamente situados en una posición contractual débil a la hora de exigir garantías que asegure la realización de sus créditos. Asimismo DE ÁNGEL YÁGUEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...*, *op.cit.*, pág.40, muestra su disconformidad con esta teoría y para ello recoge una cita de BARASSI: *Natura dell'azione contro il comitente concessa dall'articolo 1.645 Codice civile*, en Foro italiano, 1913, I, Código civil 120 y 121, « si dos relaciones obligatorias son distintas, jurídicamente, la una de la otra, ningún nexo económico valdrá ante el silencio de la Ley en punto a destruir la línea de separación. Si un artículo 1.234, (nuestro 1.111) faltase, ciertamente no sería admisible una acción subrogatoria, y así también ha sido necesario un artículo 1.645 (nuestro 1.597) para que se descubriera la brecha en esa pared de separación de las dos relaciones que permita una parcial comunicabilidad de una a otra ».

²⁵⁴El Tribunal Supremo, prácticamente desde finales del primer tercio del siglo XX, ha venido reconociendo, sin ninguna género de vacilación que la institución que recoge el artículo 1.597 del Código civil es una acción directa, sin embargo ha sido muy poco preciso en los argumentos utilizados para fundamentarla:

3.D- TITULARES DE LA ACCIÓN DIRECTA

3.D.1.-Legitimación activa.

91.- Están legitimados para ejercitar la acción quienes ponen su trabajo y materiales en la obra, así como los subcontratistas en su caso:

a) *Los que ponen su trabajo*: estos son todos aquellos que llevan

1) En algunas sentencias se entiende que constituye una particular hipótesis de subrogación del ejercicio del derecho de crédito. (SSTS 29 junio 1936 (RJA 1936,1491), 29-octubre-1987 (RJA 1987,7484) , que se refiere al la acción directa como «...la acción de los terceros sea la directa, o a manera de subrogación general derivada de la máxima de que el deudor de mi deudor lo es mío, bien que con ciertas restricciones -Sentencia de 29 de junio de 1936 (RJ 1936\1491) »; en la 12-mayo-1994 (RJA 1994,3572) se refiere a esta acción como «muy especial subrogatoria», o la de 29-10-1987.(RJA 1987,7484) que la menciona utilizando la expresión « .. o a manera de subrogación general derivada de la máxima de que el deudor de mi deudor lo es mío, bien que con ciertas restricciones ...» .

2) En otras se señalan diversas justificaciones de la existencia de la acción pero sin decantarse por ninguna de ellas. Estos fundamentos citados de forma heterogénea que constituyen más bien una cláusula de estilo, como en la STS 6-junio-2000 (RJA 2000,4402), son los siguientes: « La acción directa la concede el artículo 1597 al tercero frente al dueño de la obra, pero la razón de ser de esta norma y su fundamento (que, como dice la sentencia de 11 de octubre de 1994 es: razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción, especie de subrogación general derivada del principio de que “el deudor de mi deudor es también deudor mío”, etc.)»

Esta motivación ha sido utilizada entre otras por las STS 26-junio-1998 (RJA 1998,5016); 17-Julio-1997 (RJA 1998,216); 2-julio -1997 (RJA 1997,5474), 10-marzo-1997(RJA 1997,1915) y 11-octubre-1994 (RJA 1994,7479).

3) En alguna sentencia aislada podemos encontrar alguna referencia aislada a la conexión contractual como fundamento de la misma, aunque no utilizado como argumento único. La STS de 12-mayo-1994 (RJA 1994,3572) al referirse al art. 1597 establece que : « Ello ocasiona la procedencia del citado artículo sustantivo 1597 y, consecuentemente, se posibilita el ejercicio de la acción que contiene el precepto, aunque se presente como muy especial subrogatoria en razón al orden de las relaciones contractuales, pero que deriva, en todo caso, de la conexión entre las mismas, es decir que la deuda del comitente con los contratistas y de éstos con los subcontratistas, entrando en su ámbito la cadena de estos acreedores posterior y secundarios conforme reiterada doctrina jurisprudencial sostenida a partir de la sentencia de 29 junio 1936(RJ 1936\1491), los que así tienen garantizados sus propios créditos. .

a cabo las pretensiones de hacer²⁵⁵ destinadas a la obra: no sólo quienes están unidos al contrato por una relación laboral sino también lo están por una relación civil de servicios²⁵⁶ o, incluso, de gestión siempre que su aplicación a la obra resulte socialmente reconocible.²⁵⁷ También se entienden incluidos los subcontratistas (STS 29-junio-1936): la expresión legal relativa a los que ponen su trabajo es lo suficientemente amplia y no distingue entre trabajo por cuenta ajena o propia.²⁵⁸ Incluso los sub-subcontratistas están legitimados activamente²⁵⁹.

92.- b) *Los que ponen materiales.* esta expresión hace referencia a quienes lo suministran al contratista mediante contraprestación, tanto si se trata del fabricante de materiales, como si es un comerciante que se dedica a la compraventa de los mismos²⁶⁰. El Código civil no exige que efectivamente se hayan empleado ni, por lo tanto, que no puedan retirarse, basta con que hayan sido entregados al contratista²⁶¹, en todo caso se exige que la obra fuese «ajustada alzadamente por el

²⁵⁵Según DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...*, *op.cit.*, pág. 55 el supuesto del Código no está restringido solamente a quienes realicen trabajos manualmente, sino que cabe extenderlo al trabajo intelectual.

²⁵⁶LUCAS FERNANDEZ, F.: «*Comentarios a los artículos 1.597*», *op.cit.*, págs. 447; 453; DEL ARCO TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M: *Derecho de la construcción. (Aspectos administrativos...)*; *op.cit.*, pág. 305.

²⁵⁷SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 1.597...», *op.cit.*, pág. 1207.

²⁵⁸SALVADOR CODERCH, *ibidem* nota anterior, pág. 1207.

²⁵⁹El T.S ha establecido en reiteradas ocasiones que si el dueño de la obra celebra contrato de obra con un contratista, éste subcontrata y éste a otro, etc. cualquiera de los subcontratistas tiene la acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente a un subcontratista anterior. Vid. las SSTs, 6-junio-2000 (RJA 2000, 4402), 22-diciembre-1999 (RJA 1999,9358), 28-mayo-1999, (RJA 1999,4115), 17-Julio-1997 (RJA 1998,216); 2-julio-1997 (RJA 1997,5474) y la de 11 octubre 1994 (RJA 1994,7479).

²⁶⁰LUCAS FERNANDEZ, «*Comentario al artículo 1.597...*», *op.cit.*, pág. 448

²⁶¹Del mismo modo en que la legitimación activa se extiende al subcontratista, cabe por analogía que la legitimación pasiva se extienda al subcomitente. Vid. SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 1.597...»,

contratista» para que, tanto los que aporten el trabajo como los suministradores, tengan acción directa contra el dueño de la obra. Es decir, que no tendrán cabida los que sean acreedores, por esos mismos conceptos, de un contratista que haya contratado la obra por administración o precio unitario.

93.- c) *Los subcontratistas*: la acción directa de los subcontratistas de obra frente al comitente ha sido consagrada por la jurisprudencia mediante una interpretación extensiva del artículo 1.597 del Código civil²⁶², al estimar que los subcontratistas deben estar comprendidos dentro quienes «ponen su trabajo» en la obra ajustada alzadamente por el contratista²⁶³. La doctrina²⁶⁴ y la jurisprudencia han reconocido la acción directa incluso más allá del primer subcontratista²⁶⁵.

3.D.2.- Legitimación pasiva.

94.- Está legitimado pasivamente el dueño de la obra o comitente, que es quien encargó la ejecución de la misma. El dueño de la obra ha

op.cit., pág. 1207.

²⁶²La primera resolución en la que se reconoció la acción directa, a los subcontratistas, fue la STS de 13 de Abril de 1.926, donde sin utilizar la expresión acción directa, se reconoce acción a quienes realizan «diferentes obras y trabajos de fontanería, pintura, ferretería, cerrajería soldados y mármoles» y a los que expresamente se les llama subcontratistas .

²⁶³RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, págs. 138 y 139.

²⁶⁴ En la doctrina es pacífica la extensión de la acción directa al subcontratista de obra. Por todos vid. O'CALLAGHAN, X: *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 1996, pág. 1557.

²⁶⁵En el caso de varios subcontratos la jurisprudencia viene exigiendo la concatenación ininterrumpida de deudores para que pueda ejercitarse la acción directa.. En ese sentido las SSTs 22-diciembre-1999 (RJA 1999,9358), 28-5-1999, (RJA 1999,4115), 17-Julio-1997 (RJA 1998,216); 2-julio -1997 (RJA 1997,5474), 12 mayo 1994 (RJA 1994, 3572) 11 octubre 1994 (RJA 1994,7479) y 29 junio 1936 (RJA 1936,1491).

de entenderse no en sentido estricto, sino como quien encarga la misma, independientemente de su condición de propietario²⁶⁶. En el supuesto de haber una pluralidad de comitentes o incluso subcomitentes, los legitimados activamente podrán dirigirse contra cualquiera de ellos e, igualmente podrán accionar simultáneamente contra el contratista y el dueño de la obra o comitente: no hay relación alguna de subsidiariedad en una acción precisamente calificada de directa cuyo ejercicio no está sujeto a beneficio alguno de excusión²⁶⁷.

3.E.- REQUISITOS DE LA ACCIÓN EX ART. 1597.

95.- La doctrina y la jurisprudencia²⁶⁸ vienen exigiendo los siguientes requisitos a la acción contemplada en el artículo 1.597 del Código civil:

²⁶⁶Comenta DE ÁNGEL YAGÜEZ, (*Los créditos derivados del contrato de obra...*, *op.cit.*, págs. 65 y 66) que el Código debiera de haber utilizado la expresión más técnica de comitente y no la de dueño. De lo que se deduce la admisión de la acción directa contra todo comitente, aún en el caso de que hubiese varios comitentes y subcomitentes encadenados de forma sucesiva.

La STS de 7-febrero-1968 (RJA 1968\826) prevé tanto la posibilidad de que « el contratista o contratistas sucesivos hubiesen asumido la deuda que el empresario primitivo tuviera con el proveedor de materiales ni en el supuesto de que la cualidad de contratista o de dueño de la obra la ostenten varias personas »

²⁶⁷En este sentido se manifiestan las STS 7 febrero 1968 y 17 junio de 1974.

²⁶⁸La S. 27 oct 1998, Sec 21ª, AP Madrid establece de forma detallada los siguientes requisitos: «Es imprescindible la existencia de dos créditos con sujetos distintos:

1º Existencia de un crédito frente al contratista a favor de los que ponen el trabajo o el material. Debe ser un crédito nacido del trabajo realizado o material suministrado en relación con la obra contratada por el comitente contra el que se dirige la acción. No siendo necesario que el contratista haya llegado a situación de insolvencia , si bien se discute en la doctrina si es preciso que el crédito esté vencido y sea exigible.

2º. Existencia de un crédito del contratista frente al dueño de la obra. No precisa el art. 1597 que el crédito del contratista frente al comitente deba tener su exclusivo origen en la obra ejecutada, pero así lo exige la doctrina jurisprudencial (SSTS 11 jun 1928 y 15 oct 1915)»

a) Han de existir dos créditos con sujetos distintos: un crédito frente al contratista a favor de los que ponen el trabajo o los materiales y correlativamente ha de existir un crédito del contratista frente al dueño de la obra.

96.- b) El crédito que está en la base de la acción ha de ser cierto, y, en principio, ha de resultar exigible debido a su función ejecutiva o de cobro²⁶⁹, si bien, en su función conservativa la acción puede ejercitarse en los casos de condición y de plazo²⁷⁰. Algún autor estima que no es necesario que el crédito esté vencido puesto que ello disminuiría la eficacia de esta acción.²⁷¹

97.- c) El crédito del contratista contra el comitente ha de existir en el momento de ejercicio de la acción²⁷², como sucede con toda acción directa imperfecta. En el caso de que el dueño de la obra hubiese cumplido con su obligación de pago, antes del ejercicio de aquella quedará liberado, ya que de no ser así podría ser obligado a pagar dos veces²⁷³. Si el pago se hubiera efectuado anticipadamente no se podrá ejercitar la acción directa, a no ser que mediase mala fe²⁷⁴.

²⁶⁹DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...*, *op.cit.*, pág. 51 LUCAS FERNANDEZ,F.:«*Comentarios a los artículos 1.597...*, *op.cit.*, págs .452 y 453; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 158.

²⁷⁰DE ÁNGEL YAGÜEZ, *ibidem* nota anterior, pág.51

²⁷¹RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 99.

²⁷²DEL ARCO TORRES, Y PONS GONZÁLEZ, *Derecho de la construcción...**op.cit.*, pág. 306.

²⁷³LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, t.II, Derecho de Obligaciones, v.2º. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito. (edición revisada por RIVERO HERNÁNDEZ), Madrid, 1.999

²⁷⁴RODRIGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, pág. 99. Sobre el pago anticipado ya se manifestó la STS 30 junio 1920.

98.- d) El crédito ha de derivar del contrato de obra y ha de estar ajustado a precio alzado²⁷⁵, en principio no debería alcanzar a los contratos de obra convenidos por el sistema de unidad de medida o administración²⁷⁶. Asimismo tiene que haber nacido del trabajo realizado o material suministrado, de modo que están legitimados para interponer esta acción quienes han puesto su trabajo o han suministrado los materiales al contratista para una obra en concreto, si bien mediante una interpretación finalista se admite su extensión a los subcontratistas que hayan participado en la misma²⁷⁷. El crédito entre contratista y comitente también ha de estar en relación con la obra, en que se ha trabajado o aportado material, es decir que no puede tener su origen en cualquier otra deuda entre comitente y contratista²⁷⁸.

²⁷⁵La STS 11 de junio 1928 explica el porqué de la exigencia del precio alzado: «...si se exige el precio alzado de la contrata, como preciso y esencial de la acción debatida, es para fijar un punto de partida en las responsabilidades del propietario y un fondo de disponibilidades y derechos del contratista, susceptibles de ser aprovechado por los proveedores de éste, en tanto en cuanto se verifique el suministro, no se reciba su importe y no se pague tal precio alzado por el propietario» .

Asimismo se exige que el precio se alzado en las STS 5 octubre 1915 y 12 -febrero-1990 (RJA 1990, 678) ,

²⁷⁶Una definición de precio alzado la podemos encontrar en DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M (1987): *Derecho de la construcción...op.cit.*, pág. 306. Para estos autores consiste este sistema de pago en señalar un tanto alzado para la totalidad de la ejecución de la obra, asumiendo el contratista los riesgos de la operación. El empresario se obliga a entregar la obra, realizada de conformidad con un proyecto técnico previamente acordado por los contratantes, por un precio global también fijado previamente.

²⁷⁷DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A.: *Sistema de Derecho civil*, II, 5ª ed., Madrid, 1.988, pág. 387.

²⁷⁸DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra... op.cit.*, pág. 90 a 95; LUCAS FERNANDEZ,F.:«*Comentarios a los artículos 1.583 a 1.603*», *op.cit.*, págs .446; SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 1.597...», *op.cit.*, pág. 1208. Comenta el primero de estos autores, que los legitimados para utilizar esta acción sólo podrán hacerlo en virtud de créditos nacidos precisamente de la obra en la que trabajaron o aportaron materiales, de modo que si tuvieran algún otro crédito contra ese mismo contratista, pero de origen distinto, no podrían usar de la acción *ex art.* 1597 para su cobro sino que tendrían que actuar como simples acreedores de un acreedor pudiendo utilizar en

99.- e) La cantidad por la que se puede reclamar tiene como límite objetivo la suma que el dueño de la obra adeude al contratista en el momento de efectuarse la reclamación²⁷⁹. Dentro del precio alzado hay que incluir las modificaciones de precio y alteraciones de obra que hayan sido consentidas por el comitente²⁸⁰. La acción puede ejercitarse tanto judicial como extrajudicialmente, siempre que esta última reclamación quede bien acreditada²⁸¹. Es conveniente, para asegurar la eficacia de la pretensión, que el acreedor directo solicite la retención judicial de la deuda que el comitente tiene contraída con el contratante, tal como autoriza el art. 1165 C.c.²⁸².

100.- f) Al actor corresponde la carga de la prueba de la existencia del crédito pero se entiende generalmente que no podrá exigírsele una

todo caso la acción subrogatoria del art. 1111 del CC.

²⁷⁹DEL ARCO TORRES, Y PONS GONZÁLEZ, *loc. ult. cit.*, pág. 306. SALVADOR CODERCH, *ibidem* nota anterior, pág. 1208.

Así lo exigen las SSTs de 2-febrero- 1968 (RJA 1968,826); 15-marzo-1990 (RJA 1990,1698) y 11 octubre 1.994 (RJA 1994,7479).

²⁸⁰Un problema que se plantea en las obras a precio alzado es el aumento de la obra por introducirse alteraciones o aumento de los precios. El T.S. se ha pronunciado en reiteradas ocasiones al respecto y en las STS de 26-6-1998 (RJA 1998,5016) y 23 noviembre 1987 (RJA 1987,8643) admite las mencionadas alteraciones o aumento de precios. El fundamento utilizado es que: «el artículo 1593 del Código Civil no contiene una norma de derecho necesario, sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes que no implica limitación a su voluntad contractual, sino un complemento de la misma, de manera que la fijación del pago del precio en el contrato de obra queda encomendada a dicha voluntad, y la autorización del dueño para las innovaciones no requiere constancia en forma determinada o documental, siendo suficiente la verbal e incluso la tácita.

Estas sentencias son la continuación de lo que en su día establecieron las SSTs de 23 noviembre 1990 (RJA 1990,9021) y de 28 octubre 1989 (RJ 1989,6934), establecen que la autorización para las innovaciones no requiere constancia escrita ni en forma determinada; las STS de 8 enero y 2 diciembre 1985 (RJA 1985,165, RJA 1985,6196), 28 febrero 1986 (RJ 1986,938), 14 febrero y 23 noviembre 1987 (RJA 1987,695 y RJA 1987,8643) establecen que es suficiente la autorización verbal e incluso la tácita; y finalmente la (Sentencia de 14 julio 1986 (RJA 1986,4508) dice que una cláusula inserta en el contrato de ejecución de obra puede ser modificada verbalmente..

²⁸¹Así se manifiesta la STS 30 enero 1974.

²⁸²DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M (2.000): *Derecho de la construcción...op.cit.*, pág. 314.

prueba plena y completa pues ello podrá significar impedir la aplicación del artículo²⁸³

101.- g) Esta acción no es subsidiaria y, por lo tanto, a diferencia de la acción subrogatoria, no se exige demostrar la insolvencia previa del contratista, habiendo perseguido sus bienes, antes de proceder contra el comitente²⁸⁴. Por el contrario si que se le exige al acreedor directo, un mínimo de diligencia, de modo que antes de la interposición de la acción requiera al contratista y en consecuencia lo coloque en situación de mora²⁸⁵. La constitución en mora del contratista evita la arbitrariedad que, en caso contrario, podría caracterizar el ejercicio de la acción²⁸⁶.

²⁸³ Señala ABRIL CAMPOY, («Comentario del art. 1597», ...*op. cit.*, pág. 2853). que en resoluciones antiguas se exigía a quien ejercitaba la acción directa la prueba de la existencia del crédito y de su cuantía (SSTS 11 junio 1928 y 30 junio 1920); posteriormente el TS ha flexibilizado la exigencia de la prueba, habiendo establecido la inversión de la carga de la prueba en las STS 22 diciembre 1992 (RJA 1992, 1064) y 2 julio de 1997 (RJA 1997, 5474). El argumento utilizado ha sido el siguiente: «Uno de los presupuestos de la presente acción directa que conforma el contenido de la misma es la cantidad que el dueño de la obra (o contratista anterior) deba al contratista (o subcontratista anterior). En principio, aplicando la doctrina de la carga de la prueba, si no se prueba, debería sufrir las consecuencias de la falta de la prueba el demandante que ejercita la acción directa. Pero a éste le puede ser imposible tal prueba, pues no conoce ni puede conocer las relaciones internas entre uno y otro; por el contrario el demandado sí tienen en sus manos la sencilla prueba de lo que ha pagado o si ha pagado totalmente lo debido a su contratista y, por tanto, que no concurre tal presupuesto. En consecuencia se invierte la carga de la prueba y es el dueño de la obra (o contratista anterior) el que sufre las consecuencias de la falta de prueba de que ha pagado y, por tanto, de que no concurre este presupuesto ».

²⁸⁴ DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A.: *Sistema de Derecho civil*, II, 5ª ed., Madrid, 1.988, pág. 387; LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, II, «Derecho de obligaciones» vol 3º, «Contratos y cuasicontratos» 2ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1.986, pág. 299.

En ese mismo sentido se manifiesta la STS de 16 marzo 1.998 (RJA 1998, 1570)

²⁸⁵ RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 98.

²⁸⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...*, *op.cit.*, págs. 52 y 53.

102.- h) Esta acción puede interponerse simultáneamente contra el contratista y contra el comitente o dueño de la obra²⁸⁷. Sin embargo, este ejercicio simultáneo no es obligatorio puesto que al ser solidaria, la responsabilidad del comitente y del contratista²⁸⁸, se admite que pueda interponerse la acción únicamente contra el dueño de la obra²⁸⁹. La jurisprudencia ha manifestado en varias ocasiones que no existe falta de litisconsorcio pasivo necesario en el supuesto de que únicamente se demande al comitente sin haber demandado al constructor²⁹⁰.

²⁸⁷ Así se manifiestan DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A.: *Sistema de Derecho civil*, II, 5ª ed., Madrid, 1.988, pág. 387 que se basan en la STS de 13 de abril de 1926.

²⁸⁸ En relación a la solidaridad la STS de 6-junio-2000 (RJ 2000,4402): dice que cuando : «se ejercita la acción directa, en general y en esta concreta del artículo 1597 del Código Civil, no se excluye la reclamación al deudor directo y en tal caso, la responsabilidad de ambos es solidaria ». En parecidos términos la STS 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999,9358): «al no resultar excluidos los subcontratistas de la aplicación del artículo 1597, la acción de reclamación de deuda que les asiste opera en forma directa y la pueden dirigir tanto contra el dueño de la obra como contra el contratista o subcontratista anterior, y asimismo frente a todos ellos simultáneamente al estar afectados y obligados en la relación contractual instaurada, que de esta manera se proyecta al comitente, y, en tal caso, la responsabilidad de éste y del contratista es solidaria.

De forma similar se manifestaron las SSTS de 17-Julio-1997 (RJA 1998,216); 2-julio -1997 (RJA 1997,5474) y la de 11 octubre 1994 (RJA 1994,7479). Todas ellas no hacen sino seguir la vía iniciada por la STS de 13 Abril 1926.

²⁸⁹ Según señala ABRIL CAMPOY, («Comentario del art. 1597», ...*op. cit.*, pág. 2854) la responsabilidad del comitente y contratista tiene carácter solidario, si bien la del primero hasta el límite que fija el art. 1597, lo que supone de acuerdo con la reiterada doctrina del TS sobre el litisconsorcio pasivo necesario, que no puede considerarse mal trabada litis y por ello ha de decaer la excepción cuando los sujetos responsables se encuentran unidos por vínculos de solidaridad, lo que permite al actor demandarlos a uno o a todos en virtud de la posibilidad de elección que le reconoce el art. 1144 CC. Esta doctrina se ha extrapolado al ámbito del art. 1597, para rechazar la defectuosa constitución de la demanda en aquellos casos en que no se demandan y traen al proceso a todos los que formaron parte de la cadena de intervinientes de la que trae causa quien ejercita la acción directa.

²⁹⁰ Es paradigmático el pronunciamiento de la STS de 11-octubre-1994 (RJA 1994,7479) dice que : «..el litisconsorcio sólo puede exigirse cuando la relación o situación jurídica tienen el carácter de inescindibles, lo que aquí no ocurre, al concederse la acción directa por un crédito derivado de un contrato de obra, ajustado a un precio alzado y dentro del límite objetivo de que lo reclamado

3. F.- EFECTOS

La acción directa produce los siguientes efectos:

103.- a)Ampliación de la garantía.- La acción directa *ex* artículo 1.597 amplía la cobertura del crédito a sus titulares, mediante la afección de un nuevo patrimonio, el del comitente o dueño de la obra²⁹¹. El acreedor directo cuenta con dos acciones para proteger su patrimonio, la normal propia de todo acreedor contra el patrimonio de su deudor, el contratista y la acción directa contra el dueño de la obra²⁹².

104.- b)Evita la concurrencia con los acreedores del contratista. El titular de la acción directa ejerce un derecho propio, si bien delimitado por la existencia del crédito de su deudor inmediato contra el subdeudor o comitente. A diferencia de la acción subrogatoria no

está dentro de la cantidad que el dueño o comitente adeuda al contratista en el momento de la reclamación formulada por los subcontratistas, cumpliéndose con ello todos los requisitos del artículo 1597 [...] y es que, en definitiva, el subcontratista puede dirigirse simultáneamente contra el contratista (reclamación ordinaria del crédito) y contra el comitente (sentencia de 13 abril 1926), respondiendo uno y otro indistintamente o «in solidum», si bien la responsabilidad del segundo se limita al importe máximo señalado en la norma [sentencia de 7 febrero 1968 (RJA 1968\826)], siendo sabido que la responsabilidad solidaria mata toda idea de litisconsorcio necesario, pues el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los obligados.».

En parecidos términos, en relación al litisconsorcio pasivo necesario, se pronuncia la STS de 16-marzo-1998 (RJA 1998\1570).

²⁹¹ATAZ LÓPEZ, J.: *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor, op.cit.*, pág. 65. RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía, op.cit.*, págs. 97, 98 y 119.

²⁹²DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...*, *op.cit.*, pág. 35. No obstante, tal como mantiene, ABRIL CAMPOY, («Comentario del art. 1597», ...*op. cit.*, pág. 2854) la acción directa no sólo se puede dirigir contra el dueño de la obra sino contra todos los subcontratistas anteriores además del contratista. Si bien en el caso del comitente con límite máximo fijado en el precepto: la cantidad que el comitente adeude al contratista en el momento de la

ejercita un derecho del contratista, en sustitución de éste, sino un crédito *iure proprio*, de manera que actúa no sólo en nombre y por cuenta propia, sino también en su interés exclusivo²⁹³. En consecuencia las sumas pagadas por el comitente no tienen porqué ingresar en el patrimonio del contratista y por tanto no se tienen que compartir con el resto de deudores de aquél²⁹⁴.

105.- c) Se trata de una acción directa «imperfecta», por lo que sólo desde su ejercicio se producirá la inmovilización del crédito del contratista principal frente al comitente, y por lo tanto serán inoponibles al acreedor directo los actos de disposición que el contratista pudiera haber realizado con posterioridad a la reclamación²⁹⁵. Es decir que a partir de la fecha de la interposición del demanda el comitente se hace deudor de los actores y cesa de serlo del contratista²⁹⁶

reclamación.

²⁹³DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...*, *op.cit.*, pág. 42; LUCAS FERNANDEZ, F.: «Comentarios a los artículos 1.583 a 1.603», *op.cit.*, págs. 445 a 446; LACRUZ BERDEJO, J.L (1986): *Elementos de Derecho civil*, II, *op.cit.*, pág. 299. RODRIGUEZ MORATA, F.: *La acción directa como garantía*, *op.cit.*, pág. 98 y 99; DE COSSIO Y CORRAL: *Instituciones de derecho civil*, Tomo I: Parte General. Obligaciones y contratos, (rev. De Cossio y Martínez y León-Castro Alonso); Madrid, 1991, pág. 598. DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M (2.000): *Derecho de la construcción...op.cit.*, pág. 304.

²⁹⁴Es unánime la doctrina al establecer que la acción directa evita la concurrencia con el resto de acreedores del contratista. Vid. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...*, *op.cit.*, pág. 30; SANTOS BRIZ, J.: «El contrato de obra y su problemática jurídica » en R.D.P. 1.972, pág.408. PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, t.II, vol.2º, ...*op. cit.*, pág. 475.

²⁹⁵RODRIGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía*, *op.cit.*, pág. 98.

²⁹⁶En ese sentido DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M (2.000): *Derecho de la construcción...op.cit.*, pág. 312, estiman que la legitimación activa nace con el ejercicio de la acción y que al ejercer los titulares de la acción directa lo están haciendo *iure proprio* y no *iure debitoris*, siendo este el motivo por el cual es a partir de la fecha de la interposición de la demanda cuando el dueño se hace deudor de los actores y deja de serlo del contratista.. En este sentido se manifiesta

106.- d) No hay indicio legal de que la acción sea subsidiaria, es decir que se exija la insolvencia del contratista con carácter previo a la interposición de la demanda contra el comitente²⁹⁷. Los titulares de la acción directa pueden dirigir su pretensión indistintamente contra el contratista y contra el comitente, habida cuenta de que ambos son responsables solidarios. Incluso puede interponerse simultáneamente²⁹⁸. contra el contratista, en ese caso, el comitente responderá de forma subsidiaria frente al deudor principal, el contratista.

107.- e) La acción directa del precepto comentado tiene efecto conservativo²⁹⁹ en el caso de que la acción se dirija exclusivamente contra el comitente y resulte frustrada en todo o en parte, ya que el contratista, deudor principal, sigue estando obligado contra el acreedor

el TS en la resolución de 9 de mayo de 1989 al establecer que: « [...] desde el momento de la demanda se debe estimar que el dueño a quien debe es a sus demandantes y no al contratista».

²⁹⁷Partidarios de la innecesariedad de solicitar la insolvencia del deudor directo: Díez-PICAZO L. y GULLÓN A.: *Sistema de Derecho civil*, II, 8ª ed., Madrid, 1.999, pág. 387; LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, t.II, Derecho de Obligaciones, v.2º. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito. (edición revisada por RIVERO HERNÁNDEZ) Ed.Dykinson, Madrid, 1.999; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.:«Los contratos de obras y servicios » ...*op. cit.*, pág.603.

No obstante algún autor, de forma aislada, exige la previa excusión de los bienes del contratista para interponer la acción directa contra el deudor de éste, alega que admitir el ejercicio simultáneo de ambas acciones daría lugar a todos los inconvenientes que lleva aparejados una doble condena. *Vid.* DE COSSIO Y CORRAL: *Instituciones de derecho civil*, *op.cit.*, pág. 599.

El TS en la STS de 16 marzo de 1998 (RJA 1998\1570) estima que la acción directa *ex art.* 1597 no requiere la previa reclamación al contratista.

²⁹⁸RODRIGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 99. Díez-PICAZO L. y GULLÓN A.: *Sistema de Derecho civil*, II, 8ª ed., Madrid, 1.999, pág. 387; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.:«Los contratos de obras y servicios», *op. cit.*, pág.603 .

Dentro de la doctrina jurisprudencial se admite el ejercicio simultáneo de la acción directa en la STS 11 octubre 1.994 (RJA 1994\7479)

²⁹⁹DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...*,

directo, ya que como consecuencia de la interposición de la acción directa habrá paralizado el cómputo del plazo de prescripción de la acción que ostenta frente al deudor inmediato.

108.- f) El ejercicio de la acción directa ex artículo 1.597 del Código civil comporta una cierta preferencia o prelación³⁰⁰ para el cobro de los créditos frente al resto de acreedores del deudor inmediato, pues impide la concurrencia de los restantes acreedores del contratista, deudor principal (privilegiados o no)³⁰¹. De no existir esta acción directa, a los titulares de la misma no les quedaría otra alternativa que la acción subrogatoria, con todos los inconvenientes que resultan de su carácter subsidiario³⁰². La acción directa, en consecuencia, aprovecha exclusivamente al actor, sin que beneficie al resto de acreedores del contratista ni se integre en su patrimonio³⁰³.

109.- g) El comitente y contratista responden solidariamente,³⁰⁴ si

op.cit., pág. 24.

³⁰⁰PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos...* V. II, Madrid, 1976, p. 343; RODRIGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 99. ABRIL CAMPOY, J.M.: «Comentario del art. 1597», ...*op. cit.*, págs. 2854 y 2855.

³⁰¹DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...*, *op.cit.*, págs. 34 y 35 señala que si bien el artículo 1.597 “es de excepción”, sin embargo no se puede utilizar la denominación privilegio para referirse al mismo en sentido técnico.

³⁰²PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos...* V. II, Madrid, 1976, p. 343

³⁰³LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, II, «Derecho de obligaciones» vol 3º, «Contratos y cuasicontratos» 2ª ed., Barcelona, 1.986, pág. 299.

³⁰⁴La solidaridad, según ABRIL CAMPOY, («Comentario del art. 1597», ...*op. cit.*, pág. 2855), en relación con la acción directa tiene dos efectos: En primer lugar permite al titular de la acción dirigirse indistintamente contra todos los responsables o solamente contra quien tenga por conveniente, en base al *ius variandi* que se le atribuye al acreedor solidario en base al art. 1.144 C.C.. En segundo lugar, el TS ha establecido la responsabilidad solidaria como criterio para determinar que estos supuestos no constituyen litisconsorcio pasivo necesario. Así se ha manifestado el Alto Tribunal en los siguientes supuestos: SSTS 30 junio 1920; 13 abril 1926, 11 junio 1928, 7 febrero 1968 (RJA 1968,826); 29 abril 1991 (RJA 1991, 3066), 2 julio 1997 (RJA 1997, 5474) y 16 marzo 1998 (RJA 1998,1570)

bien la responsabilidad del primero se limita a la cantidad adeudada al contratista³⁰⁵

110.- h) La acción directa ex art. 1597 es una acción personal, de forma más precisa, es una acción declarativa de condena³⁰⁶.

111.- i) La excepcionalidad del art. 1.597 del CC se manifiesta también en el ámbito del Derecho procesal, en ese sentido se manifiesta SCAEVOLA, al decir que el derecho de los titulares se hace eficaz con la reclamación. Con el ejercicio de la demanda, los titulares de la acción directa proceden no *iure debitoris* sino *iure proprio* y, por consiguiente, a partir de esa fecha el dueño se hace deudor de los actores y cesa de serlo del contratista³⁰⁷.

4.- LA ACCIÓN DIRECTA DEL SUBCONTRATISTA DE OBRA.

4.A.- LA EXTENSIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA EX ART. 1.597 AL SUBCONTRATISTA.

112.- La jurisprudencia española ha extendido el ámbito de legitimación de la acción directa ex artículo 1597 a los subcontratistas

³⁰⁵DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A.: *Sistema de Derecho civil*, II, 8ª ed., Madrid, 1.999, pág. 387. En ese mismo sentido se manifiesta la STS 7 febrero de 1.968.

³⁰⁶DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M (2.000): *Derecho de la construcción...op.cit.*, pág. 313.

³⁰⁷El hecho de que se ejercite un derecho propio, y no el mismo que tenía el empresario contra el dueño de la obra impide que se le puedan oponer excepciones personales que el dueño de la obra tendría contra el comitente. Según ABRIL CAMPOY, («Comentario del art. 1597», ...*op. cit.*, pág. 2855), por ejemplo no sería oponible la excepción de que el dueño de la obra hubiese abonado todos los plazos de pago al contratista o subcontratista.

de la obra^{308 309}, por una razón de asimilación de éstos con quienes «ponen su trabajo» en la obra³¹⁰. Un sector doctrinal estima que en todos y cada uno de los diferentes supuestos que tienen encaje en el art 1597, trabajadores, suministradores de material y subcontratistas, puede utilizarse el mismo fundamento para justificar la concesión de la acción directa³¹¹, la conexión funcional de relaciones obligatorias. La acción directa *ex* artículo 1.597 tiene carácter excepcional, puesto que su titular está legitimado para dirigirse contra el comitente que es un tercero con el que no contrató. El fundamento a esta excepción al principio de relatividad hay que buscarlo en la conexión funcional de relaciones obligatorias «independientes» que integran una misma «operación económica»³¹². En la subcontratación de obra, las relaciones obligatorias que integran el «grupo contractual» o unión

³⁰⁸Una de las características del moderno ámbito de la construcción consiste en que el contratista principal subcontrate con un tercero ajeno a la originaria relación contractual, la ejecución de alguna o algunas de las obligaciones por él asumidas en el primer contrato o «contrato principal». Esta forma de contratar no era habitual, en el sector de la construcción, en la época de la codificación por lo que el Código no contempló este supuesto en la fórmula del artículo 1597.

³⁰⁹Ni en Francia ni en Italia se ha reconocido la acción directa al subcontratista puesto que sus textos legales (arts. 1798 y 1676 del *Code* y del *Codice Civile* respectivamente) no permiten la interpretación amplia que sí que cabe en el Español, puesto que este contempla en su texto los suministradores de materiales. Vid. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...*, *op.cit.*, pág. 56.

³¹⁰El Tribunal Supremo ha utilizado diferentes argumentos para extender la acción directa al subcontratista:

a).- La de interpretar extensivamente el término trabajo utilizado en tal precepto, considerandolo no sólo en el sentido de trabajo manual y asalariado sino en sus mas variadas acepciones o formas remuneratorias; así en las STS de 26 de Junio de 1.936 y 13 de Abril de 1.926.

b.-) El enriquecimiento injusto del dueño de la obra a costa de aquellos, como sucede con la STS 29 Abril 1.991.

³¹¹RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía personal...**op.cit.* pág. 127.

³¹²En nuestra doctrina defienden la conexión funcional de contratos como fundamento de la acción directa reconocida al subcontratista: PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa ...op. cit.* págs. 133 a 135 y «Comentario a la Sentencia de 2 julio 1997...», *op. cit.* pág.1228;RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía ...*, *op.cit.*, pág. 129 y LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...**op. cit.*

jurídica de contratos son formalmente independientes entre sí. El subcontrato de obra es un contrato derivado y dependiente del contrato principal o de ejecución de obra³¹³. Esa dependencia se mantiene a lo largo de la vida del subcontrato, de modo que toda alteración sustancial sobre el contrato principal repercutiría en el subcontrato.

113.- De ahí que la acción directa reconocida por la jurisprudencia a los subcontratistas de obra no sea más que una consecuencia lógica de la flexibilidad que sobre el principio de la relatividad de los contratos opera el mecanismo de la subcontratación. En el ámbito de la subcontratación no puede decirse que el comitente sea un tercero absoluto frente al subcontratista³¹⁴ ya que junto al contratista principal, ambos son partes de un mismo grupo contractual. La pertenencia a ese grupo o «unión jurídica de contratos» es la que justifica la acción directa, sin necesidad de ampararse en una disposición legal previa³¹⁵.

pág. 231

³¹³Esta condición de contrato derivado supone que el nuevo contrato se encuentra dentro de los límites del contrato principal, del que aquel sigue formando parte.

³¹⁴Según RODRÍGUEZ MORATA, *ibidem* nota anterior, pág. 136. Son dos los motivos que impiden considerar a sucontratista y dueño de la obra como extraños: 1º.- El comitente siempre ha de prestar su consentimiento, expreso o tácito, para que nazca el subcontrato.

2º.- En el subcontrato, si bien cada uno de los contratos mantiene su propia individualidad, están ligados entre sí por un nexo jurídico: la existencia de una conexión jurídica entre ambos, explicada porque la obligación que se constituye por el subcontrato, se concreta sobre un determinado bien, la obra o sobre una determinada actividad que es común al contrato principal u originario. Por ello las relaciones directas que unen al comitente y al subcontratista no borran los lazos que les unen con el contratista intermedio o principal. Así comitente y subcontratista no son acreedores y deudores respectivamente, sino en la medida del contrato, que a cada uno personalmente les une con el contratante intermedio o principal. Según sea la concurrencia en la cuantía del débito contraído con el contratista por razón del contrato de ejecución de obra,

³¹⁵La expresión «grupo contractual» es utilizada por la gran mayoría de autores franceses (*vid.* NÉRET, *op. cit.*, pág. 324 y ss.) para referirse a aquella categoría de contratos que se hallan vinculados entre sí por la naturaleza o función que intrínsecamente uno de ellos cumple respecto a otro u otros. En la doctrina italiana, por su parte, esta idea se expresa con el término de «contratos coligados»

114.- De este modo, sobre la base de un contrato generador de obligaciones de tracto sucesivo se realiza un nuevo contrato de la misma naturaleza y función, que viene a realizar una sustitución en el ejercicio de las facultades y en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato principal, aunque no en la titularidad del mismo, ya que únicamente da lugar a una adquisición a título constitutivo del ejercicio de la posición contractual del contratante intermedio o contratista³¹⁶. De ahí que el contratista o deudor intermedio siga estando vinculado contractualmente con el comitente de la obra, y responda principalmente frente a éste de lo actuado por el subcontratista en virtud de lo establecido en el artículo 1.596 Código civil.

4.B.- CONDICIONES DE EJERCICIO.

115.- La falta de una regulación concreta del subcontrato en nuestro ordenamiento jurídico, ha conducido a una admisión indiscriminada de la acción directa al subcontratista por la jurisprudencia, puesto que ésta se ha limitado a aplicar analógicamente los requisitos y presupuestos exigidos por el artículo 1.597 para el ejercicio de la acción directa, olvidándose de que el mecanismo subcontractual exige además unas específicas condiciones para su ejercicio por el subcontratista³¹⁷. No obstante, parecería más correcto justificarla como un efecto regular del subcontrato o, mejor dicho, como una

(*vid.* GASPERONI, « Collegamento e connessioni tra negozi », en *Rivista Diritto commerciale*, I, 1955, págs. 357 y ss.). En nuestra doctrina se ha utilizado la expresión « unión jurídica de contratos » (*vid.* LÓPEZ VILAS, *El subcontrato, op. cit.*, págs. 210 y ss.), si bien predomina el término “contratos conexos”.

³¹⁶RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 135.

³¹⁷RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág.

consecuencia normal de todo supuesto de «unión jurídica de contratos o grupo contractual³¹⁸»

El carácter dependiente y subordinado del subcontrato, hace que los requisitos para el ejercicio de la acción directa por el subcontratista estén determinados por el contenido y circunstancias del contrato principal³¹⁹.

116.- Las reglas que disciplinan el ejercicio de esta acción están condicionadas por el hecho de que el contratista, al mismo tiempo que es acreedor del comitente por razón del contrato de obra, también es deudor principal frente a la persona con quien subcontrató la obra³²⁰. Por ello se entiende que el cumplimiento de una de las dos convenciones (subcontrato) sirve a la ejecución de las convenciones nacidas en la otra (contrato de obra). Y por ello se entiende que subcontratista y comitente sólo sean acreedor y deudor respectivos en la medida en que lo son en el contrato que a cada uno de ellos les une personalmente, con su contratante inmediato (contratista principal). De ahí que la figura del contratante principal o deudor intermedio module y condicione el contenido de los llamados derechos directos que enlazan recíprocamente a subcontratistas y comitente. Es decir a los contratantes extremos de un mismo fenómeno subcontractual, que en su esencia, impone la concurrencia de una dualidad o pluralidad de

140.

³¹⁸PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa ...*, *op.cit.*, págs. 131 a 136; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 139. En contra de la admisión generalizada de las acciones directas en el ámbito del subcontrato VISINTINI, *La responsabilità contrattuale perjudicado fatto degli auxiliari*, Padua, 1965, págs. 86 y ss. LÓPEZ VILAS, *El subcontrato, op. cit.*, págs. 314 y ss.

³¹⁹RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 140.

³²⁰RODRÍGUEZ MORATA, *ibidem* nota anterior, pág. 141.

contratos -distintos pero no autónomos- que, en una u otra forma, guardan entre sí una cierta vinculación o conexión jurídica³²¹.

4.C.- REQUISITOS PARA SU EJERCICIO

117.- Los requisitos para el ejercicio de la acción directa por los subcontratistas son³²²:

a) Que el contratista principal haya concertado la ejecución de obra de tal forma que su crédito esté determinado en el contrato principal por «obra ajustada a precio alzado o global»

Este requisito se deduce de la propia noción de subcontrato, puesto que para que pueda realizarse la subcontratación de obra, es preciso que existan dos relaciones obligatorias distintas, de las que nazcan créditos y deudas diferenciadas. Finalmente, debido a la estrecha conexión entre créditos y deudas será necesario exigir su plena certeza y determinación. Esto se puede conseguir señalando un tanto alzado a la totalidad del trabajo (obra ajustada a precio alzado o global) o pactar el pago de un precio señalado por unidad de obra.

118.- b) Que el comitente haya prestado su autorización para que el contratista principal pueda subcontratar la ejecución en todo o en parte de la obra principal³²³.

Esta autorización para contratar, no implica que el contratista

³²¹RODRÍGUEZ MORATA, *ibidem* nota anterior, pág. 141.

³²²Como quiera que algunos de estos requisitos son coincidentes con los de la acción directa *ex art* 1597, solamente se trataran aquellos aspectos propios de la subcontratación.

³²³La autorización puede ser tanto expresa como tácita, según se ha manifestado la doctrina ante el silencio legal. Vid. LÓPEZ VILAS, *El subcontrato*, *op. cit.*, pág. 302; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*,

actúe como representante del comitente, sino que se le permite realizar una serie de actos sobre la cosa, la obra, sin cuya autorización resultarían ilícitos. De esta forma, el comitente no es parte del subcontrato de obra y no queda vinculado al contrato derivado o subcontrato, en las mismas condiciones en que lo está en relación con el contratista principal. Esto significa que el subcontratista sólo podrá dirigirse contra el comitente en la cuantía en que el subcontrato satisfaga el interés contractual de aquel, que no es otra que la concurrencia en la cuantía del débito contraído con el contratista por razón del contrato de ejecución de obra: acción directa *ex* artículo 1597 Código civil.

La autorización para subcontratar, por una parte faculta al contratista principal para que, en su propio nombre, pueda contratar de nuevo con un tercero subcontratista y por otra, vincula al comitente al grupo contractual de modo que constituyen al dueño de la obra en responsable subsidiario para el caso de que el subcontratista no quiera o no pueda pagar, en concurrencia a la cuantía del crédito que aquel tenga contraído con el contratista en el momento de la reclamación, es decir en la medida en que resulte beneficiario por la ejecución de las prestaciones subcontratadas. De ahí que el derecho que se actúa en virtud de la acción directa sea distinto al que pudiera tener el subcontratista frente al deudor principal³²⁴.

119.- c) Que el subcontratista sea acreedor del contratista en el momento del ejercicio de la acción directa.

El crédito del titular de la acción directa contra el deudor intermedio marca la medida de esta acción³²⁵, que no puede en ningún

op.cit., pág.154.

³²⁴RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, págs.156 y 157.

³²⁵PASQUAU LIAÑO, *La acción directa ...*, *op.cit.*, pág. 85. BENATTI, *op.cit.*,

caso ir más allá. Este crédito habrá de cumplir todos aquellos requisitos inherentes a la ejecución forzosa, es decir que sea cierto y que resulte exigible.

En principio no se exige que el crédito sea líquido³²⁶, puesto que las formalidades de la liquidación retardarían el momento a partir del cual la acción sería susceptible de ser ejercitada y su eficacia estaría gravemente comprometida. Tampoco es necesario que el crédito del subcontratista esté amparado en un título ejecutivo, como las certificaciones de obra.

El subcontrato tiene por objeto la ejecución de todas o algunas de las obligaciones que incumbían al contratista principal, por lo que su cumplimiento satisface el interés contractual del comitente. De ello se deducen dos consecuencias³²⁷: en primer lugar que el subcontratista sólo puede dirigirse contra el comitente, en la medida de la satisfacción de ese interés que está constituido por el crédito concurrente. Finalmente se exige que la acción directa se refiera al pago correspondiente a las prestaciones ejecutadas en el subcontrato de obra y de las cuales el comitente resulte beneficiario.

120.- d) El comitente debe ser deudor del contratista principal en el momento del ejercicio de la acción directa.

La acción directa deberá ser desestimada si el comitente no ha sido o ha dejado de ser deudor del contratista principal y en esas

pág. 648; NÉRET, *op. cit.*, págs. 322 y 323; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 157.

³²⁶NÉRET, *op. cit.*, pág.322; PASQUAU LIAÑO, *La acción directa ...*, *op.cit.*, pág. 85. RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 159.

circunstancias resulta inoperante la garantía de que dispone el acreedor directo. La eficacia de la acción directa dependerá de la celeridad o rapidez del subcontratista en ejercitar su derecho³²⁸.

Si el comitente puede liberarse de su deuda pagando al contratista, habrá que deducir que el derecho del subcontratista frente al primero, no podrá nacer si no se notifica al subdeudor comitente, tanto el incumplimiento de su acreedor inmediato (contratista) como su voluntad de reclamar directamente al comitente el pago de aquella contraprestación insatisfecha³²⁹.

No es preciso que la deuda del comitente, a diferencia de lo que sucede con la del subcontratista, esté vencida, sino que basta con que sea cierta en el momento de su afección por el ejercicio de la acción directa. La deuda de la que responde el comitente frente al subcontratista es sólo aquella que se origina por consecuencia del contrato de obra. La garantía en que se concreta la acción directa no puede ir más allá de las relaciones obligatorias imbricadas por razón de la identidad de su objeto.³³⁰

121.- e) El subcontratista debe tener interés en el ejercicio de la acción directa frente al comitente, por lo que habrá de exigirse la constitución en mora del contratista principal.

La acción directa no sólo supone para el subcontratista, una medida extraordinaria de protección de su crédito sino también una

³²⁷RODRÍGUEZ MORATA, *ibidem* nota anterior, pág. 160.

³²⁸RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág.161.

³²⁹RODRÍGUEZ MORATA, *ibidem* nota anterior, pág.161.

³³⁰RODRÍGUEZ MORATA, *ibidem* nota anterior, pág.161.

ampliación de la cobertura del crédito del subcontratista, ante el incumplimiento de su deudor inmediato (contratista). La garantía que ofrece la acción directa se fundamenta en la idea de riesgo de insatisfacción del crédito del subcontratista ante el incumplimiento del deudor principal. De ahí que e el titular de la acción directa deba probar el incumplimiento del contratista y para ello basta con que requiera de pago a aquél con la finalidad de constituir en mora al deudor³³¹.

En virtud de lo anterior, el carácter subsidiario de la acción directa debe ser matizado. Esta acción no es subsidiaria en el sentido de la acción subrogatoria que exige la previa persecución de los bienes del deudor, sino en el sentido más amplio que debe existir una reclamación previa al deudor principal³³².

122.- La acción directa puede ser ejercida tanto judicial como extrajudicialmente³³³. La mayoría de la doctrina es partidaria de esa

³³¹Son partidarios de exigir la constitución en mora del contratista: DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra...* *op.cit.*, págs.52 y 53. LUCAS FERNANDEZ,F.:«*Comentarios a los artículos 1.583 a 1.603*», *op.cit.*, pág. 452 Y 453. RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág.163; ALBÁCAR LÓPEZ, J.L.: *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, t.V., ...*op. cit.*, pág.1268.

En contra PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op.cit.*, pág.84, quien sigue en este punto la opinión de COZIAN, *op. cit.*, pág. 229, que a su vez argumenta que: «la exigencia de la previa constitución en mora [...] es un desconocimiento de la verdadera naturaleza de la acción directa, que no es sino la concesión de un derecho contra el deudor del deudor, y no de una acción en garantía para el caso de incumplimiento». En similares términos se pronuncia STARCK, *op.cit.*, n^{os}. 63 a 65.

³³²RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 165.

³³³DE ÁNGEL YAGÜEZ, (*Los créditos derivados del contrato de obra...* *op.cit.*, págs. 66 a70) niega el ejercicio extrajudicial de la acción directa, al estimar que ésta no es más que un supuesto de sustitución procesal pasiva, es decir un supuesto de legitimación pasiva excepcional, surgida *ope legis* a favor de ciertos acreedores, que provoca una resolución de condena al pago por un tercero del crédito que aquéllos tuvieron frente al deudor principal.

No se explica cuál sea el funcionamiento sustantivo de esa resolución de

doble posibilidad³³⁴. La admisibilidad del ejercicio extrajudicial de la acción directa se explica, no sólo porque en constituye una garantía legal frente al incumplimiento del deudor principal, sino también porque dejaría de ser útil si su efecto característico y principal, que es la retención del crédito del contratista solamente pudiese actuar a partir del momento de su ejercicio procesal³³⁵.

4.D.- EFECTOS DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL SUBCONTRATISTA .

123.- La acción directa del subcontratista produce una doble eficacia, conservativa y ejecutiva.

4.D.1.- La eficacia conservativa.

124.- Los primeros efectos que despliega la acción directa son conservativos³³⁶, ya que desde su ejercicio el crédito del deudor principal, el comitente, queda inmovilizado o retenido, quedando a salvo el derecho del acreedor directo de las posibles causas de extinción que podría ser provocada por actos dispositivos del deudor intermedio. Este último sigue siendo acreedor frente al comitente, pero habrá perdido el libre ejercicio de su derecho de crédito, puesto que no podrá hacer nada que comprometa la garantía del subcontratista. Por otra parte resultan inoponibles la excepciones derivadas de hechos

condena, no es posible hallar un fundamento sustantivo a esa condena de pago de un crédito ajeno, incluso afirma que si se encontrara un fundamento sustantivo a la acción del artículo 1.597 sería que no nos hallamos ante un supuesto de acción directa.

³³⁴PASQUAU LIAÑO, *La acción directa ...*, *op.cit.*, pág. 168.

³³⁵RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 169. Cita este autor como seguidoras de esta tesis las STS 28 mayo 1908 y 30 enero de 1974.

³³⁶COZIAN, *op. cit.*, nº 425, pág. 258.

posteriores al ejercicio de la acción directa³³⁷.

125.- Dos son los efectos conservativos que despliega la acción directa sobre el crédito garantizado: la inmovilización del crédito del contratista principal y el régimen de inoponibilidad de las excepciones.

4.D.1.a.- La inmovilización del crédito.

126.- Desde el ejercicio, judicial o extrajudicial, de la acción directa se producirá de forma automática este efecto³³⁸, si bien con el límite de la concurrencia de la cantidad adeudada por el contratista al subcontratista. Si después de la reclamación de pago por el subcontratista, el comitente paga al contratista principal el pago es válido y eficaz frente a él, pero será ineficaz frente al subcontratista que, aún a pesar de ello, puede ejercitar su pretensión³³⁹. Por tanto, aquel pago al contratista principal será inoponible al subcontratista, sin perjuicio de la acción de repetición³⁴⁰. Por el contrario opinamos que ese derecho de repetición tiene su origen en los vínculos de

³³⁷La STS 11 de junio 1928 (C.J.C, t.102, pág. 134) ya estableció que : «El propietario no podrá oponer a tal acreedor [el titular de la acción directa] las reclamaciones y excepciones nacidas de otros negocios jurídicos habidos con su contratista y cargados en la cuenta de éste, no podrá enervar la acción directa analizada con obstáculos y apariencias de derechos engendrados a la sombra de actos o hechos diferentes del contrato de obras a precio alzado origen de esa acción, que en nada atañen a la veracidad del suministro en que la misma se basa.»

³³⁸RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía ...*, *op.cit.*, pág.172 En contra DE ÁNGEL YAGÜEZ, Los créditos derivados del contrato de obra... *op.cit.*, págs. 81 a 82, que estima que solicite en la demanda judicial la retención de la deuda.

³³⁹RODRÍGUEZ MORATA, *ibidem* nota anterior, pág. 172.

³⁴⁰RODRÍGUEZ MORATA, *ibidem* nota anterior, págs. 172 y 173, basa este derecho de repetición por razón del enriquecimiento injusto que pudiera corresponder al comitente frente al contratista, ya que de otra manera se produciría, ya que este último se vería liberado, en todo o en parte, de la deuda que tenía contraída con el subcontratista.

solidaridad que se crean, en virtud del ejercicio de la acción directa , entre comitente y contratista. que pueda corresponder al comitente frente al contratista.

127.- El ejercicio de la acción directa contra el comitente, no producirá la extinción del crédito contra el contratista principal, ya que no se produce una novación de la deuda, sustituyéndose un deudor por otro. De modo que el subcontratista, en caso de resultar frustrada la acción directa contra el comitente, podrá reclamar el crédito satisfecho de su deudor inmediato (el contratista). Porque la acción directa engendra una acción *in solidum* frente del deudor intermedio y del subdeudor-comitente frente al acreedor directo³⁴¹

4.D.1.b.- La inoponibilidad de excepciones .

128.- El carácter imperfecto de esta acción directa, significa que el comitente no puede oponer al subcontratista aquellas excepciones que afecten al crédito del contratista principal y que tengan su origen en hechos posteriores al ejercicio de la acción directa. Esto es así porque el contratista principal no puede realizar actos de disposición sobre el crédito del contratista efectuados con posterioridad al ejercicio de la acción directa. Por lo tanto , el pago, condonación, cesión de créditos a un tercero, o cualesquiera otros actos de disposición sobre el crédito del contratista, efectuados con posterioridad al ejercicio de la acción

³⁴¹La doctrina es pacífica en cuanto que la solidaridad es un efecto de la acción directa: ABRIL CAMPOY, («Comentario del art. 1597», ...*op. cit.*, págs. 2854 y 2855);

Ya se había reseñado como la STS 30 de junio 1920 configuró como solidaria la responsabilidad de contratista y comitente en relación al derecho de crédito ejercitado por el titular de la acción directa..

directa devienen inoponibles frente al subcontratista³⁴².

El artículo 1597, a diferencia de lo que sucede con el 1552 Código civil en materia de subarrendos, guarda silencio, en relación a los pagos anticipados realizados por el comitente a al contratista, si bien la jurisprudencia se ha manifestado a favor de la nulidad de tales pagos³⁴³.

4.D.2.- La eficacia ejecutiva

129.- El efecto básico de la acción directa es el cobro por parte del subcontratista de la cantidad exigida por razón del subcontrato. El ejercicio de la acción directa otorga una serie de beneficios en relación a otras acciones que pudiera haber utilizado, tales como la subrogatoria o la acción de cumplimiento contractual frente al deudor intermedio.

El ejercicio de la acción directa frente al comitente cumple una finalidad solutoria o de cobro del crédito del subcontratista, mediante la producción de dos efectos básicos que ponen de manifiesto el carácter ejecutivo de la acción directa³⁴⁴

4.D.2.a.- Ingreso directo del crédito en el patrimonio del subcontratista.

130.- El subcontratista actúa *iure proprio* y no en calidad de sustituto

³⁴²RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 178.

³⁴³La STS de 26 junio 1998 (RJA 1998,5016) tras fijar el carácter solidario de la acción directa dice que: «Sin que el adelanto de pago por el comitente al contratista afecte al subcontratista ».

³⁴⁴RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 179.

del contratista principal o deudor intermedio, por ello, no es necesario la persecución previa de los bienes del contratista; será suficiente haber constituido en mora al deudor principal, ya que la acción directa supone una ampliación de la cobertura de crédito del subcontratista ante el riesgo de incumplimiento del deudor³⁴⁵. De ahí la gran ventaja de la acción directa que permite la elección del patrimonio más solvente, eludiendo de paso el riesgo de insolvencia del propio deudor³⁴⁶.

Por los mismos motivos, la acción directa no obliga al acreedor directo, a ingresar en el patrimonio del deudor intermedio, el producto del crédito satisfecho por el subdeudor-comitente. La eficacia de la acción directa provocará la extinción de la deuda del comitente frente al contratista, en la cantidad concurrente, y la de éste frente al subcontratista.

4.D.2.b.-La preferencia de cobro del subcontratista

131.- El subcontratista goza de preferencia de hecho para el cobro de una deuda dineraria contraída por el comitente frente al contratista principal, puesto que mediante el ejercicio de la acción directa el subcontratista ingresará directamente el producto de lo obtenido en su propio patrimonio, sin tener que concurrir con el resto de acreedores del contratista principal, aunque sí con los del comitente³⁴⁷. Esta es una preferencia de hecho para el cobro, pero no es en absoluto un privilegio en sentido técnico³⁴⁸. Es más bien una causa de

³⁴⁵RODRÍGUEZ MORATA, *ibidem* nota anterior, pág. 179.

³⁴⁶PASQUAU LIAÑO, M., *La acción directa...*, *op.cit.*, págs.93 y 94;. RODRÍGUEZ MORATA, , *ibidem* nota anterior, pág. 180.

³⁴⁷RODRÍGUEZ MORATA, *ibidem* nota anterior, pág. 181.

³⁴⁸Según DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Los créditos derivados del contrato de*

preferencia³⁴⁹, explicada porque en la jerarquía de medios de los que dispone un acreedor para obtener el pago de sus créditos, la acción directa ocupa un lugar preeminente o superior. Por ello, la acción directa comporta, más por su modo de funcionamiento, es decir, por ingresar directamente en el patrimonio del subcontratista el producto de lo obtenido mediante su ejercicio, que por la cualidad del crédito en cuestión, una especial causa de preferencia para el cobro, ya que permite en la mayoría de los casos, eludir la concurrencia de los demás acreedores del contratista principal³⁵⁰.

obra..., *op.cit.*, págs. 31 a 33) dos circunstancias apartan a la acción directa *ex art.* 1597 de los privilegios. En primer lugar los privilegios se establecen por la Ley pensando en supuestos de concurrencia de varios créditos contra el deudor, la acción directa por el contrario trata de evitar la concurrencia de créditos. Finalmente la ubicación sistemática del art. 1597, impide conectar esta figura con los privilegios, que en el Libro IV del Código se encuentran regulados en el Título XVII (De la concurrencia y prelación de créditos) en los arts. 1.911 a 1929 del Código civil.

³⁴⁹*Vid.* STARCK, B.: «Action directe», ...*op. cit.*, nº 12; NERET, *Le sous-contrat*, *op. cit.*, nº 330. COZIAN, *L'action directe*, *op. cit.*, nº 281. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Los créditos derivados del contrato de obra... *op.cit.*, pág. 109.

³⁵⁰PASQUAU LIAÑO, *La acción directa ...*, *op.cit.*, pág. 101. En el mismo sentido RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, *op.cit.*, pág. 182.

Capítulo IV

LA ACCIÓN DIRECTA EN LOS ARRENDAMIENTOS.

SUMARIO.- 1.- LA ACCIÓN DIRECTA DEL ARRENDADOR CONTRA EL SUBARRENDATARIO EN EL CÓDIGO CIVIL. 1.A.- Introducción. 1.B.- Origen histórico del subarrendamiento. 1.C.- Concepto y características del contrato de subarrendamiento. 1.D.- Naturaleza jurídica de las acciones *ex* artículos 1.551 y 1.552. 1.E.- Ámbito de aplicación 1.F.- Características de las acciones directas *ex* artículos 1.551 y 1.552 1.G- Fundamento de las acciones directas *ex* artículos. 1551 y 1552. 1.H.- La acción directa del art. 1.560 del C.c. 2. -LA ACCIÓN DIRECTA EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS. 2.A.- EL SUBARRIENDO EN LA LAU/64. 2.A.1.- Regulación del subarrendamiento. 2.A.2.- Las acciones directas en la LAU/64. 2.A.3.- La acción directa del artículo 15 de la LAU /64.2.A.4.- La acción directa del artículo 16 LAU /64. 2.A.5.- La acción directa del artículo 17 LAU /64. 2.B.- EL SUBARRIENDO EN LA LAU/94. 2.B.1.- El subarriendo de vivienda. 2.B.2.- El subarriendo de finca para uso distinto al de vivienda. 2.B.3.- Las acciones directas en la LAU/94. 2.B.4.- Diferencias entre subarriendo y cesión del contrato.

1. LA ACCIÓN DIRECTA DEL ARRENDADOR CONTRA EL SUBARRENDATARIO EN EL CÓDIGO CIVIL.

1.A.- INTRODUCCIÓN.

132.- El contrato de subarrendamiento de cosas está regulado en los artículos 1.550 a 1.552 del Código civil . El artículo 1.550¹ constituye la

¹Establece el art. 1550 que: «Cuando en el contrato de arrendamiento de cosas no se prohíba expresamente, podrá el arrendatario subarrendar en todo o en parte la cosa

norma básica que regula las relaciones entre arrendador y arrendatario², al autorizar el subarriendo total o parcial, salvo que este se haya prohibido expresamente. Los artículos 1.551³ y 1.552⁴, se refieren a las relaciones entre el subarrendatario y el arrendador⁵

El Código civil, a diferencia de lo establecido en las leyes especiales de arrendamientos⁶, permite el subarriendo de la cosa arrendada salvo que se haya prohibido expresamente⁷. La figura del subarriendo aparece

arrendada, sin perjuicio de su responsabilidad al cumplimiento del contrato para con el arrendador».

²LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «*Comentarios a los artículos 1.542 a 1.582*» *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t.XX, vol. 1º,(dir.ALBALADEJO) Madrid, 1.980. p. 225.

³Dice el art. 1551 que: «Sin perjuicio de su obligación para con el subarrendador, queda el subarrendatario obligado a favor del arrendador por todos los actos que se refieran al uso y conservación de la cosa arrendada en la forma pactada entre el arrendador y el arrendatario»

⁴Según el art. 1552: «El subarrendatario queda también obligado para con el arrendador por el importe del precio convenido en el subarriendo que se halle debiendo al tiempo del requerimiento, considerando no hechos los pagos adelantados, a no haberlos verificado con arreglo a la costumbre»

⁵Estima LUCAS FERNÁNDEZ, F.:(«*Comentario del artículo 1.550*», *Comentario del Código civil, Mº de Justicia, T.II, Madrid, 1991*, pág. 1078) el arrendatario puede subarrendar puesto que el arrendamiento en el régimen del Código no está configurado como una relación jurídica *intuitu personae*, por lo que el arrendatario puede ceder a otra persona, en todo o en parte, su derecho de goce o de uso de la cosa. En similares términos se manifiesta NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A. «Comentario del art. 1550 » en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, Comares. (Dir. PASQUAU LIAÑO, M., Coord. ALBIEZ DOHRMAN, K.J, y LÓPEZ FRÍAS, A), Granada. 2000, T.II, pág. 2770: para quien el Código civil es respetuoso con el principio de autonomía privada ya que a falta de pacto en contrario, el arrendatario puede ceder sus derechos a terceras personas, puesto que se trata de derechos patrimoniales negociables. Además los derechos del titular arrendador quedan protegidos por la acción directa reconocida en los arts. 1551 y 1552. .

⁶Cfr. el art. 16 D. 4104/1.964, de 24 Diciembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos y el art. 8 Ley 29/1994, de 24 de Noviembre de Arrendamientos Urbanos.

⁷ Para MANRESA, *op. cit.*,, pág. 93: «el espíritu del Código es permitir [...] el subarrendamiento cuando no se ha prohibido expresamente» . En parecidos términos se manifiesta Q.M.SCAEVOLA, *op. cit.*, págs.486 y 487, ya que justifica el subarrendamiento por estimar que para el codificador el arrendamiento no es un

admitido en el Código sobre la base de la reserva de derechos y facultades al verdadero propietario de la cosa, para preservar sus intereses contra los abusos de un subarrendatario que pudiera escudarse en con la idea de que nada pactó con el propietario y hasta en las confabulaciones de subarrendatario y subarrendador, en daño a la integridad de lo arrendado y de las condiciones de su utilización temporal. Dentro de esa modalidad contractual cabe la posibilidad de que el arrendatario de al subarrendatario menos de lo que aquél tenía en virtud de la primitiva obligación⁸.

1.B.- ORIGEN HISTÓRICO DEL SUBARRENDAMIENTO.

133.- La facultad de subarrendar ya era admitida en el Derecho romano. En la Ley 6^o, título LXV, libro IV del Código se establecía que «a nadie se le prohíbe dar a otro en arrendamiento la cosa que el tomó para disfrutarla si no se convino otra cosa »⁹. En el Derecho anterior al Código, sin embargo, no se encuentra ninguna ley que autorice el subarrendamiento. El Proyecto de Código de 1.851 ya reconoce la figura del subarrendamiento, si bien sigue un régimen diferente al del actual Código, puesto que en su art. 1.481 se establecía que el arrendatario no podía subarrendar o ceder a otro la cosa arrendada, o una parte de ella sin consentimiento del dueño¹⁰.

contrato *intuitu personae* y el arrendatario no ha de ejercitar personalmente el derecho al goce o al uso de la cosa.

⁸ Q.M.SCAEVOLA, *ibidem* nota anterior, págs.486 y 487, estima que la duración del subarriendo no puede ser superior a la del contrato base, ni tan siquiera en el supuesto de que el haber sido inscrito el subarriendo en el Registro de la propiedad, tal como autoriza el art. 13 del Reglamento Hipotecario, podría el subarrendatario prolongar su condición por más tiempo del comprendido en el contrato entre los dos primeros estipulantes.

⁹Q.M.SCAEVOLA, *ibidem* notas anteriores, pág.484.

¹⁰MANRESA, *op. cit.*, pág.83.

129.- Los artículos 1551 y 1552 del Código tienen su precedente en el 1753 del *Code*¹¹. En el precepto francés a diferencia de lo que sucede con sus homólogos españoles en los que se protege el interés del arrendador, parece se están limitando los derechos del propietario y protegiendo al subarrendatario, quien «no está obligado sino hasta» la concurrencia del precio de su subarrendamiento¹². Esto fue así puesto que en la época del *Ancien Droit*, antes de la publicación del *Code*, la situación de los subarrendatarios era bastante desfavorable, dado que aun cuando no podían utilizar más que una parte de la vivienda, el propietario a quien no fueran pagadas las rentas del arriendo disponía de un privilegio sobre todos los muebles de la vivienda similar a nuestro art. 1922-7¹³ del Código civil. De modo que el subarrendatario, únicamente podría recobrar sus muebles si pagaba todas las rentas debidas al propietario¹⁴. De ahí que el art. 1753 fue redactado para proteger a los subarrendatarios, limitando la acción real del propietario. La doctrina y la jurisprudencia posteriores vieron en este precepto una acción personal, que acabó denominándose «directa», en contraposición a la acción «oblicua» del 1166 francés (la acción subrogatoria de nuestro 1111), en cuanto que sancionaba un derecho propio del arrendador contra el subarrendatario. Como fundamento para tal derecho se acudió a la existencia de una «convención tácita» e incluso un

¹¹El art.1753 del *Code* establece que: «*El subarrendatario no está obligado con el propietario sino hasta la concurrencia del precio de su subarrendamiento del que pueda ser deudor en el momento del embargo.*»

¹²PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op. cit.*, pág.25.

¹³Establece el art.1922-7 del C.c. que: «*gozan de preferencia los créditos por alquileres y rentas de un año, sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma*»

¹⁴El art. 408 de la «*Coutume*» d'Orléans, del año 1509, disponía que «*le seigneur d'hostel peut faire exécution, comme dessus, sur tous les meubles qu'il trouve en soudit hostel, pour le payment des loyers qui lui sont dues, encore que celui sur lequel l'exécution sera faite, ne tinst que partie de la dite maison.*»

cuasicontrato resultante de la ocupación de los locales. Finalmente, para concluir el proceso, se otorgó por vía jurisprudencial a esta acción directa un campo de aplicación más amplio, no limitado a la garantía de las rentas, sino a otros créditos nacidos del contrato de arrendamiento¹⁵.

1.C.- CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SUBARRENDAMIENTO.

134.- El subarrendamiento puede definirse como « una relación contractual de igual naturaleza que otra anterior y que surge por consecuencia de la actitud del arrendatario del primer contrato, el cual, al pactar con un tercero un nuevo arrendamiento configurado con base en el primero, pasa a ocupar en la segunda relación el puesto de arrendador. Ambos contratos están conectados por ese contratante común en el que confluyen y se aúnan las cualidades de arrendador y arrendatario^{16 17}».

135.- La figura del subarrendamiento presenta las siguientes características:

¹⁵PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...op. cit.*, pág.26: estima que los arts. 1551 y 1552, en realidad, son más reflejo de la evolución jurisprudencial del art. 1753 francés que del propio precepto, puesto que no se limitan al cobro de las rentas como aquél sino que incluyen otros créditos.

¹⁶LÓPEZ VILAS, *El subcontrato, op. cit.*, pág. 79.

¹⁷También podemos encontrar definiciones de esta figura en la doctrina del T.S., como en la STS 18 de abril 1995 (RJA 1995,3424) al referirse a la instalación de máquinas de juego de azar y recreativas en el local arrendado y distinguir esta situación de otros negocios : «El subarriendo no es más que un contrato de arrendamiento que realiza el arrendatario, recayendo sobre el objeto a él arrendado y, por ello ha de tener los mismo elementos estructurales del arrendamiento, entre ellos el tiempo determinado y precio cierto».

a). Nos encontramos con dos contratos de idéntica naturaleza¹⁸: el contrato de arrendamiento, también denominado principal o contrato base y el contrato de subarrendamiento o contrato derivado¹⁹. El subarriendo es un nuevo arrendamiento con sustantividad propia, ya que es un contrato de arrendamiento con todas sus características y dependiente del anterior en el que se apoya y recibe todas sus fuerzas²⁰. En este segundo contrato actúa como arrendador quien en el primero es el arrendatario, comunicando en todo o en parte las facultades de uso y goce que le corresponden en virtud del anterior contrato²¹.

136.- b). El subarrendamiento trae su causa del arrendamiento o contrato base a partir del cual se origina, el objeto es común a ambos contratos, según que la cosa se arriende total o parcialmente²². Todo ello hace que el contrato de arrendamiento actúe como límite o tope máximo del segundo contrato²³, de modo que las facultades de uso y goce en el subarrendamiento deberán respetar la extensión y vigencia temporal de las mismas en el

¹⁸LÓPEZ VILAS, *El subcontrato, op. cit.*, pág.195.

¹⁹Por el hecho de tener idéntica naturaleza del contrato de arrendamiento, el subarriendo es un contrato oneroso, lo que permite diferenciarlo, de otras figuras que implican cesión gratuita total o parcial del goce y uso de la cosa arrendada. En ese sentido se manifiesta según REGLERO CAMPOS, L.F.«Comentario del art. 8 » en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (Coord. Bercovitz, R.) Pamplona .997, pág. 150.

²⁰DÍEZ-PICAZO y GULLÓN : *Sistema de Derecho civil, op. cit.*, pág.336.

²¹LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, II, « Derecho de obligaciones»vol 3º, «Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito» (revisada por RIVERO HERNÁNDEZ, F.:) Dykinson, Madrid, 1999, pág. 127.

²²LÓPEZ VILAS, *El subcontrato, op. cit.*, págs. 84 y 85.

²³Sin embargo cabe la posibilidad de que se pacte una extensión del subarrendamiento inferior a la del contrato base; de modo que no se podrán invocar recíprocamente derechos y obligaciones establecidos en el contrato de arrendamiento originario que no se hayan reproducido en el arrendamiento, tal como dice CLEMENTE MEORO, M.: «Comentario del art. 8» en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, (Dir. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Valencia, 1994, pág. 92.

contrato base²⁴ ²⁵. En este sentido tendrá que sujetarse en el uso de la cosa a las condiciones pactadas entre el arrendador y el arrendatario, quedando por ello obligado no sólo frente a éste último sino también frente al arrendador.

137.- c). El subarrendamiento no implica la extinción del originario contrato de arrendamiento, que se mantiene subsistente, ni tampoco la salida del arrendatario-subarrendador del contrato base y su sustitución en el cumplimiento de sus obligaciones por el subarrendatario. El primero sigue respondiendo frente al arrendador aún a pesar del subarrendamiento, incluso si la falta de cumplimiento se debe al subarrendatario, tal como se deduce del art. 1550²⁶.

138.- d). El subarrendatario está sometido al cumplimiento de algunas de las obligaciones del contrato base, pese a no ser parte en aquella primera relación jurídica, si bien quedan limitadas a los supuestos del art. 1551

²⁴DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A.: *Sistema de Derecho civil. op. cit.*, pág. 337; LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentario del artículo 1.550», en *Comentario del Código civil, Mº de Justicia*, T.II, Madrid, 1991, pág. 1078. VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R.: en AAVV: *Derecho de obligaciones y contratos*, (Coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Valencia, 1994, pág. 625.

²⁵Uno de los efectos de que el contrato de arrendamiento funciones como tope máximo lo encontramos en que la duración del subarriendo está condicionada por la de aquél. En ese sentido se manifiesta la Sentencia de 18 de junio 1997 (RJA 1997,5417): «en ningún caso puede pensarse en el mantenimiento de un contrato de subarriendo habiéndose extinguido el de arrendamiento». La STS 1 de marzo 1993 (RJA 1993,2034) matiza que : «el subarriendo no puede tener más extensión que la del arrendamiento de que deriva, por ser principio jurídico fundamental que los derechos derivativos no pueden ir más allá que los originarios. » En idéntico sentido las SSTs de 6 de diciembre 1974 (RJ 1974\4560), 22 de febrero 1972 (RJA 1972,860), 5- de febrero 1969 (RJA 1969,585) y 25-de enero 1965 (RJ 1965\830)

²⁶DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A.: *Sistema de Derecho civil. op. cit.*, pág. 337; LACRUZ BERDEJO, J.L.(1999): *Elementos de Derecho civil*, II, *op. cit.* pág. 127; LÓPEZ VILAS, *El subcontrato, op. cit.* pág.85; LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentario del artículo 1.550», en *Comentario del Código civil, op.cit.*, pág. 1082.

actos que se refieran al uso y conservación de la cosa arrendada en la forma pactada por arrendador y arrendatario y al pago de las rentas, según lo establecido en el art. 1552²⁷. Sin embargo, el subarrendamiento en principio, carece de efectos frente al arrendador, que si bien conserva su crédito frente al arrendatario, sin embargo no asume obligación alguna con el subarrendatario²⁸.

1.D.- NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ACCIONES EX ARTÍCULOS 1.551 Y 1.552.

139.- La doctrina es pacífica en cuanto que los artículos. 1.551 y 1.552 constituyen una excepción al principio de la relatividad contractual²⁹, sin embargo no se pone de acuerdo a la hora de justificar el carácter excepcional de estos preceptos. Son varias las teorías que han tratado de

²⁷LÓPEZ VILAS, *El subcontrato, op. cit.* págs. 85 y 86.FUENTES LOJO, J.V.: *Suma de arrendamientos urbanos*. T.II; Barcelona, 1986, pág. 2197.

El T.S. se manifestó en este sentido en la sentencia de 3 de noviembre de 1911 (CL, pág. 609)..

²⁸La única posibilidad que tiene el subarrendatario frente al arrendador sería a través de la acción subrogatoria cuando el arrendatario-subarrendador hiciese dejación de sus acciones para exigir al arrendador el cumplimiento de sus obligaciones. En este sentido se manifiesta LACRUZ BERDEJO, J.L.(1999): *Elementos de Derecho civil, II, op. cit.*, pág. 127.

²⁹ LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentario al artículo 1.551», en *Comentario del Código civil*, Mº de Justicia, *op. cit.*, pág. 1.083, nos dice que “de no existir los arts. 1551 y 1.552, y puesto que el subarriendo es un nuevo contrato de arrendamiento en el que no ha sido parte el arrendador y puesto que según el art. 1.257, párrafo 1º. «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos...», parece que ni el arrendador podría accionar contra el subarrendatario, ni éste contra aquél salvo que concurren los requisitos legales para ejercitar, en su caso la acción subrogatoria al amparo del art. 1.111; MANRESA, *op.cit.*, pág. 101, nos dice que estos artículos son una desviación de los principios que rigen la materia de contrato en orden a los efectos producidos por los mismos, puesto que del hecho del subarriendo se derivan unas consecuencias para el arrendador que no ha sido parte en él; Q.M.SCAEVOLA, *op.cit.*, pág. 487, dice que «dentro del rigor de los principios lógicos, en realidad, para nada deberían relacionarse arrendador y subarrendatario».

justificar la excepcionalidad de los mencionados preceptos:

La teoría de la representación tácita, justifica que el arrendador pueda dirigirse contra el subarrendatario puesto que el arrendatario ostenta un mandato tácito del arrendador ³⁰.

-La teoría de la acción directa, es la corriente doctrinal que se ha impuesto de forma pacífica³¹. Sin embargo, la recepción por nuestra doctrina del carácter de acción directa de la contenida en estos preceptos³² no fue inmediata; tal vez por desconocimiento de la misma, puesto que el legislador no emplea la expresión «acción directa» en ninguno de los mencionados preceptos^{33 34}.

³⁰MANRESA, *op. cit.*, págs. 102 y 103, no menciona en ningún momento la existencia de acción directa, por el contrario entiende que en los arts. 1.551 y 1.552 existe una aplicación del principio de la representación tácita, así pues manifiesta que: «El arrendador- dice- no ha sido ciertamente parte en el subarriendo; pero dados los vínculos que le unen con el arrendatario, vínculos que a la cosa que a la cosa que éste subarrenda, se refieren, ¿no se puede entender, en algún modo, que ha sido representado en el subarriendo por el propio arrendatario para todo aquello que al respecto y a la eficacia de su derecho afecte? «El subarrendatario posee en nombre del arrendatario: eso es todo» [...]El principio de la tácita representación del arrendador por el subarrendador explica el sentido de los artículos 1551 y 1.552 de la única manera satisfactoria que, a nuestro juicio, puede explicarse, mientras no se admita francamente y sin distinguos que el arrendamiento constituye un derecho real».

No obstante, el autor de la revisión de la sexta edición de Manresa, J. M^a Bloch, en un pie de página, (pág. 102) nos dice que no es necesario hablar de una representación tácita, como se hace en el texto, bastando con hacer referencia a la concesión por la ley de una acción directa.

³¹Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentarios a los artículos 1.542 a 1.582», *op. cit.*, pág. 226. LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.*, págs. 46 y 47; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I.: *El principio de relatividad ...*, *op. cit.*, pág. 295;. NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.: «Comentario del art. 1550 »..., *op. cit.* pág.. 2772; BADENAS CARPIO, J.M.:«Comentarios de los artículos1542 a 1582», en *Comentarios al Código civil*. (Coord. Bercovitz, R.) Pamplona 2001, pág. 1794. Estima PASQUAU LIAÑO (*La acción directa...*, *op. cit.* pág. 27) que esta acción directa es más bien una consecuencia natural de la idea de subcontrato, de la que el subarrendamiento es una de sus más típicas manifestaciones.

³²PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op. cit.*, pág 27.

³³Por el contrario, sí que se utiliza la expresión acción directa en el artículo 16 de la LAU/64.

1.E.- ÁMBITO DE APLICACIÓN

140.- Las acciones directas contenidas en los artículos 1.551 y 1.552 del Código civil operan en supuestos diferentes³⁵:

a) En el caso del artículo 1.551 la acción directa tendrá lugar en relación con todos los actos que se refieran al uso y conservación de la cosa arrendada en la forma pactada entre el arrendador y el arrendatario³⁶. En el supuesto contemplado en este precepto nos encontramos con una acción directa de responsabilidad o de garantía³⁷. La responsabilidad *ex* artículo 1.551 solamente opera frente al subarrendatario si la infracción se debe a su conducta, no respondiendo en el caso de que fuese imputable a la actuación del arrendatario-subarrendador³⁸.

³⁴ Asimismo, hemos de reseñar que si bien la doctrina es unánime al referirse a la acción directa del artículo 1.552, sin embargo, es tibia a la hora de catalogar la acción que contiene el 1.551, pasando de puntillas sobre el asunto. Entre quienes ven una acción directa en este precepto están: LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «*Comentarios a los artículos 1.542 a 1.582*», *op. cit.*, pág. 226. PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op.cit.*, pág 27. LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.*, págs. 46 y 47; NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.: «Comentario del art. 1550 », *op.cit.*, pág. 2770.

³⁵ *Vid.*: PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op.cit.*, pág 24; LÓPEZ VILAS, R.: *El subcontrato*, *op.cit.*, pág. 86.

³⁶ En el supuesto de este precepto nos encontramos con una verdadera acción directa puesto que el subarrendatario queda obligado a favor del arrendador, por los pactos del arrendamiento referentes al uso y conservación de la cosa, aún a pesar del principio de la relatividad de los contratos e incluso en el supuesto de desconocer aquellos pactos. *Vid.* LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «*Comentario del artículo 1.551*», en *Comentario del Código civil*, *op. cit.*, pág. 1084.

³⁷ **Vid. el comentario al art. 16 LAU/64.**

³⁸ LUCAS FERNÁNDEZ, *ibidem* nota anterior, pág. 1084, añade que en el caso de que la infracción fuese imputable al arrendatario cabría también la acción directa, si bien por la vía del artículo 1.552.

141.- b) En el supuesto del artículo 1.552, se concede una acción directa³⁹, de pago para reclamar el importe del precio del arriendo que el subarrendador deba al arrendatario en el momento de ser requerido. El presupuesto para la aplicación de esta acción directa consiste en que el subarrendador-arrendatario no haya pagado al arrendador principal la renta debida por el arriendo⁴⁰.

En cuanto al alcance de la deuda contenida en este precepto, la mayoría de la doctrina es partidaria de ampliar la cobertura de la acción directa, no sólo a las cantidades adeudadas en concepto de rentas sino también a cualesquiera otras deudas que el arrendatario mantenga con el arrendador, siempre que su origen esté en el contrato de arrendamiento⁴¹. Es minoritaria la opinión de que habida cuenta del carácter excepcional de este precepto su contenido debe quedar circunscrito a los casos en que los artículos se contienen, es decir, a las deudas por la rentas impagadas ⁴².

³⁹La doctrina es unánime a la hora de conceptuar como acción directa la contenida en este precepto. Así se manifiestan entre muchos otros: PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op. cit.*, págs. 24 a 28; Díez-PICAZO L. y GULLÓN A.: *Sistema de Derecho civil. op. cit.*, pág. 337; LACRUZ BERDEJO, J.L.(1999): *Elementos de Derecho civil, II, op. cit.*, pág. 127 y VALPUESTA FERNÁNDEZ, en *Derecho de Obligaciones y Contratos, op.cit.*, pág.625 y BADENAS CARPIO, J.M.:«Comentarios de los artículos1542 a 1582», *op. cit.* pág.1795. .

⁴⁰Nos dice Q.M.SCAEVOLA, *op.cit.*, pág. 490, que: «el legislador supone que el arrendatario llegue a hacerse deudor de la renta para con el arrendador , dándose en ese caso el recurso de poder reclamar contra el subarrendatario que, a su vez, se halle en deuda por ese mismo motivo con la persona con la que arrendó».

⁴¹Según GULLÓN BALLESTEROS (*Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pág. 116), la acción del art. 1.552, si bien se basa en los descubiertos que tiene el arrendador contra el arrendatario no se limita exclusivamente a los nacidos por la falta de pago de la renta convenida en el contrato base, sino que puede entenderse, aunque el art. 1.552 no lo diga expresamente, que el arrendador podrá accionar no sólo por el importe de la renta que le deba el arrendatario, sino por indemnización, reparaciones a cargo del mismo, etc.

⁴²MANRESA, *op.cit.*, pág.102.

1.F.- CARACTERÍSTICAS DE LAS ACCIONES DIRECTAS PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 1.551 Y 1.552.

142.- a) Son acciones personales del arrendador contra quien no está vinculado en él contractualmente, por lo tanto constituyen excepciones al principio de relatividad de los contratos⁴³.

143.- b) La acción directa contenida en el artículo 1552 tiene por objeto el pago de rentas. Por el contrario, en el caso del artículo 1.551 al referirse a todos los actos que se refieran al uso y conservación de la cosa arrendada en la forma pactada entre arrendador y subarrendatario, el objeto de la acción directa puede consistir en una prestación de hacer.

144.- c) A los efectos de prevenir fraudes, se considerarán «no hechos - frente al arrendador los pagos adelantados», salvo haberlos verificado conforme a costumbre.

1. G.- FUNDAMENTO DE LAS ACCIONES DIRECTAS EX ARTÍCULOS. 1551 Y 1552.

145.- Las acciones directas del arrendador contra el subarrendatario se consideran como consecuencia natural de la idea de subcontrato, de la que el subarriendo es una de sus más típicas manifestaciones⁴⁴, lo cual, al mismo tiempo significa que la explicación hay que buscarla en la idea de la

⁴³Salvo que se sostenga, como es nuestro caso, que las acciones directas insertas en grupos de contratos no constituyen excepciones al principio relatividad contractual.

conexión contractual⁴⁵.

1.H.- LA ACCIÓN DIRECTA DEL ART. 1.560 DEL C.C.

146.- En los arts. 1551 y 1552 del Código civil no se utiliza la expresión acción directa, que sin embargo contienen dichos preceptos. No obstante, en el artículo 1.560⁴⁶ del Código civil nos encontramos con el fenómeno contrario, se utiliza la expresión «acción directa» y, sin embargo la mayoría de la doctrina niega que el precepto contenga la citada figura⁴⁷. En este sentido se dice que la acción prevista en el art. 1.560 del Código Civil puede calificarse simplemente como una acción posesoria⁴⁸, aunque también quepa hablar de una subrogación legal para el ejercicio de las acciones del propietario⁴⁹

⁴⁴PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op.cit.*, pág.27.

⁴⁵NAVARRO FERNÁNDEZ, («Comentario del art. 1550 », *op. cit.*, págs.. 2772 y 2773) se apoya en dos sentencias del T.S para justificar el recurso a la vinculación de contratos, la de 20 de enero 1958 (RJA 1958,539) y la de 22 de febrero 1972 (RJA 1972,860): En la primera de ellas, nos dice que: «se contempla un supuesto de vinculación contractual a tres bandas (Arrendador, arrendatario y subarrendatario) por lo que aunque alude a los arts. 1551 y 1552 y habla de relación directa, es precisamente porque el arrendador aquí es parte ». En la segunda nos dice que: «si alude a la conexión de dos vínculos contractuales, pero al abordar la cuestión de la extinción del subarriendo»

⁴⁶Establece el art. 1560 Código civil que : « El arrendador no está obligado a responder de la perturbación de mero hecho que un tercero causare en el uso de la finca arrendada; pero el arrendatario tendrá acción directa contra el perturbador. No existe perturbación de hecho cuando el tercero, ya sea la Administración, ya un particular, ha obrado en virtud de un derecho que le corresponde.»

⁴⁷En este precepto admite la existencia de una acción directa PUIG BRUTAU, J.: *Diccionario de Acciones...*, *op.cit.*, pág.121.

⁴⁸PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op. cit.* pág. 20; BADENAS CARPIO, J.M.:«Comentarios de los artículos1542 a 1582», *op. cit.* pág.1801.

⁴⁹En la STS 10-11-1992 (RJA 1992\9100) se reconoce el origen posesorio de esta mal llamada acción directa, cuando se dice que: «es de esencia del contrato de arrendamiento de cosas (art. 1543 del Código Civil) la transmisión por el arrendador del goce o uso de una cosa, constituyéndose éste en poseedor de la misma y debiendo aquél «mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del

contrato» (art. 1554-3.º del Código), si bien tal deber de garantía cesa frente a «la perturbación de mero hecho que un tercero causare en el uso de la finca arrendada» (art. 1560 del Código), aunque, en este caso, se legitima al arrendatario frente al tercero para hacer cesar la perturbación que impide el ejercicio normal de su posesión arrendaticia; de ahí que la acción que el art. 1560 del Código Civil concede al arrendatario lo sea frente al tercero ajeno al contrato que desconoce, por la simple vía de los hechos, la posesión arrendaticia, atentando contra el goce pacífico de la posesión que ostenta el arrendatario; no pueden entenderse comprendidas en dicho precepto aquellas otras inmisiones o molestias que no entrañen desposesión la cosa arrendada, como son las provenientes de ruidos, humos, malos olores, que alega la recurrente, al no producir una privación de la posesión arrendaticia, siquiera sea parcial; en consecuencia procede la desestimación del motivo.»

2.- LA ACCIÓN DIRECTA EN LOS ARRENDAMIENTOS ESPECIALES ¹².

2.A.- EL SUBARRIENDO EN LA LAU/64.

2.A.1. - Regulación del subarrendamiento.

147.- El Texto Refundido de 24 de Diciembre de 1964³ de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU/64) regula el subarriendo en los artículos 10 a 22 y junto a esta figura también contempla la cesión del arrendamiento en sus artículos 23 a 42. Dentro del subarrendamiento la ley distingue entre el subarrendamiento total o parcial de vivienda y el de local de negocio, al que dedica el artículo 22. Esta ley, siguiendo la tradición del Código civil, es parca en definiciones y no proporciona un concepto de subarrendamiento.

¹En nuestro país los arrendamientos urbanos concertados a partir del 1 de enero de 1995 se encuentran regulados por la Ley 29/1994, de 24 de Noviembre de Arrendamientos Urbanos, sin embargo continuará vigente la Ley de Arrendamientos urbanos de 1964 para todos los arrendamientos de vivienda y de local de negocio celebrados antes del 9 mayo de 1985, de acuerdo con lo expuesto en las disposiciones transitorias de la Ley 29/1994. Por lo tanto, al continuar aplicándose el TRLAU de 1964 hasta la extinción de todos aquellos contratos, nos exige estudiar las acciones directas contenidas en aquella ley.

²El Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de Abril, sobre Medidas de Política Económica, también conocido como Decreto Boyer, introdujo dos modificaciones con gran impacto en los arrendamientos urbanos, como fueron la libertad para la transformación de viviendas en locales de negocio y la libertad para pactar la duración del contrato, suprimiendo el carácter obligatorio de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos. Sin embargo, ninguna medida de las contempladas en el citado Decreto afectó a las acciones directas contempladas en los artículos 15 y 16 del TRLAU de 1964, por lo tanto, estos preceptos serán de aplicación a todos los arrendamientos urbanos celebrados hasta la entrada en vigor de la LAU/94.

³Aprobado por Decreto 4104/1964.

148.- En la LAU/65 en materia de subarrendamiento, se formulan una serie de principios que se apartan del régimen común del Código en el que predomina el principio de la autonomía privada⁴: Estos principios son los siguientes:

a) La necesidad de autorización expresa y escrita del arrendador⁵, tanto para los subarrendamientos de vivienda como de local de negocio (arts. 10 y 22), así como la entrega de mobiliario necesario en el primer caso (art. 10). Una excepción a la autorización de arrendador tiene lugar en el caso del subarrendamiento parcial donde además no se exigirá la entrega de mobiliario.(art. 18)

b) La sujeción del subarrendamiento, aunque solo en el de vivienda, a una serie de normas imperativas en cuanto a la renta, con el fin de evitar actuaciones abusivas del arrendatario-subarrendador⁶, en el de locales de negocio el subarriendo será libre (art. 22).

⁴LÓPEZ VILAS, *El subcontrato, op. cit.*, pág. 90.

⁵La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que el consentimiento sea previo y escrito supone un requisito de forma *ad probationem*, y no *ad solemnitatem*, por lo tanto si el arrendador que haya consentido verbal o tácitamente no puede ir en contra de sus propios actos y queda vinculado por aquel contrato. En este sentido *vid.* CLEMENTE MEORO, «Comentario del art. 8 », *op. cit.* pág. 90.

El T.S. ha manifestado en varias ocasiones que el requisito de la autorización y por escrito es un «*ad probationem*» que puede ser sustituido por otros medios de prueba, y nunca una requisito «*ad solemnitatem*» necesario para la eficacia del contrato. Esta línea jurisprudencial la integran las STS 27 septiembre 1991 (RJA 1991,6071), la de 25 de octubre 1993, (RJA 1993,7657) y la de 14 de noviembre 1996 RJA 1996,8369).

⁶LÓPEZ VILAS, *El subcontrato, op. cit.*, pág. 90.

c) La prohibición al subarrendatario de celebrar un nuevo contrato de subarrendamiento, tanto en el arrendamiento de vivienda como en el de local de negocio (art 20).

d) La participación del arrendador en el precio del subarriendo en los arrendamientos de vivienda (art. 14)⁷.

e) El establecimiento de un régimen diferenciado para el traspaso de local de negocio.

f) El subarrendamiento inconstituido se contempla como causa de resolución del contrato de arrendamiento base (art. 114.2º3º y 5º)

2.A.2.- Las acciones directas en la LAU/64.

149.- La doctrina afirma la existencia de acciones directas en los artículos 15⁸ y 16⁹ de la LAU de 1964; si bien, estos preceptos se refieren al arrendamiento de vivienda, este tipo de acciones también son de aplicación a los arrendamientos de local de negocio, en virtud de la remisión

⁷ NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.: «Comentario del art. 1550 », *op. cit.*, pág. 2770.

⁸ El artículo 15 de la LAU. dice que «en los subarriendos totales o parciales, el arrendador podrá exigir del subarrendatario el abono directo de la renta y de su participación en el precio del subarriendo, en cuyo caso, al hacer éste el pago al subarrendador, hará el oportuno descuento...».

⁹ El art. 16 establece que: «compete al arrendador acción directa contra el subarrendatario para exigirle la reparación de los deterioros que éste hubiera causado dolosa o negligentemente en la vivienda, sin perjuicio de la que le asista contra el inquilino, pudiendo ejercitarlas simultáneamente. El inquilino que resultare condenado podrá repetir contra el causante de los daños».

establecida en el art. 22.3¹⁰.

150.- Ninguna diferencia de naturaleza existe entre estas acciones y las previstas por los artículos 1551 y 1552 Código Civil para el arrendamiento común. Si que existen por el contrario, toda una serie de diferencias de redacción que pueden atribuirse tanto al más específico ámbito de aplicación de la LAU/64, los arrendamientos urbanos, como al casi medio siglo que separa a ambas leyes¹¹.

2.A.3.- La acción directa del artículo 15 de la LAU /64.

151.- La acción contemplada en el art. 15 de la LAU/64 es una acción directa de pago, igual que su homóloga del artículo 1552 del Código civil. En ambos casos nos encontramos con un mismo supuesto de hecho: se autoriza al arrendador para que se dirija contra el subarrendatario para que éste le satisfaga el importe de las rentas que el arrendatario-subarrendador adeude al primero en el momento del ejercicio de la acción. Sin embargo la redacción del precepto de la LAU presenta una serie de diferencias en relación al del Código civil:

1º.- No se declara la ineficacia de los pagos adelantados que el subarrendatario hubiese efectuado al arrendatario¹².

¹⁰LÓPEZ VILAS, R.: *El subcontrato...* op.cit. págs. 101 y 316.; PASQUAU LIAÑO, *La acción directa ...*, op.cit., pág. 37; LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, págs.46 y 47; LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, II, « Derecho de obligaciones»vol 3º, «Contratos y cuasicontratos»2ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1.986, pág. 227;VALPUESTA FERNÁNDEZ, en *Derecho de obligaciones y contratos*, op.cit., pág. 637.

¹¹PASQUAU LIAÑO, *La acción directa ...*, op.cit., pág.37.

¹²Ante el silencio del legislador, PASQUAU LIAÑO, *ibidem* nota anterior, págs. 38 y 39, se inclina por considerar la ineficacia de los pagos anticipados en base a los siguientes

2º.- No se exige expresamente que el subarrendatario se halle debiendo las cantidades reclamadas al tiempo del requerimiento efectuado por el arrendador. Ante el silencio legal, podemos aplicar supletoriamente lo establecido en el artículo 1552, y considerar ineficaces los pagos efectuados a partir del momento del requerimiento¹³.

3º.- En el caso del art. 15, el arrendador puede exigir además de la renta su participación en el precio del subarriendo.

4º.- Algún autor estima que esta acción directa otorga¹⁴, en favor del arrendador sobre los bienes muebles del subarrendatario, la preferencia a que hace referencia el número 7º del artículo 1922 del Código civil ¹⁵.

2.A.4.- La acción directa del artículo 16 LAU /64

argumentos:

a), en todo pago adelantado hay algo de gratuidad, lo que puede ser un indicio de fraude (cfr. art. 1297.1 Código Civil), para ello sigue a DE CASTRO (Cesión de arrendamiento y subarrendamiento», RGLJ, 1930, pág 136).

b) La aplicación analógica del art. 1552 Código Civil. (art. 4.1 Código Civil).

c) Que el art. 1292 Código Civil prohíbe los pagos anticipados hechos en estado de insolvencia.

d) Que, además, parece muy difícil de salvar el problema de la prueba del pago anticipado, dado que su justificación usual es el recibo en documento privado, cuya fecha no es oponible al arrendador-tercero (cfr. art. 1227 Código Civil).

¹³SOTO NIETO, F: *Subarriendo y hospedaje. Su repercusión en la relación de arrendamiento*, Alcoy, 1962, pág. 85, prefiere ver en el silencio del legislador una mayor capacidad de actuación para el arrendador, al afirmar que la posibilidad de cobro directo por parte del arrendador frente al subarrendatario no está limitada a la cantidad debida o pendiente de pago, «sino que puede aquél formular un requerimiento amplio dirigido a advertir su propósito de percibo directo para los futuros plazos de la merced», lo cual aumenta las ventajas que la acción directa proporciona a su titular.

¹⁴FUENTES LOJO, J.V.: *Suma de arrendamientos urbanos*. T.I; Barcelona, 1986, pág. 390.

¹⁵Según este precepto: «Con relación a determinados bienes muebles del deudor, gozan de preferencia:

7º Los créditos por alquileres y rentas de un año, sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma »

152.- El artículo 16, a diferencia del artículo que le precede si que utiliza la expresión «acción directa¹⁶» que tampoco aparece en los artículos 1551 y 1552 del Código civil. El artículo 16 presenta las siguientes características:

a) El art. 1552 del Código, que es su equivalente, se refiere a todos los actos que se refieran al uso y conservación de la cosa arrendada en la forma pactada entre arrendador y arrendatario; mientras que el art. 16 de la LAU/1964 se limita a la reparación de los deterioros que el subarrendatario hubiera causado dolosa o negligentemente.»¹⁷.

b) La responsabilidad del arrendatario y el subarrendatario frente al arrendador es solidaria, así se deduce del hecho que este tenga la posibilidad del ejercicio simultáneo o independiente de sus acciones contra el arrendatario y el subarrendatario, sin perjuicio del derecho de repetición del inquilino. De ahí cabe afirmar que no existe un litisconsorcio pasivo necesario entre ambos ¹⁸.

¹⁶Este artículo es copia literal del art.24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955 (aprobada por Decreto de 13 de Abril de 1956). De modo que este es el primer supuesto de utilización de la expresión acción directa en Derecho privado español en el que la expresión utilizada coincide con la figura recogida en el precepto, a diferencia de lo que sucede en el caso del art. 1560 del C.c.. De ahí que no sea exacto que la primera manifestación legal de la acción directa, en derecho privado sea la recogida en el art. 4 del Texto Refundido de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 1962 como sostiene la mayoría de los autores.

Vid. supra nº 394 con ocasión del reconocimiento legal de la acción directa en el ámbito de los seguros de responsabilidad.

¹⁷Nos dice PASQUAU LIAÑO (*La acción directa ...*, *op.cit.*, pág. 37 y 38.) que: la reducción del ámbito de aplicación del art. 16 apenas tiene diferencia práctica puesto que los daños causados en el «uso y conservación» de la cosa arrendada del art. 1552 no pueden ser diferentes a los deterioros en la vivienda del art. 16, y en relación a la exigencia del dolo o culpabilidad el hecho de movernos en el ámbito de la responsabilidad contractual hace que se presuma la culpa del deudor, es decir del subarrendatario.

¹⁸PERE Y RODRIGUEZ AGUILERA, «La acción directa del arrendador contra el

- c) La responsabilidad que otorga el art. 16 es de naturaleza contractual¹⁹.
- d) El supuesto del art. 16 se refiere tanto a los arrendamientos totales como parciales, aún a pesar del silencio del precepto²⁰.
- e) Esta acción directa es de responsabilidad, a diferencia de la contemplada en el artículo 15, puesto que en principio se impone al subarrendatario la ejecución específica²¹.

2.A.5.- La acción directa del artículo 17 LAU /64.

153.- En el supuesto del art. 17 LAU/64²² también podemos encontrar una

subarrendatario en la LAU.», *RJC*, 1958, pág. 497; PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa...*, *op. cit.*, pág.39 .

¹⁹En relación fundamento de la acción directa contenida en este precepto, ya en 1958 se acude la conexión contractual, aún cuando todavía no se había formulado la teoría de los grupos de contratos tal como la conocemos hoy en día. Tal es el caso de PERÉ y RODRIGUEZ AGUILERA («La acción directa del arrendador contra el subarrendatario en la LAU», *RJC*, Julio-Agosto1958, págs. 495 y ss.) que son de la opinión de que el hecho de que el subarriendo no implique vínculo alguno obligacional entre arrendador y subarrendatario induciría a decantarse por la aplicación de las normas propias de la responsabilidad civil. Sin embargo, el hecho de la íntima vinculación entre el arriendo y el subarriendo -en especial la necesidad del consentimiento previo del arrendador para su eficacia- y que la eficacia arranca en definitiva de la conexión entre dos vínculos contractuales (el subarrendatario se halla obligado frente al inquilino y éste frente al arrendador), lo que evidencia que la responsabilidad a la que se refiere el art. 16, copia literal del art 24 de la LAU de 1955, es de carácter contractual.

²⁰Así lo entiende FUENTES LOJO, *op.cit.*, pág. 391, puesto además de que el artículo 15 se refiere a ambas clases de arrendamientos, habría que aplicar la máxima «ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus».

²¹FUENTES LOJO, *ibidem* nota anterior, pág. 391.

²²El art. 17 LAU/64 dice que: El inquilino que subarrende total o parcialmente su vivienda no podrá, dentro de la misma, o de distinta población, ceder otra en subarriendo, y si, a sabiendas de que incumple esta prohibición, el arrendador de la segunda vivienda consiente que sea subarrendada, el subarrendatario de ella, mientras la habite, tendrá acción contra ambos para exigir la resolución del contrato de inquilinato del subarrendador y el otorgamiento del mismo a su favor, bajo idénticas condiciones que en él figuren. Los casos de igualdad se resolverán en favor del subarrendatario que

acción directa de responsabilidad. En este caso al subarrendador le asiste la posibilidad de resolver un contrato de arrendamiento concertado entre el arrendador y el arrendatario-subarrendador en el que él no ha sido parte²³.

2.B.- EL SUBARRIENDO EN LA LAU/94.

154.- La LAU/1994 sólo se ocupa del subarrendamiento en los artículos 8 y 32²⁴. Esto supone una reducción drástica en relación al número de preceptos que regulaban esta figura en la normativa anterior (arts. 10 a 21 LAU/64). El artículo 8 LAU/94²⁵ se refiere al subarrendamiento de vivienda

con mayor número de familiares habite en la vivienda.

2. Podrá el subarrendatario ejercitar la acción a que se refiere el número anterior si transcurridos tres meses desde la fecha de la notificación al arrendador del hecho que la determina, éste no ejercita la que le compete.

3. Cuando la prohibición que impone este artículo la vulnere el subarrendador sin el consentimiento del arrendador, podrá éste resolver el contrato de inquilinato; pero deberá respetar al subarrendatario en el disfrute de la vivienda por el tiempo que faltare de cumplir, sin que durante el mismo quepa exigirle otra cantidad como renta que la estipulada entre arrendador e inquilino. En tales casos, el subarrendador estará obligado además al abono de los daños y perjuicios que hubiere causado».

²³El esquema de la acción contenida en este precepto es muy similar al de la acción directa que el art. 7.2 de la LPH concede a la Junta de propietarios para resolver el contrato de arrendamiento de aquellas personas que ocupando la finca en calidad de arrendatarios realicen actividades que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

No hemos encontrado ninguna referencia doctrinal en relación a la naturaleza contenida en este precepto, que permita avalar o contradecir nuestra tesis.

²⁴No obstante también encontramos referencias al mismo si bien de forma tangencial en los arts. 6º, 27.2, 35 y en la disp. adic. 2ª.

²⁵Artículo 8. *Cesión del contrato y subarriendo*

1. El contrato no se podrá ceder por el arrendatario sin el consentimiento escrito del arrendador. En caso de cesión, el cesionario se subrogará en la posición del cedente frente al arrendador.

2. La vivienda arrendada sólo se podrá subarrendar de forma parcial y previo consentimiento escrito del arrendador. El subarriendo se regirá por lo dispuesto en el presente Título para el arrendamiento cuando la parte de la finca subarrendada se destine por el subarrendatario a la finalidad indicada en el artículo 2.1. De no darse esta

y el art. 32²⁶ se refiere a los arrendamientos para uso distinto al de vivienda.

2.B.1.- El subarriendo de vivienda.

155.- La LAU/94 en relación a su predecesora introduce una serie de novedades, que aparecen recogidas en el artículo 8º, en lo que se refiere al régimen del subarriendo de viviendas:

a) Sólo se autoriza el subarriendo parcial de vivienda y tras el previo consentimiento escrito del arrendador²⁷; en consecuencia desaparece la posibilidad de subarrendar totalmente la vivienda tal como reconocía el

condición, se registrará por lo pactado entre las partes.

El derecho del subarrendatario se extinguirá, en todo caso, cuando lo haga el del arrendatario que subarrendó.

El precio del subarriendo no podrá exceder, en ningún caso del que corresponda al arrendamiento.

²⁶Artículo 32. *Cesión del contrato y subarriendo*

1. Cuando en la finca arrendada se ejerza una actividad empresarial o profesional, el arrendatario podrá subarrendar la finca o ceder el contrato de arrendamiento sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador.
2. El arrendador tiene derecho a una elevación de renta del 10 por 100 de la renta en vigor en el caso de producirse un subarriendo parcial, y del 20 en el caso de producirse la cesión del contrato a el subarriendo total de la finca arrendada.
3. No se reputará cesión el cambio producido en la persona del arrendatario por consecuencia de la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria, pero el arrendador tendrá derecho a la elevación de la renta prevista en el apartado anterior.
4. Tanto la cesión como el subarriendo deberán notificarse de forma fehaciente al arrendador en el plazo de un mes desde que aquéllos se hubieran concertado.

²⁷Según REGLERO CAMPOS, L.F.: «Comentario del art. 8 » en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (Coord. Bercovitz, R.) Pamplona 1997, págs. 141 y 143 , el hecho de que en el arrendamiento de vivienda se exija el consentimiento escrito, a diferencia de lo que sucede con el régimen general del art. 1550 del Cc. o con los arrendamientos para uso distinto al de vivienda del art. 32, obedece a que el legislador concibe el arrendamiento de vivienda como un negocio dotado de un cierto *intuitu personae*. Lo cual no es sino una manifestación de principio contemplado en el art. 1205 Cc. según el cual nadie puede ver cambiado su deudor sin su consentimiento.

artículo 11 LAU/64²⁸.

b) El precio del subarriendo no podrá ser superior al del arriendo, mientras que en la normativa anterior el artículo 12 fijaba el tope en el doble del arriendo.

c) A diferencia de lo establecido en la LAU/64 no hay referencia alguna a las relaciones entre arrendador y subarrendatario²⁹, tal como se recogía en los artículos 15 y 16, de modo que ha desaparecido cualquier tipo de referencia a la acción directa en la nueva ley. Tampoco existe equivalente alguno para el antiguo art. 17.

d) Finalmente, tampoco existe prohibición alguna de que el subarrendatario celebre a su vez otro contrato de subarriendo (a diferencia de la LAU de 1964, vid. Arts 20 y 22.3)³⁰.

156.- En el art. 8 se regula asimismo la cesión del arrendamiento, que requiere asimismo el consentimiento escrito del arrendador. A diferencia de lo que sucede con el subarrendamiento se admite la cesión total del arrendamiento.

2.B.2.- El subarriendo de finca para uso distinto al de vivienda.

157.- El art. 32 reconoce al arrendatario de finca para uso distinto al de

²⁸En el caso de que se pactara un subarrendamiento total habría que considerar nulo tal contrato, según CLEMENTE MEORO (« Comentario del art. 8 », *op. cit.*, pág. 91) esto sería así por violar lo establecido en una norma imperativa tal como establece el art. 6. del Código civil, salvo que se demostrase que la voluntad de las partes fue concluir una cesión total del contrato (art. 81. LAU/94).

²⁹REGLERO CAMPOS, «Comentario del art. 8 », *op. cit.*, pág. 152.

³⁰Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Coord. Bercovitz)* Pamplona 1997, pág. 680.

vivienda tanto la posibilidad de subarrendar como la de ceder libremente el contrato. Esto supone una diferencia con la LAU/64 cuyo artículo 22.1 exigía la autorización expresa y escrita del arrendador³¹. Esta facultad también se aparta del régimen que la vigente LAU/94 establece para los arrendamientos de vivienda (art. 8.1 y 2) para los que se exige el consentimiento previo y escrito del arrendador, tanto para la cesión del contrato como para el subarriendo. Sin embargo el art. 32 viene a coincidir con lo establecido con carácter general en el art. 1550 del Cc³².

158.- La vigente LAU, en el art. 32 sólo admite el subarriendo o cesión del contrato sin consentimiento del arrendador cuando se ejerza una actividad empresarial o profesional en el mismo; en el caso de destinarse la finca arrendada a otros usos se aplicará lo dispuesto en el Código civil salvo pacto en contrario³³, es decir que el arrendatario continuaría pudiendo subarrendar sin necesidad del consentimiento del arrendador si bien éste no tendría derecho a elevar la renta tal como se establece en el art. 32.2 y 3 de la LAU/94.

159.- Otra diferencia con el subarrendamiento de vivienda, consiste en que el art. 32.1 y 2 incluye tanto el subarrendamiento parcial como el total de la finca arrendada, mientras que en caso de vivienda, el art. 8.2 de la LAU únicamente permite, previa autorización escrita del arrendador, el subarrendamiento parcial³⁴.

³¹La falta de autorización expresa y escrita constituía causa de resolución del contrato, tal como se recoge en el art. 114,2ª de la LAU/64.

³²Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: en *Comentarios a la Ley...*, *op.cit.*, pág. 680.

³³NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.: «Comentario del art. 1550 », *op. cit.* pág.. 2770.

³⁴Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos...*, *op.cit.*, pág. 682.

160.- Finalmente el subarrendamiento se contempla también en los artículos 27.2, donde junto con la cesión inconstentida constituye un supuesto de resolución del arrendamiento; de modo parecido en el artículo 35 se contemplan el subarrendamiento y la cesión como causa de resolución del contrato de arrendamiento para uso distinto al de vivienda cuando se hubiese realizado sin respetar lo dispuesto en el art. 32³⁵.

2.B.3.- Las acciones directas en la LAU/94.

161.- La LAU/94 ignora totalmente la figura de la acción directa y no contiene referencia alguna que tan siquiera permita evidenciar la existencia de este mecanismo tanto en el arrendamiento de vivienda como para el uso distinto al de viviendas. De modo que los artículos 15 y 16 de la LAU/64 donde se reconocía la acción directa en el arrendamiento de vivienda quedan sin equivalente en la nueva ley³⁶. Sin embargo en el caso de los arrendamientos de vivienda será de aplicación supletoria el régimen del Código civil, salvo que las partes hayan pactado otra cosa (art. 4.2.

³⁵La promulgación de la LAU/94 repercutió en la LH en materia de subarrendamiento puesto que la disp. Adic 2ª supuso la posibilidad de inscribir los subarrendamientos, al modificar el art. 2-5, de la LH que quedó redactado de la siguiente forma. «5.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.»

³⁶Ya lo advertía en 1994 LÓPEZ FRÍAS (Los contratos conexos.. ...*op. cit.* pág. 47) poco antes de la publicación de la LAU/1994 cuando señalaba que: «en el anteproyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos (A.C.L.1992, ref.639) se suprimen los artículos 15 y 16 actualmente vigentes ». No obstante en aquel Anteproyecto en parte se compensaba su desaparición con lo establecido en su artículo 30, referido a la cesión del arrendamiento y del subarriendo de inmuebles para uso distinto al de vivienda donde se establecía , tal como señala mencionada autora, la responsabilidad solidaria del cedente y del cesionario en la obligación de pago de la renta y del daño causado a la finca, con el límite en ese caso de dos anualidades de renta. Ello salvo que el arrendador hubiese consentido en liberar al cedente.

LAU/94), por lo tanto serán de aplicación las acciones directas contempladas en los artículos 1551 y 1552. En relación a los arrendamientos de uso distinto a los de vivienda, asimismo será de aplicación las acciones directas del Código civil, salvo pacto en contrario de las partes, si bien a través de la vía del artículo 4.3. de la vigente ley arrendaticia³⁷.

162.- La supresión de las acciones directas en la LAU/94 obedece tal vez a su escasa, por no decir nula utilización bajo el imperio de la anterior ley de arrendamientos, hasta el punto de que sea prácticamente imposible encontrar jurisprudencia, ni tan siquiera menor, de la que puede inferirse su utilización; sin embargo es abundantísima la doctrina jurisprudencial que trata del subarriendo como causa de resolución del contrato.

163.- El escaso éxito de esta figura creemos que obedece a los graves problemas de tipo procesal que generaba la LAU/64 en materia de acumulación de acciones, puesto que en principio sólo se admitía la acumulación subjetiva de acciones³⁸. En el caso de reclamación de rentas impagadas, que es donde tenía su aplicación el art. 15/LAU 64. En ese caso el arrendador por una parte debía de ejercitar el correspondiente desahucio especial por falta de pago, y por otra tenía que acudir a un juicio declarativo ordinario para reclamar las rentas impagadas. Todo ello suponía un largo, tedioso e inseguro camino para cobrar las rentas impagadas³⁹. En

³⁷En este sentido, en cuanto a la aplicación de los art. 1551 y 1552, se manifiesta CLEMENTE MEORO « Comentario del art. 8 », *op. cit.* pág. 93.

³⁸BONET NAVARRO, A: «Comentario del art. 40 » en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, op.cit.*, 1997, págs. 800 a 803.

³⁹BONET NAVARRO, *ibidem* nota anterior, pág..802, señala que la jurisprudencia había sido inflexible y que la acumulación de desahucio y de reclamación de rentas se ha

el caso de que además hubiese un subarrendatario, es evidente que el arrendador optaría por la vía más fácil para la resolución del contrato que era la del subarriendo in consentido, puesto que en el desahucio por falta de pago el arrendatario siempre podía enervar la acción de desahucio consignando las rentas debidas antes de la celebración del juicio. Todo ello hacía que el arrendador se diese por satisfecho si conseguía el desahucio por subarrendamiento in consentido *ex* artículo 114.2º y que diese por perdidas las rentas impagadas y en consecuencia no ejercitase la acción directa del art. 15 LAU, máxime teniendo en cuenta una de las principales constantes durante la vigencia de la LAU/64, fueron las rentas congeladas y la aplicación de la prórroga forzosa. Esta misma dificultad procesal, a la hora de acumular acciones, se puede aplicar al resto de aplicar a las acciones directas del art. 16 y 17.

164.- La nueva LEC/2000 ha puesto fin a esta situación al derogar los preceptos de la LAU/94 relativos a los procesos arrendaticios especiales⁴⁰.

mantenido desde dos perspectivas: a) la concerniente a la determinación inequívoca de que las deudas deben reclamarse en el juicio declarativo ordinario por ser éste el adecuado (Vid. STS 9 de julio 1982 (RJA 1982, 4224), 8 de abril 1980 (RJA 1980,1369) y 19 de diciembre 1963 (RJA 1963,5342) entre otras. b) la relativa a impedir la acumulación de acciones tanto la vía de una única demanda como por la vía de la acumulación de autos. En ese modo se manifiesta la STS 27 de noviembre de 1987 (RJA 1987,8700) .

Asimismo la STS 7 de Junio de 1993 (RJA 1993,4486) al referirse a la acumulación de revisión de rentas contractuales y a la pretensión de que el contrato deba resolverse por traspaso, establece que la primera pretensión deberá resolverse por juicio declarativo, mientras que la segunda mediante el trámite del proceso especial arrendaticio.

⁴⁰Según DE MIGUEL MARTÍN, P.J.: « Procesos arrendaticios sobre finca urbana en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil » Ar. civil. (Boletín mensual nº 26 abril 2001). La LEC/2000 deroga expresamente los artículos 38 a 40 de la LAU/94, de modo que los procesos arrendaticios de la LAU quedan sometida a la regulación procesal común, desapareciendo cualquier regulación especial.

En relación a la acumulación objetiva de acciones el artículo 438,3.3º prevé la posibilidad de acumular en el juicio verbal la acción de desahucio por falta de pago y la de reclamación de rentas o cantidades asimiladas vencidas y no pagadas, siempre que lo

La unificación de los procesos supone dejar el camino libre de obstáculos para la recuperación de la eficacia de las acciones directas en materia de subarriendos. Liberado el arrendador del peso de la prórroga forzosa, su principal preocupación será el de cobrar las rentas debidas, de modo que en el caso supuesto de impago de las rentas por el deudor intermediario, el arrendatario podrá interponer contra el subarrendatario la acción directa contemplada en el art. 1551 Código civil .

2.B.4.- Diferencias entre subarriendo y cesión del contrato.

165.- La doctrina y la jurisprudencia ha venido estableciendo las siguientes diferencias entre el subarriendo y la cesión del contrato y que son aplicables tanto para los arrendamientos del Código civil como de las leyes especiales⁴¹:

a) En el caso de la cesión de contrato se produce una novación subjetiva de la relación arrendaticia, desapareciendo el cedente de la relación contractual siendo sustituido por el cesionario Mediante esta figura un tercero extraño a la relación arrendaticia ocupa la condición de contratante en lugar del arrendatario originario.⁴². La cesión supone la transmisión de

reclamado no exceda de 500.000 pesetas (límite de cuantía del juicio verbal). Si la reclamación excediera de esta cantidad podrán acumularse en el juicio ordinario. Debe recordarse que en la LAU/94, ambas acciones, (a diferencia de lo que sucedía con la LAU/62) eran acumulables dentro del juicio de cognición con independencia de la cuantía.

⁴¹*Vid.* DE CASTRO «Cesión de arrendamiento y subarrendamiento» en RGLJ, 1930 y las SSTs de 2 de junio de 1927 y 7 de junio de 1929.

⁴²La doctrina es coincidente a la hora de establecer un concepto de cesión de contrato, citamos entre otros a REGLERO CAMPOS, «Comentario del art. 8 », *op.cit.*, pág. 140 y CLEMENTE MEORO, M.: «Comentario del art. 8», *op. cit.*, pág. 86.

los derechos y obligaciones del arrendatario a un tercero. La cesión no supone un nuevo contrato de arrendamiento sino que subsiste el antiguo⁴³.

166.- b) En el subarrendamiento; si bien tiene lugar la entrada de un tercero en la relación arrendaticia (el subarrendatario) ello no supone la salida del arrendatario-subarrendador de la relación arrendaticia, ya que éste permanece vinculado con el arrendador en los mismos términos que

⁴³En el subarrendamiento la permanencia del arrendatario, junto con el subarrendatario, en la relación jurídica arrendaticia ha planteado en numerosas ocasiones si el arrendador en los supuestos de resolución del arrendamiento por subarriendo inconscntido estaba obligado a demandar conjuntamente a al arrendatario y al subarrendatario.

El TS se ha pronunciado en numerosas ocasiones en contra de la existencia de litisconsorcio pasivo necesario entre el arrendatario-subarrendador y el subarrendatario. Los supuestos de hecho que dieron lugar a estos pronunciamientos se originaron bajo amparo de la LAU/64. En la STS de 31 de Mayo 1999 (RJA 1999,4283) establece que: «que como en la LAU [de 1964] no existe una regulación concreta sobre el tema, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 1565.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -normativa supletoria- del que se infiere que la legitimación pasiva corresponde única y exclusivamente al arrendatario. Y así se ha entendido, además, por doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala (Sentencias de 9 de octubre de 1907, 8 de julio de 1948 [RJA 1948,976] y 4 de marzo de 1952 [RJA 1952,492]).»

Otra argumentación es la de la STS de 30 de Octubre 1997 (RJA 1997,7345) que establece: « ..no puede existir el litisconsorcio que se defiende, al no existir con el subarriendo una sucesión a título particular con sustitución de la persona del arrendatario, cuyas relaciones con el arrendador continúan, por lo que ningún precepto obliga a éste a demandar al subarrendatario para la reclamación de rentas. »

En la STS de 14 de febrero 1995 (RJA 1995,8257): «[...] a diferencia de lo que ocurre en los casos de resolución por cesión de vivienda, para los que el artículo 25 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos impone que la demanda se dirija también contra el cesionario cuando se pretende, como en este caso, la resolución de un arrendamiento de local de negocio por subarriendo o traspaso, no se precisa que el subarrendatario o traspasatario del local sea demandado para poder tener por válidamente constituida la relación jurídico procesal »

Esta línea jurisprudencial se completa, entre otras muechas, por las STS de 14 de Junio de 1994 (RJA 1994,4815), STS 7 de Junio de 1993 (RJA 1993,4486), 9 junio 1992 (RJA 1992,5177), 22 abril 1991 (RJA 1991,3016), Sala de 11 junio 1991 (RJA 1991,4445) .7 julio 1989 (RJA 1989,5410), 14 abril 1988 (RJA 1988,3148), 25-5-1993.(RJA 1993\3731), 28 febrero 1986 (RJA 1986,64) y la de 9 octubre 1985 (RJA 1985,4632):.

Por el contrario la STS 27de noviembre 1996. (RJA 1996\8589 se establece la necesidad de llamada al subarrendatario o cesionario cuando lo que se discute en el juicio de desahucio es sobre la legitimidad de tal subarriendo». Sigue la línea establecida por la Sentencia de 14 junio 1994 (RJA 1994\4815).

inicialmente, aún a pesar del contrato de subarrendamiento⁴⁴. Sin embargo en el subarriendo sí que hay un nuevo contrato de arrendamiento, que puede tener distinto alcance y contenido al originario⁴⁵. Finalmente en el subarriendo se establecen una serie de relaciones triangulares entre arrendador, arrendatario y subarrendatario⁴⁶., siendo este el ámbito en el que se desenvuelven las acciones directas⁴⁷.

La diferencia conceptual entre ambas figuras es clara, sin embargo resulta difícil distinguirlas cuando el subarriendo es total y la cesión es parcial. De ahí que el art. 8 LAU/94 sólo autorice el subarrendamiento parcial, de modo que si el arrendatario no permanece en un uso y goce parcial se entenderá que hay cesión, salvo que se demostrase la existencia de varios subarrendamientos parciales que abarcasen la totalidad de la vivienda⁴⁸. La tendencia jurisprudencial desde hace años es la de dejar sin efecto las diferencias entre ambas figuras y establecer una inversión de la carga de la prueba en favor del arrendador en los supuestos de resolución del contrato por subarrendamiento in consentido⁴⁹.

⁴⁴LÓPEZ VILAS, *El subcontrato*, *op.cit.*, pág. 86, dice que en toda subcontratación se produce una dualidad de contratos y entre ellos se produce una independencia estructural, sólo quebrada por la posición fundamental que asume el contratante intermediario, el cual, a modo de «trait d'union» de ambas relaciones, es el único cauce de comunicación entre los dos otros contratantes.

⁴⁵CLEMENTE MEORO, «Comentario del art. 8», *op. cit.*, pág. 87.

⁴⁶REGLERO CAMPOS, «Comentario del art. 8 », *op.cit.*, pág. 140.

⁴⁷Esta es la razón por la que solamente va a ser objeto de nuestro estudio el subarrendamiento, puesto que sólo en este supuesto de hechos puede tener lugar una acción directa, habida cuenta que en la cesión, se extingue la relación entre el primitivo arrendatario y el arrendador, quedando aquel totalmente desvinculado del contrato.

⁴⁸CLEMENTE MEORO, M.: «Comentario del art. 8», *op. cit.*, pág. 87.

⁴⁹En este sentido se manifiesta la STS 26 de Diciembre 1997 (RJA 1997,9662) establece que «.. es doctrina reiterada y constante que, llámese subarriendo, cesión o traspaso, lo que se prohíbe es el subingreso o la sustitución del arrendatario por un tercero en el goce o uso de la cosa arrendada, sin dar cumplimiento a los requisitos que la Ley previene para su validez, ocurriendo lo mismo con la convivencia de ese tercero

167.- c) El subarrendamiento puede tener lugar sin consentimiento del arrendador tanto en el caso de los subarrendamientos sometidos al Código civil o el de subarrendamiento de local para uso distinto al de vivienda (art. 32 LAU/94) .La cesión por el contrario exige siempre el consentimiento del arrendador, tanto en los arrendamientos sujetos al Código civil⁵⁰ , como en los sometidos a las leyes especiales⁵¹, salvo el caso de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda (art. 32 LAU/94), si en la finca arrendada se ejerza una actividad empresarial o profesional.

con el arrendatario, sin que sea preciso demostrar los elementos que constituyen cada una de las formas contractuales aludidas. » En parecidos términos a la citada STS se pronuncian las de 25 de mayo 1993 (RJA 1993,3731), 19 de noviembre 1992 (RJA 1992,9418), 25 de enero 1988;17 de julio de 1988, 8 de mayo de 1987, 13 de diciembre1974 (RJA 1974,4675), 30 de mayo de 1972, 16 de febrero 1968 (RJA 1968,1106) ,6 diciembre 1967 (RJA 1968\158), 4 julio de 1967 (RJA 1967,3551), 18 de diciembre 1959 (RJA 1959,4888), 4 de abril 1955 y 24 de abril 1953.

⁵⁰Según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos..op.cit.*, pág. 681.) no cabe la cesión sin consentimiento del arrendador puesto que lo impide el art. 1205 que exige el consentimiento del acreedor en aquellos supuestos de novación subjetiva.en los que hay un cambio del deudor.

⁵¹En este caso además de existir una prohibición expresa, tanto en la LAU/64 como en la LAU/94, nos encontramos que en el espíritu de la LAU la relación arrendaticia tiene carácter *intuitus personae* que exige tal consentimiento. En ese sentido se manifiesta CLEMENTE MEORO, M.: «Comentario del art. 8» ...*op. cit.* pág. 86.

Capítulo V

LA ACCIÓN DIRECTA DEL MANDANTE CONTRA EL SUSTITUTO DEL MANDATARIO.

SUMARIO.-A- Origen histórico de la sustitución en el mandato. 1.B.- Principios que inspiran la sustitución del mandatario. 1.C.- Aspectos generales de la figura. 1.D.- La naturaleza jurídica de la sustitución: formas de sustitución. 1.E. - La acción directa ex. art. 1722. 1.F. Presupuestos para el ejercicio de la acción directa ex. art. 1722. 1.G.- Caracteres de la acción directa contra el sustituto del mandatario. 1.H.-La acción directa en la gestión de negocios ajenos.

1.A- ORIGEN HISTÓRICO DE LA SUSTITUCIÓN EN EL MANDATO.

168.- El mandato ha llegado hasta nuestros días apenas sin haber sufrido variaciones desde el Derecho romano¹. La posibilidad de la sustitución en

¹En Roma el mandato se configuraba como un contrato por medio del cual, del simple acuerdo de las partes, nacían obligaciones recíprocas entre los sujetos, de los cuales uno (*mandatarius*) debía dar ejecución al encargo recibido del otro (*mandans o mandator*), el cual quedaba obligado a restituirle los gastos y a resarcirle de los daños sufridos por tal ejecución. Vid. BADENAS CARPIO, J.M.: *Apoderamiento y representación voluntaria*, 1998,. Pamplona, pág.26.

el mandato², que es donde se desenvuelve la acción directa objeto de estudio, ya se admitía en Roma donde sólo era necesaria la ejecución por el propio mandatario cuando se tratase de negocios de tal importancia que no se pudiese creer que el mandante hubiese confiado a persona distinta del verdadero mandatario o que fueren de tal índole, que induzcan la consideración personal del mandatario. Fuera de tales excepciones, el mandatario estaba autorizado para sustituirse por otra persona en la ejecución del mandato³. Sin embargo, aún a pesar de admitirse la sustitución, no se establecía una acción directa en favor del mandante, al menos en el sentido en que hoy entendemos esta figura⁴, puesto que la *actio mandati directa* tenía otros sentidos⁵.

En el Derecho canónico se permite expresamente al procurador extrajudicial, como regla general, la sustitución⁶.

²A los efectos de centrar el tema se entenderá que que hay sustitución : «cuando un apoderado o un mandatario concede, a su vez, a otra persona todas o algunas de las facultades de que él se encuentra investido». Vid. PORPETA CLÉRIGO, F: « *Sustitución de poder* » en *AAMN*, 1943, t.I, pág. 136.

³Para GARCÍA GOYENA el supuesto contemplado en el artículo 1.721, la posibilidad de que el mandatario nombre sustituto, tiene sus claros precedentes en las leyes 21, párrafo 3, título 5, libro 3, y la 8, párrafo 3, título 1, del libro 17 del Digesto. Sin embargo carece de antecedentes la disposición contenida en el art. 1.722 , puesto que «en el rigorismo sutil de aquel derecho, el mandante no tenía acción directa sino contra el primer mandatario »

⁴El Derecho romano no concedía una acción directa al mandante contra el sustituto del mandatario, cuando la sustitución se había operado sin mediar su consentimiento , la única defensa posible del mandante, además de la responsabilidad del primitivo mandatario se encontraba en el recurso a la gestión de negocios ajenos. Vid. LEÓN ALONSO, J.: «*Comentarios a los artículos 1.709 a 1.726*» en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t.,XX vol. 1º,(dir.ALBALADEJO) Madrid, 1.980. pág. 256.

Para MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.(: «Sustituto, subapoderado y auxiliar: una interpretación de los arts. 1721 y 1722 del Código civil » *R.Jca. Not.*, octubre-diciembre, 1993, pág. 82 y 83) en el caso de sustitución se hacía responsable al mandatario por las acciones de su sustituto; además el mandatario tenía la posibilidad de ceder al mandante las acciones ejercitables contra el sustituto.

⁵*Vid. supra* nº 38 las acciones directas en el Derecho romano.

⁶Vid. HUPKA, JOSEF: *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, (trad. Sancho Seral), Madrid, 1930, pág. 329, que nos remite al canon 1§2,c.9 en VIª de proc.(1,19).

El Derecho histórico castellano ofrece una visión normativa escasa y parcial de la figura de la sustitución del mandatario, si bien para algunos autores⁷ es posible encontrar un claro precedente en la Ley 19. Tit.5, Part. de las Partidas⁸, si bien en el mismo, al igual que sucedía en Derecho romano, se admite la sustitución pero no se establece la responsabilidad directa del sustituto del mandatario frente al mandante.

168.- La posibilidad que el mandante ejercite la acción directa contra el sustituto del mandatario aparece recogida por primera vez en nuestro derecho en los artículos 1.612 y 1.613 del Proyecto⁹ de 1.851, preceptos que a su vez fueron copiados de forma casi literal por el Proyecto de 1.882, para finalmente ser incorporados, sin transformación, al vigente Código civil. Los artículos del Proyecto de 1851 tuvieron su claro precedente¹⁰ en el art. 1.994 del Código civil francés¹¹ de 1804, si bien este último, incluye ambos supuestos en un sólo artículo. Nuestro texto, a

⁷Así lo señalan tanto MANRESA, *op. cit.*, pag. 708, y LEÓN ALONSO, «*Comentarios a los artículos 1.709 a 1.726*», *op. cit.*, pág., .256; por el contrario GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 43, no encuentra en las Partidas disposición alguna que tenga analogía con aquel artículo. [art. 1.612 Proyecto 1.851]

⁸La L. 19, Tít. 5, Part. 3ª establece que: «E otrossi dezimos que el Personero non puede poner otro en su lugar en aquel pleyto mismo sobre el que fué dado, si primeramente non lo ouiesse començado por demanda o por respuesta. Pero si le fuesse otorgado tal poderio en la carta de la personería, estonce lo podría fazer antes é despues. E esto ha lugar en los Personeros que son dados para seguir los pleitos en juyzio. Mas los otros que son fechos para recabdar ó fazer otras cosas fuera de juyzio, estos atales, bien pueden dar otros Personeros en su lugar, cada que quisieren e valdrá lo que fuere fecho con ellos, también como si lo fiziesen con aquellos que los pusieron en su lugar. Pero si estos fiziessen alguna cosa a daño del señor, entonce los primeros Personeros que los cogieron e los pusieron en sus logares son tenudos de se parar a ello.»

⁹MANRESA, *op. cit.*, pág. 108

¹⁰GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 42

¹¹El art. 1.994 del Code establece que: «El mandatario responde de aquel que le ha sustituido en la gestión: 1º cuando no ha recibido el poder para sustituirse por alguien. 2º cuando ese poder le ha sido conferido sin designación de persona, y que la que él ha elegido era notoriamente incapaz o insolvente.

En todos los casos, el mandante puede dirigirse directamente contra la persona que con la que el mandatario se ha sustituido.»

diferencia del francés, es más completo y minucioso que aquel, planteando el supuesto novedoso de la sustitución prohibida por el mandante que sólo es insinuada en el otro¹² En el artículo 1717 del *Codice civile* italiano de 1942 también se autoriza la sustitución del mandatario.

1.B.- PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA SUSTITUCIÓN DEL MANDATARIO.

169.- La ejecución del mandato por el mandatario se basa en dos principios fundamentales que en principio parece que se excluyan a la hora de explicar el fenómeno de la sustitución¹³:

a) El principio de la confianza como expresión de la voluntad del mandante al haber elegido a una persona como mandatario; para ello se parte de la idea de que los contratos que tienen por objeto un *facere* se basan casi siempre en la confianza que el mandante pone en la persona del mandatario. El principio de la fiducia se opone con el mandatario designado por el mandante puede a su vez designar a otra persona para que le sustituya total o parcialmente en la prestación el encargo que le fue encomendada.

¹²LEÓN ALONSO, «*Comentarios a los artículos 1.709 a 1.726*», *op. cit.*, pág. 257.

Otra novedad introducida por el legislador español en relación con el *Code* fue la de admitir el mandato tácito (art. 1.710). Vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: «Comentario del art. 1709 y ss. » en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*. (Dir. PASQUAU LIAÑO, M., Coord. ALBIEZ DOHRMAN, K.J, y LÓPEZ FRÍAS, A), *op.cit.*, pág. 2966.

¹³Esta tensión entre ambos principios ha sido puesta de relieve por cuantos se han ocupado del estudio de la sustitución en el mandato: Vid. HUPKA, JOSEF, *op. cit.*, pág. 329; PORPETA CLÉRIGO, F: « *Sustitución de poder* », *op. cit.*, págs.147 y ss.. DÍEZ-PICAZO L.: *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979; pág. 192; LEÓN ALONSO, «*Comentarios a los artículos 1.709 a 1.726*», *op. cit.*, pág. 257; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Sustituto, subapoderado y auxiliar, : una interpretación de los arts. 1721 y 1722 del Código civil », *op.cit.*, págs. 66 y 67; y BADENAS CARPIO: *Apoderamiento y representación...*, *op. cit.*, pág. 152.

170.- b) El principio de la fungibilidad en los modos y resultados de la actuación de quien acometa el encargo, también denominado principio o principio de la máxima eficacia en la gestión encargada. Lo cual supone que el interés del mandante se ve favorecido al permitir la sustitución del mandatario y que la gestión efectivamente se realice.

La sustitución en el mandato si que es aceptable si se armonizan el principio del «*intuitus personae*» con el de la fungibilidad de la gestión¹⁴, es decir si coordinamos el rigor institucional con la eficacia práctica¹⁵. Este es sin duda alguna el espíritu del art. 1721 al autorizar la sustitución del mandatario¹⁶, si bien estableciendo la responsabilidad del mandatario-sustituyente respecto de lo ejecutado por el sustituto¹⁷; de ahí que nuestro Código en materia de sustitución del mandatario milite en las filas de los denominados códigos «responsabilistas»¹⁸.

1.C.- ASPECTOS GENERALES DE LA FIGURA.

¹⁴Vid. LEÓN ALONSO, «*Comentarios a los artículos 1.709 a 1.726*» ...*op. cit.*, pág. 257.

¹⁵ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Sustituto, subapoderado y auxiliar ...*op. cit.*, pág.67.

¹⁶Hay que tener en cuenta, como dice DÍEZ-PICAZO, L.: *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979; pág. 192; que si no fuera posible la sustitución, cualquier impedimento en la persona del representante podría paralizar la gestión con grave daño para los intereses de la persona del representado; ya que recabar la autorización de éste para la sustitución es algo que no siempre es posible hacer con la necesaria rapidez y urgencia que el encargo exige. Además determinadas gestiones pueden llevarse a cabo de indistintamente por cualquier persona.

¹⁷Algún autor incluso llega a afirmar que la sustitución es esencial al mandato. Vid. GARCÍA VALDECASAS, G.: «La esencia del mandato », *RDP*, octubre 1944, pág.773.

¹⁸En este sentido se manifiesta PORPETA CLÉRIGO, F: « *Sustitución de poder* » ...*op. cit.*, págs. 171 y 172 donde incluye dentro de este género de códigos al francés y al italiano (tanto el de 1942 como su predecesor), todos ellos presentan en común el que pueden otorgarse con cláusula de sustituir o sin ella, y dependiendo de ello se derivan distintas consecuencias en materia de responsabilidad: si la sustitución cuenta con la aquiescencia declarada del mandante es sólo el sustituto quien responde, y cuando no existe ese consentimiento cabe utilizar lo mismo contra el mandatario que contra el sustituto las acciones correspondientes.

171.- La acción directa contenida en el artículo 1722 del Código civil es la tercera de las denominadas acciones directas clásicas¹⁹; en su virtud el mandante puede dirigirse contra el sustituto del mandatario²⁰. La doctrina es unánime al reconocer esta acción en el artículo 1.722²¹, aún a pesar de que al igual que sucedía en el resto de acciones directas del Código civil el legislador tampoco utiliza el nombre de la institución que sin embargo acoge el precepto. El artículo 1721 está en íntima conexión con el artículo 1.721²²; donde se recogen las posibilidades que tiene el mandatario de nombrar sustituto²³ así como la responsabilidad en que aquél incurre.

¹⁹No va ser objeto de análisis la sustitución desde un punto de vista mercantil, puesto que tal como establece BADENAS CARPIO: (*Apoderamiento y representación voluntaria*,.op. cit., págs. 157 y 158) ni el art. 261, ni el art. 296 Ccom, al referirse a la comisión y a los factores y otros representantes permanentes del empresario respectivamente, admiten que el apoderado pueda delegar en favor de un tercero alguna de las facultades que les han sido otorgadas.

En parecidos términos se manifiesta BROSETA PONT (*Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1987., pág. 441) cuando dice que el carácter «intuitus personae» de la comisión explica que el comisionista deba desempeñar personalmente el encargo, sin que le esté permitido delegarlo o sustituirse por otra persona para ejecutarlo, a menos que el comitente lo haya autorizado de antemano *ex arts.261 y 262 Ccom*. Este régimen contrasta con el del Código civil que es inverso, puesto que se admite la sustitución salvo pacto en contrario

En contra PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...op. cit.*, pág.36, que estima que aún cuando el art. 262 del Código de Comercio no prevea la sustitución en la comisión, no parece que existan razones para negar la acción directa del comitente contra el delegado del comisionista.

²⁰Vid. PUIG BRUTAU *Diccionario de Acciones civiles, op.cit.*, Barcelona, págs. 186 y ss.

²¹Artículo 1722 CC dice que: « En los casos comprendidos en los dos números del artículo anterior puede además el mandante dirigir su acción contra el sustituto.»

²²El artículo 1721 CC establece que : «El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido; pero responde de la gestión del sustituto: 1. Cuando no se le dio facultad para nombrarlo. 2. Cuando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente. Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo.»

²³La posibilidad de nombrar un sustituto en el mandato es una de las novedades más interesantes que introduce el legislador en relación al régimen clásico del mandato, donde si bien se establecía la responsabilidad del sustituto de mandatario (Partidas, 3,5,19) por el contrario no se reconocía la facultad de sustituir, manteniendo la doctrina la imposibilidad de sustituir. *Vid.* ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «Comentario del art. 1709 y ss. », *op.cit.*, pág. 2991.

172.- La doctrina ha querido ver en el artículo 1.721 del Código civil los siguientes supuestos de sustitución ²⁴:

a) Sustitución autorizada por el mandante, con indicación concreta del sustituto. En este caso recae sobre el sustituto la responsabilidad de la gestión y el principal podrá ejercitar contra él la acción directa (*ex art. 1722 C.c.*).

b) Sustitución autorizada, sin indicación del sustituto; en tal caso si las condiciones de aptitud y solvencia del elegido por el mandatario son las exigibles para el desempeño del negocio, la responsabilidad recaerá como en el anterior supuesto sólo sobre el sustituto.

c) Sustitución autorizada como en el caso anterior, sin indicación del sustituto, pero siendo notoriamente incapaz e insolvente la persona elegida por el mandatario; en este caso, el mandatario sustituido sigue conservando toda su responsabilidad frente al mandante²⁵.

d) Sustitución ni autorizada ni prohibida, rige la misma solución que en el supuesto anterior²⁶.

1.D.- LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUSTITUCIÓN: FORMAS DE SUSTITUCIÓN.

173.- El artículo 1.721 se limita a hablar de la sustitución de forma

²⁴Vid. por todos, ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, «La revocación y la sustitución del poder y del mandato» en *Estudios de Derecho privado*, T.I. Obligaciones y contratos,, Madrid, 1.948, pág. 444 y 445.

²⁵Señala LEÓN ALONSO, («*Comentarios a los artículos 1.709 a 1.726*», *op. cit.*, pág. 299) que en ese caso a la responsabilidad del sustituto hay que añadir, por vía de la solidaridad de hecho, la del mandatario sustituyente por su culpa *in eligendo*.

²⁶Al respecto nos dice BADENAS CARPIO, *Apoderamiento y representación voluntaria*, *op. cit.*, pág. 158, que cuando se ha violado la prohibición establecida por el mandante no cabe hablar de sustitución, sino de extralimitación de los poderes recibidos.

genérica, de modo que doctrina y jurisprudencia han establecido los mecanismos jurídicos a través de los cuales puede tener lugar la misma misma. La doctrina es prácticamente coincidente al reconocer dos modalidades diferentes de sustitución que tienen encaje en el supuesto contemplado por el art.1721^{27 28}

a) La sustitución en sentido propio, por vía de transferencia o traspaso. En este supuesto también denominado cesión o transmisión del mandato, el mandatario transfiere completamente su posición jurídica a un nuevo mandatario, quedando el primero desligado y al margen , en lo sucesivo de la relación jurídica de mandato. Este supuesto equivale a una renuncia traslativa y elimina por lo tanto al apoderado de toda posible actuación futura directa o indirecta en los negocios del mandante²⁹.

²⁷Entre otros ver, LACRUZ BERDEJO, J.L (1986): Elementos de Derecho civil, T.II, vol.3^a, pág. 334 y ss. PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho civil, T.II-2º, Barcelona, 1.982, pág. 413 y ss.; PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, op. cit., pág.35 y LÓPEZ FRÍAS, op. cit., págs.50 a 51. Todos ellos sin embargo siguen la clasificación “bimembre” efectuada por PORPETA CLÉRIGO (« *Sustitución de poder* »..., op. cit., pág. 147 que distingue entre: sustitución en sentido propio por vía de transferencia o traspaso y subapoderamiento o delegación subordinada. Asimismo dice que cuando se sustituye un poder puede hacerse esto de tal manera que el sustituto resulte cesionario de las facultades sustituidas, o bien solamente copartícipe.

²⁸Asimismo esta distinción fue recogida por la STS de 14 de diciembre 1943 (RJA 1943, 1313): «Si bien el art. 1721 del Código civil no señala diferencia alguna entre la transmisión del mandato y su sustitución o delegación [...] , la transmisión se opera cuando el mandatario obrando en nombre del mandante y en virtud de facultades por este conferidas, con o sin designación de la persona del sustituto, traslada a otro las facultades de que fue investido , con el efecto de quedar desligado del mandato y puesto en su lugar el sustituto para actuar a nombre del mandante, en relación directa con e¹, en tanto que por la delegación o sustitución del mandatario hace intervenir a un tercero en el negocio objeto del mandato bien mediante un poder que el otorga en nombre propio , ya simplemente traspasándole en confianza la cosa y el encargo recibido, sin desligarse en ninguna de estas formas de delegación de sus relaciones jurídicas con el mandante con el cual queda responsable de los actos de estos auxiliares que designa por su propia iniciativa. »

La mencionada sentencia supuso en aquel momento la culminación de la línea jurisprudencial iniciada por las Sentencias de 6 octubre 1891,16 diciembre 1897,8 mayo 1920,25 enero 1925. Con posterioridad a la misma ha sido seguida entre otras por la STS de 18 octubre 1999, (RJA 1999\7332); 22 abril 1994 (RJA 1994\3087) y las de 2 marzo 1992 (RJA 1992\1833). .

²⁹PORPETA CLÉRIGO, « *Sustitución de poder* », op. cit., pág.. 147.

174.- b) El subapoderamiento. Es por el contrario una delegación revocable que deja intacta la posición del apoderado y le permite, además de conservar su primitivo poder, comportarse, desde todos los puntos de vista, frente al subapoderado como un verdadero poderdante³⁰. o delegación. En este supuesto, como sucede en todos los casos de subcontrato³¹, se crea un segundo vínculo contractual, cuyo contenido es idéntico al del primer mandato, con el coexiste³². Esta forma de sustitución también recibe el nombre de *o delegación*, por virtud de la cual, el mandatario «hace intervenir a un tercero en el negocio objeto del mandato, bien mediante un poder que le otorga en nombre propio, ya simplemente traspasándole en confianza la cosa y el encargo recibido, sin desligarse en ninguna de estas formas de delegación de sus relaciones jurídicas con el mandante, para con el cual queda responsable». En definitiva, se trata en este segundo caso de la figura del submandato.

175.- c) La actuación del mandatario sirviéndose de sus auxiliares, o dependientes. Este supuesto en realidad no encaja ni dentro de los supuestos de sustitución propia ni de los del submandato³³, éste sería el caso en el que el mandatario único recurre al auxilio de terceras personas, tal como se contempla en el art. 261 Ccom, al referirse a la comisión mercantil, que completan algunos aspectos de la gestión encomendada e incluso que lo representen a él mismo en algunos aspectos de importancia

³⁰PORPETA CLÉRIGO, *ibidem* nota anterior, págs. 147 y 148.

³¹El subapoderamiento es una relación jurídica que depende en todo momento de la relación principal, y por ello cualquier vicisitud de ésta le afecta inmediatamente, en especial la extinción..

³²LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pág. 50.

³³La STS 8 mayo 1920 declara que en este caso no son aplicables los arts. 1721 y 1722., en idéntico sentido se pronuncian las de 5 octubre 1929, y las de 14 diciembre 1942 y 27 febrero 1971.

menor³⁴.

1.E. - LA ACCIÓN DIRECTA EX. ART. 1722.

176.- La mayoría de los autores estima que la acción de la que dispone el mandante contra el sustituto del mandatario es directa³⁵, si bien esta opinión no llega a ser pacífica³⁶. No obstante, habida cuenta de los diferentes supuestos de sustitución, propia e impropia, hay que analizar en qué supuestos se está ante una acción directa³⁷.

a) En los supuestos de cesión del contrato, se genera una relación contractual directa entre mandante y sustituto que explica suficientemente la acción entre ambos. En este supuesto se produce una novación subjetiva con cambio de deudor, y en consecuencia desaparece el mandatario originario de la relación jurídica de mandato, con lo cual el sustituto del mandatario adquirirá su posición jurídica. El sustituto queda vinculado

³⁴LEÓN ALONSO, «Comentarios a los artículos 1.709 a 1.726», *op. cit.*, pág. 270.

³⁵LACRUZ BERDEJO, J.L (1986): Elementos de Derecho civil, T.II, vol.3ª, pág. 334 y ss. PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho civil, T.II-2º, Barcelona, 1.982, pág. 413 y ss.; PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa. op. cit.*, pág.35; LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.*, pág.50 a 51; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I.: *El principio de relatividad ..., op. cit.*, pág. 295; BADENAS CARPIO: *Apoderamiento y representación..., op. cit.*, pág. 154. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: «Comentario del art. 1709 y ss », *op. cit.*, pág. 2992.

³⁶Son varios los autores que niegan el carácter de acción directa a la que dispone el mandante en contra del sustituto del mandatario: COZIAN, *L'action directe, op. cit.*, 47, explica que el fundamento del art. 1994 del Code -precedente de nuestro 1722- es el mecanismo de la representación, sólo que operando en un segundo grado; es decir, el sustituto, aunque elegido por el mandatario originario, representa, también él, los intereses del mandante inicial. En consecuencia, parece, no importan tanto las relaciones propias del contrato de mandato cuanto las que se originen como consecuencia de la actuación representativa del mandatario sustituto, es decir, en definitiva, el representante. Asimismo BENATTI, *op. cit.*, pág.628) explica el fenómeno de la sustitución mediante el contrato a favor del tercero, habida cuenta de que el sustituto se obliga a cumplir su actividad no ya por cuenta del mandatario, sino por cuenta del mandante, y por lo tanto a favor de este último.

³⁷Seguimos en ello a PASQUAU LIAÑO, *op. cit.*, pág.35.

directamente con el mandante³⁸. De ahí que no cabe hablar de acción directa, puesto que ésta sólo opera en relaciones triangulares³⁹

177.- b) En el caso de la delegación o submandato, el mandatario originario no se ha desligado de la relación jurídica, de modo que el submandatario no aparece vinculado contractualmente con el mandante y sí con aquél. En este supuesto es donde el mandante dispone de acción directa en sentido estricto contra el submandatario⁴⁰, salvo que el mandante hubiese prohibido tal sustitución, en cuyo caso lo actuado por el submandatario es nulo, y resulta responsable exclusivamente (frente al mandante) el mandatario⁴¹, salvo la responsabilidad extracontractual que pudiera apreciarse en el sustituto.

178.- c) En el tercer caso, actuación con ayuda de auxiliares o dependientes no cabe apreciar la existencia de una acción directa contra ellos. Más bien

³⁸Según ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: «Comentario del art. 1709 y ss », *op. cit.*, pág. 2992, en este caso entre el sustituto y el mandante se establece una relación directa, y el mandatario ya no tiene acción para oponerse al contrato celebrado entre este el tercero tal como establecen las SSTs de 9 de mayo de 1958 (RJA 1958, 1726) y 5 de diciembre de 1989 (RJA 1989, 8804).

Asimismo la consecuencia directa que se produce es liberar la mandatario por la responsabilidad por la actuación del sustituto, si bien en caso de que no haya autorización para la sustitución, el mandatario responde personalmente gestión del sustituto (STS 23 de diciembre 1953 (RJA 1953,3168)

³⁹LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pág. 50: manifiesta que si la acción directa lo que hace es poner en contacto a dos personas que no están unidas contractualmente, la desaparición del primer mandatario pone en contacto al sustituto y mandante estableciendo una relación jurídica entre ellos, lo que hace innecesario el recurso a la acción directa del art. 1722 Código civil.

⁴⁰*Vid.* DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», 3ª edición, Madrid, 1982, vol. II, pág. 471. LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pág. 50; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Sustituto, subapoderado y auxiliar ..., *op. cit.*, pág. 147 y BADENAS CARPIO: *Apoderamiento y representación...*, *op. cit.*, pág. 158.

⁴¹Esto se explica por la «fiducia» inherente al mandato, que configura la obligación del mandatario como «*intuitu personae*». PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op. cit.*, pág.36.

se tratará de un supuesto puro de «responsabilidad contractual por hecho de los auxiliares», siendo éstos considerados como meros instrumentos materiales de la actividad del mandatario⁴².

1.F. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA EX. ART. 1722.

179.- En principio si concurren las circunstancias previstas en el art. 1721, el mandante tiene acción personal y directa contra el sustituto del mandatario aún a pesar de no existir vinculación contractual entre ellos⁴³.

En cuanto al momento del ejercicio de la acción directa contra el sustituto del mandatario *ex art.* 1722, guarda silencio el legislador, de modo que no es posible saber si de la expresión «puede además dirigir su acción contra el sustituto» contenida en tal precepto significa un ejercicio simultáneo o sucesivo por el mandante de la acciones de los artículos 1721 y 1722⁴⁴, esta posibilidad de ejercicio simultáneo acerca el fenómeno al régimen de la solidaridad⁴⁵.

Las excepciones del sustituto contra el mandatario, especialmente la de compensación y de cosa juzgada son ineficaces frente al mandante

⁴²Según nos dice PASQUAU LIAÑO, *ibidem* nota anterior, pág.36, puede servir a título de ejemplo, si bien, en el ámbito extracontractual, el art. 1903.3. En idénticos términos se pronuncia PUIG BRUTAU, J.: «Voz mandato» en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T.XV, Barcelona, 1981, págs. 833 a 840.

⁴³ LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pág. 51.

⁴⁴LEÓN ALONSO, («*Comentarios a los artículos 1.709 a 1.726*», *op. cit.*, pág. 283) estima que el fundamento de la acción directa *ex art.* 1722 fue para reforzar las garantías del mandante y por tal razón no debe existir inconveniente en que el mandante se dirija simultánea o sucesivamente contra ambos responsables.

⁴⁵MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Sustituto, subapoderado y auxiliar...», *op. cit.*, pág.149.

cuando éste hace uso de la cosa juzgada⁴⁶.

1.G.- CARACTERES DE LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL SUSTITUTO DEL MANDATARIO.

180.- La acción directa *ex* artículo 1721 del Código civil pertenece al grupo de las acciones directas de responsabilidad, ya que al sustituto se le podrá exigir la misma responsabilidad por daños y perjuicios que para el mandatario se establece en el artículo 1718 en relación con los arts 1726 y 1727 Cc⁴⁷. En parecidos términos se manifiesta el artículo 252 del Ccom.que establece la responsabilidad del comisionista por los daños que le sobrevengan al comitente cuando el primero, sin causa legal no cumpla la comisión aceptada o empezada a evacuar. La responsabilidad del sustituto del mandatario nace en los mismos supuestos que la del mandatario, cuando transgreda sus deberes de conducta: lealtad y diligencia con el mandante⁴⁸ En un plano representativo: puesto que ha actuado como un sustituto del mandante-representado y los efectos del negocio principal han de recaer sobre el patrimonio de éste, dejando incolume el del

⁴⁶ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, «La revocación y la sustitución del poder y del mandato», *op. cit.*, pág. 445.

⁴⁷El art. 1.718 del Cc. establece que: « El mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante.

Debe también acabar el negocio que ya estuviese comenzado al morir el mandante, si hubiere peligro en la tardanza.»

En el art. 1726 se dice que: «El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido »

⁴⁸ Según BADENAS CARPIO,(*Apoderamiento y representación ...op. cit.*, págs.120 a 123) el mandante tiene acción contra el mandatrio: 1º Cuando el mandatario tiene en su posesión objetos percibidos en virtud del mandato y en calidad de tal mandatario. (Este no puede enriquecerse a expensas del mandante.) Y, 2º Cuando el mandatario ha mentido o, a través de actos, ha hecho creer al mandante en su plena capacidad, o en su gestión ha cometido algún delito.

representante que no puede enriquecerse a costa del mandante. Finalmente, en un segundo plano, contractual, puesto que el mandatario, queda obligado, desde la perfección, a cumplir el encargo de prestar un servicio o de hacer alguna cosa por cuenta del mandante. De aquí resulta una vinculación directa que convierte al mandatario (y al sustituto) en deudor del mandante. . Entre los distintos pronunciamientos del TS al respecto es de reseñar la STS 11 de octubre 1989 (RJA 1989,6908) donde establece la responsabilidad del representante que había violado las instrucciones que había recibido de su mandante⁴⁹.

181.- La acción directa contemplada en el art. 1721, aún a pesar de que parece estar concebida para ser utilizada por el mandante contra el sustituto del mandatario, en realidad tiene carácter bidireccional, es decir que también puede ser utilizada por el sustituto directamente contra el mandante⁵⁰ *Vid. supra* nº 69 la admisión del carácter bilateral de las acciones directas en el ámbito de la subcontratación. . El funcionamiento en dos direcciones es una característica que sólo podemos encontrar en esta acción directa , pero que tiene su razón de ser en las características propias del negocio jurídico de apoderamiento necesario para la eficacia del contrato de mandato^{51 52}.

⁴⁹Esta sentencia fue objeto de comentario por DÍAZ ALABART («Comentario a la STS 11 noviembre 1989 » *CCJC*, ref.555, 1989, pág. 954. La autora mantiene que las instrucciones del mandante puede darse de muchas formas pero, en todo caso, el mandatario está obligado a seguirlas; pero, si no lo hace el resultado no será la invalidez de la gestión hecha, sino la responsabilidad del mandatario por los daños y perjuicios que al desobedecer las instrucciones haya causado a su mandante.

⁵⁰En este sentido ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: «Comentario del arts. 1709 y ss.» ...*op. cit.*, pág. 2993. En derecho francés mantiene esta posibilidad GHESTIN (*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op. cit., n°739. pág. 801*).

⁵¹Señala BADENAS CARPIO (*Apoderamiento y representación voluntaria, .op. cit.*, pág. 87) que el apoderamiento funciona en una doble dirección, ya que la declaración de voluntad que sirve para constituir el apoderamiento tiene varios destinatarios, entre los cuales se encuentran por una parte, el propio apoderado y por la otra, los terceros que tienen que contratar con este último

El sustituto estará autorizado a dirigirse contra el mandante para exigirle la retribución del mandato, en su caso, en idénticos términos en que podría hacerlo el sustituyente de acuerdo con el artículo 1711 Código civil. Esta acción inversa en favor del sustituto será una acción directa de pago.

1.H.-LA ACCIÓN DIRECTA EN LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS.

182.- El artículo 1890⁵³ del Código civil guarda cierto paralelismo con el artículo 1722 del mismo cuerpo legal, puesto que además de permitir la sustitución en la gestión de negocios⁵⁴, establece una acción directa al «dominus negotii» contra el sustituto o delegado del gestor de negocios⁵⁵

En las páginas 94 a 102 de la citada obra puede encontrarse una amplia cita doctrinal y jurisprudencial sobre los caracteres del negocio jurídico de apoderamiento.

⁵²Ya en Roma hay vestigios del funcionamiento bidireccional del mandato. Según SCHULZ (*Derecho romano clásico*. (trad. Santa Cruz Teigeiro) Barcelona, 1960, págs. 529 a 530.) el mandato era un *contractus iuris civilis* del que derivaba una acción la *actio mandati*. Mediante la llamada *actio mandati directa* el *mandator* podía exigir la ejecución del encargo y, consiguientemente la entrega de todo aquello que el *mandatarius* había adquirido al cumplimentar la comisión recibida. A su vez el *mandatarius* disponía de la llamada *actio directa contraria* mediante la cual podía exigir el reembolso de los gastos que hubiese efectuado con ocasión del mandato.

⁵³Según el art. 1890-1º: « Si el gestor delegare en otra persona todos o algunos de los deberes de su cargo, responderá de los actos del delegado, sin perjuicio de la obligación directa de éste para con el propietario del negocio. La responsabilidad de los gestores, cuando fueren dos o más, será solidaria. »

⁵⁴Vid. LACRUZ BERDEJO, J.: *Derecho de Obligaciones II. Vol. 2º. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*. (rev. RIVERO HERNÁNDEZ), Madrid, 1999, pág. 422. Para este autor el art. 1890 está formulado de forma coincidente con el art. 1721, e implícitamente resulta del 1.890 que el gestor puede nombrar sustituto, pero en *régimen de no prohibición* y no como si tuviera expresa facultad para nombrarlo. El final del precepto coincide con el art. 1.722 y queda mejor explicitado por él.

En contra DÍEZ-PICAZO («Comentario del art. 1.890 » en comentario del Código civil, Mº de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1947) que estima que el art. 1890 si bien contemple el supuesto de la delegación pero en contra de lo que a primera vista parece, no lo autoriza, ni otorga al gestor facultad para nombrar sustituto y por lo tanto no existe verdadera coincidencia entre el art. 1890 y el art. 1721 que faculta al mandatario para el nombramiento de sustituto o delegado.

⁵⁵Reconocen la existencia de una acción directa en este precepto: PASQUAU LIAÑO, *La*

Asimismo entendemos que también cabe la acción directa inversa en favor del sustituto contra el beneficiario para reclamar los gastos que le haya ocasionado la gestión.

acción directa..., *op. cit.*, pág.36; DÍEZ-PICAZO («Comentario del art. 1.890 » en comentario del Código civil, M° de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1947) y LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pág. 53. Esta última autora señala como característica de ésta acción directa que, a semejanza de la del art. 76 LCS tiene como base dos relaciones jurídicas sucesivas y no dos contratos.

Capítulo VI

LAS ACCIONES DIRECTAS DE GARANTÍA EN LA CONSTRUCCIÓN

SUMARIO.- 1.- LAS ACCIONES DIRECTAS EX ARTÍCULO 1.591 C.c. 1.A.- Antecedentes históricos del art. 1591. 1.B.- Naturaleza de las responsabilidades establecidas en el artículo 1591. 1.B.1.- La naturaleza de la responsabilidad del art. 1591.1°. 1.B.1.a.- *Tesis de la naturaleza contractual.* 1.B.1.b.- *Tesis de la naturaleza extracontractual o aquiliana.* 1.B.1.c.- *Tesis de la naturaleza legal.* 1.B.1.d.- *Tesis de la naturaleza civil especial.* 1.B.2.- La naturaleza de la responsabilidad del art. 1591.2°. 1.C.- Requisitos para la aplicación del art. 1591.1°. 1.C.1.- El concepto de edificio. 1.C.2.- La noción de ruina. 1.C.2.a.- *Los vicios ruínógenos.* 1.C.2.b.- *Los vicios no ruínógenos.* 1.C.3.- El requisito temporal. 1.C.4.- Existencia de daños y perjuicios. 1.C.5. - Los criterios de imputación. 1.D.- Legitimación activa y pasiva. 1.D.1.- La acción directa del comitente de la obra. 1.D.2.- La acción directa del subadquirente de inmueble. 1.D.2.a.- *Teoría contractual de la responsabilidad decenal.* 1.D.2.b.- *Teoría legalista de la responsabilidad decenal.* 1.D.2.c.- *Teoría de la responsabilidad extracontractual o Aquiliana.* 1.D.2.d.- *La teoría del crédito «propter rem».* 1.D.2.e.- *La tesis del «crédito ob rem».* 1.D.2.f.- *Por asimilación de la figura del promotor.* 1.D.2.g.- *La teoría de la acción directa.* 1.D.3.- La acción directa contra el subcontratista. 1.E.- Efectos y contenido de las acciones directas ex art.1591. **2.- LAS ACCIONES DIRECTAS EN LA LOE.** 2.A.- Introducción. 2.B.- Inmuebles comprendidos dentro de la LOE. 2.C.- La naturaleza de la responsabilidad contemplada en la LOE. 2.D.- Daños indemnizables según la loe. 2.D.1- Clases de daños. 2.D.2.- La responsabilidad decenal. 2.D.3.- Responsabilidad trienal. 2.D.4.- Responsabilidad anual. 2.E.- Legitimación activa y pasiva. 2.E.1.- La legitimación activa de los subadquirentes. 2.E.2.- Legitimación pasiva de agentes y responsables de los vicios y defectos constructivos. 2.F.- La imputación de la responsabilidad. 2.G.- La responsabilidad solidaria. 2.H.- La acción de regreso. 2.I.- Causas de exoneración de responsabilidad. 2.J.- Contenido de la responsabilidad.

*1.- LAS ACCIONES DIRECTAS EX ARTÍCULO 1.591 C.c.¹

¹La publicación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE en adelante), no supone en absoluto que el artículo 1591 del Código civil y toda la jurisprudencia que lo interpreta haya dejado de aplicarse. Estimo que es así por dos razones:

En primer lugar, de la Disposición final cuarta de esta ley se deduce que el artículo 1.591 seguirá aplicándose, en el futuro, a los edificios existentes o iniciados, con licencia de obras solicitadas, antes de la entrada en vigor de la misma. Lo que referido a los supuestos de ruina supone la entrada en vigor de la ley a partir del 6 de mayo de 2000.

En segundo lugar porque el art. 1591 al no haber sido derogado expresamente por la LOE, seguirá vigente para aquellos construcciones no incluidas en el art. 2 de la LOE, así se deduce de lo preceptuado en el art. 2,2º del Código civil. Algunos autores intentan superar este obstáculo, de la no derogación tácita del art. 1591, mediante la aplicación analógica de la LOE a los supuestos que ésta no regula expresamente, se olvidan que en nuestro ordenamiento jurídico queda prohibida la aplicación analógica de las normas especiales (art.4.2 CC). Finalmente, como señala LACABA SÁNCHEZ (« Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la Ley. Consecuencias de la subsistencia del artículo 1.591 del Código civil. » en *La Ley*, nº 4974, de 20 de enero de 2000, pág. 333) desde el punto de vista del consumidor, hay que alegar que sus intereses quedan mejor protegidos por el sistema anterior que por la nueva ley, por lo que los supuestos no contemplados expresamente en la Ley, si aplicamos el principio “pro consumatore” tendrían que ser regulados por la norma más favorable que en este sentido es el art. 1591 Código civil y toda su doctrina jurisprudencial.

Un sector doctrinal estima que el art. 1591 subsiste fuera de los supuestos contemplados por la LOE: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.:«Los contratos de obras y servicios », en *Curso de Derecho*

1.A.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ART. 1591.

183.- La responsabilidad regulada por el artículo 1591 de nuestro Código civil, tiene su origen en Derecho romano, de donde pasó a las Partidas². La actual redacción del artículo 1.591.1³, sin embargo, no proviene de nuestro Derecho histórico, sino de la tradición cultural francesa, recogida por la jurisprudencia de ese país para posteriormente incorporarse al artículo 1.792 del *Code*⁴. La redacción que ofrece el Código civil español, se aparta de la del art. 1792 francés⁵, ya que no exige para su aplicación que la construcción del edificio fuera levantada a precio alzado⁶, ni distingue entre obras mayores ni menores⁷.

civil (II). Derecho de Obligaciones (Coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Madrid, 2000, pág. .614; SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Madrid, 2001, pág. 448; YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid, 2001. El primera autor señala que el artículo 1591 podrá se aplicado para determinar los daños producidos en bienes distintos del propio edificio, como consecuencia de defectos constructivos que presente éste o para fijar el régimen de responsabilidad respecto a construcciones no incluidas en el seno de la LOE.

Por el contrario otro importante sector doctrinal, por el contrario, considera derogado el art. 1591 CC. En este sentido CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E Y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Pamplona, 2000, págs. 346 a 348 y 593; GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de la Ordenación de la Edificación*, Civitas, 2000, pág.333; FUENTESECA, C., AC, nº 12, 20 al 16 marzo 2000, pág.333; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: «Comentario al artículo 17» en *Comentarios a la ley de ordenación de la edificación: régimen jurídico y técnico*, Madrid, 2000, pág. 95.

²GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R.: *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*. (Estudio del artículo 1.591 del Código civil y su problemática actual), Barcelona 1.993, págs. 23 y 24, señala el precedente romano del art. 1591 C.c es halla «en una Constitución de Graciano, Valentiniano y Teodosio de 3 de febrero del año 385, recogida en el *Codex Theodosianus* (XV.1.24) y reproducida con una ligera modificación el *Codex Iustinianus* (XVIII. XII. 8), dictada en el seno del Derecho Público Romano aplicable a las obras públicas.». Esta norma -continúa el autor- pasó al Derecho medieval español, a la la Ley 21, Título 32, de la Partida 3^a.

³El art. 1591 del Código civil establece que: «El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años contados, desde que se concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección.

Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años».

⁴SALVADOR CODERCH, P.: «Comentario del artículo 1.591 » en *Comentario del Código civil*, t.II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1189.

⁵Este precepto, que ha sufrido varias reformas, establecía que : « Si el edificio construido a precio alzado, perece en todo o en parte por vicio de la construcción, o por vicio del suelo, el arquitecto y el contratista son responsables durante diez años ». El art. 2.270 del *Code*, complementaba el anterior: « Después de diez años, el arquitecto y los contratistas, quedan liberados de la garantía por las obras mauores que han hecho o dirigido».

⁶DEL ARCO, M.A. y PONS , M.: *Derecho de la Construcción*, Madrid, 1987, pág.. 372.

⁷GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los*

1.B.- NATURALEZA DE LAS RESPONSABILIDADES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 1591.

184.- El artículo 1591 consta de dos párrafos en los que se contemplan dos tipos de responsabilidad. En el caso del párrafo primero, la ruina que genera la responsabilidad, tiene su causa en los denominados «vicios de la obra», que a su vez pueden ser *vicios de la construcción, del suelo y de la dirección*. Esta responsabilidad se fundamenta en la defectuosa ejecución de la obra, violando la reglas de la «lex artis» exigibles a todo profesional de la construcción. La responsabilidad de que trata el párrafo segundo, tiene su causa en el incumplimiento contractual del contratista, por faltar a las condiciones del contrato⁸.

1.B.1.- La naturaleza de la responsabilidad del art. 1591.1º

185.- La naturaleza de la responsabilidad decenal, establecida en el párrafo primero del mencionado precepto, es una cuestión muy discutida por la doctrina y se pueden encontrar las siguientes orientaciones doctrinales:

****1.B.1.a.-Tesis de la naturaleza contractual.***

186.- La responsabilidad contemplada en el art. 1.591-1º, para algunos autores, es de naturaleza contractual y tiene su origen en el inexacto cumplimiento de un contrato. Para que surja esta responsabilidad, en el caso del contratista, para debe de producirse un incumplimiento del contrato de obra, mientras que el caso en el caso de los técnicos de la

defectos de construcción. (Estudio del artículo 1.591 del Código civil y su problemática actual), *op.cit.*, págs. 31 y 32..

⁸GÓMEZ DE LA ESCALERA, *ibidem* nota anterior, págs. 64 y 65.

construcción, se trata de un incumplimiento de contrato de arrendamiento de servicios. En ninguno de los dos supuestos, ni el contratista ni los otros profesionales de la obra, han cumplido correctamente con las reglas del arte de la construcción, que forman parte del contenido del contrato de obra por la vía integradora del artículo 1258 del Código civil. El incumplimiento contractual, *ex* párrafo primero del artículo 1.591-1º del Código civil, genera el derecho a una indemnización en favor del comitente o dueño de la obra⁹. El inconveniente que presenta esta teoría es explicar la legitimación activa de los subadquirentes de la obra, ajenos al contrato, contra el contratista o incluso contra los subcontratistas que han intervenido en la misma. Esta tesis no ha terminado de encontrar excesivo eco en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰.

Esta teoría, a la que nos adherimos, es coherente con aquella línea jurisprudencial que establece la compatibilidad de la acción *ex art.* 1591 con las acciones generales de incumplimiento¹¹.

1.B.1.b.- Tesis de la naturaleza extracontractual o aquiliana.

187.- Los defensores de esta teoría mantienen que la responsabilidad basada en el primer párrafo del artículo 1.591 es de naturaleza

⁹En la doctrina defienden la naturaleza contractual de la responsabilidad por ruina del art. 1591,1º: CADARSO PALAU, J.: *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid,1976, pág. 101; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: « La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal » (Comentario a la STS de 1 de Abril de 1977), *A.D.C.*, 1978, pág. 672; el mismo autor, « La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos » (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1981), *ADC*, 1982, pág. 924; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» en *Estudios Jurídicos sobre protección de los Consumidores y Usuarios*, de A. y R. BERCOVITZ págs.361 a 362; CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E. Y GONZÁLEZ CARRASCO, C.: *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid 1.997, pág.333.

¹⁰Esta postura se ha mantenido en las SSTS de 1 abril de 1977 (RJA 1977, 1510), 9 de junio de 1989 (RJA 1989, 4417), 17 de julio de 1990 (RJA 1990, 5890), 17 de septiembre de 1996 (RJA 1996, 6724).

¹¹Vid. ORTÍ VALLEJO, A: *La protección del comprador por el defecto de la cosa vendida*. Granada, 1.987, págs. 151 y ss.; LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.* pág.179.

extracontractual¹²; de modo que la acción de indemnización implica: en primer lugar, con relación al contratista una sanción por incumplimiento del deber específico de no dañar un patrimonio ajeno, en forma directa o indirecta, formulado con carácter general en el art. 1902 y al que se alude por remisión en el art. 1909 C.c. En segundo lugar, en el caso del arquitecto supone una sanción por incumplimiento de su deber de pericia profesional, consistente en la observancia de las reglas de su arte, deberes que son legales por su origen, que el legislador ha considerado oportuno sancionar expresamente, con independencia y al margen de toda relación contractual.

Mediante esta tesis se pueden compatibilizar los artículos 1.591 y 1.909¹³, y al mismo tiempo explicar la legitimación activa de los segundos adquirentes de vivienda que no han contratado ni con el contratista ni con los otros técnicos intervinientes¹⁴. Sin embargo, esta tesis ha encontrado poco eco en la jurisprudencia, por lo que las sentencias que defienden esta vía son más bien escasas¹⁵.

***1.B.1.c.- Tesis de la naturaleza legal.**

188.- Para algunos autores los supuestos contemplados por la acción de responsabilidad del artículo 1.591-1º, constituyen obligaciones de origen legal¹⁶ y, en consecuencia, su aplicación se desarrolla al margen de

¹²Son partidarios de esta tesis GARCÍA CANTERO, G.: «La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1.591 del Código civil» en *A.D.C.*, 1.963, pág. 1091; ALONSO PRIETO: «Las acciones de saneamiento en la compraventa de edificios » : *RDP*, 1971, t. 55, pág. 2255 y ss.; RUBIO SAN ROMÁN, J.I.: *La responsabilidad en la construcción*, Madrid, 1.987, pág. 12. SANTOS BRIZ, J.: «El contrato de obra y su problemática jurídica » en *R.D.P.* 1.972, pág. 413, *La responsabilidad civil*, vol.2º; Madrid, 1991, págs. 729 y 730: *La responsabilidad civil. Temas actuales*, .op. cit. pág. 449; DE COSSÍO, A: « Instituciones de Derecho civil», Vol. I, Madrid, 1975, págs. 425 a 428.

¹³Tanto GARCÍA CANTERO, *ibidem* nota anterior, pág. 1091, como SANTOS BRIZ, *ibidem* nota anterior, págs. 412 y 413, coinciden la tesis de la responsabilidad extracontractual el la única que permite una interpretación sistemática de los artículos 1.591 y 1909, que han de ser interpretados en íntima conexión.

¹⁴LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.*, pág. 178, si bien no comparte esta teoría, admite esta ventaja, puesto que permite superar el obstáculo de la relatividad contractual.

¹⁵En este sentido se manifiesta la STS 18 noviembre 1988 (RJA 1988, 8610).

¹⁶NART, «*Contrato de obra y empresa*», *RDP*, 1951, pág. 823; FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *El contrato del*

cualquier contrato, ya que está fuera de la voluntad de los contratantes por ser de carácter necesario o imperativo¹⁷. Esta responsabilidad *ex lege* sanciona el incumplimiento de la *lex artis*, es decir, que el constructor deberá indemnizar por no haber obrado arreglo a ésta y no incumplir, por ello la responsabilidad decenal se desenvuelve al margen de cualquier vínculo contractual, por tener su causa en la ley¹⁸. El régimen que instaura la tesis *ex lege* es diferente al de la responsabilidad contractual por incumplimiento¹⁹.

Esta ha sido la tesis defendida por la jurisprudencia mayoritaria²⁰. Esta teoría permite salvar el escollo constituido por la relatividad contractual, pero no explica aquellos supuestos en los que se ha concedido legitimación, no es base al art 1591, sino en el 1101 por tratarse de vicios ruinógenos²¹.

1.B.1.d.- Tesis de la naturaleza civil especial.

189.- También ha llegado a mantenerse que la responsabilidad *ex* artículo 1591-1º del Código civil, es una responsabilidad civil de carácter especial o específica que se establece al margen de la responsabilidad contractual o

arquitecto en la edificación, Jaén, 1977, pág. 314; HERRERA CATENA, J: *Responsabilidades en la construcción*, T.I, vol.I, Granada, 1977, págs.195 y 196; DEL ARCO y PONS, *Derecho de la Construcción*, *op.cit.*, pág..335; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 17...», *op.cit.*, pág. 101.

¹⁷DEL ARCO y PONS, *Derecho de la Construcción*, *op.cit.*, pág..335.

¹⁸El régimen jurídico que instaura la responsabilidad *ex lege*, es diferente al que establece la responsabilidad contractual por incumplimiento.

¹⁹ABRIL CAMPOY, J.M.: «Comentario del art. 1591» en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, (Dir. PASQUAU LIAÑO, M., Coord. ALBIEZ DOHRMAN, K.J, y LÓPEZ FRÍAS, A) Granada. 2000, pág. 2838.

²⁰En este sentido se manifiestan las SSTs de 5 mayo 1961 (RJA 1961, 2310), 17 mayo 1967 (RJA 1967, 2423), 28 octubre 1.974, 12 febrero 1981 (RJA 1981, 530), 14 de noviembre de 1984 (RJA 1984, 5552), 22 mayo 1986 (RJA 1986, 2817), 27 octubre 1987 (RJA 1987, 7476), 22 marzo 1993 (RJA 1993, 2527) , 8 junio 1993 (RJA 1993, 4469) y 27 junio 1994 (RJA 1994, 6505)

²¹PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op. cit.*, págs 56 y 57. Este mismo argumento ha sido utilizado por las SSTs de 13 julio 1995 (RJA 1995, 6002) y 22 de junio de 1996: (RJA 1996, 6607), que estiman que la acción *ex* 1101 sólo puede utilizarse contra los vinculados por la relación contractual y no contra terceros.

extracontractual²². Se trata de un «supuesto autónomo de resarcimiento de daños causados en el ámbito de la construcción inmobiliaria, contemplado históricamente por la ley en atención al interés general y de orden público que la construcción de edificios sólidos, estables y adecuados a su destino representa para la comunidad»²³.

1.B.2.- La naturaleza de la responsabilidad del art. 1591.2º

190.- La responsabilidad contemplada en el párrafo segundo del artículo 1591 del Código civil, a diferencia de lo que sucede con primero, recibe un tratamiento unánime por la doctrina al estimar que se trata de un supuesto de responsabilidad contractual²⁴.

1.C.- REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL ART. 1591.1º

191.- Para el nacimiento de la responsabilidad decenal se vienen exigiendo los siguientes requisitos: a) que los responsables hayan intervenido en la construcción de un edificio. b) Que el edificio sufra vicios constructivos c) La existencia de unos daños y perjuicios indemnizables y, d) La manifestación del vicio en los diez años siguientes a la terminación del edificio.

1.C.1.- El concepto de edificio.

²²GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op.cit.*, pág. 81.

²³Según GÓMEZ DE LA ESCALERA, *ibidem* nota anterior, pág. 81: Esta responsabilidad civil especial presenta las siguientes notas: a) El deber infringido deriva de la ley, en razón de la específica función constructiva desempeñada por el constructor o técnico responsable. b) Los sujetos beneficiarios de esta responsabilidad sólo son los que tienen un interés dominical en la obra, como el comitente o los propietarios. c) La responsabilidad decenal comprende el resarcimiento integral de todos los daños causados al perjudicado. d) Su carácter excepcional se manifiesta por el largo período de garantía, de diez años, y en la presunción de culpa en contra de los responsables.

²⁴Vid. *per omnia*, HERRERA CATENA, *op.cit.*, vol. I, págs.219 a 224.

192.- La responsabilidad derivada del artículo 1.591 aparece tipificada por razón de la obra, ya que se responde en virtud de la ruina de un edificio y no de cualquier tipo de construcción, sin embargo el Código civil²⁵, como en tantas ocasiones, no proporciona una definición de lo que debe entenderse por edificio²⁶. La doctrina se ha referido al edificio en sentido amplio y no sólo a las nuevas construcciones, sino también a las de refacción y reparación²⁷. El T. S. ha incluido las construcciones y obras de reparación y rehabilitación en las SSTs de 16 febrero 1957 (RJA 1957, 1535), 20 mayo 1959 (RJA 1959, 3018), 24 diciembre 1982 (RJA 1982, 7981) y 14 diciembre 1984 (RJA 1984, 6114). , pero se excluyen las construcciones provisionales²⁸. Aunque el precepto habla de edificio puede extenderse analógicamente a otras construcciones en las que la intervención de las personas y distribución de responsabilidades sea similar²⁹: diques, teleféricos, etc³⁰.

1.C.2.- La noción de ruina.

193.- Dentro del término amplio de ruina, tanto la doctrina como la

²⁵DEL ARCO, M.A. y PONS, M. (1.980): *Derecho de la Construcción*, op.cit.7, pág. 374.

²⁶Tampoco la nueva Ley 38/1.999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación, proporciona un concepto preciso del mismo como puede deducirse de su art 2-1º referido al ámbito de aplicación de la misma: «Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, [...]»

²⁷LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, t.II, Derecho de Obligaciones, v.2º. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito. (edición revisada por RIVERO HERNÁNDEZ) Ed.Dykinson, Madrid, 1.999.

²⁸Para GÓMEZ DE LA ESCALERA, (*op.cit.*, págs.89 y 90), para que pueda aplicarse el artículo 1.591-1º, es necesario estar en presencia de : «una obra inmobiliaria, entendida como obra o construcción de arquitectura o ingeniería, unida permanentemente al suelo o a otra inmueble, realizada sobre la superficie o el subsuelo o sobre el vuelo o sobre elevación de otra edificación, que sea susceptible de utilización para un fin humano, que reúna las siguientes características: a) que sea una obra de larga duración [...], excluyéndose las construcciones provisionales. b) que sea una obra de cierta importancia.

²⁹En ese sentido LACRUZ BERDEJO, J.L.(1999): *Elementos de Derecho Civil*, t.II pág. 197.

³⁰El T.S. ha venido exigiendo una serie de requisitos para que a una edificación se le apliquen los efectos del art. 1591: En la STS 13 de noviembre 1981 se dice que ha de tratarse de una construcción que tenga cierta autonomía y principalidad. En la STS 17 de diciembre de 1997 se establece que: «ha de tratarse de una obra inmueble por naturaleza o destino; plasmarse mediante obra nueva o refacción de parte importante subsistente; estar destinada a una duración razonablemente larga; y por último ser como objetivo la habitación humana u otro similar».

jurisprudencia han venido distinguiendo dos supuestos diferenciados: los vicios ruinógenos, que dan lugar a la aplicación del precepto y aquellos que recibiendo la denominación de no ruinógenos, excluyen la aplicación del precepto³¹.

1.C.2.a.- Los vicios ruinógenos.

194.- El término ruina del artículo 1.591, en principio, aparece unido al hecho físico del derrumbe o pérdida de la obra³², sin embargo ha sido interpretado en sentido muy amplio por la doctrina y la jurisprudencia. De modo que se ha extendido a otros supuestos diferentes al derrumbe o desaparición de la obra, esta ampliación incluye la ruina parcial, la futura y la ruina funcional³³.

a) Ruina parcial.

195.- El artículo 1591-1º del Código civil, se refiere a la ruina de un edificio, si bien, no precisa el alcance que deba tener ésta. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia han entendido que debe incluirse en el espíritu del precepto la ruina parcial³⁴.

b) Ruina futura o potencial

196.- El concepto de ruina también ha de atender a un criterio temporal, de

³¹DEL ARCO, M.A. y PONS, M. (1.980): *Derecho de la Construcción, op.cit.*, pág. 377 a 379. LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.*, pág. 177.

³²GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op.cit.*, pág.138.

³³GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op.cit.*, pág.139.

³⁴Contemplan la ruina parcial las SSTs de 17 febrero 1986 (RJA 1986, 683), 23 diciembre 1991 (RJA 1991,9477), 25 enero 1993 (RJA 1993, 357), 26 enero 1993 (RJA 1993, 363), 29 marzo 1994 (RJA 1994, 2531), 7 febrero 1995 (RJA 1995, 3130) 21 marzo 1996, 17 diciembre 1997 (RJA 1997, 9099), 8 mayo 1998.

modo que, la ruina total o parcial, no existirá sólo cuando se haya producido el derrumbe físico del edificio, sino también, cuando la obra se encuentre en una situación de peligro que haga prever que puedan ocasionarse esas consecuencias en un momento posterior, esta es la denominada ruina potencial o futura^{35 36}.

c) Ruina funcional.

197.- Los casos de ruina parcial y potencial, si bien han supuesto una ampliación del concepto de ruina, sin embargo, no han abandonado la idea de destrucción física o derrumbe de la obra³⁷. La doctrina, mediante la noción de la ruina funcional, ha ampliado su contenido a aquellos supuestos en los que aunque las anomalías constructivas no comprometen la existencia, solidez o estabilidad de la edificación, sí que la afectan de modo que la hacen la impropia para el uso y destino para que fue construida³⁸.

1.C.2.b. -Los vicios no ruinógenos.

198.- Existen una serie de defectos de construcción que aún a pesar de la amplísima interpretación que doctrina y jurisprudencia han efectuado del

³⁵El Tribunal Supremo se refiere a la ruina potencial en las SSTs de 20 noviembre 1959 (RJA 1959, 4452), 16 de febrero de 1985 (RJA 1985, 558), 20 de diciembre de 1985 (RJA 1985, 6611), 22 mayo 1986 (RJA 1986, 2817), 4 abril 1987 (RJA 1987, 2490), 28 octubre 1989 (RJA 1989, 6969), 15 octubre 1990 (RJA 1990, 7867), 21 diciembre 1990, 4 noviembre 1991, 31 diciembre 1992 (RJA 1992, 10423), 29 marzo 1994 (RJA 1994, 2531), 30 enero 1997 (RJA 1997, 845) y 4 marzo 1998 (RJA 1998, 1039)

³⁶DÍEZ-PICAZO. y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*. Vol.II, 8ª ed, Madrid, 1999, pág.382, destacan la STS de 20 de diciembre de 1.959 por ser de las primeras resoluciones que proporciona un concepto extenso de ruina, al decir que la disposición del artículo no se contrae a los que en un sentido riguroso y estricto pudiera implicar: inmediato y actual derrumbamiento o destrucción total o parcial de la obra. Abarca un contenido más amplio y lato, extensivo a la estimación de *tan graves defectos de construcción*, que hacen temer la próxima pérdida de la misma si inmediatamente no se sustituye, como impropia e inútil para la finalidad a que se destinó.

³⁷GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op.cit.*, pág. 142.

³⁸En ese sentido se ha pronunciado las SSTs 19 abril 1995, 29 mayo 1997, 4 marzo 1998, 6 marzo 1999, para las que la ruina funcional es la inutilidad de la cosa construida para su destino.

término ruina, no caben dentro del ámbito de aplicación del artículo 1591³⁹. A estos vicios que no son capaces de generar la ruina del edificio, se les denomina «vicios no ruinógenos», en oposición a los otros vicios, a los que por su gravedad se les denomina «vicios ruinógenos» y que permiten la aplicación del artículo 1591-1º.

199.- Estos vicios constructivos menores carecen de normativa específica dentro del Código civil, si bien, es unánime la opinión de que les son de aplicación la acción de incumplimiento contractual *ex* artículo 1.101 y siguientes del Código civil⁴⁰, de modo que cuando un defecto constructivo no tenga carácter ruinógeno, se le aplicará la normativa general sobre incumplimiento quedando sustraído del ámbito de aplicación del artículo 1.591⁴¹. En cuanto a la posibilidad de aplicar los artículos 1.484 y siguientes donde se recogen las normas relativas al saneamiento por vicios ocultos, la doctrina mayoritaria se inclina por su no aplicación en el ámbito de la construcción⁴²

1.C.3.- El requisito temporal.

³⁹GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op.cit.*, pág. 167.

⁴⁰Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: «Contrato de obra: ruina de edificio. Responsabilidad solidaria de constructor y arquitecto. Legitimación de la comunidad de propietarios. Elementos comunes y privativos (Comentario a la STS 9 de mayo de 1983)» en CCJC, nº 1983, págs. 597 a 598. Asimismo CABANILLAS SÁNCHEZ : «Responsabilidad por vicios que determinan la ruina de la obra inmobiliaria cuando ha transcurrido el plazo de diez años. Plazos de garantía y prescripción. Equiparación del promotor al contratista (Comentario a la STS de 17 de septiembre de 1996)», en CCJC, nº 43, pág. 159.

⁴¹En este sentido se manifiestan las STS de 3 octubre 1979 (RJA, 3.236), 20 febrero 1981 (RJA 1.007), 1 junio 1982 (RJA 3.401), 28 junio 1982 (RJA 3.271), 20 enero 1.989 (AC 1989, 435), 29 de enero de 1991 (RJA 1991, 345), 16 de abril de 1991 (RJA 1991, 2691), 10 de mayo de 1991 (RJA 1991, 3624) 10 noviembre 1994, 30 enero.1997.

⁴²Vid. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 17...», *op.cit.*, pág. 129 señala que dentro de la doctrina del Tribunal Supremo, la línea mayoritaria es precisamente la que excluye la aplicación de la responsabilidad decenal excluye la acción por saneamiento de vicios ocultos. Cita la STS 10 octubre 1994 (RJA 1994, 7474), donde se encuentra resumida toda esta doctrina.

Es posible encontrar alguna sentencia, en sentido contrario, como la STS de 29 enero 1991 (RJA 1991, 345) en la que se estableció que las opciones del perjudicado por los daños menores eran: las acciones de saneamiento de los arts.1484 y ss. del CC, las acciones de responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss.y 1.124 CC) y la anulación de la recepción por error. En parecidos términos se pronunció la STS 3 febrero 1986.

200.- Para que surja la responsabilidad del artículo 1591-1º, el vicio ruinógeno, debe manifestarse dentro de los diez años contados desde que se finalizó la construcción⁴³. Este es un plazo garantía de la buena construcción de la obra⁴⁴; de modo que si aparece el vicio ruinógeno dentro del plazo de garantía, la reclamación podrá realizarse mientras la acción no prescriba⁴⁵; sin embargo, transcurrido el plazo de garantía la aparición del vicio ya no tiene virtualidad para hacer nacer la responsabilidad decenal.

1.C.2.d.- Existencia de daños y perjuicios.

211.- Al tratarse el artículo 1591-1º de un supuesto de responsabilidad civil, uno de los presupuestos para su aplicación es la existencia de unos daños y perjuicios, que no deben ser confundidos con los defectos de construcción. El vicio es la causa, y el daño. es el efecto. La extensión del resarcimiento *ex* artículo 1591 alcanza a todos los daños y perjuicios que se ocasionen con ocasión de la ruina del edificio, en consecuencia incluye el daño emergente, sino también el lucro cesante y el daño moral⁴⁶ La STS 18 de junio de 1998 (RJA 1998,5064) incluye la condena referida tanto al lucro emergente como al lucro cesante. .

1.C.5.- Los criterios de imputación.

212.- La distribución de la responsabilidad *ex* artículo 1591-1º, se realiza en función del origen de los vicios ruinógenos y la esfera de competencia

⁴³GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op.cit.*, pág. 175.

⁴⁴El Tribunal Supremo ha entendido que este era un plazo de garantía y no de prescripción ni de caducidad en numerosas sentencias: 4 diciembre 1989 (RJA 1989, 8793), 3 julio 1989 (RJA 1989, 5281), 30 julio 1991 (RJA 1991, 5424); 1 octubre 1992, 6 abril 1994, 3 mayo 1996.

⁴⁵El TS señala el plazo general de prescripción de quince años . SSTS 1 octubre 1992, 6 abril 1994, 3 mayo 1996.

⁴⁶GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op.cit.*, pág.190 y 191; MESA MARRERO, C.: «El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por vicios constructivos.», *Ar.Civ.*nº 13, oct. 2001, pág. 333

profesional de cada uno de los intervinientes en la obra⁴⁷. El constructor responde por los vicios de la construcción y el arquitecto por los de la dirección y el suelo. En aquellos casos en los que no es posible acreditar la causa de la ruina ni individualizar las responsabilidades, se ha establecido la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en el proceso constructivo⁴⁸. La admisión de la regla de la solidaridad, ha supuesto que no se exija la constitución de litisconsorcio pasivo necesario⁴⁹.

1.D.- LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.

213.- La concurrencia de todos los presupuestos señalados anteriormente, hace surgir la responsabilidad decenal, de modo que, el contratista o en su caso el arquitecto responderán de los daños y perjuicios causados. Consecuencia de lo anterior, es el nacimiento de una relación jurídica entre el responsable de la ruina y el perjudicado por ella, de la que deriva una obligación resarcitoria para el primero, con el correlativo derecho de crédito para el segundo⁵⁰.

214.- El artículo 1.591-1º, se limita a señalar quienes son los responsables por los defectos constructivos, pero no indica que sujetos están legitimados activamente para exigir la correspondiente responsabilidad⁵¹. En principio, el efecto relativo de los contratos, sólo permitiría el ejercicio de la acción *ex art. 1591-1º* al comitente, puesto que es el único que ha contratado directamente con el contratista y, en ocasiones, también con el arquitecto⁵².

⁴⁷MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.:«Los contratos de obras y servicios....», *op.cit.*, pág. 608.

⁴⁸Entre otras las SSTS de 11 julio 1992, 19 octubre 1998, 28 diciembre 1998, 25 junio 1999.

⁴⁹En este sentido las SSTS 14 julio 1988, 1 octubre 1992, 22 marzo 1997, 8 junio 1998. Excepcionalmente admite la excepción de litisconsorcio la S. de 3 noviembre 1999.

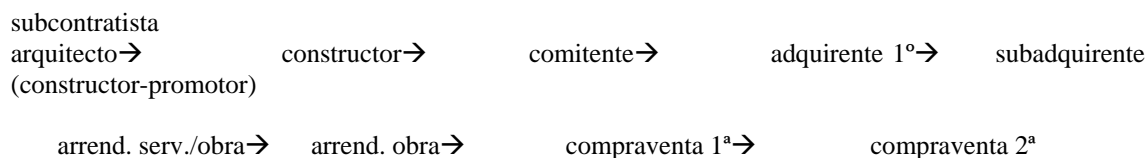
⁵⁰GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op.cit.*, pág. 193.

⁵¹GÓMEZ DE LA ESCALERA, *ibidem* nota anterior, pág. 193.

⁵²Tanto en éste análisis, como en los sucesivos, partimos de la premisa de naturaleza contractual de la responsabilidad decenal.

215.- Esta situación contemplada en el precepto comentado, en la que el dueño de la obra está unido al contratista por un arrendamiento de obras y al arquitecto por un arrendamiento de obras se corresponde al mundo de la construcción a finales del siglo XIX, donde el dueño de la obra la encargaba para sí mismo. Hoy en día el supuesto de hecho ha variado, siendo lo habitual que se construya para vender, lo que hace que la operación económica de la promoción de viviendas esté compuesta por un encadenamiento de contratos de diferente naturaleza, celebrados por una serie de sujetos que en ocasiones no llegan a contratar entre sí⁵³.

El esquema habitual, si bien admite múltiples variantes, vendría a ser el siguiente:



216.- Dentro de este grupo de contratos, puede darse un amplio abanico de posibilidades, en el que cualquiera de los integrantes de la cadena contractual, puede dirigirse contra otro miembro del grupo aún cuando estén unidos directamente por un contrato⁵⁴. En ese sentido la doctrina y la jurisprudencia han reconocido legitimación para ejercitar o sufrir la acción

⁵³Generalmente nos encontramos con la figura del promotor que protagoniza dos actividades, encarga la construcción de un edificio para su posterior venta. Este sujeto es el eje central del grupo de contratos que integra la operación económica de la promoción de vivienda: es parte contractual de un contrato de arrendamiento de obra con el constructor (salvo en el caso del promotor-constructor) y otro de compraventa con el primer adquirente.

⁵⁴LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, págs.175 y 176, pone de manifiesto la clara conexión o imbricación que existe entre los diferentes contratos que integran el grupo de contratos que constituye la operación jurídico-económica de la construcción y venta de inmuebles. El contrato de obra tiene por finalidad la venta a terceros, y la adquisición de éstos tiene como presupuesto la construcción del edificio. Señala también que a estos contratos se les añaden otros, necesarios para la consecución de la obra, lo que conlleva a la extensión del grupo: convenios con arquitectos, aparejadores, subcontratistas. Al mismo tiempo el grupo puede también “crecer” con las sucesivas transmisiones del edificio.

Concluye la autora, afirmando la vinculación de todos los contratos del grupo, ya que todos tienden a buscar un único resultado: la edificación de un inmueble para su venta a terceros.

por responsabilidad decenal, en los siguientes supuestos⁵⁵:

- a) Legitimación activa al comitente contra el arquitecto u otros técnicos.
- b) Legitimación activa del primer adquirente contra el contratista.
- c) Legitimación activa del subadquirente, y sucesivos adquirentes contra el contratista.
- d) Legitimación pasiva del subcontratista.

1.D.1.- La acción directa del comitente de la obra.

217.- El comitente o dueño de la obra, independientemente de la naturaleza jurídica que se atribuya a la responsabilidad decenal, tendrá acción para reclamar los daños y perjuicios que resulten de la ruina *ex* artículo 1591.1º contra el contratista, el arquitecto y demás profesionales, que habiendo contratado con él, hayan intervenido en la obra⁵⁶.

218.- La doctrina y jurisprudencia en ocasiones han reconocido al comitente, legitimación activa más allá de los estrictos límites del contrato, tal como sucede cuando aquellos profesionales de la construcción, que intervinieron en la obra, sin embargo, no contrataron directamente con él sino con el contratista. En este caso el comitente ejercita frente aquellos profesionales una acción directa., a diferencia de la la acción estrictamente contractual que le corresponde en el caso anterior⁵⁷.

⁵⁵Dentro de este mismo grupo de contratos, es donde se manifiesta la acción directa de pago, que doctrina y jurisprudencia han reconocido al subcontratista de obra contra el dueño de la obra *ex* art. 1597 Cc. Y del mismo modo que se ha admitido la legitimación activa al sub-subcontratista, entendemos que no existe ninguna razón para que la legitimación pasiva se detenga en el dueño de la obra y no alcance a los adquirentes sucesivos. La acción directa contra el subcontratista *ex* art. 1591, e n cierto modo, sería la acción contraria de la acción directa *ex* art. 1597.

⁵⁶GÓMEZ DE LA ESCALERA, *ibidem* notas anteriores, pág. 196, señala que el comitente estará legitimado, tanto en su calidad de contratante vinculado a los responsables de la ruina, como por su condición de propietario perjudicado por la culpa profesional de aquellos.

⁵⁷LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pág. 181, fundamenta esta acción directa de la que dispone el comitente contra el arquitecto en la clara conexión entre el contrato que vincula al dueño de la obra con el contratista y el que

1.D.2.- La acción directa del subadquirente de inmueble.

219.- La legitimación activa del subadquirente, para el ejercicio de la acción de responsabilidad decenal, ha sido reconocida con carácter general, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, sin embargo, esta unanimidad desaparece cuando se trata de justificar aquella legitimación⁵⁸. Los argumentos utilizados por los diferentes autores, dependen de la posición que mantengan con respecto a la naturaleza de responsabilidad decenal.

1.D.2.a.- *Teoría contractual de la responsabilidad decenal.*

220.- Los defensores de esta solución, justifican la legitimación del subadquirente como un efecto del contrato de compraventa, ya que junto con la propiedad de la cosa se le transmitirían los derechos inherentes a su condición de contratante⁵⁹. Los defensores de esta teoría, a partir de este punto, discrepan en cuanto al instrumento jurídico en base al que se produciría la transmisión de derechos. Las justificaciones más utilizadas han sido las siguientes:

a) La cesión tácita de acciones al causahabiente.

221.- Los seguidores de esta teoría estiman que los derechos y obligaciones, del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular que penetran en una nueva situación jurídica mediante negocio celebrado con uno de los

une a este con el arquitecto, ya que todos apuntan a la obtención de un mismo resultado económico.

⁵⁸La LOE, ha consagrado en su art. 17.1º, la legitimación activa que la jurisprudencia, al interpretar el art. 1591, ha establecido en favor de los sucesivos adquirentes de inmuebles.

⁵⁹GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op.cit.*, pág.203.

primitivos contratantes⁶⁰.

El Tribunal Supremo, en ocasiones ha seguido esta doctrina, y ha entendido que el adquirente de un inmueble adquiere también, aun cuando no se pacte expresamente, las acciones contractuales de su causahabiente⁶¹. A esta tesis se le ha objetado que el Tribunal Supremo no justifique en virtud de que mecanismo se produce la transmisión de derechos⁶².

b) La teoría del interés.

222.- Según esta teoría, el interés protegido por la responsabilidad decenal es el del comitente, de modo que en un primer momento y en virtud del principio de la relatividad, sólo éste podría utilizar en su beneficio la acción ex artículo 1591-1º. Sin embargo, al transmitirse la propiedad, con ella se ceden también los derechos inherentes a su condición de contratante⁶³. El mecanismo para transmitir estos derechos sería del de la cesión tácita de su

⁶⁰En la doctrina defienden esta postura: SALVADOR CODERCH, P.: «Comentario del artículo 1.591 », *op.cit.*, pág. 1189 y LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentarios a los artículos 1.583 a 1.603» *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t.,XX vol. 2º,(dir.ALBALADEJO) Madrid, 1.986, págs. 308 a 312.CAVANILLAS MUGICA,S en.:*La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual , Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1992, pág. 16, sin adscribirse a esta tesis, comenta que la cesión de créditos produce: « un supuesto de tercero no vinculado contractualmente, que, sin embargo, puede hacer valer un derecho de origen contractual »..

⁶¹Entre otras el T.S ha utilizado este expediente en las SSTs, 5 mayo 1961, 17 octubre 1974, 1 abril 1977, 3 octubre 1979, 2 noviembre 1981, 28junio 1982, 20 junio 1985, 22 marzo 1986, 22 abril 1988 (RJA ,) y 27 mayo 1995. La STS 20-2-81 dice: «que los derechos y obligaciones del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular que penetran en la situación jurídica mediante negocio celebrado con el primitivo contratante, según señalan las SS. de 12-11-1960, 27-6-61...y por lo que concierne al contrato de ejecución de obra, la legitimación activa del subadquirente de un piso en régimen de propiedad horizontal para entablar acciones por prestación defectuosa o vicios en la cosa viene reconocida, con diverso fundamento, por la doctrina de los autores y ha sido sancionada por la S. de 5-5-61.» en el idéntico sentido STS 1-4-77.

⁶²PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa ...op. cit.* pág.55 y 56, critica que el TS cuando ha utilizado esta vía para ampliar la legitimación activa al subadquirente, no ha justificado como opera la transmisión de las acciones, si bien deduce al autor que puede tratarse de una voluntad presunta, puesto que ya nada interesan esas acciones al promotor, también cabe considerar tales acciones como accesorias al derecho de propiedad.

⁶³Son partidarios de esta tesis: DE LA CÁMARA MINGO, F.: *Tratado práctico del Derecho referente a la Construcción y a la arquitectura.* T.II; Madrid 1964, T.II, pág. 548 y CADARSO PALAU, J.: *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid,1976, pag. 196.

Otros autores, aún sin adscribirse formalmente a esta tesis, comentan que ha sido utilizada por el Tribunal Supremo, así DEL ARCO y PONS M.(2000): *Derecho de la Construcción, op. cit.* pág.333. dicen el adquirente del edificio recibe - por transmisión- todas las acciones que garantizan su dominio, y

derecho que hace el comitente a favor del adquirente.

c) La teoría de la subrogación.

223.- El adquirente se subroga en los derechos del vendedor frente a los profesionales de la construcción⁶⁴. De ahí que se transmita al comprador tanto la acción de responsabilidad decenal ex art. 1.591, como la acción de incumplimiento del artículo 1.101 del Código civil. Este argumento ha sido utilizado por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones⁶⁵, no obstante, algún sector doctrinal critica este fundamento alegando que en nuestro ordenamiento jurídico no cabe la subrogación personal presunta, ya que ésta sólo puede tener su origen en la ley o en la voluntad expresa de las partes⁶⁶.

d) La teoría de la accesoriedad.

224.- La acción del comitente se transmite al comprador como un accesorio al derecho de propiedad sobre el edificio y, de acuerdo con la regla de que lo accesorio sigue a lo principal, se transmite junto con el edificio a los sucesivos adquirentes del mismo, incluso en el caso de que la cesión no se haya estipulado de forma expresa en beneficio de aquel⁶⁷.

Contra esta teoría, utilizada profusamente por la doctrina francesa, se

defienden los derechos inherentes a la propiedad.

⁶⁴Vid. DEL ARCO, M.A. y PONS, M. (1.980): *Derecho de la Construcción*, op.cit., pág. 381; LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos*, op.cit., págs. 186 y 187.

⁶⁵En ese sentido se manifiestan las STS de 28 noviembre 1.967, 22 enero 1.973, 20 junio 1985, de 9 junio de 1989 (RJA 1989, 4417); de 22 junio de 1990 (RJA 1990, 4816), de 17 julio 1990 (RJA 1990, 5890); de 8 de junio de 1992; de 3 febrero de 1995 (RJA 1995, 734); de 27 marzo de 1995 (RJA 1995, 2143); de 27 abril de 1995 (RJA 1995, 3259) y de 6 de febrero de 1997 (RJA 1997, 681).

⁶⁶En idéntico sentido se manifiestan DEL ARCO, M.A. y PONS, M. (1.980): *Derecho de la Construcción*, op.cit., pág. 381; LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos*, op.cit., págs. 186 y 187.

⁶⁷Esta tesis es seguida por DE LA CÁMARA MINGO, F.: *Tratado práctico ...op. cit.* pág.548 : «El derecho a ejercitar la acción de responsabilidad decenal es un derecho accesorio al edificio y, en consecuencia, se transmite a sus sucesivos adquirentes. Por otro lado, si el que contrató la obra enajena el edificio carecerá entonces de interés para entablar tal acción cuyo titular es quien ha sufrido el daño, es decir, el adquirente del inmueble »

esgrime que es incompatible con la conservación de la misma acción por parte del comitente o del promotor; esta posibilidad ha sido reconocida en numerosas sentencias del Tribunal Supremo⁶⁸

1.D.2.b.- Teoría legalista de la responsabilidad decenal.

225.- Los partidarios de que la obligación del artículo 1.591 es de naturaleza legal y no contractual, estiman que el mencionado precepto en su ámbito de aplicación no tiene porqué limitarse a las relaciones entre comitente y contratista, de modo que el constructor deberá indemnizar o reparar, no por incumplir un contrato sino por no haber obrado con arreglo a la *lex artis* que le es exigible⁶⁹. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en algunas ocasiones ⁷⁰.

1.D.2.c.- Teoría de la responsabilidad extracontractual o Aquiliana.

226.- Mediante esta argumentación se evita recurrir a la utilización de la acción directa, ya que al nacer la responsabilidad al margen de todo contrato, ya no es necesario salvar el obstáculo de la relatividad

⁶⁸En este sentido se manifiesta LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.*, pág. 185. Son varias las SSTS que admiten que el comitente promotor conserva la legitimación activa dirigirse contra el constructor y demás profesionales, después de haber enajenado los inmuebles: 20 febrero de 1989 (RJA 1989, 1212), 16 septiembre 1988 (RJA 1988, 6692), 26 noviembre 1984 (RJA 1984, 5659); 14 abril 1983 (RJA 1983, 2112).

La resolución de 9 junio 1989 (RJA 1989, 4417), contiene un voto particular, en el que dos de los cinco magistrados que componen la Sala, manifiesta la oposición a la legitimación del promotor una vez que se hayan enajenado las viviendas, puesto estiman que este carece de interés para ejercitar la acción una vez que había vendido la vivienda a terceros..

⁶⁹Defiende esta postura HERRERA CATENA, J: *Responsabilidades en la construcción*, T.I, vol.I, Granada (1977) pág. 195.

⁷⁰Entre otras destacan las SSTS de 28 octubre 1974 y 14 de noviembre de 1984. Estas resoluciones establecen que: «el constructor deberá indemnizar - o reparar-- no ya por incumplir un contrato, sino por no haber obrado con arreglo a la "*lex artis*" que les es exigible».

PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op.cit.* pág.57, critica la fundamentación utilizada en éstas resoluciones, ya que no permiten explicar la legitimación del subadquirente, cuando la responsabilidad por tener su origen en vicios no ruinógenos, no se apoyaba en el artículo 1.591 sino en el 1.101 cuya naturaleza contractual es indiscutible.

contractual⁷¹

1.D.2.d.- La teoría del crédito «propter rem».

227.- Los partidarios de esta corriente doctrinal, estiman que el ejercicio de la acción de responsabilidad decenal constituye un crédito *propter rem*, de modo que cualquiera de los diferentes propietarios que integren la cadena de transmisiones puede dirigirse contra los profesionales de la construcción⁷²

1.D.2.e.- La tesis del «crédito ob rem .

228.- La titularidad de la acción se determina por razón de la titularidad del inmueble defectuoso⁷³; es decir, que la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por ruina se configura como un crédito *ob rem* que beneficia al cualquiera que sea el propietario de la cosa en el momento en que este se manifieste⁷⁴ Se critica de forma común, tanto el argumento del crédito *ob rem* como el *del propter rem*, alegando que son sutilezas

⁷¹GARCÍA CANTERO, «La responsabilidad por ruina..., *op. cit.*, pág. 1092, dice que : la responsabilidad extracontractual permite atender mejor los intereses en juego, puesto que el ámbito de interesados es más amplio que el de los diferentes contratos, de arrendamiento de obra y de servicios que integran la responsabilidad decenal.» De las palabras de este autor cabe deducir que mediante la vía de la responsabilidad extracontractual se puede superar el cauce de la relatividad contractual.

En ese sentido se manifiestan las SSTs de 14 agosto de 1.984, 1 de junio de 1985, 23 noviembre 1985 y 26 junio 1990.

⁷²Tesis mantenida por PÉREZ-ORDOYO CILLERO en «Contrato de urbanización» en Anuario de Derecho Civil, 1.961 pág. 436 y ss. citado por DEL ARCO y PONS (1.980): *Derecho de la Construcción*, *op.cit.*, pág. 381.

⁷³Tesis utilizada por MESSINEO en *Manuale di diritto civile e comerciales*, IV, Milano, 1974, pág. 204 citado por DEL ARCO, M.A. y PONS, M. (1.980): *Derecho de la Construcción*, *op.cit.*, pág. 381.

⁷⁴Esta tesis es defendida por NART, «*Contrato de obra y empresa*», *RDP*, 1951, pág. 823: «...estas responsabilidades están establecidas no sólo en favor del propietario comitente, sino en favor de cualquiera que adquiere el edificio, porque no es una responsabilidad contractual, sino legal y por razón de una cosa que es la que determina mediatamente el titular del derecho de indemnización »

En Italia la defiende RUBINO, « *Appalto privato* », *Novissimo Digesto Italiano*, 3ª ed, 1957, t.I, pág. 697.

En la jurisprudencia son de destacar las STS de 5 mayo 1961 y 17 octubre 1974..

jurídicas que no pasan de tener un valor descriptivo⁷⁵.

1.D.2.f.- Por asimilación de la figura del promotor

229.- En este caso se asimila directamente al promotor, que en realidad actúa como un vendedor, con el constructor. Esta tesis presenta dos ventajas: en primer lugar, queda salvado el obstáculo de la relatividad y, finalmente, permite el ejercicio contra el promotor de la acción de responsabilidad contractual *ex* 1.101 C.c, en los supuestos de vicios no ruinosos, superándose también el inconveniente que se planteaba a los defensores de la teoría legalista, que si bien podían sortear el principio de la relatividad, en base a la naturaleza legal de obligación *ex* art. 1591, sin embargo, no podían utilizar idéntico argumento en el caso del artículo 1.101⁷⁶

1.D.2.g.- La teoría de la acción directa.

230.- El reconocimiento de la legitimación activa al subadquirente de vivienda supone la consagración por la jurisprudencia de una excepción al principio de la relatividad de los contratos por razones de equidad y conveniencia⁷⁷. Los argumentos utilizados tanto por el Tribunal Supremo, como por la doctrina, aún a pesar de no estar unificados, sirven para crear relaciones directas entre personas que no han contratado directamente. Sin embargo la mayoría de las justificaciones utilizadas no constituyen verdaderas acciones directas, ya que el titular del crédito que surge como

⁷⁵CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: « La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal », *A.D.C.*, 1978, págs. 667 a 680.

⁷⁶Este argumento, nos dice PASQUAU LIAÑO, *La acción directa ...op. cit.*, págs. 60 a 61, ha sido utilizado en alguna ocasión por el Tribunal Supremo, de modo que se asimila la figura del promotor [que en realidad es un vendedor] a la del constructor y arquitecto.

El T.S. utiliza esta vía en las sentencias de 11 de octubre de 1974, 7 octubre 1983, 13 febrero 84, 25 febrero 1985, 20 junio 1985, 25 noviembre 1.985 y 17 julio 1990.

⁷⁷LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.*, pág. 188.

consecuencia de la responsabilidad decenal sólo dispone de un patrimonio contra el que dirigirse⁷⁸.

231.- El mecanismo de la acción directa, como expediente justificador de la legitimación del subadquirente de vivienda ha sido muy poco utilizado por la jurisprudencia, y en aquellas que lo han utilizado no es posible encontrar la expresión acción directa, es decir que describen la figura pero sin mencionarla.

La doctrina, ha sido más explícita al respecto, de modo que un sector doctrinal estima que la teoría de la acción directa es, de entre todas las justificaciones utilizadas por el Tribunal Supremo para sortear el obstáculo de la relatividad contractual, la que resulta más coherente y que sirve con una mayor eficacia al fin perseguido⁷⁹.

232.- La acción directa en favor del subadquirente se justifica por la vinculación existente entre el inicial contrato de arrendamiento de obra y los sucesivos contratos de compraventa, ya que existe una finalidad común a todos los contratos concluidos, puesto que la construcción del edificio encargado por el promotor lo ha sido con la finalidad de su enajenación a terceros, formando parte del mecanismo de distribución en el mercado⁸⁰. Esta imbricación de contratos hace que el daño sufrido por el comprador, derivado de un contrato de ejecución de obra en el que no es parte, se corresponda con el incumplimiento de una obligación de la que ella misma es acreedora⁸¹. Esta obligación es la que tiene el comitente-vendedor de

⁷⁸En algunos de los supuestos en los que no se ha reconocido la acción directa, sin embargo en ocasiones se ha establecido la solidaridad de los profesionales de la construcción, pero el vínculo solidario no es una consecuencia de la acción directa, sino de la propia acción de responsabilidad decenal que establece la solidaridad cuando no fuera posible individualizar la causa del daño.

⁷⁹BERCOVITZ RDORIGUEZ -CANO, R (Presentación del libro de PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa en el Derecho español*, *op.cit.* pág.6.).

⁸⁰LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.*, pág. 189.

⁸¹La acción directa, en el caso de que fueran varias las ventas sucesivas, sólo podrían dirigirse contra

reparar los vicios de la cosa. De ahí que se admita la reclamación directa del verdadero perjudicado contra el verdadero responsable, sin tener que dirigirse previamente contra el contratante intermedio⁸².

1.D.3.- La acción directa contra el subcontratista.

233.- El párrafo primero del artículo 1591 al referirse a la responsabilidad de los que intervinieron en la construcción del edificio defectuoso, sólo menciona al contratista y al arquitecto, sin embargo, el Tribunal Supremo en muchas de sus resoluciones ha establecido la responsabilidad de otros profesionales intervinientes en la obra⁸³.

234.- El mayor número de resoluciones, son aquellas que han establecido la responsabilidad del subcontratista de obra⁸⁴, si bien, de forma similar a como ha sucedido en el caso del subadquirente, la jurisprudencia ha ofrecido diferentes explicaciones para justificar la creación de esa relación jurídica directa⁸⁵. La jurisprudencia ha sido vacilante; en ocasiones ha negado la legitimación pasiva del subcontratista por no existir vínculo

aquellos miembros del grupo que sean profesionales, bien de la construcción, bien de la compraventa de inmuebles, quedando a salvo los particulares, salvo en el caso del último vendedor, contra el que el adquirente final siempre dispondría de las acciones contractuales de la compraventa.. Vid. LÓPEZ FRÍAS, *ibidem nota anterior*, págs. 189 y 190.

⁸²LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos*, *op.cit*, pág. 190.

⁸³En numerosas resoluciones, se ha condenado al Aparejador o Arquitecto técnico, como en las de 10 diciembre 1986 (RJA 1986, 7226) y 7 de junio de 1986 (RJA 1986, 683).

⁸⁴Admiten al responsabilidad del subcontratista las SSTS de 23 noviembre 1985 (RJA 5634), 22 marzo de 1986 (RJA 1468), 14 noviembre 1988, 22 junio 1990 (Rep. AC 862) y 30 diciembre de 1993 (RJA 1993, 9940).

⁸⁵Los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo con relación al subcontratista han sido variados. En algunas resoluciones se admite su responsabilidad por la vía del artículo 1902. Este es el caso de la S. de 22 junio 1990 (RJA 1990, 4861), y la de 23 de noviembre de 1985 (RJA 1985, 5634). Esta última resolución dice que : «aun cuando pudiera admitirse que la responsabilidad viene atribuida por el art. 1591 únicamente al constructor por los vicios de la construcción generantes de la ruina, y que el subcontratista no tiene relación contractual directa con los adquirentes de los pisos demandados, lo cierto es que éstos han sufrido unos perjuicios, en cuya causación tiene participación, aunque en grado no determinado, la impugnante, a cuyo abono indudablemente ha de contribuir en la forma solidaria establecida, por aplicación del art. 1902 C.c. ».

En otras sentencias se establece la legitimación a los subadquirentes a título derivativo de la legitimación que tenía el constructor contra el subcontratista, como en las SSTS de 22 de marzo de 1986, y 25 febrero y 8 abril 1983.

contractual entre él y el demandante-comprador⁸⁶, y en otras ha aceptado la reclamación del adquirente de inmuebles contra el subcontratista⁸⁷.

235.- La condena al subcontratista se funda diferentes en explicaciones muchas de las cuales resultan ambiguas, pues el Tribunal Supremo no ha analizado en ellas previamente la naturaleza jurídica que se atribuye a la responsabilidad derivada del artículo 1. 591 y por lo tanto no puede saberse a ciencia cierta que tipo de acción es la que se está admitiendo⁸⁸; si bien estimamos que en algunas de las resoluciones existen elementos suficientes como para afirmar que se trata de una verdadera acción directa.

Algún autor ha propuesto que la responsabilidad del subcontratista ha de resolverse atendiendo a la especialidad de la responsabilidad contemplada en el artículo 1.591 -1º, que al establecer una responsabilidad fundada en la culpa profesional de quienes intervienen en el proceso edificativo desempeñando una función o tarea constructiva con carácter principal. Como quiera que el subcontratista actuó en la obra de modo principal y autónomo, ejecutando la ejecución material de una unidad de

⁸⁶En otras sentencias se estima que al subcontratista no le alcanza la responsabilidad decenal del art. 1.591. Este es el caso de las SSTs de SSTs 24 febrero 1974 (RJA 1974, 816), 27 octubre de 1987 (RJA 1987, 7476) y 21 de marzo de 1988 (RJA 1988, 222) y 10 de octubre de 1994 (RJA ,7474).

En la doctrina niegan esta posibilidad: MANRESA, *op.cit.*, pág. 712; DE LA CÁMARA MINGO, *op.cit.*, pág.672; CADARSO PALAU, *op.cit.*, pág. 229.

⁸⁷En la doctrina admiten la responsabilidad del subcontratista frente al propietario: HERRERA CATENA, « Legitimación (activa y pasiva) al ejercitar las acciones derivadas de los artículos 1.591 y 1.909 del C.c.», Revista profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada, nº 78 y 79, Granada, 1969, pág..11, y FERNÁNDEZ HIERRO, *La responsabilidad civil por vicios de construcción*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1976, pág. 127. El primer autor se basa en las obligaciones legales que ha de cumplir el subcontratista como consecuencia de la misión que ha de concluir en la obra. GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op.cit.*, pág. 227 está proponiendo una acción directa si bien no menciona esa posibilidad. cuando dice que: « afirmada la responsabilidad directa del subcontratista , también debe recordarse que en virtud del artículo 1.596, el contratista responde igualmente de los actos del subcontratista, de modo que, cuando el defecto dañoso del edificio tenga su causa en la actuación del subcontratista, el legitimado activamente por el art. 1.591-1º, podrá elegir entre dirigir su acción contra el contratista o contra el subcontratista, o bien, conjuntamente contra los dos, que responderán en esta caso de solidariamente, en el bien entendido de que al tratarse de una solidaridad impropia , cuando el contratista satisfaga la totalidad de la reparación, podrá reclamarla en vía de regreso, íntegramente al subcontratista. (Esta solución la propugna la STS de 22 marzo de 1986, (RJA 1986, 1468), por el contrario la de 21 marzo 1988 (RJA , 1986, 2222), sin embargo, la rechaza.

⁸⁸LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.*, pág. 194.

obra que se le encomendó⁸⁹.

236.- Tras el análisis de todos estos supuestos, nos produce la impresión que los esfuerzos de la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, se han centrado exclusivamente en buscar una fórmula que permita salvar el obstáculo de la relatividad contractual atendiendo al caso casos concretos, olvidándose de formular una solución general que de forma homogénea sirva para explicar todos los supuestos que se generan dentro del grupo de contratos. La única explicación válida, por ser aplicable a todos los supuestos en que se ha excepcionado el principio de relatividad contractual dentro del grupo de contratos, es la acción directa que surge dentro del grupo de contratos conexos como consecuencia de la imbricación que surge entre los diversos contratos.

El fundamento de la acción directa en favor del subcontratista, también es el de la conexión de contratos celebrados; la única diferencia con respecto a cuando se reclama contra el contratista se encuentra en que ahora a los contratos de obra y compraventa hay que añadir un contrato de subcontrato de obra. El hecho de su función y dependencia respecto del contrato principal hacen que se integre en la operación económica global relativa a la construcción y venta del inmueble⁹⁰.

1.E.- EFECTOS Y CONTENIDO DE LAS ACCIONES DIRECTAS EX ART.1591

237.- Las acciones directas que pueden ejercitarse en el seno de un grupo de contratos que integran la operación económica de promoción de vivienda, ponen en contacto a personas que forman parte de grupos

⁸⁹Esta es la tesis propugnada por GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op.cit.*, pág. 226. Que cita las STS de 14 febrero 1991 (RJA 1991,1267) y 22 junio 1990 (RJA 1990, 4861), que sostienen argumentos similares.

⁹⁰LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.*, pág. 194.

heterogéneos de contratos, en los que los sucesivos contratos tienen diferente naturaleza jurídica, así pues nos encontramos con contratos tan diferentes como el de arrendamiento de obra y el de compraventa; o de arrendamiento de servicios y compraventa en el caso de que se dirigiese contra el contratista.

238.- Los efectos de las acciones directas comentadas son los propios de toda acción directa de garantía, si bien se plantean toda una serie de peculiaridades, propias de la acción de responsabilidad decenal, ésta acción contractual y la acción directa (también contractual) tienen idéntico contenido⁹¹. En consecuencia se producen las siguientes peculiaridades que afectan a su régimen jurídico:

El plazo de diez años establecido por el artículo es de garantía y, en consecuencia el defecto ha de aparecer dentro del mismo⁹². En el caso de que el vicio ruinógeno hubiese aparecido dentro del plazo de garantía, la reclamación podrá realizarse mientras la acción no prescriba⁹³.

La acción directa, tendrá que respetar los criterios de imputación establecidos por la doctrina y jurisprudencia, y sólo cuando la causa del daño no pueda individualizarse cabrá la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en el proceso constructivo⁹⁴, en este caso no será de aplicación la excepción de falta de litisconsorcio pasivo⁹⁵.

⁹¹LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.* pág.181.

⁹²Así se ha manifestado la jurisprudencia, entre otras, en las SSTS de 1 de octubre de 1992 y 29 de diciembre de 1998.

⁹³El TS señala el plazo general de quince años: SSTS 1 de octubre de 1992, 6 de abril de 1994, 3 de mayo de 1996.

⁹⁴Proclaman la responsabilidad solidaria las SSTS de 11 julio 1992, 19 octubre 1998, 28 diciembre 1998, 25 junio 1999.

⁹⁵En este sentido las SSTS de 17 diciembre 1985 (RJA , 6589) 26 marzo 1986 (RJA ,1472), 27 de octubre de 1987 (RJA ,7476), 14 de julio de 1988 (RJA , 5691), 9 de junio de 1989 (RJA , 4414), 4 de diciembre de 1989 (RJA , 8793), 21 de marzo de 1996 (RJA ,6607), 22 de junio de 1996 (RJA 6607,).

239.- El contenido de la acción directa, será idéntico al de la acción de responsabilidad decenal, de modo que el acreedor directo podrá solicitar la reparación *in natura* y subsidiariamente, para el caso de no obtenerse la primera podrá obtener la reparación por equivalente⁹⁶.

***2.- LAS ACCIONES DIRECTAS EN LA LOE**

*** 2.A.- INTRODUCCIÓN.**

240.- La Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación⁹⁷, incide en la regulación tradicional del contrato de obra en el Código civil, en especial con relación al régimen de garantías y responsabilidades del artículo 1591 Código civil. La técnica legislativa utilizada ha consistido en delimitar quienes son los agentes de la edificación (arts. 8 y ss LOE), para luego establecer un específico régimen de garantías y responsabilidades (art. 17 y ss.)⁹⁸.

*** 2.B.- INMUEBLES COMPRENDIDOS EN LA LOE.**

241.- A los efectos de la LOE se incluyen dentro del término edificación, tanto el propio edificio como las instalaciones fijas y el equipamiento propio y de los elementos de urbanización⁹⁹.

242.- No están sujetos al régimen de responsabilidad de la LOE:

⁹⁶La subsidiariedad de la prestación por equivalente, en el ámbito de la responsabilidad decenal ha sido puesta de manifiesto por las SSTs de 12 de diciembre de 1990 (RJA 1990, 9999), de 25 de enero de 1993 (RJA 1993,357) y 17 de marzo de 1995 (RJA 1995,7787). Esta misma solución se aplica en el caso de los vicios no ruinosos, cuando la acción entablada es la de responsabilidad contractual EX 1101 c.c.. 12 noviembre 1976 (RJA 1976, 4775), 3 de julio de 1989 (RJA 1989, 5281) y 21 noviembre 1990 (RJA 1990, 9012).

⁹⁷En adelante LOE.

⁹⁸Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.:«Los contratos de obras y servicios » ...*op. cit.*, pág. 600. Añade este autor que la LOE no ha derogado ni modificado expresamente los preceptos del Código civil ya que el legislador ha utilizado la denominada técnica de superposición legislativa, con los consiguientes problemas de determinación y selección de la regla aplicable, e incluso problemas de derogación tácita de algunos de los preceptos del Código civil como sucede con el 1591.

⁹⁹CORDERO LOBATO, *en Comentarios a la Ley de Ordenación ...op. cit.*, pág. 302.

a) Los vicios constructivos de las obras inmobiliarias que no constituyan un edificio en el sentido del artículo de la LOE, es decir el edificio en sí y los elementos de urbanización e instalaciones adscritos¹⁰⁰.

b) Quedan excluidas otras obras como muros, embalses, puentes, autopistas, etc.

c) Las nuevas construcciones de escasa entidad y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una única planta (art. 2.2 a LOE). Con ello se viene a restringir el ámbito de aplicación de la ley, quedando fuera supuestos como el de los buques¹⁰¹, a los que el Tribunal Supremo en ocasiones había aplicado la doctrina del artículo 1591 por vicios y defectos constructivos¹⁰².

d) También quedan excluidas las construcciones no permanentes¹⁰³.

*** 2.C.- LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CONTEMPLADA EN LA LOE.**

243.- La naturaleza de la responsabilidad establecida en la LOE no una cuestión pacífica en la doctrina, la vieja polémica del artículo 1591, vuelve a reproducirse en el nuevo texto legal. La doctrina vuelve a escindirse en tres grupos: en primer lugar están los partidarios de la naturaleza legal de la

¹⁰⁰ CORDERO LOBATO, *ibidem* nota anterior, pág. 303.

¹⁰¹ CORDERO LOBATO en *Comentarios a la Ley de Ordenación*, pág. 303.

¹⁰² Entre otras SSTs las de 12 de junio de 1989 (RJA 1989, 4422); 28 de octubre de 1989 (RJA 1989, 6969) y 29 de diciembre de 1993 (RJA 1993, 10160).

¹⁰³ Así cabe inferirlo del artículo 2.1 LOE; cabe entender la provisionalidad como una duración inferior a los plazos de garantía señalados por la ley, asimismo se podría plantear la exclusión de las obras prefabricadas, sobre todo en el caso de que además no tuviesen visos de permanencia CORDERO LOBATO en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*; *op. cit.*, págs. 303. 304.

responsabilidad establecida en favor de quien sufra un daño material de los concretamente señalados en el artículo 17 LOE¹⁰⁴. Un segundo sector opina que se trata de una responsabilidad extracontractual¹⁰⁵. Y finalmente, cabe una tercera orientación, a la que nos adherimos, partidaria del su carácter contractual¹⁰⁶.

2.D.- DAÑOS INDEMNIZABLES SEGÚN LA LOE.

244.- Los únicos supuestos que dan lugar a la responsabilidad *ex* artículo 17.1 LOE¹⁰⁷, son los daños materiales causados en el edificio por los vicios o defectos que se especifican en ese precepto¹⁰⁸. Esto no significa que los daños no comprendidos dentro de la Ley no sean indemnizables, sino que a los mismos no se les aplicará el régimen de responsabilidad que ésta establece¹⁰⁹. En ese sentido la propia LOE señala que todas las

¹⁰⁴En este sentido se manifiesta MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: «Comentario al artículo 17» en *op. cit.*, pág.101. Esta postura es coherente con el tenor literal del artículo 17.1, cuando utiliza la expresión «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales », además, permitiría afirmar, que como mínimo la responsabilidad contemplada no es contractual.

¹⁰⁵Sin embargo, CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E Y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación; op. cit.*, pág.314, estiman que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual.

¹⁰⁶Nos adscribimos a esta tesis, aún a pesar del inconveniente que supone la dicción del art. 17.1 LOE cuando establece la frase «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales»; entendemos que cabe interpretar este párrafo en el sentido de referirse a sus “otras” responsabilidades contractuales. Esta interpretación es compatible con el apartado 9 de ese artículo, ya que la responsabilidad *ex* art. 17 LOE, sería de naturaleza contractual, con una serie de caracteres propios del contrato de arrendamiento de obra, modelados por las reformas introducidas por la ley, y las “otras” responsabilidades contractuales no sería otras que la responsabilidad contractual en general y las derivadas del contrato de compraventa.

¹⁰⁷El régimen de responsabilidades y garantías en la construcción que establece el artículo 17 de la LOE es tributario del formulado con base en el art. 1591, puesto que en parte recoge y reformula buena parte de la doctrina jurisprudencial recaída sobre ese precepto. *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.:«Los contratos de obras y servicios » ...*op. cit.* pág.609; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: «Comentario al artículo 17..., *op.cit.*, pág. 93.

¹⁰⁸El artículo 17.1 sólo cubre los “daños materiales causados en el edificio”, lo que supone una restricción en cuanto a los daños protegidos , ya que el artículo 1591 protegía todos los daños y perjuicios causados por la ruina. *Vid.* CORDERO LOBATO, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación; op.cit.*, 2000, pág. 300; MESA MARRERO, C.: «El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por vicios constructivos.», *op.cit.*, pág. 333- 27 e YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad contractual... op. cit.*, pág. 324.

¹⁰⁹La LOE en diferentes ocasiones señala la subsistencia de las responsabilidades contractuales en que pudieran haber incurrido los intervinientes en el proceso de la edificación (art. 17.1 y 9, art. 18.1), haciendo especial referencia a la responsabilidades del vendedor frente al comprador en los términos la responsabilidad por vicios en la compraventa de los arts, 1484 y ss. *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ,

responsabilidades *ex* artículo 17.1 LOE son compatibles con las acciones por vicios ocultos *ex* artículo 1484 y siguientes del Código civil¹¹⁰.

2.D.1- Clases de daños

245.- No todo daño material causado al edificio por vicios o defectos constructivos es un daño indemnizable, de acuerdo con la LOE^{111 112}. Para ello se exige que el daño causado se encuentre incluido en alguna de las tres categorías que establece el art 17.1 LOE, responsabilidad decenal, trienal y anual frente a la categoría única de responsabilidad decenal del artículo 1591 C.c. ¹¹³. La LOE para la delimitar los daños indemnizables se utilizan dos criterios: el tipo de vicio o defecto causante del daño y el

C.:«Los contratos de obras y servicios..., *op. cit.*, pág. 613.

¹¹⁰Señala MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO («Comentario al artículo 17» ..., *op. cit.*, págs 129 y 130) que la jurisprudencia mayoritaria que interpretaba el artículo 1591 del Código civil excluía, a diferencia de lo que sucede con la LOE, la normativa de los vicios ocultos, si bien alguna sentencia aislada admitía la compatibilidad de acciones como la STS de 3 febrero 1986. Por todas las que admiten la compatibilidad de acciones cita la STS de 10 octubre 1994 (RJA 1994, 7474).

¹¹¹La LOE sólo incluye dentro de los supuestos contemplados en el artículo 17 aquellos daños materiales ocasionados en el edificio, en consecuencia no se responde por los daños personales sufridos por los propietarios o subadquirentes o terceras personas, ni por los daños materiales que pudieran causar los vicios constructivos en otros bienes distintos al propio edificio. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.:«Los contratos de obras y servicios..., *op. cit.*, pág. 611; SANTOS BRIZ, J.:*La responsabilidad civil. Temas actuales, op. cit.*, pág. 466.

¹¹²En el art. 19 LOE se han establecido seguros de daños materiales o de caución para garantizar la indemnización por los daños a que contemplados en el art. 17.1 LOE. Es de destacar que de acuerdo con el art. 19.6 el asegurador podrá optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños o por la reparación de los mismos. También hay que destacar que en el caso de la no suscripción de los seguros obligatorios mencionados en el artículo 19, los infractores responderán personalmente.

¹¹³Art. 17.1 LOE: « *Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación.*

1.- Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas:

a) Durante diez años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

b) Durante tres años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del art.3.

El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año.

tiempo de producción del daño^{114 115}.

Este sistema del artículo 17 Loe es novedoso con respecto interpretación jurisprudencial artículo 1591.

1º.- Los vicios que señala el art. 1591 (vicios de la construcción, del suelo o de la dirección) no funcionan como criterios de delimitación del daño indemnizable sino imputación de responsabilidad. Por el contrario, en la Loe los criterios de imputación no están recogidos en el artículo 17 sino en los preceptos que delimitan las competencias de los diversos agentes de la edificación.

2º.- Excepcuando los vicios o defectos que afecten a los elementos de terminación o acabado, en los otro dos al vicio determinante de la responsabilidad se le exige un doble requisito: ha de provenir de determinados elementos constructivos y además el daño ha de consistir exclusivamente en el menoscabo de alguna de las concretas exigencias técnicas de los edificios, de acuerdo con el art 3 Loe

3º.- A diferencia del artículo 1591, el origen de los vicios y la localización del daño, se utilizan por el art 17.1 para determinar la aplicación de un plazo distinto de garantía.

4º. El art 17 LOE no exige que el defecto sea grave, salvo del daño de la letra a), en los demás supuestos habrá responsabilidad aunque se trate de una imperfección corriente en la construcción. Parece ser que se ha dejado de sancionar la ruina para sancionar en general, vicios o defectos

¹¹⁴CORDERO LOBATO, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación; op. cit.*, págs. 304 Y 305.

¹¹⁵Los plazos de diez, tres y un años contemplados en el artículo 17.1 LOE, son de garantía y durante los mismos han de manifestarse los daños. Las acciones de reclamación podrán ejercitarse durante el plazo de prescripción que es de dos años, a partir de la producción de los daños, según el artículo 18.1.

constructivos.

7º En el art 17 LOE sólo se contempla como daño aquel que consiste en el compromiso de estabilidad del inmueble.

8º En relación a otros daños causados al edificio, no incluidos en ninguna de las tres categorías del artículo 17.1 Loe , pero causados por daños si incluidos parece ser que no son resarcibles, habida cuenta el carácter limitativo del art. 17.1 LOE

9º.- El art 17 LOE ha supuesto una reducción de la protección de que gozaban los adquirentes de viviendas , puesto que cualquier tipo de defecto constructivo grave encajaba dentro de la responsabilidad *ex* 1591 cc.

2.D.2.- La responsabilidad decenal .

246.- El artículo 17.1.a) LOE, establece la responsabilidad decenal, cuando se cumpla un doble requisito: en primer lugar que el daño material se deba a la existencia de un vicio o defecto que afecte a la *cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales*, y además es necesario que el daño comprometa directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio. Es decir que es necesario que aparezcan una serie de vicios o patologías en una serie determinada de elementos que tienen asignada una misión estructural.

Este tipo de daño relativo al compromiso de estabilidad de los inmuebles, es coincidente con la ruina física, total o parcial, así como con la denominada ruina potencial en la doctrina del TS¹¹⁶. Los daños descritos en este apartado del art. 17.1 son los únicos a los que la LOE incluye en la

¹¹⁶CORDERO LOBATO, en *Comentarios a la Ley de Ordenación...* *op. cit.*, pág.309.

garantía decenal¹¹⁷.

2.D.3.- Responsabilidad trienal.

247.- Dos son los supuestos que contempla el art. 17.1b.: a) daños materiales por vicios o defectos de los elementos constructivos del edificio que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad *ex art* 3,1,c) LOE. b) los mismo daños materiales, pero referidos, a las instalaciones.

La habitabilidad a la que se refiere este precepto también se aplica, a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad decenal, a las instalaciones fijas, equipamiento y elementos de urbanización que, sin formar parte integrante del edificio, permanezcan adscritos al mismo (art. 2.3 LOE).

La regla del art. 17.1b, no especifica a que daños en concreto se refiere, por ello, la doctrina entiende que la falta de habitabilidad se refiere a todos aquellos daños que aún no afectando a la estabilidad del edificio, lo hagan inútil o inservible para el destino que le es propio¹¹⁸. Esta regla viene a cubrir todos aquellos daños, que excediendo las imperfecciones corrientes, configuran una violación grave del contrato de obra y que la doctrina del Tribunal Supremo tradicionalmente ha incluido dentro del concepto de «ruina funcional¹¹⁹» .

2.D.4.- Responsabilidad anual.

¹¹⁷MESA MARRERO, «El alcance del resarcimiento....», *op.cit.*, pág. 28, señala que el sistema de la LOE supone una importante reducción del ámbito de protección para los adquirentes de viviendas, ya que en el sistema del art. 1591 la responsabilidad era decenal en todos los supuestos de vicios ruinógenos.

¹¹⁸DEL ARCO Torres, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M.(2000): *Derecho de la Construcción*, *op. cit.* pág .437.

¹¹⁹CORDERO LOBATO, en *Comentarios a la Ley de Ordenación...*, *op. cit.*, pág.310.

248.- El art. 17.1, b), pár. 2º LOE, hace responder al constructor por un año, de los daños materiales causados al edificio por los vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras¹²⁰. Estos vicios o defectos coincidirían con los denominados «vicios no ruinógenos» que la doctrina y jurisprudencia excluían del ámbito de la responsabilidad decenal para incluirlos en la normas generales sobre incumplimiento contractual.

En este supuesto la responsabilidad de los agentes de la edificación se reduce al constructor, si bien el promotor también es responsable solidario en todo caso (art. 17.3 LOE).

2.E.- LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.

*** 2.E.1.-Criterios de imputación**

249.- El artículo 17 LOE no contiene una regla explícita de distribución de responsabilidades en función de su respectiva esfera de competencia profesional, tal como la jurisprudencia había perfilando en el caso del artículo 1591. La doctrina, no obstante, estima que la LOE sigue el principio de responsabilidad personal e individualizada, por los actos u omisiones propios (art. 17.2 LOE), que la ley vincula a la intervención del agente en el concreto daño producido (art. 17.3 y 8 LOE); así puede

¹²⁰Según ABASCAL MONEDERO, *La responsabilidad por vicios en la construcción. Análisis del art. 1591 del Código civil*, Sevilla, 1999, pág. 89. La LOE no establece que debe entenderse por elementos de terminación o acabado, parece ser que se refiere a lo que la doctrina tradicionalmente ha calificado de «vicios menores», entendiéndose por tales aquellos vicios constructivos, equiparables a imperfecciones corrientes que no afectan a la utilidad, solidez o habitabilidad del inmueble.

Según DEL ARCO Torres, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M.(2000) (*Derecho de la Construcción, op. cit.* pág. 440) Se trata de aquellos elementos que sin tener la entidad suficiente para entorpecer el uso de la vivienda sin embargo generan una cierta incomodidad y por lo tanto suponen un incumplimiento parcial de la obligación de entregar la cosa en las debidas condiciones; obligación que no tiene porque asumir la

deducirse también por la delimitación de competencias propias de cada uno de los agentes de la edificación efectuadas en el art 8 y siguientes de la LOE¹²¹. Además también se responde por los actos y omisiones de personas por las que, con arreglo a esta ley, se ha de responder¹²².

250.- En el sistema de la LOE podemos encontrar dos niveles de imputación de responsabilidad, aún a pesar del silencio del artículo 17¹²³:

1º.- En el primero se encuentran las reglas que disciplinan la responsabilidad externa frente a los propietarios perjudicados por los vicios o defectos del artículo 17.1 LOE. Todos los supuestos del artículo son aplicables a la responsabilidad externa.

2º.- En el segundo nivel se encuentran las reglas de responsabilidad interna, de modo los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno contemplados en la LOE, el responsable directo tiene derecho a reclamar lo que ha pagado de la persona por la que ha respondido (en este sentido los arts, 17.5.II, 17.6 II y III y 17.7.II); esta acción de repetición está reconocida en el artículo 18.

*** 2.E.2.- Los concretos supuestos de imputación de responsabilidad.**

A) Imputación de responsabilidad al promotor.

251.- El promotor es el único agente de la edificación que responde de todos los daños, cualquiera que sea su origen, por el contrario el resto de los agentes de la edificación tiene esferas concretas de imputación.

dirección de la obra.

¹²¹MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.:«Los contratos de obras y servicios » ...*op. cit.* pág.610.

¹²²MESA MARRERO, «El alcance del resarcimiento...., *op.cit.*, pág. 27

¹²³CORDERO LOBATO, *en Comentarios a la Ley de Ordenación...., op. cit.*, pág. 319.

El promotor responde solidariamente con los restantes partícipes no sólo cuando no sea posible individualizar la causa de los vicios o defectos o la cuota de responsabilidad imputable a cada partícipe (vid. art. 17.3 LOE) sino en cualquier caso¹²⁴. El promotor es siempre un garante incondicional frente a los adquirentes, pero sólo frente a ellos, por lo que tendrá acción de regreso frente a los copartícipes causantes directos de los daños¹²⁵.

B) Imputación de responsabilidad al constructor.

252.- El constructor, que se corresponde con la figura del contratista de los artículos 1544 y 1588 del C.c, responde en los siguientes casos¹²⁶:

1º.- Por los daños materiales del artículo 17.1 derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de obligaciones, tanto legales como contractuales.

2º.- Por los daños causados por las personas físicas o jurídicas que de él dependan, incluidos los subcontratistas (arts 17.6 LOE y 1596 C.c.). El constructor también responde de los daños que cause el subcontratista.

3º.- El contratista también responde de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él (art. 17.6 LOE), aún cuando los pusiere otro partícipe como el promotor¹²⁷.

¹²⁴Una interpretación literal del precepto, sin embargo, nos llevaría a mantener que la responsabilidad solidaria del promotor sólo tendría lugar en el caso de que no pudiesen deslindar las responsabilidades personales de cada uno de los agentes de la edificación.

¹²⁵CORDERO LOBATO, *en Comentarios a la Ley de Ordenación... ..op. cit.*, pág. .321.

¹²⁶CORDERO LOBATO, *ibidem nota anterior* pág. 234.

¹²⁷CORDERO LOBATO, *Comentarios a la Ley de Ordenación..., op. cit.*, págs.322.

D) Imputación de responsabilidad a los técnicos directores.

253.- El art. 17.7 dispone que el director de obra y el director de ejecución de la obra que suscriban el certificado final de obra serán responsables veracidad y exactitud de dicho documento, que obligatoriamente han de suscribir (vid. arts 12.2 e) y f) y 13.2 ¹²⁸.

Además, el artículo 17.7 imputa al director de obra (del art. 12) los daños que se produzcan como consecuencia de las deficiencias de un proyecto no realizado por él. Constituye éste, pues, un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno¹²⁹.

E) Imputación de responsabilidad al subcontratista.

254.- Aunque no esté específicamente mencionado en el art.17 LOE el subcontratista también responde directamente de los daños del artículo 17.1 que le sean imputables. Se aplican aquí todas las reglas que permiten imputar la responsabilidad al constructor, tanto por hecho ajeno como por hecho propio¹³⁰

La posibilidad del propietario o del adquirente sucesivo de vivienda para obtener el resarcimiento de los daños causados por el subcontratista sería triple¹³¹: a) demanda interpuesta únicamente contra el subcontratista

¹²⁸CORDERO LOBATO, *ibidem* nota anterior, pág.326.

¹²⁹*Ibidem* nota anterior, pág.327.

¹³⁰CORDERO LOBATO, «Comentario al artículo 17...», en *Comentarios a la Ley de Ordenación;op. cit.*, pág. 327.; la misma autora, en el «Comentario al artículo 17...», *ibidem*, pág. 192, señala la llamativa ausencia del subcontratista en el elenco de agentes de la edificación, añadiendo, que con ello se ha perdido la oportunidad de actualizar nuestro Derecho en ese punto. Me adhiero a la postura que estima que los subcontratistas también son responsables directos, ya que el art. 17.1 es claro en su enunciado al establecer quienes son responsables a los efectos de la ley: « las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación.». Todo ello aún a pesar de que en el apartado 6º se establezca la responsabilidad directa del contratista por los daños causados por subcontratista.

¹³¹RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I.: *El principio de relatividad ...*, *op. cit.* ,pág. 296 admite la triple posibilidad de que el subadquirente pueda dirigirse: contra el constructor subcontratista, contra el constructor principal y el subcontratista, o solamente contra el subcontratista.

(art. 17.1); b) demanda contra el contratista por los daños causados por el subcontratista (art. 17.6); c) demanda conjunta contra subcontratista y promotor cuando los daños fueran de difícil imputación (art. 17.3); d) en el caso del subadquirente, éste también podría demandar en la conjuntamente a subcontratista, promotor y segundo vendedor (art. 17.9)¹³².

Si bien caben todas estas posibilidades de actuación, estimamos que la vía más adecuada, hubiese sido establecer una acción directa contra el subcontratista, en parecidos términos a los utilizados en el artículo 76 LCS, máxime cuando los seguros que cubren las garantía anual y trienal no son exigibles a la entrada en vigor de la ley¹³³.

La acción directa fuera de los supuestos contemplados en la ley es posible, puesto que el artículo 17.1, al utilizar la expresión «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales...», permite la compatibilidad de la responsabilidad de naturaleza legal propia de esta ley con las de naturaleza contractual¹³⁴.

***2.F.- LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.**

***2.F.1.- La legitimación activa de los subadquirentes.**

255.- El artículo 17.1 LOE reconoce acción de responsabilidad en favor de los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los

¹³²En este supuesto, en el que el legislador remite al Código civil, cabe aplicar la acción directa contra todos los que han intervenido en el grupo de contratos. El subadquirente podría dirigirse contra cualquiera de los que han intervenido en el proceso de la construcción. Aplicándose los efectos propios de toda acción directa.

¹³³La obligatoriedad de los mencionados seguros podrá establecerse en el futuro mediante Real Decreto para edificios cuyo destino principal sea la vivienda., según la Disp. Ad. segunda de LOE.

¹³⁴MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 17..., *op.cit.*, pág. 130, se manifiesta a favor de la compatibilidad de regímenes de responsabilidad.

mismos, en el caso de que sean objeto de división, frente a las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación¹³⁵. En el sistema de la LOE se ha dado rango legal a la legitimación activa que la jurisprudencia reconoció a los terceros adquirentes frente al contratista y los técnicos intervinientes en la obra¹³⁶. Esta previsión legal constituye una verdadera acción directa concedida a los segundos y sucesivos compradores frente a los responsables del proceso constructivo ¹³⁷. En el mencionado precepto se ha dado rango legal a la acción directa que la jurisprudencia, al margen de todo texto legal, otorgó a los sucesivos adquirentes de inmuebles, frente al constructor y los técnicos de la construcción, en el ámbito de la responsabilidad decenal *ex* artículo 1591 Código civil¹³⁸

***2.F.2.- Legitimación pasiva de agentes y responsables de los vicios y defectos constructivos.**

256.- El artículo 17.1 LOE establece la responsabilidad, por los daños materiales derivados de vicios o defectos constructivos, de las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación. Sin embargo, el precepto tras anunciar que están legitimados todos los agentes de la edificación, luego en su desarrollo sólo menciona al promotor, al

¹³⁵Señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, («Los contratos de obras y servicios » ...*op. cit.* pág.610) que ello quiere decir que está incluido dentro de este precepto la figura del promotor, que es además, propietario de la edificación. Este precepto supone sin embargo una cierta restricción en relación al número de los legitimados activamente que la jurisprudencia había establecido en el caso del 1591, puesto que queda fuera el comitente no propietario. Si bien a este último siempre le queda el recurso a las acciones derivadas del contrato de obra o las generales sobre cumplimiento de los contratos.

¹³⁶Art. 17.1 LOE: « *Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación.*

1.- Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio [...]

¹³⁷RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I.: *El principio de relatividad ...*, *op.cit.*, pág. 294.

¹³⁸Este es el segundo supuesto, junto con la acción directa reconocida en el artículo 76 LCS, en el que en nuestro país se crea una acción directa sobre la base de una doctrina jurisprudencial consolidada.

En los dos supuestos mencionados, puede observarse como las acciones directas de garantía nacen por obra de la jurisprudencia al margen de textos legales, con el tiempo esta doctrina se va

constructor, al proyectista, al director de la obra y al director de la ejecución de la obra. El artículo 17 LOE se olvida de otros profesionales como las entidades y laboratorios de control de calidad y sobre todo, es de destacar la ausencia del subcontratista, en especial su falta de responsabilidad directa¹³⁹. El mencionado precepto, no obstante, establece una vía indirecta para poder reclamar los daños causados por el subcontratista, junto con los causados por otras personas, ya que establece varios supuestos de responsabilidad por hecho ajeno¹⁴⁰ en los que el responsable directo es el constructor (17-6 apartado 2º).

257.- La jurisprudencia también amplió el campo de aplicación de la acción directa *ex* artículo 1591, en relación a la legitimación pasiva, reconociéndose que aquella también alcanzaba al subcontratista de obra¹⁴¹. Esta posibilidad también ha sido recogida en la nueva Ley¹⁴².

258.- En el sistema de la nueva ley reporta el subadquirente ha perdido el beneficio que le reportaba la acción directa tal como había sido configurada por la jurisprudencia y que consistía en el poder disponer de dos patrimonios contra los que poder dirigir su pretensión de crédito, así como del resto de ventajas propias de toda acción directa¹⁴³. No obstante algún

consolidando y finalmente el proceso termina cuando se consagran a través de una norma..

¹³⁹CORDERO LOBATO, en *Comentarios a la Ley de Ordenación...*, *op. cit.*, pág.316.

¹⁴⁰CORDERO LOBATO, en *Comentarios a la Ley de Ordenación...*, *op. cit.*, pág.316.

-el contratista responde por los daños materiales de los que sea responsable el jefe de la obra y dependientes de éste (art. 17.6.1º LOE), asimismo por daños materiales por los vicios o defectos de que ser responsable el subcontratista (art. 17.6.2º LOE)

-al director de obra que asume la ejecución de un proyecto ajeno se le hace asumir las imperfecciones de éste (art. 17.7 LOE)

-al proyectista que encargue cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales, responde de su inexactitud (art. 17.5 LOE),

¹⁴¹Es de destacar la STS de 22 junio 1990 (RJA 1990,4861) que recoge los diferentes argumentos utilizados por la jurisprudencia para fundamentar la acción directa del subadquirente frente al subarrendatario de la obra.

¹⁴²El artículo 17,2º,6 de la Loe establece que: « Cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución, sin perjuicio de la repetición a la que pudiera haber lugar.»

¹⁴³No hay que olvidar que la existencia de los seguros contemplados en el artículo 19 LOE pueden

sector de la doctrina entiende que no se ha cerrado la vía a la acción directa del propietario o subadquirente frente al contratista¹⁴⁴.

A este precepto se le puede objetar que el causante del daño en numerosas ocasiones sólo sea responsable directo frente a su contratante, (el contratista, el proyectista, el director de la obra) y no frente al perjudicado por el daño¹⁴⁵. La LOE con esta medida ha suprimido la acción directa que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había establecido en contra del subcontratista de obra, y con ello ha privado al titular de la misma de las ventajas que le reporta el tener dos patrimonios contra los que dirigirse.

En relación a los suministradores de productos de construcción, que según el artículo 15 LOE, son los fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores de productos de construcción, el artículo 17 LOE tampoco establece su responsabilidad directa, sino que responde por ellos el constructor sin perjuicio del derecho de repetición¹⁴⁶. Es decir que esta ley, junto con el resto de la reglamentación aplicable a los materiales de construcción, es la que determina cuando un fabricante, un importador o un vendedor o almacenista son responsables a todos los efectos: no sólo frente al propietario perjudicado por el daño, sino también frente al contratista

compensar en cierto modo la pérdida de aquella acción directa. Ante la insolvencia del constructor siempre respondería la compañía aseguradora. La duda surge cuando en vez del seguro se ha optado por que la retención por el promotor del 5 por 100 del importe material de la ejecución material de la obra y se produce la insolvencia de éste.

¹⁴⁴Así se manifiesta RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I. (*El principio de relatividad ...*, *op.cit.*, pág. 296) basándose en que al continuar vigentes las mismas razones que han fundamentado a la Jurisprudencia esa “extensión” o reconocimiento de la acción directa, la tutela de un interés digno de protección. Señala además, que siendo pacífica la posición favorable cuando no se preveía acción directa alguna , ahora que se prevé, se cambie de postura y se impida la misma.

¹⁴⁵CORDERO LOBATO, en *Comentarios a la Ley de Ordenación...*, *op. cit.*, pág.316.

¹⁴⁶La LOE parece que choca con lo establecido en al Ley 22/1994 , que sólo determina la responsabilidad del vendedor que entrega un producto a sabiendas de su carácter defectuoso, y que además el plazo de prescripción de su responsabilidad es de diez años a partir de que el producto defectuoso se puso en circulación (art. 13 Ley 22/1994). Esta falta de armonía entre la LOE y la Ley 22/1994 debe entenderse en el sentido de que la responsabilidad de fabricantes, vendedores, almacenistas e importadores (art 15.1 LOE) ser integrada con lo previsto en la ley 22/1994 CORDERO LOBATO, en *ibidem nota anterior*, pág.318.

que responde de la falta de conformidad de los materiales de construcción.
(art. 17.6 LOE)

La acción directa fuera de los supuestos contemplados en la ley es posible, puesto que el artículo 17.1, al utilizar la expresión «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales...», permite la compatibilidad de la responsabilidad de naturaleza legal propia de esta ley con las de naturaleza contractual¹⁴⁷.

2.2.- Responsabilidad del contratista por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado.

259.- El último párrafo del artículo 17.1 LOE hace responder al constructor de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado. El hecho de que sólo se le impute al constructor esta responsabilidad obedece a que estos daños son aquellos defectos de acabado que pueden considerarse ejecución de elementos constructivos (como la pintura por ejemplo), puesto que en otro caso la LOE hubiese determinado también la responsabilidad del director de la ejecución de la obra, quien tiene entre sus funciones la de comprobar la correcta ejecución de los elementos constructivos¹⁴⁸.

2.G.- LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.

¹⁴⁷MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 17..., *op.cit.*, pág. 130, se manifiesta a favor de la compatibilidad de regímenes de responsabilidad.

¹⁴⁸CORDERO LOBATO, en *Comentarios a la Ley de Ordenación...*, *op. cit.*, págs.318 a 319.

260.- El artículo 7.3 establece la responsabilidad solidaria cuando no pueda individualizarse la causa de los daños materiales, o quedase probada la concurrencia de culpas, sin que pudiera apreciarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido¹⁴⁹.

2.H.- CAUSAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD.

261.- La responsabilidad contemplada por la LOE es objetiva¹⁵⁰, por lo al demandante le basta acreditar la presencia de los vicios o defectos causantes de los daños, producida dentro del correspondiente plazos de garantía señalados en el artículo 17 LOE, mientras que es al demandado a quien corresponde probar la concurrencia de la causa de exoneración del art. 17.8 LOE¹⁵¹.

***2.I.- CONTENIDO DE LA ACCIÓN DIRECTA EN LA LOE**

262.- El artículo 17 se limita a señalar la responsabilidad por daños de las personas que intervienen en el proceso de la edificación, sin embargo, no hay referencia alguna a como se ha de reparar el daño, si de forma específica o por equivalente. Únicamente en el artículo 19.3.6, al referirse a las condiciones que han de reunir los seguros de caución, se establece que «el asegurador podrá optar por el pago de la indemnización en metálico que

¹⁴⁹La LOE, señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, («Los contratos de obras y servicios » ...*op. cit.* pág.610) también establece otros supuestos de responsabilidad solidaria: 1) el promotor responde en todo caso solidariamente con los demás agentes, ante los adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción (art. 17.3 LOE); 2) cuando el proyecto ha sido contratado conjuntamente con más de un proyectista, todos responden solidariamente (art. 17.5.1. LOE); 3) cuando se contrate conjuntamente a más de un técnico para la dirección de la obra, todos ellos responderán solidariamente, sin perjuicio de que el que haya pagado pueda reclamar de los demás en función de la distribución que corresponda entre ellos (art. 17.7.III. LOE).

¹⁵⁰MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.:«Los contratos de obras y servicios » ...*op. cit.* pág.612. YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad contractual...* ...*op. cit.*, pág. 327.

¹⁵¹El art. 17.8 LOE establece que: «las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquellos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño».

corresponda a la valoración de los daños o por la reparación de los mismos». Es decir que el sistema de reparación del daño de la LOE, es el asegurador del causante del daño quien tiene la facultad de opción entre la indemnización pecuniaria o la reparación en forma específica¹⁵²

¹⁵²En este aspecto la LOE se aparta de la tesis predominante en la doctrina de que en los supuestos del art 1902, corresponde al dañado la facultad de optar por la reparación en forma específica, cuando sea materialmente posible y no se requieran gastos desproporcionados. Vid.GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op.cit.*, págs. 266 A 268; PARRA LUCÁN, M.A.: « Responsabilidad por hecho ajeno», en *Curso de Derecho civil (II). Derecho de Obligaciones* (Coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Madrid, 2000, págs. 834 y 835.

En ese mismo sentido se manifiesta la STS 3 marzo 1978 al mantener la opción de la víctima: « La forma de hacer frente a la responsabilidad de la culpa extracontractual o aquiliana no puede quedar, en nuestro Ordenamiento jurídico, al arbitrio del agente productor del daño...ni, en su caso, al de las compañías aseguradoras...de forma tal que gocen de la facultad de elegir libremente entre la facultad de reponer la cosa damnificada al estado que tenía con anterioridad al momento en que se le ocasionaron sus desperfectos, o de sustituirla por otra distinta y de condiciones análogas a las que sea objeto de debate, que se pueda adquirir de segunda mano.»

La mencionada autora, señala asimismo que la situación en la jurisprudencia menor no es pacífica en este punto..

Capítulo VII

LA ACCIÓN DIRECTA DEL ADQUIRENTE DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS.

SUMARIO.- 1. ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS. 1.A.- La conexión entre ventas sucesivas y la responsabilidad del fabricante. 1.B.- Distinción entre el derecho a la indemnidad y derecho a la utilidad. 1.C.- La responsabilidad civil por daños en el ordenamiento jurídico español. *1.C.1. La responsabilidad por productos defectuosos en el Código Civil.* 1.C.1.a.- La responsabilidad contractual del vendedor. 1.C.1.b.- La responsabilidad extracontractual del fabricante. *1.C.2. La responsabilidad del fabricante en la L G D C U.* 1.C.2.a.- La acción directa del titular de la garantía contra el fabricante *ex art. 11 LGDCU.* 1.C.2.b.- El capítulo VIII de la LGDCU. 1.C.2.c.- El artículo 25 LGDCU. 1.C.2.d.- El artículo 26 LGDCU. 1.C.2.e.- El artículo 27 LGDCU. 1.C.2.f.- El artículo 28 LGDCU. 1.C.2.g.- La responsabilidad en la prestación de servicios en la

LGDCU. 1.C.2.h.- Recapitulación. **2.-LA PROTECCIÓN DEL TERCERO EN LA LRDP.** 2.A.- Introducción. 2.B.- Caracteres de la LRDP. 2.C.- Ventajas aportadas por la Ley 22/1994. 2.D.-Diferencias con el Capítulo VIII de la LGDCU. 2.E.- Delimitación objetiva de la Ley 22/1994: la noción de producto. 2.F.- Fundamento de la responsabilidad: la noción de defecto. 2.G.- Sujetos responsables. 2.H.- Causas de exoneración de la responsabilidad. 2.I.- Limitación en el tiempo a la reparación. 2.J.- Daños indemnizables. 2.K.- Recapitulación. *2.K.1.- Aplicación de la LGDCU tras la publicación de Ley 22/1994. 2.K.2.- Aplicación alternativa de la Ley 22/1994 y de las reglas tradicionales de responsabilidad civil. 2.K.3.- Aplicación exclusiva de las reglas de responsabilidad civil. 2.K.4.- Aplicación de las reglas de responsabilidad civil y las normas de la LGDCU. 2.K.5.- Estado de la cuestión*

1.A.- LA CONEXIÓN ENTRE LAS VENTAS SUCESIVAS Y LA RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE.

263.- El fabricante o productor cuando fabrica un producto y, luego lo introduce en la cadena de distribución y comercialización, lo hace con la finalidad de obtener un beneficio económico. Desde el punto de vista económico, el fenómeno de la salida de un producto al mercado es unitario, este hecho sucede a iniciativa del fabricante y tiene por fin último la adquisición del bien por los consumidores. Por el contrario, este mismo fenómeno, contemplado desde un punto de vista jurídico, pierde su unidad, puesto que en todo el proceso de fabricación, distribución y posterior reventa por el minorista, es necesaria la realización de toda una serie de contratos,

generalmente de compraventa, que aparecen unidos formando una cadena ¹. Así pues el fenómeno de fabricación y puesta en el mercado es como una moneda de dos caras, en el aspecto económico es un fenómeno unitario y en el anverso de la misma, el aspecto jurídico, encontramos con una pluralidad de contratos que forman una cadena de contratos, en la que cada eslabón se corresponde con una de las distintas fases del proceso de producción-distribución.

264.- En principio, se puede afirmar que existe una falta de correspondencia entre las perspectivas formal o jurídica y la material o socioeconómica de este mismo fenómeno²; pero, sin embargo, entre los diferentes contratos necesarios para poner el producto en el mercado, se pueden encontrar diversos nexos de unión: todas las ventas tienen un mismo objeto y contribuyen a alcanzar un resultado común, que no es otro que la llegada del producto hasta su destinatario final, el consumidor³. De hecho, la venta de un determinado bien que hace el fabricante a un comerciante mayorista tiene lugar en buena parte porque posteriormente va a adquirir ese objeto otro comerciante minorista para revenderlo y así hasta llegar el

¹Esta doble visión del fenómeno de la fabricación y posterior distribución, unitaria en lo económico y fragmentada en lo jurídico es ampliamente compartida por varios autores: SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid, 1989, pág. 670; PARRA LUCÁN, M.A.: *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona. 1.990, pág. 224; LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.*, pág. 145.

²ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974, pág. 142; LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.*, pág.146.

³ Tal como manifiesta LÓPEZ FRÍAS, *ibidem* nota anterior, pág 146, para que poder apreciarse una conexión contractual entre las ventas sucesivas, debe de tratarse de bienes de consumo y que estas ventas formen parte del proceso de distribución de los productos en el mercado. Quedan excluidas las transmisiones sucesivas de un mismo bien que no tengan esas características, ya que no es suficiente que el objeto de todas las ventas sea el mismo para que se pueda entender que hay conexión contractual. En este sentido se pronuncia la STS de 8 de Mayo de 1991-A.C., ref. 720- que rechaza la vinculación jurídica entre dos compraventas de unos aparatos de alta tecnología, celebrándose el primer contrato entre dos empresas y el segundo entre una de esas empresas y Radio Televisión Española).

producto al último y definitivo comprador⁴.

265.- La unidad de la operación y la vinculación económica que se aprecia entre los contratos integrantes de la cadena de compraventas, se pone de manifiesto en la denominada «la pérdida de protagonismo del comerciante-vendedor»⁵; de modo que, cada vez se va reduciendo el protagonismo del vendedor intermedio en el proceso de fabricación y distribución a la vez que se incrementa el contacto entre los elementos extremos de la cadena de contratos, es decir entre fabricante y consumidor⁶. Así pues, y aunque generalmente no existe relación contractual entre el último adquirente y el fabricante, los verdaderos protagonistas de la operación son los dos, por

⁴PUIG BRUTAU, «*Diccionario de acciones...*, *op.cit.*, pág. 292, al definir las ventas sucesivas de bienes dice que constituyen «un conjunto de operaciones con el objetivo unitario de distribuir las mercancías para que lleguen al consumidor. Los contratos intermedios son simples operaciones que actúan como impulsoras en un canal de distribución».

⁵PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op. cit.* pág. 149 y ss., pone de manifiesto una serie de datos que son reveladores de aquella pérdida de protagonismo:

a) La publicidad del producto, realizada por el fabricante, viene a sustituir a las informaciones del comerciante- informaciones del comerciante-vendedor, quien sólo pone a disposición del cliente el producto que éste ha elegido por virtud de la propaganda.

b)El prestigio de la «marca comercial» sustituye al prestigio del comerciante.

c) Es frecuente que los productos lleguen envasados o precintados al comerciante, por lo que éste se limita a conservarlos, sin hacer en los mismos ningún tipo de transformación.

d) También con frecuencia el propio fabricante ofrece al consumidor una garantía de buen funcionamiento, disponiendo de una red de asistencia técnica completamente al margen del comerciante-vendedor.

e) Los precios vienen fijados generalmente por el productor, impidiéndose su alteración al comerciante

f)Además, la empresa productora puede, en ocasiones, controlar la organización de la empresa vendedora o facilitarle instrumentos para conservar y expedir los bienes distribuidos.

⁶ En este sentido, ALCOVER GARAU, G.: «*La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptación al Derecho español*», Madrid, 1990, pág. 20; CAVANILLAS MUGICA, S.: *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, 1985, pág. 152; ROJO FERNANDEZ-RÍO, A: *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974, págs. 143 y 144; LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.*, pág.146.

encima de los sujetos que desempeñan la función de vendedores intermedios⁷.

1.B.- DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO A LA INDEMNIDAD Y DERECHO A LA UTILIDAD.

266.- El adquirente de un bien de consumo tiene derecho a recibir un objeto sin defectos ni vicios y que responda a las características y utilidades ofrecidas por el vendedor o por el fabricante. Además, este comprador tiene derecho a ser protegido frente a los daños que el producto comprado pueda ocasionar a su persona o a sus bienes; protección que también se extiende a los terceros que sufran daños originados por dicho bien. De aquí se deduce la necesidad de distinguir entre dos supuestos, la responsabilidad debida por el carácter defectuoso de la prestación efectuada⁸ y la responsabilidad que deriva de los daños ocasionados por la cosa a las personas o a los objetos distintos de aquélla.

267.- En el caso del carácter defectuoso de la prestación, lo que ha de protegerse es el interés contractual del adquirente, es decir, su legítima expectativa de obtener un bien conforme a lo estipulado en el contrato. Si esa expectativa no se ve satisfecha, el comprador podrá pedir, según los casos, la reparación de la cosa, su sustitución por otra, o la resolución del contrato, más una indemnización por daños y perjuicios. Serán aplicables, por tanto, las

⁷En definitiva, como dice HERRERA CATENA, J., «el comerciante es un *mero puente* entre fabricante y consumidor» («El ámbito de la responsabilidad extracontractual y su deslinde de otros distintos -Análisis de criterios jurisprudenciales-», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 6-7, 1985, pág. 65).

⁸ Semejante distinción se corresponde con la que hace CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, págs. 132 y 133, entre el «derecho a la seguridad o indemnidad» de los consumidores y el «derecho a la utilidad» del producto.

normas de la responsabilidad contractual.

268.- En el segundo caso, de responsabilidad por los daños ocasionados lo que está en juego es la seguridad del consumidor o usuario, con independencia de su eventual condición de comprador⁹: el daño que origina el producto no deriva propiamente del incumplimiento de un contrato de compraventa, sino de un hecho ilícito que consiste en lanzar al mercado un producto inseguro o peligroso. La consecuencia jurídica adecuada a ese hecho dañoso es el derecho del perjudicado, sea comprador o no, a obtener una indemnización, resarcimiento que debe someterse a las reglas de la responsabilidad extracontractual¹⁰.

1.C.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

269.- Actualmente la responsabilidad por productos se encuentra regulada principalmente, en la Ley 22/1994 de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos^{11 12}. Antes de la entrada en vigor esta la ley, el marco jurídico de la responsabilidad por daños lo constituían el

⁹PASQUAU LIAÑO, «La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo», AC, 1990, XXIX, pág.423.

¹⁰PASQUAU LIAÑO, M.: « La noción de defecto a efectos de la responsabilidad civil del fabricante por daños ocasionados por productos », *Iniuria*, nº 5, enero-marzo 1995, pág. 89, establece que: «si lo que está en juego no es la utilidad del adquirente, sino su seguridad, debe de elegirse la via extracontractual- haya o no contratos por el medio- pues el fundamento del deber de indemnizar se deriva en esta caso del hecho de la comercialización de un producto defectuoso (generador de peligro, tanto para el adquirente como para cualquier tercero), y no del incumplimiento de una obligación contractual.

¹¹En adelante LRCPD

¹²Es de destacar que la moderna teoría sobre la responsabilidad civil del productor tuvo su cuna en USA y se expandió por Europa; además la *products liability* puede considerarse que es el primer caso de recepción jurídica del *common law* del nuevo mundo (JIMÉNEZ LIÉBANA, D.: *Responsabilidad civil: daños causados por productos defectuosos*, MacGraw Hill, Madrid, 1998, pág.5).

Código civil¹³ y la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU). En el Código civil se recogían los criterios generales aplicables, tanto en el caso de la responsabilidad contractual como de la extracontractual que eran aplicables a de los diversos participantes en la cadena de producción y distribución de bienes muebles¹⁴. La entrada en vigor la LGDCU supuso un cambio en el ámbito de la protección al comprador de bienes defectuosamente fabricados puesto que en la misma se contiene una especie de «régimen general de la responsabilidad civil del productor¹⁵» en los artículos 25 a 31. La regulación establecida en esta ley vino a sumarse a los preceptos del Código con los que coexistía¹⁶.

270.-La publicación y posterior aplicación de la Ley 22/1994 ha venido a dejar prácticamente vacíos de contenido a los arts. 25 a 28 de la LGDCU para los daños causados por productos defectuosos, si bien, aquellos todavía son aplicables a los daños causados por materias primas agropecuarias y derivados, o los productos de la caza y la pesca que no hayan sufrido transformación (art. 2) y para los daños causados por servicios.

1.C.1- La responsabilidad por productos defectuosos en el Código Civil.

271.-En el Código civil, la protección de los perjudicados por productos

¹³El art. 15 de la Ley 22/1994 establece la compatibilidad de la misma con las normas tradicionales de responsabilidad civil; lo que hace necesario estudiar con determinado rigor el régimen de la responsabilidad en el derecho común del Código.

¹⁴LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.* pág.158.

¹⁵GÓMEZ CALERO, J.: *La responsabilidad civil. Productos defectuosos*, Madrid 1.996, pág. 22.

¹⁶GÓMEZ LAPLAZA, M.C y DÍAZ ALABART, S.: «*Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*», AC, 1995-2, pág. 520.

defectuosos ha sido efectuada utilizando el doble expediente de someterla, bien a las reglas generales sobre responsabilidad contractual, bien a las de responsabilidad extracontractual¹⁷.

1.C.1.a.- La responsabilidad contractual del vendedor.

272.-La aplicación de los supuestos de responsabilidad contractual¹⁸ (derecho a la prestación) exige tener en cuenta que los daños ocasionados a la víctima son consecuencia de la vulneración por parte del vendedor de sus obligaciones contractuales¹⁹.

En los supuestos de responsabilidad contractual por productos defectuosos, el comprador perjudicado podía utilizar las reglas generales sobre responsabilidad contractual reguladas en los artículos 1101 a 1.107 y 1.124 (este último para los contratos bilaterales) del Código civil²⁰. También podía ejercitar las acciones propias del contrato de compraventa como son el saneamiento por vicios ocultos del artículo 1.484 y siguientes.

¹⁷BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios » en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1.987, pág. 222.

¹⁸Según LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pág.149: «La responsabilidad contractual del fabricante ha sido mucho menos estudiada por la doctrina que la responsabilidad aquiliana del mismo. Asimismo ha provocado un menor número de resoluciones del Tribunal Supremo que la responsabilidad extracontractual . El motivo parece ser la escasa cuantía de los litigios relativos a la reparación o sustitución de bienes de consumo y a la resolución de las ventas de dichos objetos. La pequeña cuantía de esos asuntos les ha impedido llegar hasta el T.S. y, lo que ha provocado la inexistencia de una doctrina jurisprudencial consolidada sobre los mismos».

¹⁹ALCOVER GARAU, G: *La responsabilidad civil del fabricante (Derecho comunitario y adaptación al derecho español)*, *op.cit.*, pág. 21.

²⁰JIMÉNEZ LIÉBANA, *Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos*, *op.cit.*, 66, admite incluso la posibilidad de ejercitar las acciones basadas en el error o el dolo para la protección del perjudicado por productos.

a) La garantía por vicios ocultos.

273.-Dentro del derecho privado los preceptos que más específicamente abordan la protección del adquirente de bienes, son los que otorgan al mismo las acciones edilicias²¹, en el seno de la compraventa civil (arts. 1.484 a 1499 C.C) y de la mercantil (arts. 336.2, 324 y 345 Código de Comercio).

274.-Estos mecanismos de defensa del comprador, en la época en que fueron concebidos por el legislador, estaban pensados para la producción en masa²². Esto hace que, hoy en día, hayan sido declarados insuficientes por la doctrina por los siguientes motivos²³:

a) La brevedad de los plazos para su ejercicio, de seis meses en el caso las acciones edilicias contempladas por el Código civil y de treinta días para los vicios internos regulados en el Código de Comercio.

b) La exigencia de que se trate de vicios esenciales, es decir aquellos que hacen a la cosa impropia para el uso a que la destina.

²¹En el seno del contrato de compraventa, nos dice BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.:(« La responsabilidad por los daños y perjuicios..., *op. cit.* págs. 222 a 223.) que mediante el recurso a las acciones edilicias, el vendedor responde de los vicios ocultos de la cosa vendida, incluso si ignora su existencia. El vendedor puede exigir la resolución del contrato o una rebaja del precio y, además una indemnización de los daños y perjuicios sufridos cuando el vendedor conozca (o deba conocer, de acuerdo con la diligencia que le sea exigible) las existencia de los vicios o defectos ocultos.

²²Hoy en día la inadecuación del sistema de los vicios ocultos se debe a que los problemas de la producción en masa y la distribución en masa no estaban en la mente del legislador que el disciplinar el contrato de compraventa estaba pensando en una actividad económica basada en la agricultura y en el comercio de productos del suelo y artesanales. *Vid.* PARRA LUCÁN, M.A.: *Daños por productos...*, *op. cit.* pág. 189.

²³PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op. cit.*, pág. 152.

c) Mediante tales acciones únicamente puede obtenerse la resolución del contrato o reducción del precio, pero no la reparación o la sustitución del objeto vendido, que es normalmente lo que interesa. Para conseguir una indemnización por daños y perjuicios no sólo habrá que solicitar la resolución de la compraventa sino también la mala fe del vendedor²⁴. (1.486).

d) Tales garantías son renunciables por el comprador tal como permiten los arts. 1485 Código Civil y 345 C.de C., con lo que se están permitiendo la validez de la cláusulas de exoneración de responsabilidad con el único límite de la mala fe del vendedor.

e) El ámbito de subjetivo de tales acciones es muy limitado ya que sólo pueden ser ejercitadas por el comprador (y no por un tercero usuario que resulte dañado o perjudicado), y sólo contra el vendedor inmediato, pero no contra el fabricante.

f) La desafortunada redacción de los artículos 325 y 326 del Código de Comercio, ha llevado a la doctrina a planteamientos enfrentados acerca de la naturaleza civil o mercantil en las adquisiciones de bienes muebles que no se destinen a la compraventa²⁵.

²⁴Además se plantea el problema de si los daños causados por la cosa comprada están incluidos o no en esta indemnización. A favor GARCÍA CANTERO, en Comentarios al Código civil y compilaciones forales, (dir. ALBALADEJO), tomo XIX, Madrid, 1980, pág. 390; LACRUZ, J.L.: *Elementos de derecho Civil II*, vol.3º, Barcelona, 1986, pág. 69; PARRA LUCÁN, M.A.: *Daños por productos...*, *op. cit.* pág. 200.

²⁵*Vid.* PARRA LUCÁN, M.A.: *Daños por productos...*, *op. cit.* pág. 192. En parecido sentido se manifiesta JIMÉNEZ LIÉBANA, *Responsabilidad civil...*, *op.cit.* pág.67, quien además estima que las compraventas de consumo son siempre civiles, citando a título de ejemplo la STS de 18 de marzo de 1995.

b) La superación de la normativa de los vicios ocultos.

275.-Esta insatisfactoria regulación de los vicios en la compraventa, motivaron que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo terminase aplicando las reglas generales del incumplimiento contractual del artículo 1101 y concordantes del Código civil ²⁶. El comprador mediante este recurso se ve favorecido: en primer lugar, por disponer de un plazo muy superior -el de quince años del art- 1964, además el artículo 1124 ofrece abanico de acciones más amplio²⁷ y, finalmente, el artículo 1101 concede la indemnización de los daños sin necesidad de que se pruebe que el vendedor conocía los vicios de la cosa²⁸.

276.-El Tribunal Supremo utilizó dos expedientes diferentes para escapar de la normativa del saneamiento y aplicar las reglas generales del incumplimiento de las obligaciones²⁹. En una primera etapa aplicó la doctrina de la acumulación de acciones, en el sentido de atribuir la comprador la facultad de optar entre el ejercicio de las acciones de saneamiento o las generales del incumplimiento³⁰. En contra de esta práctica se alega que la

²⁶BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.:« La responsabilidad por los daños y perjuicios..., *op. cit.*, pág. 222, manifiesta que esta vía de protección permite al perjudicado exigir, junto con el cumplimiento debido del contrato o su resolución, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la contraparte. Si el vendedor había actuado de buena fe, tenía que responder de los daños y perjuicios previstos o que hubiesen podido preverse al tiempo de constituirse la obligación y que fuesen consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. Por el contrario, si el vendedor actuó de mala fe, por haber incurrido en dolo o culpa, debía responder de todos los daños y perjuicios que conocidamente hubiesen derivado de la falta de cumplimiento.

²⁷ORTI VALLEJO, A.: « Los vicios en la compraventa y su diferencia con el “aliud pro alio”: jurisprudencia reciente » *Ar.Civ.*, 1996, t. I, págs. 41 a 60.

²⁸*Vid.* PARRA LUCÁN, M.A.: *Daños por productos...*, *op. cit.*, pág. 218.

²⁹ORTI VALLEJO, A.: « Los vicios en la compraventa y su diferencia con el “aliud pro alio”: jurisprudencia reciente », *op.cit.*, págs,41 a 60.

³⁰En ese sentido se pronuncian las SSTs de 16 de junio de 1945, 15 de junio de 1973, la de 26 de marzo de 1982 y la de 23 de noviembre de 1988.

misma suponía *derogar el sistema del saneamiento*³¹.

c) La regla del «aliud pro alio».

277.-En una segunda etapa, se abandonó aquella doctrina³², con la STS 23 marzo 1982 (RJA 1982/1500) en la que se empieza a limitar la aplicabilidad de las reglas generales del incumplimiento exclusivamente a aquellos supuestos en los que, en atención a la gravedad del defecto de que adolece la cosa vendida, se determina que la cosa prácticamente sea distinta a la que debía haber entregado el vendedor, es decir que se trate de un «aliud pro alio», cercano al verdadero y propio incumplimiento, en el sentido de comportar la insatisfacción total del comprador. De este modo la doctrina edilicia o de los vicios ocultos del Código civil o del Código de Comercio quedaba reducida a los defectos de menor gravedad. Dos son los supuestos de defectos que según el Tribunal Supremo admiten la calificación de «aliud pro alio»:

- 1) La cosa es diferente de la pactada (diversidad ontológica o sustancial).
- 2) La cosa es inhábil para el fin para servir al fin para el que fue concertado el contrato (diversidad funcional)³³.

³¹ORTÍ VALLEJO, A.: *La protección del comprador*, Granada, 1987, pág. 31, señala que la acumulación de acciones, presenta un inconveniente técnico consistente en que supone una violación del principio de especialidad, puesto que en virtud del principio *lex specialis derogat legi generali*, estaría excluido el aplicar preceptos de carácter general cuando se disponen de otros, como las acciones edilicias en este caso, que se ocupen del supuesto. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: (« La responsabilidad por los daños y perjuicios... », *op. cit.*, pág. 223) señala la eficacia de esta jurisprudencia de intereses, aún a pesar de utilizar cauces que pueden cuestionarse desde la dogmática conceptualista, como sería el caso de la acumulación de acciones.

³²ORTÍ VALLEJO, A.: « Los vicios en la compraventa y su diferencia con el “aliud pro alio”: jurisprudencia reciente », *Ar.Civ.*, 1996 T-I, págs. 41 a 60.

³³Se consideran supuestos de « diversidad funcional » : tubos de riego inútiles que hubieron de sustituirse (STS 7 enero 1988), ineptitud del papel suministrado para envasar

278 El recurso a la vía contractual para obtener el resarcimiento por los daños causados por productos defectuosos, aún a pesar del esfuerzo de la doctrinal jurisprudencial, continuó siendo insuficiente puesto que el principio de relatividad contractual creaba una serie de disfunciones³⁴: en primer lugar el sujeto responsable era siempre el último vendedor y no el fabricante o cualquier otro intermediario anterior al minorista, aún cuando por norma general sean estos los auténticos responsable del defecto³⁵ y finalmente las reglas de la responsabilidad civil sólo protegían al adquirente-comprador pero no al resto de las víctimas, no compradoras, que hubiesen sufrido algún tipo de daño³⁶. La única posibilidad de que se hiciese efectiva la responsabilidad

mantequilla (STS 8 marzo 1989), hormigón inidóneo que obligó a demoler la obra realizada con él (STS 1 marzo 1991), madera afectada por insectos para cuya eliminación fue necesario un costoso proyecto de saneamiento (STS 28 enero de 1992).

³⁴ALCOVER GARAU, *La responsabilidad civil del fabricante...*, *op. cit.* págs. 21 y 22. HERRERA CATENA, J.: «El ámbito de la responsabilidad extracontractual ...», *op. cit.*, pág. 65; PUIG BRUTAU, J.: *op. cit.*, págs. 292 y 293; SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad del fabricante. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 5ª ed., Madrid, 1989, págs. 707 y 708. Este último ha considerado que, por analogía con los preceptos del Código civil que contemplan acciones directas, podría admitirse una acción de este tipo en la cadena de compraventas que empieza en el fabricante y termina en el consumidor, aunque ello pudiera considerarse como una interpretación correctora de las normas vigentes (en particular, del artículo 1257,1 del Código civil).

³⁵BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La responsabilidad por los daños y perjuicios...», *op. cit.*, pág. 223.

³⁶ En la jurisprudencia anterior a la publicación de la LGDCU, se afirma, en reiteradas ocasiones, la falta de legitimación del comprador para dirigirse, vía contractual, al fabricante por impedirlo el principio de relatividad contractual: Es el caso de la STS de 25 de noviembre de 1967 (R.A. 4769), en la que se planteó el siguiente supuesto: El comprador de una máquina en la que se apreciaron defectos demandó al vendedor y al fabricante solicitando la resolución de la compraventa celebrada y una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Tanto las instancias inferiores como el Tribunal Supremo atendieron las pretensiones del actor en relación al vendedor, pero absolvieron al fabricante por falta de legitimación pasiva, al no haber sido parte en el contrato de compraventa del que dimanaban las acciones ejercitadas. Así pues, en este caso el demandante se situó en el ámbito contractual para reclamar al productor, y, en consecuencia, el Tribunal rechazó su pretensión, oponiendo la eficacia relativa del contrato de compraventa.

Una fundamentación análoga aparece en la sentencia de 14 de noviembre de 1984 (R.A. 5.554), en la que varios compradores de un insecticida solicitaron al fabricante del mismo una indemnización por los daños causados por la utilización del producto, con base

del fabricante, consistía en que el último vendedor objeto de reclamación, a su vez demandase a quien con él contrató, y éste a su cocontratante, y así sucesivamente³⁷.

279.-Para un determinado sector doctrinal, el obstáculo de la relatividad contractual podía salvarse reconociendo una acción directa de origen contractual al adquirente final de un producto frente al fabricante³⁸; todo ello

al artículo 1.101 del Código civil. La Audiencia admitió, en lo esencial, la pretensión esgrimida; pero el Tribunal Supremo la rechazó, argumentando, entre otras razones, que no existía contrato entre los compradores y la entidad fabricante, por lo que debía descartarse «toda posibilidad de utilizar soluciones contractuales para llegar a los efectos indemnizatorios» solicitados.

La STS de 19 de marzo de 1983 (R.A.1.651) parece apartarse de la línea contenida en las decisiones, al declarar la responsabilidad contractual del fabricante por los daños derivados del uso de un producto químico. Sin embargo, quien vendió directamente ese producto al perjudicado fue un Agente distribuidor del fabricante, que actuaba en representación de éste, por lo que el pronunciamiento del Tribunal Supremo no puede interpretarse como una ruptura con el principio del efecto relativo de los contratos y con la jurisprudencia que lo ha aplicado a las ventas sucesivas.

³⁷El sistema de reclamaciones sucesivas, tal como señala LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.*, pág.152, presenta varios inconvenientes: a) es muy costoso b) cabe la posibilidad de que en el caso de que se ejercitase una acción edilicia de saneamiento por vicios ocultos esta ya hubiese prescrito cuando la ejercitase el primer adquirente del fabricante, en base al Código civil o al Código de Comercio c) cabe la posibilidad de que la cadena de pretensiones dirigida a los vendedores se interrumpa por diversas causas, como la imposibilidad de identificar a los adquirentes intermedios que han participado en el proceso de distribución, la insolvencia de alguno de ellos, o la oposición de cláusulas exoneratorias de responsabilidad que quizás no tendría derecho a invocar el responsable del incumplimiento y d) finalmente al comprador le beneficiaría la posibilidad de reclamar al fabricante por tener mayor solvencia que el minorista o vendedor inmediato de dicho adquirente.

³⁸HERRERA CATENA, J.: «El ámbito de la responsabilidad extracontractual ..., », *op. cit.*, pág. 65; PUIG BRUTAU, J.: *op. cit.*, págs. 292 y 293; SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal, op.cit.*, págs. 707 y 708, considerado que, por analogía con los preceptos del Código civil que contemplan acciones directas, podría admitirse una acción de este tipo en la cadena de compraventas que empieza en el fabricante y termina en el consumidor, aunque ello pudiera considerarse como una interpretación correctora de las normas vigentes (en particular, del artículo 1257,1 del Código civil).—buscar Santos Briz vide edición 1991, pag. 706 a 711, vol.II. También alega ese autor, *ibidem* págs. 671 y 672, que la norma de la buena fe, aplicable a toda contratación *ex art.* 1258, puede trasladarse a la contratación de las mercaderías por los usuarios que las adquieren de proveedores más o menos directamente vinculados contractualmente con el fabricante., por lo que éste ha de aceptar las consecuencias de que otro, el usuario, confíe en la apariencia externa. De modo que el productor que lleva sus géneros al mercado, al reclamar con ello la confianza del consumidor ha de responder por

aún a pesar de no existir en el Código civil una norma que contemplase la responsabilidad contractual del fabricante, y a pesar de negar el Tribunal Supremo la procedencia de las acciones contractuales del comprador contra ese sujeto.

1.C.1.b.- La responsabilidad extracontractual del fabricante.

280.-El principio de la relatividad contractual deja de ser un inconveniente cuando se pretende proteger el derecho a no ser dañado, (derecho a la indemnidad), es decir, cuando de lo que se trata es de obtener una indemnización por los daños que ha causado el producto defectuoso. El hecho dañoso pone en contacto directo al perjudicado y al fabricante³⁹. De esta manera el fabricante responderá por los daños que causen los productos defectuosos que fabrique de manera negligente e introduzca en el mercado⁴⁰, mediante esta vía la responsabilidad del fabricante queda al margen de la existencia de toda relación jurídica previa⁴¹.

los daños que éste se ocasionen por los vicios de las cosas vendidas.

³⁹Vid. DE ANGEL YAGÜEZ: *Tratado de Responsabilidad Civi*, *op. cit.*, pág. 642;: «Si quien es dañado por el uso o consumo de un producto lo ha adquirido de un comerciante o distribuidor, y dado que entre el perjudicado y el productor no ha habido relación contractual alguna, la norma a aplicar, en principio, es la de la responsabilidad civil extracontractual, consagrada en el artículo 1.902 del Código civil.»

⁴⁰ALCOVER GARAU, *La responsabilidad civil del fabricante...*, *op. cit.*, pág 22. HERRERA CATENA, J.: «El ámbito de la responsabilidad extracontractual ...», *op. cit.*, pág. 65; PUIG BRUTAU, J.: *op. cit.*, págs. 292 y 293; SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad del fabricante. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 5ª ed., Madrid, 1989, págs. 707 y 708. Este último ha considerado que, por analogía con los preceptos del Código civil que contemplan acciones directas, podría admitirse una acción de este tipo en la cadena de compraventas que empieza en el fabricante y termina en el consumidor, aunque ello pudiera considerarse como una interpretación correctora de las normas vigentes (en particular, del artículo 1257,1 del Código civil).

⁴¹JIMÉNEZ LIÉBANA, *Responsabilidad civil...*, *op,cit.*, pág.72.

El recurso a la responsabilidad extracontractual, se encuentra regulada en los artículos 1902 a 1910 del Código civil, 109 a 122 del Código Penal. Esta vía prevé la reparación de los daños causados por culpa, dolo o creación de un riesgo (art. 1902), así como de los producidos por la actuación de terceros por quienes se deba responder. (arts. 1903 C.c.y 120 y ss C.P.).

281.-El sistema de protección derivado de la responsabilidad aquiliana tampoco vino a ser la solución perfecta puesto que la aplicación de los preceptos que la regulan, exigían que el perjudicado probase la negligencia o culpa del fabricante⁴²

282.- En una segunda etapa, el Tribunal Supremo, ante el grave inconveniente que suponía que el perjudicado tuviese que probar la culpa o negligencia del fabricante, intentó su corrección mediante una jurisprudencia de intereses que facilitó la indemnización del daño⁴³: así pues estableció la

⁴²El Tribunal Supremo vino exigiendo que la culpa quedase debidamente acreditada para que pudiese exigirse la responsabilidad por daños. Así en las SSTs de 10 de febrero de 1988 y 5 de octubre de 1983. En ese sentido las SSTs de 26 marzo 83, 2 marzo 83 , 29 marzo 83, 26 enero 90; En esta última sentencia se condena solidariamente al instalador de un armario de baño (vendedor) y al fabricante; así pues el TS declara: « En esta responsabilidad (1.902) no está excluida desde luego la persona del fabricante del objeto causante de los daños, ni tampoco la entidad o persona que actúa como vendedora, no siendo al respecto de ignorar en este sentido la jurisprudencia francesa que en casos como el ahora debatido aplica el criterio de que el que ejerce una industria o comercio se presume que la conoce, y que se presume que el vendedor que trafica con la cosa que tiene defectos de fabricación conoce siempre los defectos de que adolece (*unusquisque peritus esse debet artis suae*) ».

⁴³Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: « La responsabilidad por los daños y perjuicios... », *op. cit.*, pág. 224; ALCOVER GARAU, *La responsabilidad civil del fabricante...*, *op. cit.*, pág. 23. HERRERA CATENA, J.: «El ámbito de la responsabilidad extracontractual ... », *op. cit.*, pág. 65; PUIG BRUTAU, J.: *op. cit.*, págs. 292 y 293; SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad del fabricante. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 5ª ed., Madrid, 1989, págs. 707 y 708 Este último ha considerado que, por analogía con los preceptos del Código civil que contemplan acciones directas, podría admitirse una acción de este tipo en la cadena de compraventas que empieza en el fabricante y termina en el consumidor, aunque ello pudiera considerarse como una interpretación correctora de las normas vigentes (en particular, del artículo 1257,1 del Código civil). GÓMEZ LAPLAZA y DÍAZ ALABART, «*Responsabilidad civil por los daños causados...*, *op. cit.*, pág. 520.

doctrina de la inversión de la carga de la prueba, obligando al empresario a que probase que había actuado diligentemente y estableció la solidaridad de todos los que han intervenido en la producción del daño con lo que se ha logrado un considerable nivel de protección de los perjudicado⁴⁴.

283.-El recurso a la responsabilidad aquiliana, si bien supuso unos ciertos avances con relación al sistema de la responsabilidad contractual, tampoco supuso una perfecta protección del perjudicado aún a pesar de la evolución jurisprudencial del Alto Tribunal puesto que provocaba los siguientes problemas: En primer lugar porque desnaturaliza la responsabilidad por culpa, además de ser fuente de dudas que perjudican tanto a las víctimas como a los fabricantes⁴⁵, asimismo el productor quedaba exonerado de responsabilidad si probaba que había actuado diligentemente⁴⁶ y finalmente existía dificultad para deslindar a veces la responsabilidad contractual de la extracontractual⁴⁷.

284.-Ante la insuficiencia de las soluciones del Código civil, fue tomando cuerpo, en todos los países de nuestra órbita jurídica, que el fabricante había de responder de los productos defectuosos que pusiera en circulación en el mercado aunque hubiese actuado de forma diligente, es decir que debía responder de forma objetiva⁴⁸. Para ello se utilizaba el argumento de que la responsabilidad por el daño causado por el producto defectuoso ha de recaer en la persona que ha creado el riesgo, el fabricante, que es la persona

⁴⁴FALTA JURISPRUDENCIA OBJETIVACIÓN CULPA

⁴⁵ALCOVER GARAU, *La responsabilidad civil del fabricante...*, *op. cit.*, pág. 23.

⁴⁶*Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.:« La responsabilidad por los daños y perjuicios...», *op. cit.*, pág. 224.

⁴⁷*Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.:« La responsabilidad por los daños y perjuicios...», *op. cit.*, pág. 224.

⁴⁸ALCOVER GARAU, *La responsabilidad civil del fabricante...*, *op. cit.*, pág. 24.

que está en mejor condición para controlar la calidad y seguridad del producto. De ahí que la asunción de la responsabilidad es la manera más segura de reducir futuros accidentes, al crearse un incentivo a crear productos seguros⁴⁹.

1.C.2.- La responsabilidad del fabricante en la L G D C U.

285.-La promulgación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo LGDCU)⁵⁰ Parecido arg fraudes en la producción o comercialización, generalmente de productos alimenticios, en los que la r negligencia de los intervinientes en los procesos económicos. han ocasionado daños de una gran extensión y enorme repercusión en la opinión pública. supuso la primera regulación específica en nuestro país de la responsabilidad por productos. Entre otros se ha ocupado del régimen jurídico de la responsabilidad por daños, hasta la promulgación de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos⁵¹. Esa regulación se ha hecho con abstracción del carácter contractual o extracontractual del origen del daño y facilitando el

⁴⁹ALCOVER GARAU, *ibidem* nota anterior, pág. 25.HERRERA CATENA, J.: «El ámbito de la responsabilidad extracontractual ...», *op. cit.*, pág. 65; PUIG BRUTAU, J.: *op. cit.*, págs. 292 y 293; SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad del fabricante. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 5ª ed., Madrid, 1989, págs. 707 y 708. En parecido sentido se manifiesta PARRA LUCÁN, *Daños por productos...*, *op.cit.*, págs. 22 y 23, al decir que seguridad de los productos y responsabilidad por los daños ocasionados a los consumidores son dos aspectos de la misma moneda.[...,]. la introducción de un régimen de responsabilidad más severo, traducido en un incremento del coste de producción de los bienes, incita a introducir medidas preventivas.

⁵⁰Nos recuerda PARRA LUCÁN (*Daños por productos...*, *op. cit.*, págs. 27y 97) que el telón de fondo, no sólo del Capítulo VIII relativo al sistema de responsabilidad , sino de toda la ley, fue el envenenamiento masivo por la ingestión de aceite de la colza, que costó la vida a seiscientas personas y dejó enfermas a veinticinco mil.

⁵¹Los bienes o productos y servicios regulados por la LGDCU tras la promulgación de la Ley 22/1994 han quedado constreñidos a los servicios y a los productos

acceso a la indemnización a través de la objetivación de la responsabilidad⁵². En la LGDCU se contiene una especie de «régimen general de la responsabilidad civil del productor⁵³» en los artículos 25 a 31. La regulación de la responsabilidad por daños causados por productos vino a sumarse a los preceptos del Código con los que ha coexistido⁵⁴. En íntima conexión con los anteriores preceptos se encuentra la regulación de la garantía en el artículo 11.

1.C.2.a.- La acción directa del titular de la garantía contra el fabricante ex art. 11 LGDCU.⁵⁵

sin elaborar como son los productos agrícolas, de la ganadería, de la caza y de la pesca.

⁵²DÍAZ-PICAZO, *Derecho de Daños...*, *op. cit.*, pág.140.

⁵³GÓMEZ CALERO, *La responsabilidad civil. Productos defectuosos*, *op.cit.*, pág. 22.

⁵⁴GÓMEZ LAPLAZA y DÍAZ ALABART, «*Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*», *op. cit.*, pág. 520.

⁵⁵Este precepto establece que: «Artículo 11. 1. El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, deberá permitir que el consumidor o usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento.

2. En relación con los bienes de naturaleza duradera, el productor o suministrador deberá entregar una garantía que, formalizada por escrito, expresará necesariamente:

- a) El objeto sobre el que recaiga la garantía.
- b) El garante.
- c) El titular de la garantía.
- d) Los derechos del titular de la garantía.
- e) El plazo de duración de la garantía.

3. Durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho como mínimo a:

a) La reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados.

b) En los supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado.

4. Queda prohibido incrementar los precios de los repuestos al aplicarlos en las reparaciones y cargar por mano de obra, traslado o visita cantidades superiores a los costes medios estimados en cada sector, debiendo diferenciarse en la factura los distintos conceptos. La lista de precios de los repuestos deberá estar a disposición del público.

286.-El artículo 11 regula la «garantía» que acompaña a determinados bienes, la cual debe entregarse por escrito, precisando una serie de extremos, si el objeto adquirido es de naturaleza duradera^{56 57}.

En el apartado tercero del precepto mencionado se establece el contenido mínimo de la garantía:

«Durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho como mínimo a:

a) La reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados.

b) En los supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a

5. En los bienes de naturaleza duradera, el consumidor o usuario tendrá derecho a un adecuado servicio técnico y a la existencia de repuestos durante un plazo determinado.»

⁵⁶Este precepto debe complementarse con el art. 12 de la Ley 7/1996 de Ordenación del comercio minorista que establece: «Garantía y servicio postventa.

1. El vendedor responderá de la calidad de los artículos vendidos en la forma determinada en los Códigos Civil y Mercantil, así como en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes y complementarias.

2. El plazo mínimo de la garantía, en el caso de bienes de carácter duradero, será de seis meses a contar desde la fecha de recepción del artículo que se trate, salvo cuando la naturaleza del mismo lo impidiera y sin perjuicio de las disposiciones legales o reglamentarias específicas para bienes o servicios concretos.

3. El productor, o, en su defecto, el importador, garantizará, en todo caso, frente a los compradores, la existencia de un adecuado servicio técnico para los bienes de carácter duradero que fabrica o importa así como el suministro de piezas de repuesto durante un plazo mínimo de cinco años a contar desde la fecha en que el producto deje de fabricarse.

Para facilitar el ejercicio de este derecho el vendedor en el momento de la entrega del bien extenderá por cuenta del fabricante o importador, o, en su defecto, en nombre propio, el documento de garantía y le proporcionará las instrucciones suficientes para el correcto uso e instalación del artículo así como para la formulación de las reclamaciones pertinentes.

4. La acción o derecho de recuperación de los géneros entregados por el consumidor o usuario al comerciante para su reparación prescribirá a los tres años a partir del momento de la entrega. Reglamentariamente se establecerán los datos que deberá hacer constar el comerciante en el momento en que se le entrega un objeto para su reparación y las formas en que podrá acreditarse la mencionada entrega».

⁵⁷Está pendiente de transposición en nuestro ordenamiento jurídico la el art. 4º la DIRECTIVA 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado⁵⁸

287.- La doctrina, en relación a la garantía *ex art. 11 LGDCU*, ha llegado a las siguientes conclusiones:

1) Es un precepto de carácter imperativo y, en consecuencia, las partes no pueden acordar que la obligación del garante tenga un contenido menos amplio que el establecido en la ley⁵⁹, si bien pueden superarlo.

2) La garantía está prevista para los casos en que los vicios o defectos que el bien presente sean anteriores a la celebración del contrato de compraventa y que impidan al objeto revestir «las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado»⁶⁰. En este precepto, a diferencia de lo que sucede con el art. 1.484 y ss. del Cc. no se exige que el vicio sea oculto⁶¹.

⁵⁸La jurisprudencia menor ha establecido que : « la interpretación literal del art. 11.3 de la LGDCU [...], permite dentro del tenor literal del precepto obtener la devolución sin que sea precisa la inhabilidad total o parcial del objeto, pero sí la pérdida de condiciones óptimas de uso.» En este sentido se pronuncian las S.A.P Asturias, Sec.. 1ª, de 22 de enero 2001 (Ar.Civ.2001,100), la SAP Tenerife de 23 de Octubre 1999 (Ar.Civ. 1999,2398) y la S.A.P. Madrid de 24 Marzo de 1993.

El T.S. se ha pronunciado al respecto, si bien de forma indirecta, en algunas sentencias como la de 30 de Julio de 1999 (RJA.1999,6357)».

⁵⁹En este sentido se manifiestan: GARCÍA CANTERO, G.: «Comentario al art. 11 » en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuario*, (coords. Bercovitz, Salas), Madrid, 1992., pág. 388; y PARRA LUCAN, M.A.: «Los derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *A.D.C.*, 1988, pág. 524.

⁶⁰Vid PARRA LUCÁN, *ibidem* nota anterior, pág. 526 y ss. Sobre la naturaleza de la garantía, vid. RUBIO GARRIDO, T.: «La garantía del artículo 11 L.C.U.», *A.D.C.*, 1990, págs. 868 a 892.

⁶¹GARCÍA CANTERO, «Comentario al art. 11...», *op. cit.*, pág. 358.

3) El art. 11 LGDCU no vino a suprimir sino a complementar las normas del Código civil en materia de saneamiento para el caso de que uno de los contratantes sea consumidor o usuario en el sentido de la LGDCU⁶² Así pues en la contratación, en el caso de que el objeto fuese totalmente inhábil (*aliud pro alio*) o las particulares del contrato de compraventa⁶³.

4) Las obligaciones del vendedor- garante existen con independencia de su culpa en la causación de los defectos (al igual que ocurre en el saneamiento por vicios ocultos regulado en el Código civil) o con la responsabilidad del fabricante en la Ley 22/1994⁶⁴.

5) La indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios del objeto no sólo procede cuando se insta la reparación del mismo sino incluso en el caso de solicitarse su sustitución del objeto o la resolución del contrato⁶⁵

⁶²GARCÍA CANTERO, *ibidem* nota anterior, pág. 358. La jurisprudencia al referirse a la aplicación del art. 11.3 LGDCU, ha establecido que la acción ejercitada lleva aparejada en beneficio del consumidor y en el período de garantía, una inversión de la carga de la prueba en beneficio del consumidor y usuario, con apoyo en el régimen previsto en los arts. 25 y ss. de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. En ese sentido la STS de 23 de Mayo 1991(RJA 1991,3784), como la jurisprudencia menor SAP, Asturias, Sec.1ª de 22 enero 2001,(Ar.Civ.2001,100) y la SAP Madrid de 24 de marzo 1993.

⁶³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *loc. cit.*, pág. 108; LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.* pág.162.

⁶⁴Este esquema se mantiene en el art. 4º la DIRECTIVA 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, asimismo en este precepto se establece una acción directa en favor del vendedor final. El comentado precepto establece que : « Cuando el vendedor final deba responder ante el consumidor por falta de conformidad resultante de una acción u omisión del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario, el vendedor final podrá emprender acciones contra la persona responsable en la cadena contractual. La legislación nacional determinará quién es el responsable, o los responsables, contra los que podrá emprender acciones el vendedor final. así como las acciones y las condiciones de ejercicio correspondientes.»

⁶⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La defensa contractual del consumidor o

6) Los daños y perjuicios que pueden ser indemnizados con base a este artículo son únicamente aquellos que se derivan de la defectuosa prestación realizada por el garante, y no los ocasionados a las personas o a cosas distintas del producto adquirido⁶⁶, debiendo ser éstos reconducidos a la Ley 22/1994 o al Capítulo VIII de LGDCU en el caso daños causados por servicios.

7) Los derechos a que alude el artículo 11,3º se refieren únicamente a los bienes de naturaleza duradera. Esto es así aún a pesar de que el artículo 11,3 no menciona expresamente las cosas de naturaleza duradera como objeto de la garantía, ni hace referencia alguna al apartado anterior, que sí alude a aquellos bienes⁶⁷. Sin embargo, una interpretación sistemática de los diversos apartados del artículo 11 lleva a la conclusión de que las disposiciones de su apartado tercero están pensando en la garantía que acaba de establecer como obligatoria el número anterior, es decir la que acompaña a los objetos

usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, pág. 221; DUQUE, J.: «La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *E. C.*, nº 3 (diciembre, 1984), pág. 77; RUBIO GARRIDO, *op.cit.*, pág. 911; y TORRES LANA, J.A.: «La garantía en las ventas al consumidor», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, pág. 803. En contra, PARRA LUCÁN, «Los derechos mínimos del titular...», *op.cit.*, pág. 545.

⁶⁶PARRA LUCAN, «Los derechos mínimos del titular...», *op.cit.*, págs. 546 y 547; LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.*, pág.163. El art. 3 de la DIRECTIVA 1999/44/CE, establece que el vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien.

⁶⁷Hay que tener en cuenta que el RD 287/1991 de 8 de marzo, al determinar cuáles son los bienes de naturaleza duradera, lo hace «a los efectos del artículo 11,2 y 5 de la LGDCU; asimismo el art. 12.3 de la Ley 7/1996 de Ordenación del comercio minorista al establecer el plazo de duración mínima de la garantía se refiere a los bienes de carácter duradero.

duraderos⁶⁸. Por otra parte, va contra la lógica de las cosas entender que el artículo 11,3 se refiere a la garantía tanto de los bienes no consumibles como de los perecederos, ya que respecto de éstos carece de sentido su reparación⁶⁹.

288.- Algún autor entiende que en base al artículo 11,3, puede ejercitarse una acción directa de carácter contractual contra el fabricante⁷⁰. En este sentido deberá distinguirse si junto con el bien adquirido se entrega o no la garantía⁷¹

289.- En el caso de entrega con garantía si el objeto comprado es defectuoso o ha producido daños, el consumidor podrá exigir su reparación y, finalmente si ésta no resulta satisfactoria, podrá optar entre su sustitución o la devolución del precio pagado y, en ambos casos acompañado por una indemnización por daños y perjuicios. Las acciones de reclamación podrán interponerse reclamaciones contra quien figure como garante en el documento que se ha entregado al comprador; que puede ser tanto el vendedor como el fabricante. Ahora bien, si el garante es el productor, ello quiere decir que el adquirente, en base al artículo 11 de la LGDCU, tiene acción directa frente a aquél para obtener la reparación o la sustitución de la cosa. Nos encontramos ante una acción directa puesto que no existe relación contractual entre esos

⁶⁸BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: «La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores», en *Estudios jurídicos...*, cit., pág. 156.

⁶⁹ORTI VALLEJO, *La protección del comprador*, op. cit., pág. 379, considera que la reparación en los objetos no duraderos es muy difícil, en ocasiones antieconómica y en gran número de casos, imposible.

⁷⁰LÓPEZ FRÍAS, op.cit., pág.164.

⁷¹La entrega del documento de garantía, nos dice RODRÍGUEZ GONZÁLEZ:(*El principio de relatividad...*, ..., op. cit., pág. 292), debe de ser considerado como uno de los accesorios del art. 1097 que debe entregar el vendedor al comprador junto con otros documentos como los títulos de pertenencia, instrucciones de uso, etc. Con relación a la garantía, establece GARCÍA CANTERO («Comentario al art. 11...», op. cit., pág. 379), que esta constituye una obligación *propter rem* que acompaña a cualquier titular del producto mientras que permanece en vigor.

sujetos, y, en consecuencia, que el mencionado precepto supone el reconocimiento legal de una acción directa contra el fabricante⁷². Sin embargo para algún autor la acción ejercitada no puede considerarse *directa* en sentido estricto, puesto que estima que entre fabricante y consumidor existe una relación negocial derivada de la misma existencia de la garantía⁷³. Es decir, se puede entender que estos dos sujetos han concluido un contrato, el cual no tiene por objeto directo la cosa comprada (a ella se refiere el contrato celebrado por el último vendedor y el comprador), sino la propia garantía; en consecuencia, la acción del consumidor encuentra su fundamento en tal relación contractual, y no ha de estimarse directa.

290.- En el supuesto de que no se haya entregado la garantía al comprador también puede ejercitar los derechos que reconoce el 11. Si bien hay que distinguir entre dos casos:

291.- a) Que sea preceptivo poner a disposición del comprador la garantía, y si ésta no es entregada el comprador puede solicitar la reparación del objeto y, en su caso, la sustitución o la resolución, basándose en el artículo 11,3 de la LGDCU. Pero comoquiera que el mencionado precepto no explicita a cargo de quien está la obligación de entregar la garantía puesto que se refiere al «productor o suministrador» (artículo 11,2), cuando no hay garantía se entiende que la única manera de proteger al consumidor es recurrir a la responsabilidad solidaria de ambos sujetos, sin perjuicio de las relaciones internas que puedan existir entre ellos. Esta solución es posible, aún a pesar

⁷²LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.*, pág.164 mantiene la tesis de una acción directa implícita en el artículo comentado, y argumenta que el legislador para establecerla “habría tenido en cuenta el encadenamiento de las sucesivas ventas y la verdadera posición que ocupan en el mercado el productor y el consumidor”.

⁷³En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La defensa contractual del consumidor...», *op.cit.*, pág. 218.

del silencio legal, puesto que la jurisprudencia ha venido respaldando esa solidaridad cuando no es claro quien puede ser en verdad, entre varios, el sujeto responsable⁷⁴. Asimismo también cabe encontrar un apoyo a la responsabilidad solidaria en el artículo 27,2 de la LGDCU («si a la producción de daños concurren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados»), teniendo en cuenta que este precepto se refiere a daños tanto contractuales como de naturaleza extracontractual⁷⁵.

De todo lo anterior cabe entender que en el supuesto al que ahora aludimos el adquirente de un bien defectuoso tiene una acción (contractual) contra su proveedor y, además, una *acción directa contra el fabricante*, aun no mediando un contrato entre aquél y este último. El fundamento de esa acción se encuentra en la misma Ley al regular la garantía en el artículo 11, pero también puede reconducirse a la conexión existente entre las ventas sucesivas y al fin unitario que caracteriza al proceso en que se integran tales ventas⁷⁶.

292.- En caso de no ser obligatorio proporcionar al consumidor la garantía, el adquirente de un producto defectuoso habrá de fundamentar su acción en las normas del Código civil aplicables a este supuesto, y no en el ar-

⁷⁴BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *ibidem* nota anterior, pág.. 221.

⁷⁵LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.*, pág. 166, discrepa de la opinión de BERCOVITZ y entiende que dicha norma parece decir que el criterio de la solidaridad será aplicable cuando de hecho varios sujetos hayan participado en la causación del daño, y no cuando, entre dos o más personas, no se sepa exactamente quién es la responsable.

⁷⁶El art. 39 del Proyecto de Ley del Consumidor que presentó el grupo socialista en el Congreso de los Diputados en 1981 previó con mayor claridad que el texto actual la acción del consumidor contra el fabricante y no dudó en calificarla de “acción directa” al establecer que : «En los supuestos en que, a pesar de ser obligatoria la garantía, no se formalizase el correspondiente contrato, el consumidor tendrá acción directa, a su elección y con carácter solidario, contra el vendedor, el distribuidor, el fabricante o el arrendador para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la garantía, sin que la elección de uno de ellos impida el posterior libre ejercicio de la acción contra los restantes hasta su total reparación o resarcimiento». Extraemos esta cita de GARCÍA CANTERO, «Comentario al art. 11..., *op.cit.*, pág. 388 .

título 11 de la LGDCU. En este caso el comprador únicamente tendrá acción contra el último vendedor, ya que las disposiciones del Código no prevén en ningún caso la responsabilidad contractual directa del fabricante.⁷⁷

***1.C.2.b.- El capítulo VIII de la LGDCU.**

293.- Un sector doctrinal⁷⁸ y la jurisprudencia entienden que los artículos 25 a 28 de la LGDCU regulan dos regímenes de responsabilidad, uno general de responsabilidad subjetiva o por culpa con inversión de la carga de la prueba a favor del perjudicado (arts. 26 y 27), y otro especial de responsabilidad objetiva, en el que se prescinde del concepto de culpa y basta con probar la existencia del daño y del nexo causal con el producto o servicio suministrado (art. 28)⁷⁹. La responsabilidad del Título VIII se refiere tanto a la contractual como a la extracontractual⁸⁰, tal como se desprende de una

⁷⁷LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pág.166.

⁷⁸BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R. : en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, (coords. Bercovitz, Salas), Tecnos 1.992, pág. 662.; CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y protección del consumidor, op.cit.*, págs. 41 a 43; DE ANGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1.989, págs. 212 y ss. PARRA LUCÁN, M.A.: *Daños por productos y protección del consumidor, op. cit.*, págs, 376 y ss.; JIMÉNEZ LIÉBANA, D.: *Responsabilidad civil: daños causados por productos defectuosos, op. cit.*, pág.87.

⁷⁹En la doctrina pueden encontrarse con opiniones dispares: ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (*loc. ult. cit.*, págs. 36 y 37) entiende que la Ley establece un régimen general de responsabilidad cuasiobjetiva en los artículos 25 y 26, y otro especial, de responsabilidad objetiva, en el artículo 28. En cambio, para García-Cruces González, J.A. (*loc. cit.*, pág. 686) el régimen de responsabilidad cuasiobjetiva se encuentra en los artículos 26 y 27. Respecto a este último precepto, hay quien lo inscribe en el sistema de responsabilidad por culpa (SEQUEIRA MARTIN, A.: *loc. cit.*, pág. 1460), y quien se inclina por afirmar el carácter objetivo de la responsabilidad que establece (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La indemnización por los daños y perjuicios...», . *cit.*, págs. 130 y 140, y en A.A.V.V.: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores...*, . *cit.*, pág. 663).

DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños...*, *op. cit.*, pág.140, que defiende su postura alegando que de otro modo el artículo 25 entraría en directa colisión con los artículos 26 y 28 que establecen regímenes diferentes en los que no siempre se llega a una absoluta objetivación. de la responsabilidad.

⁸⁰BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la ley General...*, págs.667 y

interpretación conjunta de todos sus preceptos ⁸¹. El hecho de que los mencionados artículos sean de corte diferente hace que sean objeto de análisis separado.

*** 1.C.2.c.- El artículo 25 LGDCU**

294.- En el art. 25⁸². de esta ley se establece el derecho básico de los consumidores y usuarios a la reparación de los daños causados por bienes, productos o servicios, como principio general de la responsabilidad contenida en el Capítulo VIII⁸³. La doctrina no ha sido pacífica a la hora de determinar si este precepto además contiene una regla general de responsabilidad objetiva o si por el contrario únicamente sienta un principio general reconociendo el derecho del consumidor a la indemnización de los daños sin establecer sistema alguno por el que se rijan esa responsabilidad, es decir que este precepto únicamente puntualiza uno de los «derechos básicos de los consumidores y usuarios» ya reconocidos en el art. 2 de la ley⁸⁴ Algún autor sostiene que al no hacer la Ley ningún tipo de distinciones, que el art. se refiere tanto a la

668.

⁸¹El Capítulo VIII de la LGDCU coexiste con otros regímenes de responsabilidad, de modo que el consumidor o usuario perjudicado puede acogerse al que le sea más satisfactorio para la defensa de sus intereses. *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO. R.: en *Comentarios a la Ley General ...*, *op.cit.* pág. 667.

⁸²El artículo 25 LGDCU establece que : «El consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente.»

⁸³BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la ley General...*, págs.668 y ss.; CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil...*, *op.cit.*pág. 42 y 43. JIMÉNEZ LIÉBANA, *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pág. 87.

⁸⁴ Un sector doctrinal estima que este precepto únicamente encierra un principio general reconociendo el derecho a la indemnización de los daños.: DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños...*, *op. cit.*, pág.140, que defiende su postura alegando que de otro modo el artículo 25 entraría en directa colisión con los artículos 26 y 28 que establecen regímenes diferentes en los que no siempre se llega a una absoluta objetivación. de la responsabilidad.

responsabilidad contractual como extracontractual⁸⁵.

295.- Este precepto comprende todos los daños y perjuicios sufridos por el consumidor o usuario como consecuencia del consumo o uso de un bien o de un servicio, toda clase de daños, quedan bajo su ámbito de protección incluso los propios daños del bien o servicio. No incluye sin embargo el lucro cesante, puesto que el consumidor o usuario ha de destinar dicho bien al consumo y no a la producción. Si que incluye los daños corporales de la persona y los daños materiales en los otros casos, incluyendo en estos supuestos el lucro cesante de unos y otros; asimismo incluye los daños morales⁸⁶.

1.C.2.d.- El artículo 26 LGDCU

296.- Por otra parte el art. 26⁸⁷ estableció la responsabilidad de todos los integrantes de la cadena de producción y distribución. De esta manera el legislador recogió en este precepto la evolución jurisprudencial por daños por productos basados en el art. 1902, es decir una responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba⁸⁸.

⁸⁵SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil. Temas actuales*, .op. cit. pág. 410, dice que el art. 25 LGDCU : « refleja un concepto unitario de la culpa »

⁸⁶BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la ley General...*, págs.685 y 686..

⁸⁷Art. 26 LGDCU: «Las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquellos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto »

⁸⁸Estiman que el art. se acoge al sistema tradicional de responsabilidad por culpa, si bien con inversión de la carga: DE ANGEL YAGÜEZ: *Tratado de Responsabilidad Civi*,

*** 1.C.2.e.- El artículo 27 LGDCU**

297.- Este artículo se sitúa dentro del Capítulo VIII de la ley, que, en principio, por su ubicación sistemática dentro de la ley, debía dedicarse exclusivamente a la responsabilidad extracontractual de los sujetos que dan vida al proceso de distribución de bienes⁸⁹; sin embargo el artículo 27,1, a) hace responder tanto al fabricante, como al importador, al vendedor y al suministrador⁹⁰ del *origen, identidad e idoneidad* de los productos y servicios. Todos estos aspectos tienen carácter contractual, ya que guardan relación, no con el derecho a la seguridad de los productos, sino con el derecho a obtener

op. cit., pág. 655, JIMÉNEZ LIÉBANA, *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pág. 88; YZQUIERDO TOLSADA, M.: Sistema de responsabilidad contractual..., *op. cit.*, pág. 328, dice que este precepto establece «un sistema de responsabilidad subjetiva con presunción de culpa». Por el contrario, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la ley General ...*, *op. cit.* págs. 697 y 698 se inclina por admitir el carácter de responsabilidad objetiva, basada en el riesgo empresarial.

⁸⁹Establece este precepto: «**Artículo 27.** 1. Con carácter general, y sin perjuicio de lo que resulte más favorable al consumidor o usuario, en virtud de otras disposiciones o acuerdos convencionales, regirán los siguientes criterios en materia de responsabilidad:

a) El fabricante, importador, vendedor o suministrador de productos o servicios a los consumidores o usuarios, responde del origen, identidad e idoneidad de los mismos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan.

b) En el caso de productos a granel responde el tenedor de los mismos, sin perjuicio de que se pueda identificar y probar la responsabilidad del anterior tenedor o proveedor.

c) En el supuesto de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro, responde la firma o razón social que figure en su etiqueta, presentación o publicidad. Podrá eximirse de esa responsabilidad probando su falsificación o incorrecta manipulación por terceros, que serán los responsables.

2 Si en la producción de daños concurrieren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pagare al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños».

⁹⁰LÓPEZ FRÍAS, *op.cit*, pág. 166, entiende que los párrafos 2º y 3º de dicho artículo se refieren exclusivamente a los bienes de naturaleza duradera. Pero lo hacen, no tanto para limitar a ellos la responsabilidad del fabricante, cuanto para asegurar al adquirente de bienes duraderos una garantía por escrito y provista de un contenido mínimo. La *ratio* del precepto está más en la concesión al comprador de una acción contra el fabricante que en las características del objeto defectuoso causante de la eventual reclamación.

un objeto conforme a lo pactado, un bien que reúna las características que motivaron su adquisición⁹¹.

298.- De acuerdo con el artículo 27 se encuentran legitimados pasivamente el fabricante, el importador y el vendedor a los consumidores, si bien habría que añadir los vendedores “intermedios”, porque, aunque la ley no los menciona, resulta injustificado excluirllos⁹². Las personas mencionadas son terceros en relación con el último adquirente con quien no han celebrado ningún tipo de contrato. En consecuencia, el comprador final puede, con base a este precepto, dirigirse *per saltum* contra el fabricante y a los demás profesionales que intervienen en la cadena de fabricación-distribución para exigirles la indemnización de determinados daños contractuales⁹³; lo que supone que tiene a su favor una acción directa de naturaleza contractual y contenido resarcitorio⁹⁴

⁹¹BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. («La responsabilidad por los daños y perjuicios...», *op.cit.*, págs. 129 y 130, y en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores*, *op.cit.*, págs. 663 y 703) entiende que el artículo 27 prevé la indemnización de los daños tanto contractuales como extracontractuales.

⁹²LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pág. 167

⁹³Este precepto, según DE ANGEL YAGÜEZ (*Tratado de Responsabilidad Civi, op. cit.*, pág. 656) «sienta el principio de *responsabilidad en cadena*, que va desde la fabricación hasta la venta del objeto.

⁹⁴Son varios los autores que reconocen la existencia de una acción directa en este precepto: LASARTE ÁLVAREZ considera que legalmente se reconoce al consumidor una acción directa contractual frente a cualquiera de los miembros de la cadena suministradora, pero no reconduce esa acción a un precepto concreto de la LGDCU. («La protección de los consumidores y usuarios ante la promoción publicitaria de bienes y servicios -Notas sobre el artículo 8 de la L.C.U.-». Ponencia presentada en el Congreso Nacional de Derecho del Consumo -Aspectos de la protección jurídica de los consumidores y usuarios- celebrado en Oviedo, del 8 al 10 de marzo de 1989, versión mecanografiada, págs. 26 y 27). En idéntico sentido se manifiesta PASQUAU LIAÑO, «*La acción directa...*, *op. cit.*, págs. 182 y 183, CAVANILLAS MÚGICA, S.: *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, págs. 145 a 147 (de forma dubitativa); ORTI VALLEJO, *La protección del comprador...*, *op.cit.*, págs. 156 a 157 y 423 a 424; SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil ...op. cit.*, pág. 707 ; LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.* págs. 55 y 167. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la ley General...*, *op.cit.* págs. 703 y 704, sin utilizar la expresión acción directa, sin embargo, si que hace referencia a que una de las novedades de los arts. 26 y 27 consiste precisamente en la

299.- En el caso de que concurren varias personas a la producción de los daños, responderán solidariamente ante los perjudicados (artículo 27,2), este régimen de solidaridad se extiende en principio a todos los sujetos enumerados en los artículos 26 y 27.1. La solidaridad es una de las notas que caracterizan al lado pasivo de las relaciones jurídicas que se constituyen cuando se reconoce la existencia de una acción directa⁹⁵, por lo que cabe afirmar que puede fundamentarse en el artículo 27.1 a) y el 26 una acción de ese tipo⁹⁶.

300.- El artículo comentado coincide en algunos aspectos con el 11 de la LGDCU, puesto que este precepto otorga al comprador, con garantía o con derecho a ella aunque no se le haya entregado, el derecho a ser indemnizado por los daños causados en la cosa comprada que presente vicios originarios, y el artículo 27 establece la responsabilidad del fabricante y otros sujetos en relación con el origen, identidad e idoneidad de los productos y servicios (por tanto, también cuando éstos sean defectuosos). No obstante aún a pesar de la coincidencia de parte del contenido de ambos preceptos, la doctrina es reacia a admitir que el artículo 27 incluya de forma implícita todos

extensión de todas las responsabilidades del suministrador contratante con el consumidor o usuario a sujetos ajenos al contrato (el fabricante o productor y el importador) si bien justifica dicha ampliación alegando que ambos preceptos incluyen tanto la responsabilidad contractual como extracontractual.

⁹⁵Vid. PASQUAU LIAÑO, «*La acción directa...*», *op. cit.*, pág. 86 y ss.

⁹⁶Se exceptúan del régimen de la solidaridad dos supuestos del art 27.1.b (productos a granel) en que responde el tenedor de los mismo y 27.1.c (productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro) de los que solo responde la firma o razón social, salvo que se pruebe su falsificación o incorrecta manipulación por terceros, que serán los responsables. En estos casos no habrá acción directa puesto que sigue vigente el principio de la relatividad contractual, no hay encadenamiento de deudores: sólo es deudora el tenedor o la firma o razón social que has contratado directamente con el consumidor o usuario.

los supuestos del art. 11⁹⁷. Así pues solamente en los casos en que exista derecho a indemnización según el artículo 11, el adquirente, para obtener el resarcimiento oportuno, puede fundamentar su acción tanto en este último precepto como el artículo 27; es decir, se produce una concurrencia de normas fundamentadoras de una misma pretensión⁹⁸.

*** 1.C.2.f.- El artículo 28 LGDCU**

301.- El art. 28⁹⁹ LGDCU establece un régimen de responsabilidad extracontractual y contractual y un sistema de responsabilidad objetiva que es plenamente compartido por la doctrina¹⁰⁰, por los daños originados, en el

⁹⁷En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo ...», cit., pág. 130; CAVANILLAS MÚGICA, S.: *op. cit.*, pág. 147, y PARRA LUCÁN, M.A.: «Los derechos mínimos del titular de la garantía...», *op. cit.*, pág. 545. Podría pensarse que el artículo 27 abarca los supuestos de responsabilidad contractual del fabricante, suministrador, etc. no incluidos en el artículo 11 (así, la indemnización por daños cuando no haya obligación de proporcionar una garantía, o incluso los supuestos de falta o retraso en la entrega del producto), pero la ubicación sistemática de aquella norma y su propio tenor literal impiden admitir esa posibilidad.

⁹⁸LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pág. 168.

⁹⁹Establece este precepto que: «. 1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario.

2. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños.

3. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 500 millones de pesetas. Esta cantidad deberá ser revisada y actualizada periódicamente por el Gobierno, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo. »

¹⁰⁰En el supuesto concreto de este precepto coinciden plenamente doctrina y jurisprudencia al señalar que el sistema de responsabilidad que contempla es objetivo. DE ANGEL YAGÜEZ: *Tratado de Responsabilidad Civi*, *op. cit.*, pág. 655; ROGEL VIDE, C.: «

correcto uso o consumo de determinados productos y servicios . El presupuesto para la aplicación de esta responsabilidad objetiva es que esos productos y servicios incluyan, bien por naturaleza o por prescripción reglamentaria, la garantía de unos niveles de «pureza, eficacia o seguridad» predeterminados y objetivables¹⁰¹, así como suponer «controles técnicos profesionales o sistemáticos de calidad», estimados como necesarios para que lleguen «en debidas condiciones al consumidor o usuario¹⁰² », aunque se consideran expresamente sometidos a dicho régimen especial, en todo caso una serie de ellos comprendidos en las características anteriores¹⁰³ Los productos y servicios enumerados en el precepto tienen un carácter meramente enunciativo. La responsabilidad derivada de éste artículo 28 tiene un límite cuantitativo de 500 millones de pesetas.

Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la jurisprudencia en la mano» en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. (coord. MORENO MARTÍNEZ), Madrid, 2000,págs.574, dice que el art. 28: «establece lo que para unos es una responsabilidad objetiva plena y otros llaman responsabilidad por riesgo creado, es decir, la que se asume por el solo hecho de poner en el mercado bienes o servicios susceptibles, por su naturaleza, de ser causa de peligro.

¹⁰¹DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños, op. cit.*, pág.142.

¹⁰²Una de las diferencias entre este precepto y los que le preceden se encuentra, según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: Comentarios a la ley General..., *op.cit.* .pág.715 en que dentro de su ámbito de legitimación pasiva se incluye a los «bystanders», que son aquellas personas que sin ser consumidores ni usuarios, han sufrido un daño del bien o del servicio consumido, normalmente por proximidad física.(piénsese en el usuario de un ascensor ajeno al edificio donde tiene lugar el accidente).

¹⁰³JIMÉNEZ LIÉBANA, *Responsabilidad civil...*, , *op.cit.*, pág. 88. es de la opinión de que las materias primas agrícolas y los productos de la caza y de la pesca no transformados , que son lo únicos productos a los que se les aplica el Capítulo VIII de la LGDCU. estarán englobados en el régimen de responsabilidad de responsabilidad objetiva del art. 28.2 por tratarse en su mayoría de productos alimenticios. (nota esto ha sido modificado ARREGLAR)

La modificación del art. 2 de la LRPD, nos hace suponer que este autor se adscribe a quienes mantienen que los arts. 25 y ss. de LGDCU han quedado vacíos de contenido en relación a los productos defectuosos. .

1.C.2.g.- La responsabilidad en la prestación de servicios en la LGDCU.

302.- Si bien los artículos 25 a 28 LGDCU fueron pensados para la responsabilidad por productos, sin embargo la ley ha incluido dentro de su ámbito la responsabilidad derivada de servicios¹⁰⁴. La aplicación de los arts 25 a 28 a la responsabilidad por servicios resulta extremadamente complicada y en la regulación de la responsabilidad por productos que se ha efectuado mediante la ley 22/1994 esta no ha sido incluida.¹⁰⁵ Los mencionados preceptos serán de aplicación siempre que el usuario lo sea en el sentido del art. 1 de la LGDCU y que el prestador de los servicios sea un empresario de servicios.

303.- El régimen jurídico de la responsabilidad por servicios es el siguiente¹⁰⁶:

a) El art. 26 establece un sistema de inversión de la carga de la prueba, de modo que el demandado ha de probar que observó la exigencia reglamentariamente establecida y la exigible por la naturaleza del servicio. Esta inversión de la carga de la prueba sin embargo no se extiende a la causación del daño.

b) La responsabilidad objetiva sólo se refiere a aquellos servicios que incluyan la garantía de determinados niveles de pureza, eficacia y seguridad. Si bien en el elenco del art. 28 sólo se incluye los servicios

¹⁰⁴DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños...*, op. cit., pág 143.

¹⁰⁵DÍEZ-PICAZO, *ibidem* nota anterior, pág. 143.

¹⁰⁶DÍEZ-PICAZO, *ibidem* nota anterior, pág. 143.

sanitarios una interpretación extensiva hace que se comprendan todos aquellos servicios que comporten la entrega de alguno de los bienes mencionados en el art. 28.2.

1.C.2.h.- Recapitulación

304.- La LGDCU, a pesar de sus indudables deficiencias y de los problemas de interpretación que planteó, introdujo algunas vías que posibilitaban la reclamación directa (vía contractual) del adquirente contra el fabricante¹⁰⁷. Esos cauces eran los artículos 11 y 27, de cuyo contenido se deducía la existencia de una acción directa del comprador en determinados casos; así, cuando el objeto resultase defectuoso y fuese obligatoria la garantía (artículo 11), o cuando se ocasionaban daños en el propio producto debido a su falta de correspondencia con las condiciones pactadas (artículo 27).

305.- La acción directa queda implícita¹⁰⁸ en los regímenes de responsabilidad de los arts. 25 y ss de la LGDCU, y ello aún cuando el legislador no haya utilizado la expresión acción directa^{109 110}; su existencia se desprende en concreto del artículo 27¹¹¹, (teniendo en cuenta que en los criterios establecidos en la LGDCU no se hace distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual).

¹⁰⁷ LÓPEZ FRÍAS, *op.cit.* pág. 168.

¹⁰⁸ LÓPEZ FRÍAS, *ibidem* nota anterior, pág. 168.

¹⁰⁹ PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, , *op. cit.*, pág.183.

¹¹⁰ ORTÍ VALLEJO, *La protección del comprador...*, , *op.cit.*, pág 156, reconoce asimismo la acción directa del consumidor (comprador) no solo contra el fabricante, sino contra todos los eslabones de la cadena.

¹¹¹ DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil, op.cit.*, pág. 656, habla de: responsabilidad en cadena que va desde la fabricación hasta la venta del objeto.

2.- LA PROTECCIÓN DEL TERCERO EN LA LEY 22/1994

2.A.- INTRODUCCIÓN.

306.- Esta Ley, tal como se establece en su Exposición de motivos, tiene por objeto la adaptación del Derecho español a la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por los productos defectuosos¹¹². Como esta ley no coincidía ni su ámbito subjetivo de tutela ni en el objetivo con los de la LGDCU se optó por su elaboración como una Ley especial¹¹³.

*** 2.B. - CARACTERES DE LA LRDP.**

307.- 1) La responsabilidad que la Ley 22/1994 atribuye al productor es extracontractual y de carácter netamente objetivo¹¹⁴ así consta de forma expresa en la Exposición de Motivos de la ley, y a idéntica conclusión puede llegarse de la lectura de los artículos 1º y 5º. En éste último no se exige que el daño se haya producido interviniendo culpa o negligencia sino que únicamente

¹¹²No obstante, como señala PARRA LUCÁN (« Notas a la ley 22/1994..., » *op. cit.*, pág. 725) la ley se aparta de la Directiva comunitaria en aquellos aspectos en que la misma deja libertad a los Estados y además introduce la novedad no prevista en la Directiva de señalar la responsabilidad del suministrador en su disposición adicional única.

¹¹³La responsabilidad derivada de esta ley es de carácter extracontractual, aun a pesar del silencio del legislador. PARRA LUCÁN, M.A.: « Ámbito de protección de los daños por productos», *Iniuria*, nº 5, enero-marzo 1995, pág. 36.

¹¹⁴Es pacífica la opinión de que la responsabilidad que contempla esta ley es objetiva. En este sentido GÓMEZ CALERO, *La responsabilidad civil. Productos defectuosos*, *op.cit.* pág.37; ROGEL VIDE, C.: « Aspectos de la responsabilidad ..., *op. cit.* pág..574; YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad contractual...op. cit.* pág. 335. Una ácida crítica al sistema de responsabilidad objetiva de esta ley la podemos encontrar en PANTALEÓN PRIETO, F.: «Como repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas)» en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio.* (coord. MORENO MARTÍNEZ), Madrid, 2000, pág.451.

bastará con que el perjudicado pruebe el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos para que se generó la obligación de resarcimiento, sin exigir la concurrencia de alguna forma de culpabilidad. Sin embargo esta responsabilidad no es absoluta puesto que se permite la exoneración del empresario en determinados supuestos¹¹⁵.

2) - no viene a suprimir, sino a complementar el régimen preexistente sobre la materia.

3) -que si bien se presenta como una ley especial únicamente da una nueva regulación al artículo 30 de la LGDCU¹¹⁶.

4) -no queda derogado totalmente el régimen de responsabilidad por productos previsto en el capítulo VIII de la LGDCU que coexiste con el régimen de la nueva ley¹¹⁷. La ley salva la parcialmente la vigencia de los artículos 25 a 28 de la LGDCU, al decir que no serán de aplicación a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos incluidos en su artículo 2, con lo cual la LGDCU se continuaría aplicando a los productos no incluidos en aquel precepto, es decir a los agropecuarios y para la caza y la pesca, que no hubiesen sufrido transformación inicial¹¹⁸. Asimismo quedarán vigentes para los bienes inmuebles y para los productos

¹¹⁵DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños...*, , *op. cit.*, pág. 146.

¹¹⁶GÓMEZ CALERO, *La responsabilidad civil...*, , *op. cit.*, pág. 26.

¹¹⁷GÓMEZ CALERO, *ibidem* nota anterior, pág. 26; PARRA LUCÁN, M.A.: « Notas a la ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos»; en *Actualidad Civil*; 1995-4, págs. 727. ATAZ LÓPEZ, J.: « La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil », *Iniuria*, nº 5, enero-marzo 1995, pág. 78

¹¹⁸BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («Derecho de consumo. Panorama actual » en *Ar.Civ.*, T. I, 2000, pág. 1829 se manifestó en ese sentido, en tanto no se produjese la trasposición de la Directiva 99/34 - que finalmente ha tenido lugar en el año 2001- que ha modificado la Directiva 85/374, en el sentido de extender su ámbito de aplicación a los

puestos en circulación antes de la entrada en vigor de la ley 22/1994, así como para los daños causados por la prestación de servicios¹¹⁹.

5) .- tampoco queda modificado el régimen tradicional de responsabilidad civil, puesto que así lo manifiesta el artículo 15 de la nueva ley¹²⁰, de manera la víctima de un daño ocasionado por uno de los productos incluidos en el art. 2 de la Ley 22/1994, al reclamar puede escoger entre utilizar el nuevo sistema de responsabilidad o acudir a las reglas tradicionales de responsabilidad civil, y en el caso de haber optado por la nueva ley siempre puede apoyarse de forma subsidiaria en la reglas clásicas del código para obtener la reparación de aquellos daños que no están cubiertos por la nueva ley¹²¹.

2.C.- VENTAJAS APORTADAS POR LA LEY 22/1994.

308.- La doctrina viene a reconocer las siguientes ventajas a la LRCPD

:

a) se supera la complejidad y falta de uniformidad que producía en la practica la interpretación del art. 1902 del Código civil a base de la

productos agropecuarios y a la pesca.

¹¹⁹ROGEL VIDE, C.: « Aspectos de la responsabilidad civil..., ..., *op. cit.*, pág. 575 estima que los art. 25 y ss de la Ley 26/84 siguen vigentes para los daños morales.

¹²⁰El artículo 15 de la Ley 22/1994 establece textualmente: « Responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Las acciones reconocidas en esta Ley no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual del fabricante, importador o de cualquier otra persona. »

¹²¹Según PARRA LUCÁN (« Notas a la ley 22/1994..., » *op. cit.*, pág. 728) el hecho de mantener vigentes ambos regímenes deriva de que el art. 15 de la nueva ley reproduce el art. 13 de la Directiva 85/374, ya que este carácter suplementario y no exclusivo de la Directiva fue uno de los pilares del compromiso que permitió la armonización de las diferentes legislaciones.

inversión de la carga de la prueba¹²².

b) se clarifica el régimen de responsabilidad aplicable a la ley, el de la responsabilidad objetiva¹²³, evitándose de este modo la polémica doctrinal que propició la deficiente redacción de los arts. 25 a 28 LGDCU.

c) se explicita para nuestro derecho la noción de defecto o de producto defectuoso, que no se encontraba en el art. 28 de LGDCU.

2.D.- DIFERENCIAS ENTRE LA LRCPD Y LA LGDCU.

309.- Las diferencias entre el sistema del Capítulo VIII de la LGDCU y la LRCPD son las siguientes:

a) La tutela que ofrece la LRPD, en algún aspecto, es más amplia que la que ofrecida por el Capítulo VIII de la LGDCU, puesto que el ámbito subjetivo de ésta se limitaba a los consumidores en sentido estricto¹²⁴.

310.- b) Los daños indemnizables en la Ley 22/1994 son los que se causen a las personas o a las cosas diferentes del mismo producto defectuoso, siempre que la cosa dañada se encuentre objetivamente destinada al uso o consumo privado (artículo 10). A estos daños se les aplica una franquicia de

¹²²GÓMEZ CALERO, *La responsabilidad civil...*, , *op.cit.* pág. 27.

¹²³Nos dice BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Derecho de consumo. Panorama actual », *op.cit.*, pág.1829 que: « la Ley 22/1994 deroga parcialmente los artículos 25 a 28 de la LGDCU, al sustituir con respecto a su ámbito de aplicación, la confusa regulación de la responsabilidad objetiva del productor, recogida en aquélla, por otra más clara y completa (aunque no ciertamente exenta de deficiencias técnicas).

¹²⁴Excepción hecha del supuesto de utilización de servicios por aquellos terceros que no los hubiesen contratado. El supuesto de los outsiders tal como dice BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.:«La indemnización por los daños y perjuicios ..., ».

65.000 ptas. Asimismo se excluyen los demás daños y perjuicios, incluidos los daños de tipo moral, para los cuales queda abierta la legislación civil general. Quedan también excluidos los daños causados por accidentes nucleares.

311.- c) La LGDCU en algunos aspectos era más ventajosa para el consumidor puesto que cubría todos los daños, incluidos los daños en el propio objeto defectuoso tal como se desprende del artículo 27.1 e incluso los morales¹²⁵; tampoco aplicaba ningún tipo de franquicia y finalmente no establece un plazo de diez años desde la comercialización del producto a partir del cual se excluye la posibilidad de interponer con éxito cualquier reclamación, aunque no se haya llegado a producir el daño. Además la LGDCU no exigía la existencia la concurrencia de defecto en el producto¹²⁶.

2.E.- DELIMITACIÓN OBJETIVA DE LA LEY 22/1994: LA NOCIÓN DE PRODUCTO.

312.- La noción de producto se efectúa en el artículo 2 de la ley¹²⁷, de modo amplio¹²⁸, incluyendo todos los bienes muebles, aún los incorporados en otros bienes. Se refiere tanto a los productos acabados como los semiacabados, los de serie y los fabricados por encargo; los objetos nuevos y los de ocasión ; los bienes de consumo y los de producción, embalajes,

¹²⁵PARRA LUCÁN, M.A.: « Notas a la ley 22/1994..., » *op. cit.*, pág. 725. YZQUIERDO TOLSADA, M.: Sistema de responsabilidad contractual...*op. cit.*, pág. 320.

¹²⁶PASQUAU LIAÑO, M.: « La noción de defecto ... *op.cit.*, pág. 84, estima que el hecho de que la LGDCU ignorara la noción de defecto no se trató de un *lapsus* del legislador sino porque prefirió basar el sistema de responsabilidad en otros modelos derivados de la tradicional disyuntiva entre responsabilidad subjetiva y por riesgo.

¹²⁷ « A los efectos de esta Ley, se entiende por producto todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble. También se considerarán productos el gas y la electricidad. » Redactado por la disp. adic. 12ª de la Ley 14/2000, de 29 diciembre.

¹²⁸La siguiente relación de productos que encajan en el supuesto del art. 2 de la ley

recipientes, contenedores..., incluso los medicamentos de origen humano (plasma, sangre). Los bienes inmuebles quedan excluidos del ámbito de protección de la ley, pero no los muebles que estén incorporados a los anteriores, tales como ascensores, elementos de equipamiento como la fontanería, calefacción etc.¹²⁹. El art. 2 de la Ley 22/1994 también incluye dentro de su definición de producto al gas y a la electricidad.

2.F.- FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD. LA NOCIÓN DE DEFECTO.

313.- La responsabilidad de la Ley 22/1994 lo es por los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente fabriquen o importen , los fabricantes e importadores. Se trata de una responsabilidad objetiva, por el carácter defectuoso del producto con independencia de la culpa del productor¹³⁰. La víctima para obtener la reparación, según el artículo 5, sólo tiene que probar la existencia del defecto y la relación de causalidad entre este y el daño. La idea de defecto aparece unida a la de seguridad, lo que constituye un supuesto de responsabilidad por riesgo, ya que si un producto es defectuoso no ofrece la seguridad esperable, luego un producto defectuoso genera riesgos.¹³¹

lo efectúa PARRA LUCÁN: « Notas a la ley 22/1994..., » *op. cit.*, pág. 731.

¹²⁹El art. 2 de la Directiva 1999/34/CE, de 10 de Mayo de 1999, ha eliminado la exclusión de las materias primas agrarias y ganaderas, tal como figuraba en la redacción orginaria del art. 2 de la LRPD, estima YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad contractual...op. cit.*, pág. 333, que el hecho de aquellas materias sean consideradas productos obedece al asunto de las “vacas locas” .

¹³⁰PASQUAU LIAÑO, M.: « La noción de defecto..., » *op.cit.*, pág.81y 118 estima que esta es una regla especial de responsabilidad civil no coincidente con la regla general del artículo 1902, de modo que la culpa o negligencia ha dejado de ser criterio de imputación de la responsabilidad en los casos en que el daño se produzca por la utilización de un producto. Sin embargo, lo anterior no supone un sistema de reparación automática, puesto el perjudicado tendrá probar la relación de causalidad entre el daño y el defecto.

¹³¹PARRA LUCÁN, M.A.: « Notas a la ley 22/1994..., » *op. cit.*, pág. 735.PASQUAU

314.- El art. 3 define el producto defectuoso como aquel que « no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación». La «presentación» del producto hace referencia a su comercialización, a las instrucciones y a la información que suministran al destinatario del producto e incluso a la publicidad¹³².

La valoración de un uso que sea «razonablemente previsible» hay que conformarla de acuerdo a las instrucciones sobre el uso correcto del producto¹³³. La seguridad ha de valorarse excluyendo la manipulación incorrecta, el uso abusivo o inadecuado del producto. De modo que si el daño ha sido provocado por culpa exclusiva del perjudicado se excluye la responsabilidad del fabricante (art. 9).

315.- La noción de defecto que prevé la Ley 22/1994 es amplia¹³⁴, quedando incluidas en la misma los distintos tipos de defectos que han elaborado la doctrina y jurisprudencia: defectos de diseño, de información (se omite una adecuada información sobre los riesgos que comporta el uso del producto) o sobre la forma de uso correcto del producto y fabricación (que se presentan en productos aislados de una serie productiva)¹³⁵

2.G.- SUJETOS RESPONSABLES.

LIAÑO, M.: « La noción de defecto..., *op.cit.*, pág.86.

¹³²PARRA LUCÁN, M.A.: « Notas a la ley 22/1994..., » *op. cit.*, pág. 735.

¹³³PARRA LUCÁN, M.A.: « Notas a la ley 22/1994..., » *op. cit.*, pág. 735.

¹³⁴PARRA LUCÁN, M.A.: « Notas a la ley 22/1994..., » *op. cit.*, pág. 736.

¹³⁵En PASQUAU LIAÑO, M.: « La noción de defecto..., *op.cit.*, págs. 100 y ss. puede verse un elenco de supuestos englobables dentro de la categoría de defectos.

316.- En el artículo de la Ley 22/1994 se establece la responsabilidad de fabricante e importador, si bien es en el artículo 4 donde se establece el concepto legal de ambos. Así pues también se considera fabricante al de cualquier elemento integrado en un producto terminado (parte integrante o componente), al que produce una materia prima y también a cualquier persona que se presente en público como fabricante, poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo distintivo en el producto o en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o de presentación¹³⁶.

Es responsable cualquier persona que participa en el proceso de fabricación del producto, incluso quien se limita a ensamblar las piezas fabricadas por otros. Si el defecto procede del carácter defectuoso de una parte o componente o de una materia prima, el productor final no puede liberarse de responsabilidad frente a la víctima, sino que ambos responderán de forma solidaria¹³⁷.

317.- En cuanto al importador el art. 4.2 se refiere a quien en el ejercicio de su actividad empresarial introduce un producto en la Unión Europea para su venta, arrendamiento, arrendamiento financiero, o cualquier forma de distribución. La regla general de la ley es la exclusión de la responsabilidad del distribuidor y del vendedor del producto, porque se entiende que no tienen los conocimientos ni la oportunidad de inspeccionar los

¹³⁶PARRA LUCÁN, M.A.: « Notas a la ley 22/1994..., » *op. cit.*, págs. 738 a 739. en este supuesto puede incluirse al productor aparente, que es quien sin ser realmente fabricante se presenta al público como tal, haciendo creer que es él el productor, al comercializar el producto con su marca. Este es el caso de las grandes superficies comerciales con las denominadas marcas blancas.

¹³⁷PARRA LUCÁN, M.A.: « Notas a la ley 22/1994..., » *op. cit.*, pág. 739.

productos que comercian¹³⁸. El suministrador únicamente responde como el fabricante o el importador en el caso que haya suministrado un producto a sabiendas de la existencia del defecto¹³⁹.

318.- El sistema de responsabilidad de la LRCPD, limitada en principio al fabricante e importador en su caso, difiere del previsto en el capítulo VIII de la LGDCU; ya este último permite atribuir la responsabilidad a todos los sujetos que intervienen en el proceso de elaboración y distribución del producto¹⁴⁰. En el supuesto de la intervención de varios sujetos en la causación del mismo daño por aplicación de la nueva Ley, lo serán de manera solidaria de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 22/1994¹⁴¹.

4.I.- CAUSAS DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

319.- Las causas de exoneración de la responsabilidad actúan como defensas del demandado, que se aplican si el demandante acredita los hechos constitutivos de su pretensión¹⁴². Estas causas aparecen contempladas en el artículo 6 de la Ley 22/1994:

¹³⁸PARRA LUCÁN, M.A.: « Notas a la ley 22/1994..., » *op. cit.*, pág. 740.

¹³⁹Señala ATAZ LÓPEZ, J.: «La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil », *Iniuria*, nº 5, enero-marzo 1995, pág. 60, que el supuesto de la responsabilidad del suministrador, contemplado en la Disp. Adic, de la ley 22/1994, carece de parangón en la Directiva comunitaria y además produce extrañeza que no se haya incluido en el cuerpo de la Ley. También señala este autor que el suministrador no sólo es el minorista, sino cualquier eslabón de la cadena de distribución. (*ibidem* pág. 71)

¹⁴⁰PARRA LUCÁN, M.A., *ibidem* nota anterior pág. 741.

¹⁴¹Señala ATAZ LÓPEZ, J.: «La legitimación pasiva..., » *op.cit.*, pág. 60 que el elenco de personas responsables señaladas por la LRCPD es el siguiente:a) El fabricante del producto final.b) El fabricante de alguno de sus componentes.c) El productor de la materia prima.d) El fabricante aparente.e) El importador.f) El suministrador.g) Otros posibles responsables.

¹⁴²CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Las causas de exoneración de la responsabilidad en la ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos » *Iniuria*, nº 5, enero-marzo 1995,pág.41.

a) En primer lugar se establece que : « El fabricante o el importador no serán responsables si prueban: que no habían puesto en circulación el producto. ». Este supuesto alude a dos circunstancias diferentes¹⁴³: 1) Que el fabricante lo sea en realidad. Es decir que quedaría exonerado de su responsabilidad en el caso por ejemplo de piratería industrial o en el caso de que un productos hubiera sido elaborado de forma idéntica por dos fabricantes distintos. 2) Que el fabricante o importador hubiera querido introducir el producto en circulación. La regla trata de evitar la responsabilidad en aquellos supuestos en que el productor no hubiera querido introducir el producto en el mercado, como por ejemplo en el caso de que le hubiesen robado las mercancías cuando todavía no había decidido comercializar el producto.

320.- b). En segundo lugar tampoco serán responsables si prueban que « dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto¹⁴⁴.» Este sería el supuesto en que el defecto, aún existiendo no fue originado por el fabricante. Por ejemplo se trataría de un defecto originado por un mal almacenaje.

321.- c). En tercer lugar se permite la exoneración si se demuestra: «Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.». Este sería por ejemplo cuando el producto es entregado por una

¹⁴³PARRA LUCÁN, M.A.: *ibidem* pág. 744.

¹⁴⁴Según CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Las causas de exoneración..., *op.cit.*, pág.46, se trataría del caso en que el defecto se produjese con posterioridad a la puesta en circulación del producto., bien por intervención de agentes extraños al fabricante o por hecho de la propia víctima. Se trata , en esencia, de la ruptura del nexo entre fabricación y defecto.

persona a otra por una relación de amistad, es decir fabricante que regala sus muestras a conocidos sin intención comercial.

322.- d) En cuarto lugar , cuando se demuestre que: « el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes.»

323.- e) Finalmente que: « el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto. » Este supuesto se refiere a los denominados «riesgos del desarrollo»¹⁴⁵ No obstante cuando se trate de productos alimenticios o medicamentos no actuará esta causa de exoneración tal como se establece en el art. 6.3.

324.- Otra causa de exoneración aparece en el artículo 9 de la Ley 22/1994 que establece que la exoneración del productor cuando se demuestre la culpa del perjudicado: «La responsabilidad del fabricante o importador podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente¹⁴⁶.»

En el artículo 8 de la ley se establece que la responsabilidad del fabricante o importador no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero. Es decir que la intervención de un tercero carece de eficacia exoneratoria o de

¹⁴⁵PARRA LUCÁN, M.A.: « Notas a la ley 22/1994..., » *op. cit.*, pág. 745..

¹⁴⁶CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Las causas de exoneración..., » *op.cit.*, pág.55, la culpa de la víctima influirá sobre el *quantum* indemnizatorio, en una escala que puede ir de todo a nada, atendiendo a su mayor o menor reprochabilidad. La culpa de la víctima se

reducción de la indemnización frente, en este caso este podrá dirigirse contra el fabricante y éste en caso de ser condenado, podrá repetir contra el causante del daño¹⁴⁷. Asimismo en el art. 14 de la Ley niega eficacia a las cláusulas exoneratorias o de limitación de la responsabilidad.

2.I.- LIMITACIÓN EN EL TIEMPO A LA REPARACIÓN.

325.- La Ley 22/1994 introduce además de un plazo de extinción de la acción, un plazo de extinción de la responsabilidad en su artículo 13: « Los derechos reconocidos al perjudicado en esta Ley se extinguirán transcurridos diez años, a contar desde la fecha en que se hubiera puesto en circulación el producto concreto causante del daño, a menos que, durante ese período, se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial.» Mediante este precepto se trata de impedir que ningún fabricante se vea implicado en un proceso en relación a un producto que puso en circulación diez años antes¹⁴⁸

En el artículo 12 se establece un plazo de prescripción de tres años: « 1. La acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en esta Ley prescribirá a los tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio.»

Este plazo de prescripción es independiente de la naturaleza de la relación contractual o extracontractual entre perjudicado y productor.

compensa con la responsabilidad objetiva del fabricante.

¹⁴⁷CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Las causas de exoneración...», *op.cit.*, pág.56.

2.J.- DAÑOS INDEMNIZABLES.

326.- El artículo 10 de la Ley 22/1994 establece que: « 1. El régimen de responsabilidad civil previsto en esta Ley comprende los supuestos de muerte y las lesiones corporales », estos daños son en realidad el principal objetivo de esta ley. En el art. 10.2 se establece que «los demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales, podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil general. »

Finalmente se dice que también comprende: « los daños causados en cosas distintas del propio producto defectuoso, siempre que la cosa dañada se halle objetivamente destinada al uso o consumo privados y en tal concepto haya sido utilizada principalmente por el perjudicado. En este último caso se deducirá una franquicia de 65.000 pesetas¹⁴⁹.»

La no inclusión de los daños en la propia cosa parece ser que obedece a que estos deben quedar sujetos a la responsabilidad contractual¹⁵⁰

2.K.-RECAPITULACIÓN.

327.- En la actualidad conviven tres regímenes distintos de exigencia de responsabilidad civil por los daños causados por los productos defectuosos: el establecido por la LGDCU y el configurado por la Ley 22/1994 y el las reglas tradicionales de la responsabilidad civil.

¹⁴⁸PARRA LUCÁN, M.A.: « Notas a la ley 22/1994..., » *op. cit.*, pág. 748.

¹⁴⁹Señala YZQUIERDO TOLSADA, M.: Sistema de responsabilidad contractual...*op. cit.*, pág. 338 que este precepto funciona al revés que la LOE donde el daño objeto de atención es el que se causa en el propio edificio..

2.K.1.- Aplicación de la LGDCU tras la publicación de Ley 22/1994

328.- La LGDCU, como ya hemos mencionado, no ha quedado derogada por la nueva ley, si bien no será de aplicación cuando los daños hayan sido originados por alguno de los productos incluidos en el art 2 de la Ley 22/1994; es decir que se reducirá al caso de daños causados por bienes inmuebles o por servicios, siempre y cuando las víctimas sean consumidores¹⁵¹. La LGDCU tampoco será de aplicación en aquellos supuestos en los que no sea de aplicación esta ley, aún a pesar de estar en principio englobados en el artículo 2, bien por tratarse de daños en el propio productos como por ser la cuantía de los mismos inferior a la franquicia de 65.000 pts. Podemos afirmar que la LGDCU no ha sido formalmente derogada en relación a los productos defectuosos pero ha quedado virtualmente vacía de contenido¹⁵².

2.K.2.- Aplicación alternativa de la Ley 22/1994 y de las reglas tradicionales de responsabilidad civil.

329.- La víctima de un daño por uno de los productos incluidos en el art 2 de la ley puede optar entre reclamar amparándose en las normas contemplada en la nueva ley o bien puede reclamar con arreglo a las normas tradicionales de responsabilidad civil contractual o extracontractual (art. 15 Ley 22/1994). No obstante hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo en los últimos años ha realizado una interpretación generosa en materia de

¹⁵⁰PARRA LUCÁN, M.A.: « Notas a la ley 22/1994..., » *op. cit.*, pág. 752.

¹⁵¹PARRA LUCÁN, M.A.: « Ámbito de protección ..., » *op.cit.*, págs. 18 y 19.

¹⁵²No obstante algún autor mantiene la aplicación de la LGDCU, aún a pesar de la Disposición Final Primera de la LRPD. Vid. ROGEL VIDE, C.: « Aspectos de la

daños por productos, así que habrá que estar a los pronunciamientos que se efectúen basándose en esta nueva ley¹⁵³. Será únicamente en el ámbito de la responsabilidad civil tradicional donde podrán desplegar las acciones directas todas su eficacia, puesto que la opción por la Ley 22/1994 supone entrar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual donde no pueden operar las acciones directas que sólo operan en el ámbito de la responsabilidad contractual.

La utilización de la ley 22/1994 no ha supuesto ningún tipo de panacea puesto que, entre otros, produce el inconveniente técnico de que la víctima tenga que acumular acciones para los daños no cubiertos por la misma.

2.K.3.- Aplicación exclusiva de las reglas de responsabilidad civil.

330.- La Ley 22/1994 no cubre todos los daños causados por los productos descritos en su artículo 2. En estos casos al perjudicado no le queda otra opción que acudir a las reglas de clásicas de responsabilidad civil, puesto que también le está vedado el recurso a la LGDCU¹⁵⁴

responsabilidad civil..., *op. cit.* págs. 606 y 607.

¹⁵³*Vid.* PARRA LUCÁN, M.A: « Notas a la ley 22/1994..., » *op. cit.*, pág. 731.

¹⁵⁴Según PARRA LUCÁN, M.A: « Notas a la ley 22/1994..., » *op. cit.*, pág. 731, los siguientes de daños sólo podrán ser indemnizados a través de las reglas tradicionales de responsabilidad:

a) En el caso daños de productos contemplados en el art 2 de la Ley 22/1994, que:
a) sean daños sufridos por la propia cosa defectuosa, los daños que no estén destinados al uso o consumo privados o no hayan sido destinados principalmente a este uso por el perjudicado; los daños inferiores a la franquicia legal fijada. b) daños personales superiores a 10.500.000 pts. c) daños por los que no se hubiera podido interponer una reclamación antes de haber transcurrido los diez años de puesta en circulación del producto defectuoso. d) años ocasionados por productos distintos de los medicamentos y alimentarios que adolecieran de un defecto que los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitían apreciar (art. 6.3). e) daños derivados de defectos derivados de la conducta imprudente de un intermediario de forma que el

2.k.4.- Aplicación de las reglas de responsabilidad civil y las normas de la LGDCU.

331. Las reglas tradicionales generales de responsabilidad civil también serán compatibles con las normas de la LGDCU en el caso de productos agropecuarios, caza y pesca que no hayan sufrido transformación inicial y cuando las víctimas sean consumidores; en concreto el art. 28.2 LGDCU señala a los productos alimenticios entre los que dan lugar a un régimen de responsabilidad objetiva¹⁵⁵. Sin embargo si el perjudicado no es un destinatario final de esas materias primas (fabricante de alimentos preparados respecto de su suministrador de alimentos intoxicados), la única posibilidad de actuación es la reclamación a través de las reglas tradicionales de responsabilidad civil¹⁵⁶

fabricante pueda exonerarse de su responsabilidad (art. 6.1.b) pero sin que el suministrador haya proporcionado el producto a sabiendas de la existencia del defecto y por lo tanto pueda exigirse la responsabilidad de la disposición adicional única.

B) En el caso de daños por productos excluidos de la Ley 22/1994, por no estar incluidos en su artículo 2 y a los que tampoco sea de aplicación la ley 26/1984.

¹⁵⁵En tanto no se produzca la trasposición de la directiva 1999/34/CE.

¹⁵⁶*Vid.* PARRA LUCÁN, M.A: « Notas a la ley 22/1994..., » *op. cit.*, pág. 730.

Capítulo VIII

LA ACCIÓN DIRECTA EN LOS CRÉDITOS AL CONSUMO

SUMARIO.-1.- LAS MANIFESTACIONES DE LOS GRUPOS DE CONTRATOS EN LA LEY. 2.- LOS DIFERENTES SISTEMAS DE FINANCIACIÓN DE LAS COMPRAVENTAS. 3.- EL CRÉDITO AL CONSUMO. 3.A.- Estructura jurídica de la operación económica. 3.B.- Fundamento jurídico de la vinculación 4.- LA CONEXIÓN CONTRACTUAL Y EL CRÉDITO AL CONSUMO ANTES DE LA LEY 7/1995. 4.A.- La regulación legal. 4.B.- La doctrina jurisprudencial. 5.- LA CONEXIÓN CONTRACTUAL EN LA LCCON. 5.A.- Preceptos que regulan la vinculación contractual. 5.B.- El concepto de contratos vinculados. 5.C.- El art. 15 LCCon.: contrato de crédito vinculado al de crédito. 5.D.- La responsabilidad del prestamista por incumplimiento del vendedor. 5.E.- Derechos ejercitables *ex art.* 15 LCCon. 5.F.- Naturaleza de las obligaciones asumidas por el prestamista. 5.G.- Derecho de repetición del prestamista contra el vendedor. 5.H.- El art. 14 LCCon: La ineficacia del contrato de compraventa. 5.I.- Presupuestos para la aplicación del artículo 14.2 LCCon. 5.J.- Las cláusulas limitativas de responsabilidad 6.- LA VINCULACIÓN CONTRACTUAL EN LOS SUPUESTOS EXCLUÍDOS DE LA LCCON

1.- LAS MANIFESTACIONES DE LOS GRUPOS DE CONTRATOS EN LA LEY.

332.- En España en los últimos varios supuestos de conexión contractual han recibido su consagración legal debido a la trasposición de una serie de directivas comunitarias¹, sin embargo la jurisprudencia ya hacía años que venía señalando que en determinadas condiciones se producían de efectos entre los contratos pertenecientes a un mismo grupo

¹Una consecuencia de este reconocimiento legal ha sido la proliferación de estudios doctrinales que, si bien de forma parcial, inciden sobre el tema de la conexión contractual: GAVIDIA SÁNCHEZ, J.L.: *El crédito al consumo (cesión y contratos vinculados)*, Valencia 1996; MUÑOZ CERVERA, M.: «La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo », *CDC*, 1995, nº 7, págs. 199 y ss; MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Pamplona, 2000; NAVÁS NAVARRO, S.: « Notas sobre la financiación por un tercero y el crédito al consumo (“Los derechos ejercitables por el consumidor frente al financiador en los contratos vinculados”, art. 15 Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo), *EC*, nº 53, año 2000, págs.33 a 46..

contractual^{2 3}.

En primer lugar nos entramos con los arts. 14.1 y 15 de la Ley 7/1995 de Crédito al Consumo (en adelante LCCon); el art. 44.1 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante LOCM)⁴; el art. 9 de la Ley 28/1998 de Ventas a Plazos de Bienes Muebles (en adelante LVPBM)⁵ y el art. 12 de la Ley 42/1998 de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles (en adelante LATBM) ⁶.

²Todos los supuestos enumerados presentan una estructura común: constituyen una única operación económica integrada por dos negocios jurídicos diferenciados, generalmente un contrato de consumo y otro de financiación que originan una serie relaciones jurídicas triangulares, habida cuenta de que cuentan con tres sujetos diferenciados: el consumidor, el suministrador del bien o servicio y una entidad financiera. Además, como señala CARRASCO PERERA (Prólogo a MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit.* pág. 23), en todos estos supuestos se reconoce al comprador el derecho de provocar la ineficacia del contrato de crédito cuando ejercitan los derechos de desistimiento reconocidos en cada una de las leyes mencionadas.

³De todos los casos mencionados únicamente va a ser objeto de estudio detallado la acción directa en el seno de los Crédito al Consumo, puesto que las conclusiones que se obtengan son exportables a los otros supuestos ya que presentan una estructura prácticamente común. Sí que será objeto de estudio la acción directa en el contrato de leasing, puesto que correspondería al modelo de acción directa en el seno de un grupo de contratos que todavía no ha obtenido reconocimiento legal.

⁴El art. 44.1 de la LOCM, relativo a las ventas a distancia y que figura bajo el epígrafe «Derecho de desistimiento » establece que: « .El comprador podrá desistir libremente del contrato dentro del plazo de los siete días contados desde la fecha de recepción del producto.

En el caso de que la adquisición del producto se efectuase mediante un acuerdo de crédito, el desistimiento del contrato principal implicará la resolución de aquel.»

⁵La LVPBM/1998 sustituye a la LVPBM/1965, y tal como consta en su Exposición de Motivos, se dicta por imperativo de la LCCon , que a su vez vio la luz como consecuencia de la transposición de una serie de Directivas. Esta ley ha sufrido modificaciones como consecuencia de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil, si bien no ha afectado a la materia objeto de nuestro estudio.

El art. 9 de la LVPBM/1988 regula el desistimiento del comprador, dentro de los siete días hábiles siguientes a la entrega del bien, siempre que se cumplan una serie de requisitos señalados en ese mismo precepto. En el apartado 2, párrafo 2º de ese artículo se establece que: «Si como consecuencia del ejercicio de ese derecho se resolviera el contrato de venta a plazos también se dará por resuelto el contrato de financiación al vendedor y, en tal caso, el financiador sólo podrá reclamar el pago a éste».

⁶El art. 12 de la LDAT establece que: «Los préstamos concedidos al adquirente por el transmitente o por un tercero que hubiese actuado de acuerdo con él quedarán

De entre todos los casos mencionados el más relevante de todos ellos lo constituye la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo⁷, habida cuenta de como ha sido detallado su régimen jurídico. Los efectos de la vinculación contractual se manifiesta sobre todo en sus artículos 14.2 y 15 que permiten al consumidor, bajo ciertas condiciones: a) ejercer contra el financiador los derechos que podría haber ejercitado contra el vendedor cuando existe incumplimiento, y b) solicitar la declaración de ineficacia del contrato de crédito cuando el contrato de adquisición resulta ineficaz por cualquier causa.

333.- Algunos supuestos importantes de conexión contractual, como sucede en las operaciones de leasing mobiliario e inmobiliario, todavía no han obtenido reconocimiento legal aún a pesar de su importancia, que queda patente por el elevado número de pronunciamientos judiciales sobre la materia.

2.- LOS DIFERENTES SISTEMAS DE FINANCIACIÓN DE LAS COMPRAVENTAS.

334.- Uno de los logros de la economía capitalista en el siglo XX ha sido el posibilitar el acceso de las clases menos favorecidas a toda una serie de bienes de consumo a los que tradicionalmente solo habían tenido acceso las clases más pudientes, para ello se han articulado varios mecanismos tales como: las ventas a plazos, los préstamos inmobiliarios o el crédito al

resueltos cuando el primero desista o resuelva en alguno de los casos previstos en el artículo 10 ».

⁷Esta ley es la trasposición al Derecho español de la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, y su posterior modificación por la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990. El legislador español, como ha sucedido en otras ocasiones, incumplió la obligación de adaptar su legislación que debía de haber tenido lugar antes del 1 de enero de 1990.

consumo⁸.

335.- Las figuras descritas se agrupan en dos esquemas contractuales diferentes en virtud de los sujetos que las integran; en el caso de las ventas a plazos, se reproduce el patrón clásico de la compraventa⁹, nos encontramos con que a la operación económica le corresponde un contrato único con una dualidad de sujetos: el comprador y el vendedor¹⁰. En los otros casos, tanto en el crédito al consumo o las compraventas financiadas de bienes inmuebles, el modelo tradicional se ve alterado¹¹, y nos encontramos con dos contratos y la intervención de tres sujetos¹². Uno de los dos negocios jurídicos es una compraventa o prestación de servicios y el otro un contrato de crédito o financiación. En relación a los sujetos nos encontramos que la relación bilateral « vendedor-adquirente » ha sido sustituida por la trilateral «vendedor-adquirente-financiador». En todos estos casos ya no es el proveedor quien otorga por su cuenta, facilidades de pago los clientes, sino que aparece un tercer sujeto, la entidad financiera,

⁸Una interesante referencia histórica al nacimiento de la venta a plazos, en los Estados Unidos y Alemania a mediados del siglo XIX , la evolución de esta figura y su práctica sustitución por el mecanismo del crédito al consumo lo podemos encontrar en MARÍN LÓPEZ, M..J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo...*, op. cit., págs. 35 a 45.

⁹En nuestro país la primera regulación de este tipo de compraventas tiene lugar con la LVPBM/1965, recientemente sustituía por la LVPBM/1998. Este tipo de leyes busca sobre todo el evitar los grandes abusos cometidos por los vendedores, que al utilizar contratos de adhesión incluían cláusulas durísimas tales como la de que el impago de uno sólo de los plazos provocaba la resolución del contrato sin derecho a la devolución de ninguna de las cuotas ya pagadas.

¹⁰En el sistema del pago aplazado es el propio vendedor quien concede crédito al comprador mediante la fórmula del aplazamiento con cláusula de reserva de dominio. MARÍN LÓPEZ, M..J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit.*, págs 35 y 36.

¹¹La aparición de un tercer sujeto, el financiador, tiene lugar cuando el vendedor ya no es capaz de soportar la financiación de un elevado número de operaciones comerciales, como sucede con el auge la compraventa de automóviles; así pues las dos funciones que el vendedor venía desempeñando conjuntamente, venta y concesión de crédito, son asumidas por dos personas. MARÍN LÓPEZ, M..J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit.*, pág 179.

¹²LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.* pág. 68.

cuya misión dentro de esta estructura triangular de financiación es la de facilitar el importe del precio al consumidor que se lo tendrá que reintegrar de forma aplazada¹³.

3.- EL CRÉDITO AL CONSUMO.

3.A.- Estructura jurídica de la operación económica.

336.- La compraventa financiada habitualmente consiste en la celebración por el consumidor de dos contratos diferentes, una compraventa y un préstamo con dos personas distintas, un vendedor y un financiador o prestamista. El legislador español promulgó la Ley 7/1995, de Crédito al consumo, para paliar los graves perjuicios que suponía para el consumidor el desdoblamiento de una única operación económica en dos contratos jurídicamente independientes, ya que el consumidor no puede tener menor protección que la que tendría de haber realizado una venta a plazos¹⁴.

337.- La vinculación contractual tal como se contempla por la Ley 7/1995, está constituida por una relación jurídica triangular en la que nos encontramos con dos contratos y tres sujetos distintos¹⁵: un primer contrato celebrado entre un consumidor y un comerciante para la adquisición de bienes o servicios; un segundo contrato de financiación celebrado entre una entidad crediticia y el anterior comerciante para financiar la mencionada compraventa o prestación del servicio y, además nos encontramos con un

¹³LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.* pág. 68.

¹⁴Señala MARÍN LÓPEZ (*La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit.*, pág 188 y 181) que esos perjuicios son los que elimina el artículo 15 LCCon, de finalidad eminentemente protectora, al admitir la vinculación.

¹⁵Sin embargo los efectos de la vinculación sólo se producirán entre los contratos de consumo y de financiación, no alcanzando esta al contrato de colaboración entre el suministrador y la entidad financiera.

tercer contrato de colaboración entre el vendedor y la entidad crediticia¹⁶, en cuya virtud esta última se compromete a financiar en exclusiva las ventas o prestaciones de servicios para los clientes del primero^{17 18}.

3.B.- Fundamento jurídico de la vinculación

338.- La ley al dar relevancia a la vinculación contractual, existente dentro de aquella relación jurídica triangular, viene a compensar al consumidor todas aquellas desventajas que el principio de relatividad venía a causarle en relación a las que tenía el comprador que había utilizado otra vía de financiación como la venta a plazos¹⁹.

¹⁶La exigencia de aquel tercer contrato se deduce el contenido del art. 15.1.b) LCCon: «b) Que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste».

¹⁷En relación a los sujetos, en el supuesto de hecho de contrato vinculado que contempla el del art. 15 LCCon, nos encontramos con una estructura triangular, en la que intervienen tres sujetos: a) El financiador, que puede ser tanto un prestamista o cualquiera que mediante otro negocio jurídico pretenda financiar la adquisición de bienes o prestación de servicios. B) El consumidor, que celebra dos contratos: uno de consumo, mediante el que adquiere un bien o se le presta un servicio y un segundo contrato de crédito que puede ser de préstamo o cualquier otra modalidad, típica o atípica siempre que sirva para financiar el contrato de consumo. C)El proveedor que englobará tanto al vendedor de bienes como al suministrador de servicios. Vid. NAVÁS NAVARRO, S.: « Notas sobre la financiación por un tercero y el crédito al consumo (“Los derechos ejercitables por el consumidor frente al financiador en los contratos vinculados”, art. 15 Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo), EC, nº 53, año 2000, págs.33 a 46.

¹⁸MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit.*, pág 45 pone de relieve que en ocasiones es el propio consumidor el que concierta con una entidad financiera un crédito que luego el destina a la adquisición de un bien. Señala el autor que en este caso, a diferencia de cuando existe pacto de colaboración entre financiador y vendedor, no se puede hablar de unidad económica en la operación y por tanto no serán de aplicación los efectos propios de la vinculación contractual

¹⁹El crédito al consumo no proporciona ventaja alguna al consumidor en relación a la venta a plazos, pero por el contrario sí que aumentan las del vendedor, que deja de actuar como financiador y además percibe de forma inmediata todo el importe del precio; la entidad de crédito también se ve beneficiada por el incremento de clientes que le proporciona este sistema de ventas. (MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit.*, pág 46.)

339.- El comprador a plazos, antes de publicarse la Lccom tenía frente a quien utilizaba la vía del crédito de consumo toda una serie de ventajas:

a) En la compraventa a plazos el comprador siempre puede defenderse frente al vendedor que incumple, por no entregar el producto o por presentar éste vicios o defectos, mediante los clásicos instrumentos contractuales como la excepción de incumplimiento y la resolución de contrato²⁰. Por el contrario en el caso del crédito de consumo, al celebrarse dos contratos independientes, como son la compraventa y el contrato de financiación, el principio de relatividad impedía la aplicación de aquellos mecanismos. En el contrato de venta a plazos el comprador puede oponer la excepción de incumplimiento contractual a la reclamación de pago que formule el vendedor, suspendiendo de este modo el pago de los plazos pendientes. Esta vía, sin embargo, no puede ser utilizada frente a la entidad financiera, no sólo porque ésta es un tercero con relación al contrato de compraventa celebrado, sino que además ha cumplido con su obligación, que es la de entregar el montante del préstamo²¹.

b) El consumidor tampoco puede utilizar la resolución del contrato, como ocurriría en una venta normal o incluso en una compraventa a plazos, porque con ello tampoco conseguiría la exención de pagar el resto de plazos pendiente, que es en esencia lo que persigue el comprador frustrado. La total independencia del contrato de compraventa y el de financiación motivan que en principio la resolución del primero no afecte en absoluto al segundo^{22 23}

²⁰MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit.*, pág 50 a 51.

²¹De modo que el comprador tendrá que continuar satisfaciendo el pago de los plazos del crédito solicitado, por el contrario en el caso de la compraventa a plazos, al actuar el vendedor como financiador si que podría haber dejado de pagar los mismo alegando aquella excepción.

²²MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit.*, pág 52 y 53.

²³De modo que como señala LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.*

c) En materia de plazos, al no estar el contrato de crédito al consumo sometido a la anterior LVPB/1965, el consumidor no tiene las ventajas que le reportaba aquella ley, que exigía para la pérdida del beneficio del plazo, el impago como mínimo de dos plazos o del último.

La LCCon al reconocer los efectos de la vinculación, en definitiva, no hace sino conceder al consumidor las mismas ventajas que habría tenido en el caso de haber concertado un contrato bilateral de compraventa aplazado²⁴.

4 .- LA CONEXIÓN CONTRACTUAL Y EL CRÉDITO AL CONSUMO ANTES DE LA LEY 7/1995.

4.A.- La regulación legal.

340.- Hasta la publicación de la LCCon ningún texto contempla de forma específica la protección del consumidor en los créditos de consumo, si bien se podían encontrar toda una serie de disposiciones que de forma dispersa regulaban algunos aspectos de este fenómeno²⁵:

1.- La ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura; si bien, ésta únicamente protege al consumidor en cuanto que evita la aplicación de

pág.74, el comprador al que no se le entrega el objeto o lo recibe con vicios ocultos, está a pesar de ello obligado a satisfacer los plazos pendientes, puesto que no puede oponer al prestamista, con quien no ha pactado directamente, las excepciones que podría oponer al vendedor; e incluso a pesar de que obtuviese la resolución del contrato de compraventa continuaría obligado a satisfacer el contrato.

²⁴Según MARÍN LÓPEZ (*La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág 47, este fue el motivo que impulso a la jurisprudencia alemana a proteger al consumidor a partir del primer tercio del siglo XX .

²⁵Esta regulación según MARÍN LÓPEZ, M..J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág 118, no solo era insuficiente, por dispersa y

intereses usurarios.

2.- La Ley 50/1965, de Venta de Bienes Muebles a Plazos (LVBMP/1965), que de acuerdo con su artículo 1, no sólo regula la venta a plazos sino también los préstamos para la adquisición de los bienes. Sin embargo, esta ley tenía un ámbito de aplicación excesivamente restringido, la venta a plazos de bienes muebles corporales no consumibles, circunstancia esta que la hacía insuficiente para regular el supuesto que nos ocupa.²⁶

3.- La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, presta muy poca atención al crédito al consumo, que apenas fue mencionado en los arts 8,1; 10.1 y 5 y el 13.1 d).

4.- La Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito, y la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

4.B.- La doctrina jurisprudencial.

341.- Antes de la promulgación de la LCCon, es difícil encontrar resoluciones judiciales que se refieran a supuestos de vinculación contractual en materia de ventas financiadas. Hasta la fecha las únicas decisiones, que podemos encontrar son de Audiencias provinciales, en ellas

fragmentaria, sino que además no contemplaba para nada la vinculación contractual..

²⁶Añade MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág 116 que además esta ley estaba más bien pensada para afianzar la posición jurídica de vendedores y financiadores que la protección de los consumidores.

por lo general el supuesto de hecho se refiere a un contrato de financiación de los previstos en la LVPBM/1965²⁷. Estos contratos se caracterizan porque el financiador adelanta al comprador la cantidad aplazada del precio, de manera que éste paga de inmediato la totalidad del precio de la compraventa, las obligaciones comprador frente al vendedor se extinguen, y sólo subsisten las obligaciones de devolución de un préstamo concedido por el financiador. Sólo un pequeño número de sentencias aluden a la conexión contractual que puede existir entre los contrato de compraventa y préstamo.

342.- De las sentencias mencionadas cabe extraer varias conclusiones²⁸.

1º.- En la mayoría de los casos, la vinculación de la compraventa y crédito se produce en un caso de préstamo de financiación a comprador de los regulados en la LVPBM/1965.

2º.- El consumidor estipula dos contratos diferentes: una compraventa con el vendedor, y un contrato de préstamo, con el prestamista. No hay pues un contrato plurilateral, sino dos contratos bilaterales.

3º.- Estos tres contratos pueden estar vinculados entre si. Esta

²⁷La relación de sentencias la hemos tomado de MARÍN LÓPEZ (*La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit.*, págs 118-120), donde podemos encontrar un análisis detallado de cada uno de estas decisiones. Las decisiones judiciales son la SAP Santa Cruz de Tenerife: 23 noviembre 1993 (Ac 1993, 2194); SAP Granada 22 octubre 1994. (AC 1994, 2424); SAP Madrid 16 febrero 1996 (Act civ 1996-3, 1260; La ley 1996, 8478); SAP Soria 29 marzo 1996 (Audiencias Provinciales 1996, 1111); SAP Cádiz 24 junio 1996 (AC 1996, 1094); SAP Vizcaya 3 julio 1996 (Act. Civ. 1997, 387); SAP Guadalajara , 2 septiembre 1996 (Audiencias provinciales 1996, 2057); SAP Sevilla, 5 octubre 1996 (AC 1996, 2095) y SAP Granada 27 enero 1997 (AC 1997, 109).

²⁸MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit.*, pág. 128.

conexión no sólo es económica, sino que puede tener trascendencia jurídica. La vinculación contractual se fundamenta en la existencia de «un acuerdo de colaboración entre el vendedor y la entidad financiera» (SSAP Granada, 22 octubre de 1994 y 27 enero 1997), en entender que se está actuando sobre la base de un acuerdo entre vendedor y financiador (SAP Gerona, 8 julio 1995, acción Civ. 1995, 2617) de un acuerdo previo entre financiador y vendedor» SAP Castellón 4 junio 1997 acción 1997; 1421). En la SAP de Ciudad Real 18 mayo 1998, se afirma que el comprador ha obtenido un crédito del financiador, « previamente concertado con la empresa vendedora». Según algunas sentencias la conexión se manifiesta en la utilización de un mismo documento para materializar dos contratos (SSAP Granada de 22 octubre 1994 y de 27 enero 1997), o en la entrega directa del importe del préstamo del financiador al vendedor (SAP Ciudad Real, de 14 de julio 1995). Por otra parte no se especifica cual fue ese acuerdo previo.

4º.- Algunas sentencias admiten que el contenido de la Directiva 87/102 CEE forma parte del «acervo comunitario», lo que puede ser tenido en cuenta por los Jueces españoles a efectos interpretativos de nuestro ordenamiento jurídico (SAP Soria 29 marzo 1996; SAP Cádiz 24 junio 1996)

5º.- Otro grupo de que sentencias afirman tercero que el financiador es un tercero respecto al contrato de compraventa, por lo que es ajeno a las vicisitudes del contrato de compraventa, no pudiendo por lo tanto el consumidor oponerse al pago de los plazos de amortización, en caso de incumplimiento del vendedor (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 23 noviembre 1993, SAP 5 octubre 1996). En cambio otras decisiones sostienen que el consumidor puede dirigirse contra el prestamista cuando el vendedor incumple, tal y como establecen la Directiva y los artículos 14 y

15 LCCon. El ejercicio de derechos contra el prestamista puede hacerse por vía de acción o de excepción (SAP Guadalajara de 2 septiembre 1996; SAP Ciudad Real , de 18 mayo 1998). A pesar de admitir responsabilidad del prestamista por incumplimiento del vendedor incluso en los supuestos de tarjeta de crédito: SAP Madrid, de 16 febrero 1996), en muchas sentencias el ejercicio de derechos contra aquél no es posible, bien porque en realidad no ha habido incumplimiento del vendedor (SAP Guadalajara, de 2 septiembre 1996; SAP Ciudad Real , de 18 mayo 1998), bien porque el consumidor ha reclamado previamente frente al propio vendedor (SAP Madrid, de 16 febrero 1996; SAP Cádiz, de 24 junio 1996; SAP Ciudad Real, de 18 mayo 1998). Ninguna de las sentencias que admite la responsabilidad del prestamista se preocupa de analizar en que medida se satisface el requisito de la exclusividad, necesario para el existencia de contratos vinculados según la Directiva y la LCCon . Por último, las sentencias que desestiman la demanda del prestamista, que se ha ejercitado por los cauces del juicio ejecutivo, lo hacen apoyándose en la excepción de falta de provisión de falta de fondos, y de nulidad de la obligación reclamada o del título ejecutivo (art. 1467, nº 1 LEC/1881).

6º. La conexión entre los dos contratos da lugar a que la ineficacia de la compraventa pueda provocar asimismo la ineficacia del contrato crediticio. Así sucede en las dos únicas sentencias de las Audiencias Provinciales que abordan este problema: SAP Granada, de 22 octubre 1994; y SAP Vizcaya, de 3 julio 1996.

5.- LA CONEXIÓN CONTRACTUAL EN LA LCCON.

5.A- Preceptos que regulan la vinculación contractual

343.- Esta ley consiste en el primer cuerpo legal que disciplina de forma

sistemática el régimen jurídico de los contratos de crédito al consumo ²⁹. El aspecto más interesante de la misma en relación a nuestro objeto de estudio lo conforma la regulación de los contratos vinculados que constituye el eje en torno al que gira el sistema de protección del consumidor de crédito ³⁰.

344.- Los dos preceptos básicos que se ocupan de la vinculación contractual son los artículos 14 y 15 LCCon³¹, con ellos el legislador trata de paliar los efectos negativos que conlleva para el consumidor el desdoblamiento de una única operación económica en dos contratos distintos:

345.- El artículo 14 LCCon que aparece bajo el título «Eficacia de los contratos vinculados a la obtención de un crédito», se divide en tres apartados: En el primero, se regula en que casos la eficacia del contrato de consumo queda supeditada a la efectiva obtención del crédito. En el segundo se hace referencia a los supuestos en los que la ineficacia del

²⁹MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág 138.

³⁰A la LCCon le corresponde el hito histórico de constituir el primer cuerpo legal de nuestro ordenamiento jurídico que se refiere a los «contratos vinculados». Sin embargo nuestro legislador ha perdido la oportunidad de establecer que entiende por contrato vinculado, aun cuando lo hubiese hecho a los únicos efectos de ésta ley. Según señala NAVÁS NAVARRO (« Notas sobre la financiación...»...op. cit., pág.36) nuestro legislador tendría que haber seguido en este aspecto al alemán que si que estableció una definición de contrato vinculado.

La ley alemana de crédito al consumo, la VerbrKrG, en su §9.1 establece: « Un contrato de compra está vinculado a un contrato de crédito cuando el crédito sirve para la financiación del precio de la compra y los dos contratos tienen que ser considerados como una unidad económica. En particular, tiene que admitirse la existencia de una unidad económica cuando el prestamista se sirve de la colaboración de un vendedor en la preparación o en la conclusión del contrato de crédito »

MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág 139, señala que la LCCon salvo en la rúbrica de los artículos 14 y 15, ya no vuelve a utilizar la expresión contrato vinculado.

³¹En la LCCon podemos encontrar otros preceptos relativos a la vinculación contractual, tales como el artículo 12 que se refiere a las «Obligaciones cambiarias» y el artículo 9 LCCon, relativo a las «Liquidaciones a realizar por la ineficacia o resolución del contrato de adquisición» puesto que el artículo 14.2 establece que la ineficacia de los contratos de consumo y de préstamo provocará los efectos previstos en

contrato de consumo también puede provocar la ineficacia del contrato de préstamo. En el último apartado hace referencia a la obligación de dejar constancia de las personas que contratan con el consumidor mediante los contratos de crédito y consumo; también concede al consumidor la opción de no concertar el contrato de crédito, realizando el pago mediante la forma que acuerde con el proveedor del contrato de consumo.

346.- El artículo 15 LCCon gira bajo el epígrafe « Derechos ejercitables en los contratos vinculados» y regula los casos en los que, debido al incumplimiento del vendedor, el consumidor está autorizado a ejercitar contra el prestamista los derechos que podría haber utilizado contra el suministrador.

5.B.- El concepto de contratos vinculados.

347.- La LCCon, como sucede con muchas de nuestras leyes, no proporciona ningún concepto de contrato vinculado, lo que en este caso es un error puesto que los arts 14 y 15 exigen un concepto previo para poder ser aplicados.

348.- La doctrina ha establecido varios conceptos de contratos vinculados:

a) Un sector mantiene que son contratos vinculados aquellos contratos de consumo en los que se establece expresamente que la operación incluye la obtención de un crédito de financiación, tal como establece el art. 14.1 LCCon³².

el artículo 9.

³²En este sentido se manifiestan SÁNCHEZ HERRERO, J.R.: «Comentario a la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al Consumo», *La Ley*, 1996-4, pág. 1151;

b) Otro sector doctrinal mantiene un concepto más restringido y mantiene que son contratos vinculados aquellos en los que se cumplen todos los requisitos del artículo 15.1 LCCon³³.

c) Finalmente para algún autor es preciso distinguir dos formas diferentes de vinculación dentro de los artículos 14 y 15 de la ley, según que contrato sea el que influye en el otro, en el primer precepto estamos ante un contrato de compraventa vinculado al de crédito y la segunda en un contrato de crédito vinculado al de compraventa³⁴.

5.C.- El art. 15 LCCon.: contrato de crédito vinculado al de crédito.

349.- En el supuesto descrito en este precepto el contrato de crédito está vinculado a la compraventa. Esto significa que el contrato crediticio puede verse afectado por algunas circunstancias que se produzcan en el contrato de adquisición³⁵. La conexión existente entre ambos contratos provoca una influencia que va desde la compraventa al préstamo. Este supuesto está regulado principalmente en el artículo 15 LCCon, así como en los artículos 12 y 14.2.

350.- Los requisitos exigidos para que un contrato de crédito se considere

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M.: «Régimen jurídico del crédito al consumo», en *Contratos bancarios y parabancarios*, (dir. NIETO CAROL), Madrid, 1998, pág. 265 y GARCÍA MAS, F.J.: «Breve análisis sobre la Ley de Crédito al Consumo de 23 de marzo de 1995», *RCDI*, pág. 2194.

³³SÁNCHEZ LERMA, G.A.: «Los instrumentos cambiarios y la defensa de los consumidores; el artículo 12 de la Ley de Crédito al Consumo», *Act. Civ.*, 1997, núm. 16, págs. 343 y ss; VERDERA SERVER, R.: «Liquidación de relaciones contractuales derivadas de crédito al consumo: notas sobre el art. 9 LCCon», *ADC*, 1996, II, págs. 617 y 718.

³⁴MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág. 140.

³⁵MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág. 143.

vinculado a la compraventa, a los efectos de la LCCon³⁶, se encuentran contemplados en los apartados a) b) y c) del artículo 15 LCCon ^{37 38}:

a) El primer requisito consiste en la existencia de una pluralidad de contratos. Es necesario que el consumidor haya concertado dos contratos diferentes, uno de consumo y otro de concesión de crédito con dos empresarios diferentes, uno vendedor y el otro prestamista (artículo 15.1 a, LCCon) ³⁹.

Algún autor considera que dentro de este supuesto también se incluye aquel en que prestamista y vendedor son la misma persona, siempre y cuando se concierte dos contratos diferentes, de venta y de financiación⁴⁰.

351.- b) El nexo funcional es el segundo de los requisitos para que tenga lugar la conexión contractual. Los dos contratos han de estar funcionalmente unidos, para se que les pueda reconocer la vinculación contractual y se produzcan los efectos propios de la misma⁴¹. Para que exista conexión funcional es necesario que celebrados varios contratos,

³⁶Puesto que la vinculación contractual entre contratos de crédito excluidos de la ley también es factible. *Vid. supra* nº 339.

³⁷Los requisitos exigidos para apreciar la vinculación contractual en las compraventas financiadas de bienes de consumo, no son otros que los que la doctrina de la teoría de los grupos de contratos ha venido exigiendo para que dos contratos se consideren conexos: la pluralidad de contratos y el nexo funcional entre ellos. *Vid. LÓPEZ VILAS, R.: «Concepto y naturaleza jurídica del subcontrato », RDP, 1964, pág. 623; LÓPEZ FRÍAS, A.: Los contratos conexos....op. cit. pág.276; MARÍN LÓPEZ, M.J.: La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit. pág 177.*

³⁸La doctrina es coincidente a la hora de exigir este triple requisito, para apreciar la vinculación a los efectos de la LCCon ,en este sentido vid.: GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V.: El crédito al consumo ...op. cit., pág.86; VERDERA SERVER, R.: «Liquidación de relaciones contractuales ...op. cit., pág. 618; MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit., pág 144.*

³⁹Este primer requisito coincide con el primero de los exigidos en la teoría de los contratos conexos; la pluralidad de contratos, por el contrario los otros dos requisitos del artículo 15 LCCon vendrían a conformar, el segundo requisito de aquella teoría, el nexo funcional.

⁴⁰MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit., pág 182.*

⁴¹MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit., pág 183.*

éstos no puedan considerarse como absolutamente independientes desde un punto de vista jurídico, bien porque su naturaleza o estructura así lo determinen, o bien porque entonces quedarían sin sentido desde la perspectiva de la operación jurídico-económica que a través de ellos se quiere configurar⁴². En consecuencia habrá nexo funcional entre los dos contratos cuando a través de los mismos las partes pretenden alcanzar un único resultado económico, es decir que podrá afirmarse la existencia de nexo contractual entre el contrato de consumo y el de crédito cuando la finalidad perseguida por ambos contratos sea la de facilitar al consumidor la adquisición de bienes de consumo a plazos, de modo que ambos contratos son parte de una operación económica única⁴³.

352.- Los requisitos necesarios para apreciar la existencia de nexo funcional se encuentran en el apartado b) del art. 15 LCCon, y son los siguientes:

1º.- La existencia de un acuerdo previo entre el financiador y el suministrador, de que este concederá crédito a los clientes del vendedor para la adquisición de los bienes y finalmente, que el consumidor haya obtenido el crédito en aplicación de aquel acuerdo previo⁴⁴.

2º.- El acuerdo entre financiador y suministrador ha de ser concertado en exclusiva.

⁴²LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.* pág.286. MARÍN LÓPEZ, M..J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit.*, pág 183.

⁴³MARÍN LÓPEZ, M..J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit.*, pág 184.

⁴⁴La falta de claridad de este precepto dificulta la comprensión del mismo, si bien la doctrina ha establecido que la exclusividad únicamente afecta al suministrador de bienes o servicios, en el sentido de que solo puede colaborar con un prestamista, mientras que el consumidor puede solicitar el crédito a otro financiador. *Vid.* GAVIDIA SÁNCHEZ, J.L: *El crédito al consumo ...op. cit.*, pág.88 ; NAVÁS NAVARRO, S.: « Notas sobre la financiación por un tercero ...op. cit., pág.35. MARÍN LÓPEZ, M..J.: *La*

5.E.- La responsabilidad del prestamista por incumplimiento del vendedor

353.- El artículo 15 LCCon permite que el consumidor utilice contra el prestamista los mismo derechos que podía utilizar contra el vendedor en el caso de que concurran todos los requisitos señalados en ese mismo precepto⁴⁵ .:

a) En primer lugar el consumidor inserto en una relación trilateral de crédito al consumo puede dirigirse contra el financiador siempre que se haya producido la contravención o la falta de conformidad con lo pactado por el proveedor, el artículo 15.1 d) se refiere a ello como la no entrega, en todo o en parte, de los bienes o servicios objeto del contrato o que no sean conforme a lo pactado en el contrato.

b) El segundo requisito para que el consumidor pueda dirigirse contra el financiador, consiste en el carácter subsidiario de esta vía, ya que el artículo 15.1.e) exige que previamente el consumidor se haya dirigido previamente, judicial o extrajudicialmente, contra el suministrador sin resultado⁴⁶

354.- El problema que plantea este precepto es la delimitación de los derechos que el consumidor puede utilizar contra el financiador. En principio dice el precepto dice que podrá utilizar los “mismos derechos”

compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit., págs. 201.

⁴⁵Los requisitos señalados en el art. 15.1 LCCon pueden dividirse en dos apartados: el primero, se refiere a los necesarios para pueda apreciarse la vinculación entre contratos (letras a, b, y c), y los segundos se refieren al tipo de incumplimiento del vendedor que permite dirigirse contra el financiador (letras d y e).

⁴⁶De este modo el legislador ha instaurado en el artículo 15.1 LCCon una acción directa desnaturalizada, puesto que la ha privado de una de sus principales características la solidaridad que es inherente a toda acción directa.

Señala NAVÁS NAVARRO (« Notas sobre la financiación por un tercero ...op. cit., pág.41), que en la Propuesta de Directiva de 1979 (art. 13.3) se establecía una responsabilidad solidaria del financiador y proveedor, sin embargo en el texto definitivo de la directiva (art. 11.2.e) se estableció la subsidiariedad, y de ese modo ha pasado a la

que tenía frente al proveedor de bienes o servicios. El legislador sin embargo no dice si tales derechos los podrá ejercitar por vía de acción o de excepción, ni tampoco especifica que derechos en concreto son los que pueden ser ejercitados.

355.- El artículo 15.1 en principio sólo establece la responsabilidad del financiador derivada de la falta de entrega total o parcial de la cosa o por el carácter defectuoso de la prestación, es decir que el incumplimiento del vendedor es presupuesto para la aplicación de este precepto⁴⁷. La vía utilizable para el ejercicio de los derechos es tanto la excepción como la acción⁴⁸. En cuanto a que concretos derechos son los que puede ejercitar el consumidor, la doctrina ha establecido que pueden ejercitarse los mismos derechos que dispone un consumidor contra un vendedor⁴⁹, en este último sentido el artículo 15 está delimitando que concretos derechos se pueden ejercitar contra el financiador.

5.F.-Derechos ejercitables ex art. 15 LCCon

LCCon. .

⁴⁷Lo anterior presupone que la LCCon no pretende establecer la responsabilidad del financiador por cualquier reclamación del consumidor, sino exclusivamente por los incumplimientos contractuales del suministrador. En consecuencia no tendrían cabida dentro del supuesto de hecho del art. 15: los derechos derivados de la invalidez, revocación, rescisión, resolución por imposibilidad sobrevenida, desistimiento por mutuo acuerdo o por voluntad de una de las partes, cumplimiento de condición resolutoria diferente del incumplimiento del proveedor, falta de cumplimiento de una condición suspensiva del contrato de consumo, etc Vid GAVIDIA SÁNCHEZ, J.L: El crédito al consumo ...op. cit., págs. 114 a 115 y 118.

⁴⁸Así lo entiende la doctrina aun a pesar de que en la Exposición de motivos de la LCCon solamente se hable de excepciones. Vid GAVIDIA SÁNCHEZ, J.L: El crédito al consumo ...op. cit., pág.115; NAVÁS NAVARRO, S.: « Notas sobre la financiación por un tercero ...op. cit., pág.42.

⁴⁹Para ello MARÍN LÓPEZ (*La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág 289) establece una serie de precisiones: 1) los derechos a los que se refiere el artículo 15 LCCon sólo se refieren al incumplimiento del vendedor 2) que la venta entre un profesional y un consumidor es civil y por lo tanto no podremos utilizar los remedios previstos en el C. de C. 3) que los derechos que tendría el consumidor

356.- La doctrina establece que los derechos ejercitables *ex art. 15* son los siguientes:

1.- La excepción de contrato no cumplido⁵⁰ (*exceptio non adimpleti contractus*). La aplicación de esta excepción permitiría al consumidor suspender la devolución de los plazos pendientes al oponer las excepciones derivadas del contrato que ha celebrado con el proveedor^{51 52}.

2.- La pretensión de cumplimiento exacto, e indemnización por daños y perjuicios. Ante el incumplimiento del vendedor el consumidor puede interponer la pretensión de cumplimiento exacto cuyo contenido variará según el tipo de incumplimiento cometido. Por lo tanto puede consistir tanto en la entrega de la cosa, si esta no se entregó, o si esta se entregó con defectos puede solicitarse su reparación o sustitución^{53 54}.

3.- La pretensión de cumplimiento del equivalente pecuniario,

serían los mismos que si se encontrase en una venta bilateral a plazos.

⁵⁰GAVIDIA SÁNCHEZ, J.L: El crédito al consumo ...op. cit., pág.117; MARÍN LÓPEZ, M..J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág 260; .

⁵¹Comparte esta postura la mayoría de la doctrina. Vid. GAVIDIA SÁNCHEZ, J.L: El crédito al consumo ...op. cit., pág. 117; NAVÁS NAVARRO, S.: « Notas sobre la financiación por un tercero ...op. cit., pág. 43 y MARÍN LÓPEZ, M..J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág 284 y 285. Este último matiza que en realidad esta excepción que se opone al financiador debería denominarse «excepción de incumplimiento del vendedor », puesto se niega el pago porque éste ha incumplido.

⁵²La posibilidad de oponer esta excepción al financiador no significa que el consumidor pueda dejar de pagar al financiador que le ha reclamado el pago, alegando un incumplimiento por el suministrador; la letra e) del art. 15 LCCon exige que el consumidor previamente haya reclamado al vendedor. Luego sin reclamación previa no es posible oponer la excepción. Vid. MARÍN LÓPEZ, M..J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág. 320.

⁵³La doctrina estima que es prácticamente imposible que el prestamista cumpla *in natura* o proceda a la reparación del defecto de la cosa; sin embargo si que es posible que un tercero realice aquellas prestaciones por cuenta del financiador. Vid GAVIDIA SÁNCHEZ, J.L: El crédito al consumo ...op. cit., pág.117 y NAVÁS NAVARRO, S.: « Notas sobre la financiación por un tercero ...op. cit., pág.43.

⁵⁴La reparación o sustitución es posible al amparo de lo establecido en el art. 11.3 LCU.

además de la correspondiente indemnización.

4.- La petición de reducción del precio⁵⁵ (acción estimatoria o «*quanti minoris* »). La presencia en el bien de vicios o defectos ocultos permite al consumidor ejercitar contra el vendedor la acción estimatoria o *quanti minoris*, obteniendo una rebaja del precio proporcional a la pérdida de valor del bien (art. 1486 cc)⁵⁶

5.- La resolución del contrato por incumplimiento. Lo que provocaría la restitución de las prestaciones, lo que permitiría al consumidor la recuperación de los plazos ya pagados.

Algún autor estima que la indemnización comprende tanto la que tiene su origen en la responsabilidad contractual como la extracontractual⁵⁷.

5.F.-Naturaleza de las obligaciones asumidas por el prestamista.

357.- En el supuesto de que el vendedor incumpla, el prestamista no sólo

⁵⁵GAVIDIA SÁNCHEZ, J.L: *El crédito al consumo ...op. cit.*, pág.117.

⁵⁶En relación a este supuesto comenta MARÍN LÓPEZ (*La compraventa financiada de bienes de consumo ...op. cit.*, págs. 290 a 292) que si bien al ejercitar contra el financiador esta acción y este quede obligado a abonarle la diferencia, esto no afectará sin embargo al préstamo que se mantendrá inalterado, produciendo sus efectos conforme a lo pactado, sobre todo en lo que se refiere a los intereses.

No obstante este autor propone una segunda alternativa en la que el éxito de la acción *quanti minoris* debería repercutir en una rebaja del contrato de crédito y en consecuencia de una reducción del importe de cada plazo o una reducción del número de plazos.

⁵⁷En este sentido algunos autores opinan que sería incluso aplicable la Ley 22/1994 de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, vid. GAVIDIA SÁNCHEZ, J.L: *El crédito al consumo ...op. cit.*, pág.117 y NAVÁS NAVARRO, S.: « Notas sobre la financiación por un tercero ...op. cit., pág. 43. En contra MARÍN LÓPEZ (*La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit.*, págs. 292 y ss.) que estima estos daños ya no derivarían del incumplimiento del vendedor sino del carácter defectuoso del bien.

debe soportar que el consumidor suspenda el pago de los plazos de devolución del préstamo, sino que además debe de responder frente a las reclamaciones que éste le plantee. El artículo 15.1 LCCon coloca la prestamista como obligado, como deudor del consumidor⁵⁸. El legislador nuevamente ha utilizado el esquema propio de la acción directa, y como ha sucedido en numerosas ocasiones vuelve a omitir el *nomen iuris* de la figura. Por los derechos que puede ejercitar el consumidor contra el financiador no son otra cosa que acciones directas⁵⁹

5.G.-Derecho de repetición del prestamista contra el vendedor

358.- No regula esta posibilidad la LCCon, sin embargo no debe considerarse excluida puesto que lo contrario supondría un enriquecimiento injusto para el vendedor en detrimento del prestamista⁶⁰.

⁵⁸MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág. 294.

⁵⁹No es pacífica esta doctrina, puesto que para algún autor el tipo contractual del que derivan las obligaciones es el de la fianza; es decir que el artículo 15 coloca al prestamista en la situación de fiador. En ese sentido se manifiesta MARÍN LÓPEZ (: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág. 294 y ss.), al que hemos seguido en lo esencial en lo relativo al crédito al consumo, y que ha seguido escrupulosamente en su monografía la tesis de los grupos de contratos, sin embargo a la hora de establecer una de las principales consecuencias de todo grupo contractual, el reconocimiento de la existencia de acciones directas en su seno, da un giro de 180° y abandona aquella tesis; máxime cuando apoyándose en la misma ha llegado a conclusiones tan interesantes como el reconocimiento de la vinculación contractual en los créditos al consumo situados al margen de la LCCon. Este autor, sigue en lo relativo a la naturaleza de las obligaciones asumidas por el prestamista a CARRASCO PERERA, (*Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992, pág. 80.), según este último el Código civil no conoce otro contrato distinto al de la fianza por virtud del cual un tercero distinto del deudor principal asuma una obligación cuyo objeto sea el cumplimiento de una obligación cuyo objeto sea el cumplimiento de la prestación debida por aquél.

Es evidente también nuestra discrepancia, puesto que estimamos que el mecanismo de la acción directa cumple sobradamente con esta función. Además ya hemos mostrado nuestro rechazo a explicar la acción directa mediante la remisión a cualquier otra figura.

⁶⁰GAVIDIA SÁNCHEZ, J.L: *El crédito al consumo* ...op. cit., pág. 129; MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág. 367, si bien la justificación última en la que se basa es en la acción de regreso propia de todo

5.H.- El art. 14 LCCon: La ineficacia del contrato de compraventa.

359.- El otro supuesto vinculación contractual contemplado por la LCCon está regulado en el artículo 14.1 LCCon⁶¹, en este supuesto, a diferencia de lo que sucedía en el artículo 15.1, es el contrato de compraventa el que está vinculado al de crédito, puesto que la eficacia de la compraventa depende de la efectiva perfección del contrato crediticio y de la efectiva entrega al prestatario del importe del crédito⁶². La conexión contractual se manifiesta en que el contrato de compraventa va ser eficaz únicamente cuando el consumidor obtenga el crédito de financiación; la obtención del crédito va a funcionar como condición suspensiva para el nacimiento del contrato de compraventa⁶³.

360.- En el artículo 14.2 LCCon, por el contrario, la vinculación sigue la misma dirección que en el 15.1, va desde el contrato de consumo hasta el de financiación, si el bien o servicio no se obtiene como consecuencia de la ineficacia del contrato de consumo, el contrato de préstamo será ineficaz⁶⁴ ⁶⁵. La razón por la que la ineficacia de la

fiador que ha pagado al deudor principal.

⁶¹Artículo 14 LCCon gira bajo el epígrafe « Eficacia de los contratos vinculados a la obtención de un crédito » y establece que:

« 1. La eficacia de los contratos de consumo, en los que se establezca expresamente que la operación incluye la obtención de un crédito de financiación, quedará condicionada a la efectiva obtención de ese crédito.

Será nulo el pacto incluido en el contrato por el que se obligue al consumidor a un pago al contado o a otras fórmulas de pago, para el caso de que no se obtenga el crédito de financiación previsto.

Se tendrán por no puestas las cláusulas en las que el proveedor exija que el crédito para su financiación únicamente pueda ser otorgado por un determinado concedente.

⁶²Según MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág.141 nuestro legislador con este precepto a superado el mandato de la Directiva 87/102/CEE. El legislador español en realidad no ha hecho otra cosa que seguir el modelo francés en idénticos términos a los establecidos en el artículo L.311-23 CConsom..

⁶³GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V.: *El crédito al consumo* ...op. cit., pág.75. MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág 142.

⁶⁴Establece el art. 14.2 LCCon que: « La ineficacia del contrato, cuyo objeto

compraventa acarrea la ineficacia del contrato de crédito hay que buscarla en la teoría de la causa⁶⁶, ya se ha dicho que los dos contratos, el de compraventa y el de préstamo forman una unidad económica, de la que no son ajenos el prestamista y vendedor puesto que ambos colaboran para que el consumidor adquiera un bien financiado. De modo que si el contrato de compraventa se convierte ineficaz, el contrato de crédito pierde todo su sentido, ha desaparecido sobrevenidamente su causa, por lo que el consumidor podrá resolverlo.

5.I.- Presupuestos para la aplicación del artículo 14.2 LCCon .

361.- La aplicación del artículo 14.2 LCCon exige para su aplicación la ineficacia del contrato de consumo. El problema estriba en que significado hay que otorgar al término ineficacia, puesto que el Código civil no define este concepto. La mayoría de la doctrina estima que el término ineficacia de este precepto debe ser interpretada en sentido amplio, por los que incluirá los siguientes supuestos: nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución, revocación, el desistimiento, el mutuo disenso, el no cumplimiento de una condición suspensiva o el cumplimiento de una condición resolutoria⁶⁷.

362.- Es presupuesto para que la ineficacia del contrato de compraventa

sea la satisfacción de una necesidad de consumo, determinará también la ineficacia del contrato expresamente destinado a su financiación, cuando concurren las circunstancias previstas en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 del artículo 15, con los efectos previstos en el artículo 9. »

⁶⁵Nuestro legislador ha seguido el modelo francés, en el art. L 331.21, párr. 1, frase 2 CConsum, se establece que la nulidad o resolución judicial del contrato de compraventa provocará la nulidad o resolución del contrato de crédito.

⁶⁶En principio está clara que el contrato de crédito deviene ineficaz porque así lo establece el artículo 14.2, sin embargo la justificación del fenómeno permite aplicar la ineficacia del contrato de crédito en aquellos supuestos de vinculación contractual que quedan extramuros de la LCCon.

⁶⁷GAVIDIA SÁNCHEZ, J.L: El crédito al consumo ...op. cit., pág. 103; NAVÁS NAVARRO, S.: « Notas sobre la financiación por un tercero ...op. cit., pág. 44 y MARÍN LÓPEZ, M..J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág 390.

afecte al contrato de crédito que concurren las circunstancias exigidas en los párrafos a), b) y c) del artículo 15.1 LCCon: 1) que el consumidor celebre un contrato de consumo y otro de compraventa con dos personas distintas; 2) que exista un acuerdo previo concertado en exclusiva entre prestamista y suministrador y 3) que el consumidor reciba el crédito en aplicación del acuerdo previo⁶⁸

5. J.- Las cláusulas limitativas de responsabilidad

363.- En la mayoría de supuestos de contratos de créditos al consumo es habitual la inclusión de una cláusula de exención de responsabilidad, en virtud de la cual los prestamistas pretenden evitar que alcancen las vicisitudes del contrato de compraventa, sustrayéndose de esta forma a los efectos de la conexión contractual que establecen los artículos 14 y 15 LCCon⁶⁹. Desde la publicación de la LCCon este tipo de cláusulas están prohibidas en su artículo 3^o⁷⁰.

6.- LA VINCULACIÓN CONTRACTUAL EN LOS SUPUESTOS EXCLUÍDOS DE LA LCCON

364.- En los supuestos de crédito al consumo existen elementos suficientes como para establecer la vinculación o dependencia entre contratos y

⁶⁸Estimamos que hubiese sido más acorde con la técnica jurídica que el legislador hubiese incluido el supuesto regulado en el art. 14.2. en el artículo 15. De este modo en un único precepto se hubiesen regulado todos los supuestos en los que las incidencias que afecten al contrato de consumo, bien sea por incumplimiento bien por ineficacia, en virtud de la vinculación contractual se propagan al contrato de crédito.

En el artículo 14 nos encontramos con dos supuestos en los que los efectos de la vinculación funcionan en sentido contrario: de contrato de crédito al de consumo en el apartado 1º y en dirección contrato consumidor al de crédito en el apartado 2º.

⁶⁹MARÍN LÓPEZ, M..J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág 265.

⁷⁰El art. 3 LCCon establece que : «no serán válidos, y se tendrá por no puestos, los pactos, cláusulas y condiciones establecidos por el concedente del crédito y el consumidor contrarios a lo establecido en la presente Ley, salvo que sean más beneficiosos para éste.»

superar el escollo de la relatividad contractual. Esta posibilidad existiría aún en el supuesto de que no hubiese llegado a promulgarse la LCCon, y se manifiesta en los supuestos excluidos de la ley: .

La conexión contractual deriva de dos factores: En primer lugar, del hecho de que al existir un contrato de colaboración entre vendedor y entidad de crédito hace que no sean extraños entre sí . En segundo lugar, en el contrato de crédito al consumo hay una referencia al bien que se financia a diferencia de lo que sucede con los créditos personales. En consecuencia la conexión causal entre los dos contratos da lugar a que el prestamista no pueda considerarse ajeno a las vicisitudes del contrato de compraventa

365.- Fuera de las hipótesis señaladas en la LCCon es posible encontrar otros supuestos de vinculación contractual en los que las vicisitudes que se produzcan en el contrato de compraventa puedan afectar al contrato de crédito⁷¹. Se trataría de aquellos casos en los que existiendo pluralidad de contratos, compraventa y crédito, y concurrir la nota de colaboración entre prestamista y suministrador, falta alguno de los requisitos del artículo 15.1 LCCon, como por ejemplo la nota de exclusividad. En estos supuestos, aún a pesar de quedar fuera del ámbito de la ley, están vinculados entre sí puesto que concurre entre ellos una conexión causal entre ambos contratos; se trata de una operación económica única en la que el consumidor reciba el préstamo debido a la colaboración planificada, por existir un contrato previo entre prestamista y vendedor⁷².

⁷¹GAVIDIA SÁNCHEZ, J.L: El crédito al consumo ...op. cit., pág. 102. MARÍN LÓPEZ, M..J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág 207.

⁷²MARÍN LÓPEZ, M..J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, ...op. cit., pág 208 y 209, matiza que en estos caso de contratos vinculados al margen del la LCCon la vinculación contractual no se produce por aplicación analógica de sus

preceptos , sino por la conexión causal existente entre dos negocios jurídicos.

CAPÍTULO IX.-

LA ACCIÓN DIRECTA EN EL CONTRATO DE LEASING

Sumario.- 1. EL CONTRATO DE LEASING. 2. - LA REGULACIÓN DEL LEASING. 3.- ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA OPERACIÓN DE LEASING. 4.- LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA OPERACIÓN DE LEASING. 5.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA. 6.- LA CONEXIÓN CONTRACTUAL EN EL LEASING. 7.- LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR: LA ACCIÓN DIRECTA. 7.A.- Contenido de la acción directa. 7.B.- La resolución del contrato de leasing como efecto de la resolución del contrato de compraventa. 7.C.- La ineficacia del contrato de compraventa y su repercusión en el contrato de leasing. 7.D.- La posibilidad de reconocer acción directa al usuario frente al vendedor.

1. EL CONTRATO DE LEASING.

366.- El contrato de leasing¹, también denominado arrendamiento financiero, es de origen anglosajón, y se introduce en nuestro país en los años sesenta². En este contrato una de las partes se obliga a financiar la

¹Entre los trabajos dedicados al estudio de esta figura destacamos las siguientes monografías: ROJO AJURIA, L.: *Leasing Mobiliario*, Madrid, 1.987; CHULIA VICENT, E. Y BELTRÁN ALANDETE, T.: *Aspectos jurídicos de los contratos de leasing* Barcelona, 1989; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L.: *Leasing financiero mobiliario*, Madrid, 1.989; BUITRAGO RUBIRA, J.R.: *El leasing financiero mobiliario y su jurisprudencia*, Pamplona, 1998; GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Pamplona, 2001.

²Una interesante reseña histórica podemos encontrarla en GARCÍA GARNICA, (*El régimen jurídico del leasing ...op. cit.* págs., 25,37 y 38. Esta figura contractual surge en Estados Unidos en el año 1952, atribuyéndose su paternidad al empresario californiano J.D. Boothe Jr.; éste era el director de una fábrica de alimentos y desbordado por un pedido de la Armada norteamericana, puesto que no disponía ni del suficiente

utilización por la otra de un bien, que a tal efecto la primera (entidad de leasing) adquiere de un tercero (suministrador) de acuerdo con las instrucciones de su contraparte (usuario), poniéndolo a disposición del usuario a cambio del pago de una cuota periódica y estableciéndose a favor de éste, finalizado el período pactado, una opción de compra de la cosa por un precio residual³. De modo que para que pueda tener lugar la denominada «operación de leasing» se han tenido que celebrar dos contratos⁴: un contrato de leasing entre el usuario y la financiadora o entidad de leasing y un segundo contrato, de compraventa, entre ésta y un tercero, el suministrador. En consecuencia en esta operación económica estamos ante dos contratos vinculados en los que intervienen tres sujetos.

367.- El leasing mobiliario le proporciona al usuario toda una serie de ventajas: en primer lugar, actúa como eficaz instrumento de inversión y actualización de infraestructuras, puesto aumenta la liquidez de las empresas, además con un mínimo desembolso evita la inmovilización de activos que rápidamente quedan obsoletos, con su consiguiente depreciación y dificultad añadida para deshacerse de ellos; y finalmente permite la fácil renovación de aquellos bienes de equipo. A todo ello hay que añadir toda una serie de ventajas fiscales y contables para el usuario.⁵

368.- El contrato de leasing presenta varias modalidades⁶, entre las cuales

equipamiento ni del capital para realizar las inversiones pertinentes, por lo que pidió a otra sociedad que adquiriese el material y lo pusiese a su disposición a cambio del pago de un canon mensual. Posteriormente el éxito de la operación le llevó a la constitución de la primera sociedad de leasing financiero: la *United States Leasing Corporation*.

³MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: en AAVV, *Curso de Derecho civil (II). Derecho de Obligaciones* (Coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Madrid, 2000, pág.693.

⁴La doctrina viene utilizando el término *operación de leasing* para designar a la entera operación que formando una unidad desde un punto de vista económico, está compuesta jurídicamente de dos contratos bilaterales vinculados, la compraventa y el contrato de leasing. Es decir unidad en lo económico y dualidad en el aspecto jurídico.

⁵GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, págs. 31 y 34.

⁶Entre las diferentes clasificaciones establecidas por la doctrina, las modalidades más relevantes de leasing son las siguientes: A) Según la naturaleza de los bienes

la más difundida en nuestro país es la relativa al leasing financiero de bienes muebles^{7 8}.

2. - LA REGULACIÓN DEL LEASING

369.- El contrato de leasing aun a pesar de su indudable tipicidad social no se ha visto acompañado en nuestro país de la necesaria regulación legal⁹. Esta figura contractual, ante la ausencia de una normativa legal que establezca un eficaz régimen jurídico, se ha ido desarrollando merced a la autonomía de la voluntad, *ex* artículo 1255¹⁰. No obstante, en nuestro

cedidos: el mobiliario y el inmobiliario, según el objeto de financiación. B) También podemos distinguir, en virtud de la intervención o no de una entidad financiera, entre el ya mencionado *leasing financiero*, en el que el cedente del producto no participa ni en su fabricación ni distribución, el *leasing operativo o industrial*, en el que son los propios fabricantes quienes en vez de vender sus productos ceden su uso y asistencia técnica a cambio de un precio. C) Según los sujetos, se diferencia entre el trilateral y el bilateral o «lease-back», en éste es el propio usuario el que vende un bien de su propiedad a la empresa cedente. Vid. SANCHEZ-PARODI PASCUA, J.L.: *Leasing financiero mobiliario*, Madrid, 1.989, págs. 24 y ss. GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op.cit.*, pág. 90.

⁷Según MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: en AAVV, *Curso de Derecho civil ...op. cit.*, pág. 694: el contrato de leasing en el sentido a que se refiere la Ley 26/1988 no comprende el llamado *leasing del fabricante* que se da cuando, quien financia la operación, es el propio suministrador del bien, ni tampoco el denominado *leasing operativo o renting*, que es un verdadero arrendamiento, porque en él la empresa de leasing adquiere el bien en su propio interés y por su cuenta, y soportalos riesgos de la cosa, cediendo luego su uso por un precio cierto. Este autor se muestra contrario al leasing inmobiliario, aún a pesar de que la disp adic. 7ª de la Ley 26/1988 si que lo contemple. Alega para ello que el leasing de inmuebles se aleja de la estructura y finalidad de este contrato en su más estricto sentido, puesto que como los inmuebles no pierden valor por su uso, en realidad con el leasing no se financia su utilización, sino su compra.

⁸Como quiera que la gran mayoría de problemas y soluciones que se plantean en materia de conexión contractual y en consecuencia los relativos a la admisibilidad o no de la acción directa, hacemos extensibles al leasing inmobiliario las conclusiones obtenidas al analizar el leasing mobiliario.

⁹EMBID IRUJO, J.M: «Sobre la naturaleza jurídica del contrato de leasing. Comentario a la STS de 28 de Mayo de 1.990 », *La Ley*, 1.990-4, pág. 710.

¹⁰En este sentido la novedosa STS de 10 abril 1981 (RJA 1981, 1532), establece que: «carente tal contrato [leasing] en nuestro ordenamiento positivo de regulación en el campo del derecho privado, claro está que su otorgamiento es posible en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial y de libertad de pacto proclamado en el art. 1255 Cc, que faculta a los sujetos para superar , a impulsos de las incesantes exigencias del tráfico económico, el elenco de esquemas o pautas contractuales

ordenamiento podemos encontrar toda una serie de normas, que si bien de forma tangencial se refieren a los aspectos jurídico-privados de la figura en estudio, puesto que sobre todo aparecen centradas en los aspectos tributarios del contrato^{11 12}. Hoy en día la regulación del leasing financiero se encuentra en la Ley 26/1988, de 29 de julio de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito¹³, que deroga el Título II del RD 15/1977. Esta ley, principalmente se limita a concretar la actividad que integra el objeto de las sociedades de leasing, dedicando únicamente su disposición adicional séptima a regular el contrato de leasing¹⁴

previstas por el legislador, necesariamente limitados».

¹¹La primera regulación en la que aparece una primera definición legal de este contrato la encontramos en el R.DLey 15/1.977, de 25 de febrero sobre Ordenación Económica, Medidas Fiscales, Financieras y de Inversión Pública, cuyo artículo 19 establece que: «Constituyen operaciones de arrendamiento financiero aquellas operaciones que, cualquiera que sea su denominación, consista en el arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo y vehículos susceptibles de ser afectados con exclusividad a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales ...adquiridos exclusivamente para dicha finalidad por empresas constituidas...las mencionadas operaciones deberán incluir una opción de compra a favor del usuario al término del arrendamiento ».

¹²Mediante el RD 1669/1980 se amplía el ámbito de aplicación del contrato de leasing a determinados inmuebles, si bien insiste en el mismo concepto de la figura.

¹³La Disposición adicional 7ª de la Ley 26/1.988 de 29 de Julio sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito (en adelante LDIEC.): «Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro asociado, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario»

¹⁴Esta ley se dedica principalmente a regular el tratamiento fiscal del contrato de leasing. La regulación positiva del mismo quede reducida a una descripción de las operaciones de leasing financiero que es a todas luces insuficiente, puesto que ni tan siquiera regula los derechos y obligaciones de las partes, además es incompleta ya que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras normas sustantivas que también regulan este contrato, como la disp. adic.1ª de LVPBM./1998. En esta disposición adicional, entre otros aspectos se regulan los requisitos para la ejecutividad del leasing, el procedimiento por el que la financiera puede exigir al usuario el cumplimiento de sus obligaciones, se regula un procedimiento sumario para la recuperación de los bienes por el cedente, y finalmente se establecen una serie de previsiones para el caso de que el usuario se vea envuelto en un procedimiento concursal. Vid. GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, págs. 54, 56 y 57.

3.- ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA OPERACIÓN DE LEASING.

370.- La operación de leasing, que desde un punto de vista económico constituye una operación única, jurídicamente está integrada por dos negocios jurídicos vinculados, uno de compraventa y el contrato de leasing en sentido estricto. Un punto común a ambos contratos lo constituye la presencia de la entidad financiera o de leasing como parte de ambos contratos.

3.A.- EL CONTRATO DE COMPRAVENTA .

371.- En el contrato leasing, ya hemos adelantado que el interesado en disponer de un bien, en vez de adquirir su dominio, se pone en contacto con una entidad de leasing para que esta adquiera la propiedad del bien que aquél le indique y luego le ceda su uso mediante un contrato de leasing¹⁵. De modo que normalmente la operación leasing recae sobre un bien ajeno. La primera obligación de la entidad de leasing será la adquisición del bien especificado por el usuario al proveedor que este señale¹⁶. En relación a los bienes objeto de leasing la disp.adic. 7ª de la LDIEC exige que éstos sean afectados por el usuario a determinados fines de carácter económico o productivo; este requisito hace que la operación de leasing no pueda

Entre otras críticas también ha sido calificada esta regulación como fragmentaria puesto que en lo relativo a su régimen jurídico-privado el contrato carece de disciplina específica. LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.*, pág.115.

¹⁵GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.92.

¹⁶No obstante en la disp, adic.7ª LDIEC se prevé la posibilidad de una operación de leasing en el que el bien ya perteneciese a la entidad financiera, por haberlo adquirido en una operación anterior en la que el usuario no ejerció la opción de compra. También cabe la posibilidad de que el usuario se hubiese visto privado del mismo por haber incumplido el contrato de leasing.

calificarse como contrato de financiación de consumo^{17 18}, y que en consecuencia, la doctrina atribuya a la compraventa que integra la operación de leasing carácter mercantil¹⁹.

372.- Esta compraventa no puede ser considerada como un negocio jurídico aislado, puesto que su razón de ser se encuentra dentro de la operación de leasing, dentro de la cual se perfecciona, entre la entidad financiera y el suministrador pero de acuerdo con las indicaciones del usuario, ya que se trata de la principal obligación asumida por la financiera con la finalidad de ceder su uso, junto con una opción de compra al usuario. De modo que este negocio jurídico está vinculado al otro contrato, el de leasing junto con el que conforma la operación de leasing. La vinculación o conexión contractual supondrá que las vicisitudes (ineficacia, resolución, etc.) que afecten a cada uno de aquellos contratos de compraventa y de leasing, tendrán su reflejo, en el otro negocio²⁰.

3.B.- EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE LEASING: CESIÓN DE USO Y OPCIÓN DE COMPRA.

373.- La operación de leasing supone la vinculación o conexión contractual de dos negocios jurídicos, un contrato de compraventa, que ya

¹⁷ROJO AJURIA, L.: *Leasing Mobiliario, ...op. cit.*, págs. 69 y 293.

¹⁸Dentro del arco constituido por las diferentes vías de financiación de bienes muebles, el leasing se encuentra en un extremo, al recaer sólo sobre bienes de equipo y no poder recaer sobre contratos de consumo; en una situación intermedia está la LVPBM/1998, que a diferencia de lo que sucede con el leasing, puede recaer tanto sobre bienes de consumo como de equipo y, finalmente, en el otro extremo nos encontramos con la LCCCon que sólo permite la financiación de bienes o servicios que puedan ser objeto de un contrato de consumo.

¹⁹El hecho de la entidad de leasing realiza la compraventa para obtener un beneficio económico ha motivado que la doctrina señale el carácter mercantil de la mencionada compraventa. En ese último sentido se manifiestan: CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La naturaleza del “leasing” o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», *ADC*, 1.982, fasc.I, págs. 41 a 120; LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...op. cit.*, pág.110; GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.95.

²⁰La trascendencia de la vinculación contractual entre compraventa y el contrato de leasing aparece reflejado en las STS de 26 de junio de 1989, en la STS de 26 febrero de 1996 y en la STS de 25 junio de 1997.

hemos analizado, y la del contrato de leasing en sentido estricto. El contrato de leasing a su vez está integrado por dos elementos esenciales²¹, la cesión temporal de uso ²² y la opción de compra sobre los bienes cedidos.

a) La cesión del uso.

374.- La cesión de uso suele presentar por lo general las siguientes características: a) La entrega del bien al usuario se realiza directamente por la empresa suministradora sin que la empresa de leasing llegue a tener contacto material con el mismo. b) La empresa de leasing suele incluir una cláusula en virtud de la cual se exonera de toda responsabilidad en caso de incumplimiento por el suministrador, bien porque éste no entregue los bienes o porque éstos presenten vicios o defectos. c) En contraprestación a la exoneración pactada la financiera subroga al usuario en todas las acciones que pudiera tener contra el suministrador por incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

B) La opción de compra.

375.- La opción de compra la impone la ley tras la finalización del período de uso pactado²³. Aunque , en realidad, el usuario dispone de tres opciones al finalizar el contrato ²⁴: a) puede ejercitar el derecho de opción de compra del mismo. b) puede concluir otro contrato de idéntica naturaleza obligación o bien prorrogar el anterior y, c) puede restituir el material a la sociedad arrendadora.

²¹GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.93.

²²Según la disp.adic.7ª LDIEC el contrato deberá tener una duración mínima de dos años en el caso de bienes muebles y de diez años en el de inmuebles.

²³El contrato de leasing según el T.S. es un contrato complejo precisamente porque se unen la cesión de uso y la facultad de adquirir los bienes en una causa única. Vid. STS 28 junio 1995 y 29 mayo 1990.

²⁴LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.*, pág.115.

4.- LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA OPERACIÓN DE LEASING.

376.- En la operación de leasing aparecen tres sujetos: el usuario, que es el interesado en utilizar un determinado bien, la entidad de leasing o financiador que será el que efectúe el desembolso y adquisición del bien, y finalmente el vendedor o suministrador del bien. El Tribunal Supremo en algunas ocasiones ha establecido como requisito esencial del contrato de leasing la intervención de tres personas, de modo que de faltar alguna de ellas no estaríamos ante un contrato de leasing²⁵. La presencia de tres sujetos no supone la trilateralidad del contrato de leasing²⁶, puesto que en realidad se trata de dos contratos bilaterales vinculados por una misma finalidad económica en los que uno de los sujetos, la entidad de leasing, es parte en ambos negocios jurídicos^{27 28}. En realidad la trilateralidad se refiere a la entera operación económica, denominada operación de leasing y no a la conexión existente entre el contrato de compraventa y el contrato de leasing²⁹.

5.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA.

²⁵STS 25 de junio de 1997; 7 de febrero de 1995; y 30 de abril de 1991.

²⁶El contrato sería trilateral en el supuesto de que necesitase del consentimiento de las tres partes para su perfección; en este caso además nos encontraríamos ante un único contrato y no ante dos contratos.

En ese sentido DIEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I ...*op. cit.*, pág.141 establece que: « no puede hablarse de contratos plurilaterales por el hecho de el contrato cree una situación triangular o trimembre, en la que cada una de las partes ostenta sus propios derechos y obligaciones.»

²⁷SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L.: *Leasing financiero mobiliario*, ...*op. cit.*, pág.170 y ss.; GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing* ...*op. cit.*, pág.101.

La STS 26 febrero de 1996 mantiene esta misma tesis al establecer que: «jurídicamente el leasing no es tripartito, sino suma de dos contratos conexos, existiendo económicamente tres interesados ».

²⁸Esta vinculación entre contratos que forman una misma operación económica es la que posibilita la existencia de una acción directa en favor del usuario contra el vendedor.

²⁹GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing* ...*op. cit.*, pág.102.

377.- La opinión que la doctrina tiene sobre la naturaleza jurídica del contrato de leasing no es en absoluto pacífica, a ello ha colaborado principalmente la falta de una adecuada regulación legal de la figura, y en consecuencia se han elaborado varias teorías sobre la misma³⁰:

5.A.- EL LEASING COMO CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

378.- Un determinado grupo de autores estima que nos encontramos ante un contrato de arrendamiento, puesto que el elemento que predominante en leasing es el de la cesión de uso, ya que la opción de compra es facultativa³¹

5.B.- EL LEASING COMO UNA VENTA A PLAZOS.

379.- La asimilación entre el leasing y la venta a plazos garantizada con una reserva de dominio se justifica principalmente por la existencia de la

³⁰Comoquiera que la mayoría de pleitos sobre el leasing tienen lugar entre la entidad de leasing y los acreedores del usuario que pretendían embargar los bienes cedidos, la determinación del naturaleza jurídica de la figura es de suma importancia, puesto que de ella depende a quien se atribuye la propiedad del bien y en consecuencia su posibilidad o no de embargo. Generalmente el acreedor quiere demostrar la titularidad dominical del usuario mientras que la entidad de leasing se opone planteando una tercería de dominio. Este es el supuesto de la STS 7 de marzo de 2001 (RJA 2001, 2596) en el que la Tesorería General de la Seguridad Social pretendía que se declarase la titularidad dominical de el usuario.

³¹Defienden la concepción arrendaticia: ILLESCAS ORTIZ, R.: «El leasing: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato», RDM, 1971, págs. 87 y 109; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La naturaleza del “leasing” o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», ADC, 1.982, fasc.I, págs. 59 y ss; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «El leasing financiero y la ley de ventas a plazos de bienes muebles (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1978) », ADC, 1980, págs. 780 y 781 y O'CALLAGHAN, X:« Jurisprudencia sobre el leasing », AC, nº 1, 1991, págs 1 a 19.

En la jurisprudencia defienden esta tesis la STS de 26 junio 1989; la 30 abril de 1991; las SSAP Madrid de 23 de diciembre de 1991 y Barcelona de 5 de julio de 1986 y 26 de mayo de 1993, Toledo S.2ª, 22 diciembre de 1994, Zamora 11 abril 1996, Valladolid S. 3ª, 25 febrero 1995..

opción de compra, y en consecuencia de una causa traslativa del dominio³², además ambas figuras contractuales presentan una similitud causal, por de tener como finalidad la financiación de bienes de equipo. Los pagos periódicos no serían una contraprestación del bien, sino una fragmentación en plazos de su valor total³³. La sujeción a un régimen jurídico diferente obedece a razones de política legislativa³⁴

5.C.- EL LEASING COMO UN NEGOCIO FIDUCIARIO (MODALIDAD DE FIDUCIA CUM CREDITORE)

380.- Los defensores de esta tesis, basándose en el carácter crediticio del contrato de leasing, estiman que el dominio detentado por la entidad de leasing es aparente, es una titularidad fiduciaria *cum creditore*³⁵

5 D.- EL LEASING COMO FIGURA ATÍPICA.

³²GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág. 164.

³³AMORÓS GUARDIOLA, M: «El “leasing” inmobiliario y su inscripción registral», RCDI, 1985, nº 569, págs. 899 y 902 , estima que el leasing, si bien en su faceta inmobiliaria, no se corresponde con el « arrendamiento con opción de compra », sino que entraña una venta a plazos con reserva de dominio disimulada, y como tal debería tratarse.

³⁴A favor de la asimilación con la compraventa a plazos: ROJO AJURIA, L.: : *Leasing Mobiliario*, Madrid, 1.987, págs. 43 y 153 y ss; ROJO AJURIA, L.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989», *CCJC*, nº 20, Abr-Ago. 1.989, pág. 605; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La configuración del arrendamiento financiero (leasing) por la Ley de 29 de Julio de 1.988, en la Jurisprudencia y en el Convenio sobre leasing internacional», *ADC*, 1.991, Tomo XLIV, Vol III págs. 982 y ss... BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: «Comentario a la STS de 28 de mayo de 1990 » *CCJC*, 1990, nº 23, ref.615, págs. 701 y ss.; PARRA LUCÁN, M..A.: «Comentario a la STS de 28 de noviembre de 1997 », *CCJC*, 1998, nº 46, ref. 1260, pág.344.

En contra de la asimilación a la venta a plazos.: SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L.: *Leasing financiero mobiliario, ...op. cit.*, pág.138 y ss.; EMBID IRUJO, J.M: «Sobre la naturaleza jurídica del contrato de leasing ...op. cit., pág. 713; LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.*, pág. 115. .

³⁵La STS 13 de marzo de 1995 califica como fiducia «cum creditore» el contrato de leasing financiero, si bien se refería a un supuesto de leasing inmobiliario.

No obstante esta tesis ha encontrado escaso eco en nuestra doctrina..

381.- La mayoría de pronunciamientos del Tribunal Supremo califican el contrato de leasing como de carácter complejo y de naturaleza atípica³⁶, en parecidos términos se manifiesta un importante sector doctrinal³⁷.

5.E.- EL LEASING COMO CONTRATO DE FINANCIACIÓN

382.- Esta corriente estima que no se puede calificar el leasing a partir de uno de sus elementos estructurales, como la cesión de uso o la opción de compra. Hay que estar al contenido obligacional de la operación de leasing, de modo que la prestación de la entidad de leasing no consiste ni en arrendar ni en enajenar bienes, sino en realizar una actividad de financiación³⁸. El contrato de leasing es en definitiva un contrato complejo, cuya finalidad es la de financiación y eventualmente la de adquisición de bienes. Esta concepción da el debido reconocimiento a la financiación que subyace e informa a la entera operación y que resulta difícil de encajar en las otras teorías.³⁹

³⁶En este sentido, si bien en algunos casos se utiliza una terminología un tanto confusa, se pronuncian las STS: 10 abril 1981 (RJA 1981, 1532); 18 noviembre de 1983 (RJA 1983, 6487); 26 junio 1989 (AC 1989, 995); y 28 mayo 1990 (RJA 1990, 4092). En la última de estas resoluciones si bien se refiere aun contrato complejo, se dice expresamente que «tiene distinta naturaleza a la venta a plazos».

³⁷MANZANO SOLANO, A.: «Sobre la naturaleza jurídica del “leasing” o arrendamiento financiero.», *RCDI*, 1992-II, nº 611, 1813; RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO: «Elementos de Derecho civil», II; vol 2º, 2ª ed. Barcelona, 1987, pág. 259; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L.: *Leasing financiero mobiliario, ...op. cit.*, págs.154 y ss.; GARCIA SOLE, F.: «Leasing, acción directa del usuario frente al vendedor. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 23 de Abril de 1.991». *La Ley*, 1991-4, págs. 535 a 543. LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.*, pág.115.

³⁸GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.166, 167 y 168. En realidad la prestación de este contrato se concreta en el desembolso de una suma de dinero para satisfacer las necesidades del cliente, además la obligación pecuniaria del usuario tiene como parámetro y límite la cantidad satisfecha por la entidad de leasing, que aquél ha de restituir de forma fraccionada, si bien incrementada en el tipo de interés estipulado.

En esta línea se manifiesta también REAL PÉREZ («El incumplimiento del proveedor en el marco de la relación jurídica de “leasing”», *RDP*, 1998, pág. 415.) al referirse al contrato de leasing como negocio con causa de financiación.

³⁹En la jurisprudencia menor podemos encontrar varias resoluciones que siguen

5.D.- LA NATURALEZA DEL LEASING EN LA JURISPRUDENCIA

383.- Se ha tenido que acudir a la Jurisprudencia, destacando la STS 1ª de 10 de Abril de 1.981- que constituye sin duda la sentencia fundamental sobre el leasing⁴⁰, marcando de forma precisa la naturaleza jurídica de este negocio y sus rasgos diferenciadores con la venta a plazos de bienes muebles y el leasing operativo, pero reconociendo la posibilidad de simulación relativa y así pues establece:

«[...]antes bien ya se entienda que el leasing constituye un negocio mixto en el que se funden la cesión del uso y la opción de compra como causa única, ora que se trata de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reconducidos a una unidad esencial, el parecer más autorizado y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme [...] carente tal contrato en nuestro ordenamiento positivo de regulación en el campo del Derecho privado, está claro que su otorgamiento es posible en lícito

esta tesis que conceptúa al leasing como contrato de financiación: Es de destacar la SAP Murcia S.1ª, de 5 diciembre 1995 que establece que: « la función económica que cumple [el leasing] es múltiple, de una parte, transmite el uso de determinados bienes por precio (arrendamiento) y, de otro, sirve para financiar la adquisición de la propiedad si finalmente se ejercita la opción de compra. Se trata de un contrato con causa única y compleja, pero ello no significa que haya varios contratos, con varias causas, sino uno solo, con su propia fundamentación y estructura».

En la SAP de Burgos de 27 de enero 1992 se establece que: «la verdadera especialidad que hace que el contrato de leasing [...] no pueda equiparse al contrato de arrendamiento o al de venta a plazos, ni siquiera a un negocio mixto de ambas figuras contractuales, radica en la operación financiera, que en el simple contrato de arrendamiento con opción de compra no existe, y que en la venta a plazos suele existir como un contrato de financiación que acompaña al de compra, pero que es independiente de él, mientras que en el leasing, por ser la misma empresa la que arrienda , compra el bien y financia, la operación financiera se inserta en el núcleo mismo de la causa del contrato y es determinante del conjunto de prestaciones que se deben las partes, que no son ni las propias de un contrato de arrendamiento, ni las de un contrato de compra con precio aplazado»

⁴⁰CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La configuración del arrendamiento financiero (leasing) por la Ley de 29 de Julio de 1.988, en la Jurisprudencia y en el Convenio sobre

ejercicio de autonomía negocial y de libertad en la regulación del pacto prolongado en el art. 1255 de Código Civil⁴¹.»

6.- LA CONEXIÓN CONTRACTUAL EN EL LEASING.

384.- La configuración del contrato de leasing como un contrato de financiación, implica que la realización del propósito práctico perseguido por las partes no se agote con la perfección del contrato de leasing sino que la financiadora debe de realizar un segundo contrato para la adquisición de los bienes objeto del contrato financiación (salvo que ya los tuviera en su poder). Ambos contratos formarán la denominada «operación de leasing financiero» en contraposición con el contrato de leasing propiamente dicho⁴².

385.- La operación de leasing, es un término económico, del que se derivan consecuencias jurídicas de extrema importancia: la creación de un fenómeno de conexión contractual entre el contrato de compraventa y el contrato de leasing. La vinculación existente entre el contrato de compraventa y el arrendamiento financiero, puesto que en realidad se trata de dos contratos bilaterales, distintos, perfectos y eficaces, que sin embargo constituyen una unidad funcional y económica puesto que ambos convergen en la consecución de un mismo propósito práctico (nexo funcional)⁴³ .⁴⁴.

leasing internacional», A.D.C., 1.991, Tomo XLIV, Vol III pág. 961

⁴¹La STS 1ª 11-Nov-83 consolida la anterior línea jurisprudencial y las STS 26-Jun-89 y 28-Mayo-90, están en clara armonía con las dos sentencias precedentes, en todos estos supuestos el TS se resiste a calificar a esta figura en función de su apariencia externa de arrendamiento financiero.

⁴²GARCÍA GARNICA, *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, págs. 180 y 181.

⁴³GARCÍA GARNICA, *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.181 a 183.

En la doctrina son varios los autores que han puesto de manifiesto la conexión entre ambos contratos: RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO: « Elementos de Derecho civil », II; vol 2º, 2ª ed. Barcelona, 1987, pág. 259 estima que la operación de leasing «constituye un complexum de dos contratos coligados (con causas distintas,

386.- El Tribunal Supremo se ha referido en varias ocasiones al leasing como un supuesto de conexión de contratos complejo o atípico⁴⁵, y ha puesto de manifiesto la interrelación existente entre los convenios celebrados en estos supuestos^{46 47}.

Esta conexión se manifiesta por dos circunstancias⁴⁸:

1) Por las relaciones de hecho existentes entre usuario y vendedor, ya que el primero es quien señala el bien concreto que la sociedad financiera va a comprar.

2) Otro dato es que la sociedad de leasing se exonera de responsabilidad por vicios ocultos del bien cuyo uso cede, esta exoneración

aunque funcionalmente dependientes)»

Para LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.*, pág.116, la conexión contractual se deduce del propio concepto de leasing: la entidad financiadora compra el objeto para ceder su uso, el usuario se adhiere al contrato porque la entidad de crédito se obliga a adquirir el bien que éste necesita, el proveedor conoce la existencia de esta operación trilateral.

⁴⁴Ese nexo funcional es el elemento determinante para apreciar la existencia de una conexión jurídicamente relevante entre dos contratos LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.*, pág.273 a 282. GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág. 183.

⁴⁵El TS ha puesto de relieve la conexión entre los dos contratos, compraventa y arrendamiento financiero en varias sentencias: La SSTS de 28 mayo 1990 (RJA 1990, 4092), de 22 abril de 1991 (RJA 1991, 3017), de 30 de abril de 1991 (RJA 1991, 3115); o la STSJ de navarra de 22 mayo de 1992 (RJA 1992, 6198)

⁴⁶La STS más relevante ha sido sin embargo la de 26 de febrero de 1996 (RJA 1996, 1264) que ha sido objeto de comentario en varios artículos doctrinales: CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La resolución del *leasing* o arrendamiento financiero por presentar vicios los bienes entregados al usuario (comentario a la STS de 26 de febrero de 1996) », *ADC*, 1998, I, págs. 327 y ss.; DÍAZ MUYOR, M.: «Arrendamiento financiero y vinculación de contratos (Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996) » en DEL POZO CARRASCOSA, P. y DÍAZ MUYOR, M. (coord.): *Contratación bancaria*. Barcelona 1998, págs. 383 y ss; MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996 », *CCJC*, 1996, nº 41, págs.758 y ss y REAL PÉREZ, A.: «El incumplimiento del proveedor en el marco de la relación jurídica de leasing . Comentario a la STS (Sala 1ª) 26 de febrero de 1996 », *RDP*, 1998, págs. 386 y ss.

En esta STS se establece que: «dada la mutua interconexión o dependencia funcional que existe entre todo arrendamiento financiero o leasing y el de compraventa» la resolución de ésta « ha de comportar necesariamente la del arrendamiento financiero».

⁴⁷LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.*, pág.116.

además va acompañada por la subrogación del usuario en los derechos de la entidad arrendadora frente al vendedor⁴⁹. Las dos figuras, exoneración y subrogación, aparecen frecuentemente en las condiciones generales de casi todos los contratos de leasing financiero.

387.- Las consecuencias de la conexión se traducen sobre todo a la hora de establecer el régimen jurídico del leasing⁵⁰, en especial la resolución del contrato de compraventa dará lugar a la resolución del contrato de leasing . Esto es así porque en virtud de la conexión contractual el contrato de compraventa se ha convertido en presupuesto del contrato de leasing. De modo que desaparecido aquel no tiene sentido que este siga produciendo efectos. El usuario está legitimado para resolverlo por haber desaparecido la base del negocio⁵¹

7.- LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR: LA ACCIÓN DIRECTA

388.- El principal efecto de la vinculación o conexión entre contratos, es la posibilidad de que los supuestos de «patología contractual» de un contrato alcancen al otro coligado⁵².

389.- En los contratos de leasing, por lo general suelen introducirse una

⁴⁸LÓPEZ FRÍAS, *ibidem* nota anterior, pág.117.

⁴⁹Mediante la cesión de acciones se esta permitiendo al usuario actuar en relación a un contrato en el que no es parte, de donde resulta que en lo relativo a la reclamación por vicios existe una especie de conexión convenida. (LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.*, pág. 118).

⁵⁰GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.181.

⁵¹*Vid.* MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo, ...op. cit.*, pág 388. GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.182, explica este fenómeno diciendo que: «De modo que aquellos contratos [de compraventa y de leasing]que en principio eran autónomos, en virtud de la vinculación contractual se ha establecido un ligamen suficiente como para que las vicisitudes del desarrollo y ejecución de uno de los contratos alcancen al otro.»

⁵²LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.*, pág.118.

serie de cláusulas que van a condicionar las relaciones triangulares entre usuario, entidad financiera y suministrador.

390.- La primera de estas cláusulas es la de la exoneración de la entidad de leasing, frente al usuario, por los vicios o defectos que tenga la cosa entregada, por el retraso e incluso por la no entrega de la misma⁵³. Además se suele añadir que el usuario no podrá resolver el contrato de leasing, solicitar la reducción de precio o suspender el pago por los vicios que presente la cosa⁵⁴.

391.- La segunda estipulación que se suele incluir es la de la subrogación del usuario en los derechos de la entidad de leasing frente al suministrador. Mediante esta cesión de acciones se está autorizando al usuario para dirigirse contra un tercero con el que no tiene ningún vínculo contractual⁵⁵.

392.- La legitimación del usuario para resolver el contrato de leasing, no puede basarse en un incumplimiento de ésta, puesto que esta ha cumplido escrupulosamente con lo pactado. Sin embargo, cabe fundamentar la extensión a la entidad de leasing de la responsabilidad por incumplimiento del suministrador en la teoría de la frustración del fin práctico del contrato y la destrucción de la relación de equivalencia de las prestaciones. Es decir por una falta sobrevenida de causa⁵⁶.

⁵³LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.*, pág.117. GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág. 194 y 195.

⁵⁴La jurisprudencia se encuentra dividida en relación con esta cláusula: Una serie de resoluciones rechazan que la entidad de leasing se exonere de la falta de entrega del bien o de la entrega no conforme de un bien, autorizando el impago de las cuotas por el usuario. Vid.STS 3 de febrero de 2000 (RJA 2000, 621)

Otro grupo de fallos admite la exoneración de la entidad de leasing, estimando que a esta no tiene porqué afectarle el incumplimiento del transmitente. Vid. STS 26 de junio de 1989 (RJA 1989, 4786).

⁵⁵Señala LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.*, pág.118 que en este caso nos encontraríamos ante una suerte de «conexión convenida»

⁵⁶GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.199. En este mismo sentido la SAP Córdoba de 17 de septiembre de 1998 (La Ley 1999, 220)

393.- No significa esto que deba sin más establecerse la inadmisibilidad de las cláusulas de exoneración, ya que estas son admisibles siempre y cuando se garantice la posibilidad del usuario de dirigirse contra el vendedor ante su incumplimiento⁵⁷. La conexión contractual entre el contrato compraventa y el de leasing es la que posibilita superar el obstáculo del principio de la relatividad contractual.

394.- Ante la falta de reconocimiento legal de la acción directa del usuario contra el suministrador, entra en juego, la cláusula de subrogación por la que el usuario puede utilizar todos los derechos y acciones de que dispone la entidad de leasing, en su calidad de compradora del bien, frente al suministrador⁵⁸.

395.- El usuario no ejerce en este caso la acción subrogatoria..sino una acción propia, adquirida en virtud del negocio jurídico de subrogación en su titularidad celebrado con su titular originario⁵⁹.

396.- La jurisprudencia ha venido exigiendo al usuario que cuando accione directamente contra el transmitente que indique el carácter con que interpone la acción, no admitiéndose en caso contrario su legitimación activa⁶⁰. En cuanto a la legitimación pasiva se exige que se demande tanto al vendedor como la entidad de leasing. En caso contrario se estima que no se ha cumplido con la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario⁶¹.

7.A.- CONTENIDO DE LA ACCIÓN DIRECTA.

establece que si el bien objeto del contrato no se entrega al usuario, la finalidad económica del mismo deviene total y absolutamente ineficaz.

⁵⁷GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág. 200.

⁵⁸GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág. 200.

⁵⁹Este es el caso de la STS 25 nov 1996

⁶⁰Vid. STS que desestiman por esa razón

397.- Al ejercer la acción directa contra el suministrador, el usuario podrá exigir la entrega de bienes, la reparación de los defectos o la sustitución del bien según el caso⁶²En realidad estamos aplicando la misma solución que adoptamos en el supuesto de los crédito al consumo. Mientras tanto, la mayoría de la doctrina entiende que la entidad de leasing continuará cobrando las cuotas al margen de la suerte de los bienes⁶³.

398.- El supuesto más controvertido lo constituye si la acción resolutoria está incluida dentro de las acciones en las que se subroga el usuario⁶⁴. La STS 26 febrero de 1996 (RJA 1996, 1264) vino a terminar con la polémica al establecer que la subrogación «en todas las acciones que como compradora le pueden corresponder (a la financiera) frente a la entidad proveedora-vendedora [...] comprende, indudablemente, la eventual acción resolutoria de que todo comprador se halla asistido por inhabilidad o inidoneidad del objeto, así como la de saneamiento por vicios ocultos⁶⁵.»

7.B.- LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE LEASING COMO EFECTO DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

⁶¹ Así se viene exigiendo en las Sents.

⁶² GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.203.

⁶³ **Discrepamos puesto que**

⁶⁴ La doctrina viene admitiendo esta posibilidad desde hace tiempo. Vid SANCHEZ-PARODI PASCUA, J.L.: *Leasing financiero mobiliario, ...op. cit.*, pág. 203; LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.*, pág. 123 a 131; GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.203.

El TS en un principio venía negando esta posibilidad, tal como se establece en la STS 26 de junio de 1989 (RJA 1989, 4786). Sin embargo, se ha producido un cambio de orientación jurisprudencial del que la STS 26 febrero de 1996 (RJA 1996, 1264), es el primer caso en que de forma expresa el Alto Tribunal admite esta posibilidad que ya había insinuado en algún pronunciamiento como en la STS 23 de abril de 1991 (RJA 1991, 3021). Actualmente siguen esta orientación las STS 23 de diciembre de 1999 (RJA 1999, 9360), 25 de junio de y 4 de diciembre de 1997 (RJA 1997, 5210) y (RJA 1997, 8728).

⁶⁵ GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág. 205 dice que. «En la STS de 26 de junio de 1996, sin llegar a reconocer una acción directa, se reconoce al la legitimación activa al usuario para resolver el contrato de adquisición aun a pesar de no haber precisado que actuaba por subrogación, requisito formal que había venido exigiéndose en resoluciones anteriores.»

399.- La posibilidad de que el usuario resuelva el contrato de compraventa, está plenamente afianzada en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de las últimas resoluciones del Tribunal Supremo, sin embargo la doctrina está dividida en cuanto a la repercusión de la resolución de la compraventa en el contrato de leasing. Estimamos que una vez resuelto el contrato de adquisición, también debe resolverse el contrato de leasing en virtud de la conexión contractual, aun a pesar de la cláusula de exoneración en virtud de la cual el usuario renuncia a ir contra la compañía de leasing en caso de no poder utilizar los bienes ⁶⁶

7.C.- LA POSIBILIDAD DE RECONOCER ACCIÓN DIRECTA AL USUARIO FRENTE AL VENDEDOR.

400.- La vía de actuación por subrogación convencional del usuario contra el vendedor ya está plenamente admitida por la doctrina y la jurisprudencia. Cuestión diferente es el reconocimiento *ex iure proprio* de una acción directa en favor del usuario, en aquellos supuestos en los que en el seno de una operación de leasing no se hubiese pactado la subrogación de acciones.

En este caso nos encontramos en una situación de hecho similar a la

⁶⁶A favor de esta la extensión de la resolución al contrato de leasing: LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...op. cit.*, pág. 136 ; MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996 », *CCJC*, 1996, nº 41, págs.772; y GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, pág.207.

Sin embargo un sector doctrinal estima que el contrato de leasing continuará produciendo sus efectos, con independencia de la resolución del contrato de compraventa. Vid. GARCIA SOLE, F.: «La Subrogación en los Derechos de la Compañía de Leasing, frente al proveedor o Vendedor », *AC*, nº, 15, 1.989, pag 1063 y ROJO AJURIA, L.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989», *CCJC*, nº 20, Abr-Ago. 1.989, pág. 607.

La STSJ de Navarra de 22 mayo de 1992 (RJA 1992, 6198) y la posterior STS de 26 de febrero de 1996, admiten la doble resolución de los contratos de compraventa y leasing. La última resolución establece que: « dada la mutua interconexión o dependencia funcional que existe entre todo contrato de arrendamiento financiero o leasing y el de compraventa, la resolución de ésta ha de comportar necesariamente la del arrendamiento financiero ».

que ha permitido a los tribunales el otorgamiento de acciones directas más allá de la existencia de un texto legal cuando nos encontramos en el seno de un grupo de contratos. La conexión existente entre el contrato de leasing y el contrato de compraventa es fundamento suficiente como para reconocer la acción directa⁶⁷.

401.- La jurisprudencia menor, si bien admite la responsabilidad del vendedor frente al usuario-arrendatario, lo hace a través de la figura de la subrogación y no mediante la acción directa⁶⁸.

302.- La doctrina está dividida en cuanto la admisión de la acción directa a favor del usuario. Un sector es favorable a la tesis mantenida por la jurisprudencia, de acudir a la vía de la acción subrogatoria, en cambio un sector de la misma, es partidario de la declaración de la responsabilidad del vendedor pero mediante la vía de la acción directa.

403.- Algún autor admite como solución generalizada⁶⁹:

1º.- Que hay que partir del carácter de «intermediario financiero» de la sociedad de leasing lo que impide una aplicación simétrica de la normativa arrendaticia.

⁶⁷Reconocen la concesión de la acción directa en favor del usuario. PASQUAU LIAÑO, M.: «*La acción directa...op. cit.*, pág. 185; ROJO AJURIA, L.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989», *CCJC*, nº 20, Abr-Ago. 1.989, pág. 606 a 608; GARCIA SOLE, F.: «Leasing, acción directa del usuario frente al vendedor. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 23 de Abril de 1.991». *La Ley*, 1991-4, págs. 535 a 543; LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...op. cit.*, pág..124; GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing ...op. cit.*, págs. 210 a 211 .

⁶⁸ Sentencias de la Audiencia Territorial de Valencia de 2 de Diciembre de 1.986 y 6 de octubre de 1.987.

⁶⁹ROJO AJURIA, L.: «La responsabilidad por la entrega, vicios ocultos y pérdida de la cosa en el Arrendamiento-Financiero (Leasing)» en *Actualidad Civil*, 1.986, pag. 2021 y s.s..

2º.- Se admite la validez de las cláusulas exoneratorias de la sociedad del leasing, siempre que se acompañe de una transmisión al usuario de sus créditos y acciones.

3º. - Se establece un sistema muy flexible de legitimación activa y pasiva, no se trata de una transmisión de acciones, puesto que la sociedad de leasing conserva las propias.

4º.- Estima que el tema deberá de recibir un tratamiento que pase por la consideración de «imbricación de contratos» que supere la total separación de contratos que se deriva de una aplicación estricta del principio de relatividad del art. 1.257, ya que ésta favorece, en principio, al financiador. Si es realmente equiparable a una financiación al comprador, nada cabe objetar a que, mediante una exoneración de responsabilidades y una transmisión de acciones, las relaciones se establezcan entre los verdaderos interesados: vendedor y usuario (comprador oculto). No es posible ni un enriquecimiento injusto de la sociedad de leasing ni una indefensión del usuario.

404.- La jurisprudencia actuaría correctamente si concediese la acción directa al usuario con independencia de que se haya estipulado así o no en el contrato⁷⁰. Finalmente ⁷¹para, después de afirmar que la jurisprudencia no ha dado a luz para aclarar contra quien debe dirigirse el usuario, con la cláusula de exoneración -que será lo habitual- o sin ella, viene a insinuar que debiera de consolidarse doctrina jurisprudencial de la de la responsabilidad de todos los intervinientes en el proceso, al igual que sucedió en nuestro país tras las indecisiones jurisprudenciales de la década de los setenta, cuando empezaron los casos de aplicación de la acción

⁷⁰PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa...op.cit.*, pág. 143.

⁷¹O'CALLAGHAN, X.: «Jurisprudencia sobre el leasing», AC, 1.991-1, pág.333

directa *ex art.* 1591 C.C.

405.- La postura contraria, favorable a la tesis de la subrogación, es mantenida por un sector doctrinal,^{72 73} para quien aún cuando el contrato de leasing carezca en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación sustantiva, existen una serie de condiciones generales conocidas y admitidas en la práctica mercantil no sólo nacional sino también internacional que configuran el contenido mínimo del contrato de leasing que adoptan las entidades de arrendamiento financiero.

⁷²GARCIA SOLE, F.: «La Subrogación en los derechos de la Compañía de Leasing frente al Proveedor o vendedor», AC, 1.989-1, pag, 1057.

⁷³A pesar de defender la vía de la acción subrogatoria, este autor tiene un trabajo titulado «Leasing. Accion directa del usuario frente al vendedor», La Ley, 1991-4, pág. 535 en el que se utiliza indebidamente la expresión acción directa puesto que se utiliza como sinónimo de acción subrogatoria.

Capítulo X

LA ACCIÓN DIRECTA EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

SUMARIO.- 1.- LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO VOLUNTARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. 1.A.- EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. 1.B.- LA EVOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. 1.C.- EL RECONOCIMIENTO DE LA ACCIÓN DIRECTA AL PERJUDICADO. 1.D.- LA PROTECCIÓN DEL TERCERO ANTES DE LA LCS. 1.D.1.- La protección de los intereses del perjudicado en la doctrina. *1.D.1.a.- Los remedios del Derecho de obligaciones.* 1.D.1.a.1.- La acción subrogatoria. 1.D.1.a.2.- La acción revocatoria. 1.D.1.a.3.- La acción de enriquecimiento. *1.D.1.b.- Protección especial del Derecho de Seguros.* 1.D.1.b.1.- Garantías y privilegios. 1.D.1.b.2.- Prohibiciones de actos de disposición sobre el crédito del asegurado. 1.D.1.b.3.- Modificaciones subjetivas de las obligaciones. 1.D.1.b.4.- Atribución exclusiva de la indemnización a los perjudicados. 1.D.2.- El reconocimiento jurisprudencial de la acción directa. *1.D.2.a.- La jurisprudencia antes de la Ley 122/1962.* *1.D.2.b.- La jurisprudencia en el período entre la Ley 122/1962 y la LCS.* *1.D.2.c.- La jurisprudencia posterior a la LCS.* 1.E.- LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO EN LA LCS. 1.E.1.- Introducción. 1.E.2.- El art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro. 1.E.3.- El texto del art. 76. 1.E.4.- Caracteres del derecho del perjudicado. *1.E.4.a.- Existencia de un derecho propio.* *1.E.4.b.- El fundamento de la acción directa.* *1.E.4.c.- Naturaleza jurídica.* 1.E.5.- Los sujetos de la relación obligatoria en el art. 76 L.C.S. *1.E.5.a.- El sujeto activo.* *1.E.5.b.- El sujeto pasivo.* 1.E.6.- El deber de manifestar la existencia del contrato y su contenido

1.- LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO VOLUNTARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

1.A.- EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

406.- El seguro voluntario de responsabilidad civil carecía de regulación en nuestro ordenamiento jurídico, hasta la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro¹ (en adelante LCS), cuyos artículos 73 a 76 se ocupan del mismo. Esta laguna legal obedecía que ni el Código de Comercio (arts. 380 a 438) ni el Código Civil (arts. 1791 a 1797) contemplaban tal modalidad de seguro². En tales circunstancias, y con base al derogado art. 385 del Código de Comercio y al principio de autonomía de la voluntad que consagra el art. 1255 del Código Civil, este tipo de seguro se basaba en el contrato como fuente de las obligaciones que vinculaban a las partes³. En la actualidad el seguro voluntario de responsabilidad civil se encuentra regulado en los artículos 73 a 76 de la LCS.

407.- El seguro de responsabilidad civil puede definirse como «el seguro contra el riesgo de quedar gravado el patrimonio por una obligación de indemnizar, derivada de la responsabilidad civil del tomador del seguro⁴». La función del seguro de responsabilidad es la de preservar el patrimonio del asegurado frente a la eventual reclamación de daños y perjuicios que efectúe un tercero, portador del crédito surgido por causa del comportamiento culposo, del propio asegurado o de la persona por quien aquel debe responder. En esencia se puede afirmar que es un seguro que se

¹La LCS ha sido modificada en parte por la Disposición Adicional 6ª de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

²GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro terrestre*. 2ª Ed. Madrid, 1.982, pág. 360.

³La autonomía de las partes no fue absoluta puesto que la Administración Pública intervino, de distintas maneras, en la elaboración de las Condiciones Generales de las Pólizas. *Vid.* RÍOS MORENO, J.: «La figura del tercero en el seguro voluntario de responsabilidad civil sobre vehículos de motor» en *La Ley*, 1991-4, pág. 1117.

⁴GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro...op.cit.*, pág. 361.

centra sobre el riesgo de nacimiento acciones de responsabilidad. No obstante en el ámbito del seguro de responsabilidad civil hay que tener en cuenta siempre la premisa de que responsabilidad civil y responsabilidad asegurable son dos conceptos no coincidentes⁵.

408.- El artículo 73.1 de la Ley/1980, de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro⁶ (en adelante LCS.) proporciona una definición legal de éste tipo de contrato: «por el seguro de responsabilidad civil el asegurado se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a derecho⁷ ».

409.- En cuanto a la naturaleza jurídica de este tipo de seguro, la doctrina mayoritaria estima que se trata de un seguro contra daños⁸, en el que el

⁵La doctrina coincide al afirmar que no toda responsabilidad civil puede constituir un riesgo cubierto por este seguro, solamente la responsabilidad civil derivada de hecho culposo propio del asegurado o por situaciones de responsabilidad objetiva o cometidas por las personas, animales o cosas de las que el asegurado deba responder civilmente queda incluida en este seguro, así pues la responsabilidad derivada del dolo del asegurado (riesgo ilícito) queda excluida. Además las pólizas también delimitan el riesgo para el cual prestan exclusivamente su cobertura (principio de especialidad del riesgo). En este sentido GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro...op.cit.*, pág. 370. BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, 10ª Ed, Madrid, 1994, pág. 592 a 594. LÓPEZ-COBO, C.I.: *El seguro de responsabilidad civil*, Madrid, 1988. SOTO NIETO, F.: *El seguro voluntario y el procedimiento penal*. Madrid, 1986, pág. 11. URÍA, R.: *Derecho mercantil*, 24ª ed. Madrid, 1997, pág. 795. VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, 3ª Ed. Barcelona, 1990, pág. 579.

⁶El párrafo 1º de este precepto no ha sido modificado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP), que sin embargo en virtud de lo dispuesto en su Disposición Adicional 6º, nº5 le ha añadido un segundo párrafo.

⁷Aunque continuamente se haga referencia a la existencia de dos relaciones jurídicas de diferente naturaleza, la obligación de indemnizar cubierta por el seguro de responsabilidad civil puede tener su origen tanto en una responsabilidad de origen extracontractual como contractual. *Vid.* VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio Crítico...op.cit.*, pág. 579 BOQUERA OLIVER, V.: «Nota al artículo 76 de la nueva Ley de Contrato de Seguro», nº 453, *RGD*, 1.982, pág. 870.

⁸La propia LCS regula el seguro del responsabilidad civil dentro del Título

daño es el gravamen que para un patrimonio significa la responsabilidad de su titular. No obstante, el seguro de responsabilidad civil presenta una serie de particularidades⁹ con relación a los otros seguros de daños (incendios, transporte, etc): En primer lugar no afecta a un objeto determinado, sino al patrimonio por entero¹⁰; en segundo lugar no afecta directa sino indirectamente al patrimonio del asegurado¹¹ (como sería en el caso de un incendio en el que el bien dañado pertenece al éste); finalmente el seguro de responsabilidad civil ha dejado de ser un seguro tradicional de daños de efectos meramente reparadores o indemnizatorios para convertirse en un seguro preventivo¹² cuya finalidad no es otra que la de anticiparse y evitar un posible perjuicio sobre el patrimonio del asegurado¹³.

410.- En el seguro de responsabilidad civil concurren dos tipos de daños¹⁴: El que se produce directamente en el patrimonio de un tercero, la víctima o perjudicado, como consecuencia de la actuación culpable o negligente del asegurado y el que forma indirecta recae en el patrimonio del asegurado

Segundo: «Seguro contra daños».

En la doctrina califican a este seguro como de daños GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro...op.cit.*, pág. 363. BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, 10ª Ed, Madrid, 1994, pág. 592. VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, 3ª Ed.Barcelona, 1990, pág. 553. URÍA, *Derecho Mercantil...op.cit.*789 DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, pág. 984

⁹GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro...op.cit.*, pág. 363.

¹⁰REVILLA GONZÁLEZ, *La acción directa contra el asegurado..op.cit.*, pág. 26.

¹¹BROSETA PONT, (: *Manual de Derecho Mercantil...op.cit.*, pág. 593.) Estima que desde este punto de vista es un seguro que cubre daños indirectos, es decir, no los causados al perjudicado sino los que produciría al patrimonio del asegurado al tener que responde por los daños por el causados.

¹² CALZADA CONDE, M.A.: *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Madrid, 1983, pág. 183 y 414. FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador a la acción directa del artículo 76 de La Ley 50/1980, del Contrato de Seguro» *RGD*, nº 552 (1990), pág.6310; SOTO NIETO, F.: *El seguro voluntario y el procedimiento penal*.Madrid, 1986, pág. 14; VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Barcelona, 1990, pág. 579.

¹³DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de responsabilidad civil*, .op. cit. págs. 984 y 985, estima que : «si la figura de la responsabilidad civil desea trasladar las consecuencias del daño producido a un tercero al patrimonio del responsable, el seguro de responsabilidad civil traslada dichas consecuencias del patrimonio del asegurado al asegurador».

cuando nace el deber de reparar el daño que éste ha causado¹⁵. El remedio para paliar el primer daño consiste en establecer el deber de reparación al causante responsable del daño. A su vez el remedio contra la amenaza al patrimonio del asegurado consiste en un desplazamiento de la obligación de reparar, a la Compañía aseguradora, en virtud del contrato de seguro¹⁶. De esta forma al perjudicado se le proporciona una doble ventaja, por una parte está la mayor solvencia que le ofrece la aseguradora y por otra la deuda es pagada directamente por aquella.

411.- En consecuencia se puede afirmar que en el seguro de responsabilidad civil concurren dos clases de responsabilidades^{17 18}, la que une a perjudicado y asegurado, que por lo general tiene naturaleza extracontractual¹⁹ por tener su origen en el hecho dañoso y, la que une al asegurado con la Compañía y que tiene carácter necesariamente contractual, al tener su origen en el contrato de seguro

1.B.- LA EVOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

¹⁴GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro...op.cit.*, pág. 363.

¹⁵En un sentido aproximado se manifiesta FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador..., *op.cit.*, pág.6310 y ss. «El daño al patrimonio es la causa próxima o inmediata del seguro, pero el daño al tercero es la causa remota o mediata». Asimismo vid. BOQUERA OLIVER, V.: «Nota al artículo 76...*op.cit.*, pág. 874. BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil...op.cit.*, pág. 593.

¹⁶SOTO NIETO, *El seguro voluntario...*, *op.cit.* Madrid, 1986, pág. 12. REVILLA GONZÁLEZ, : *La acción directa contra el asegurado..op.cit.*, pág. 26.

¹⁷La existencia de dos relaciones jurídicas de distinta naturaleza, una extracontractual y otra contractual, que son puestas en contacto en virtud de la acción directa, es uno de los rasgos que diferencia la acción directa del contrato de seguro de las acciones directas clásicas del Código civil, donde las relaciones que entran en conexión son de naturaleza contractual. Vid. PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...op.cit.* pág. 77. LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994, pág.52.

¹⁸SOTO NIETO, *El seguro voluntario...op.cit.*, pág.12.

¹⁹Según BOQUERA OLIVER, «Nota al artículo 76...*op.cit.*, pág. 875, este tipo de contrato de seguro, puede cubrir tanto la responsabilidad extracontractual como la contractual y asimismo puede cubrir tanto las consecuencias de la responsabilidad

412.- La teoría del contrato de seguro de responsabilidad civil, ha ido evolucionando a lo largo del siglo XX, fundamentalmente en dos aspectos: la adquisición de especial relevancia de la figura del tercero perjudicado y la consiguiente concesión a su favor de la acción directa y el establecimiento de los seguros obligatorios de responsabilidad civil²⁰

413.- La figura del tercero perjudicado progresivamente ha ido adquiriendo importancia como consecuencia del aumento de la frecuencia e intensidad de determinados siniestros, como ha sido, a título de ejemplo, el caso de los derivados de la circulación de vehículos a motor²¹. El ciudadano consciente del aumento del riesgo al realizar sus actividades diarias, contrata el seguro para verse libre del gravamen de los daños que el mismo pueda ocasionar²². Al mismo tiempo se ha generalizado la opinión de que, en los supuestos de existencia de seguro de responsabilidad civil, una vez ha tenido lugar el riesgo que ha motivado su contratación, el perjudicado ha de considerarse, sin más, tercero beneficiario de dicho contrato, plenamente legitimado para dirigir su reclamación contra el asegurador^{23 24}. Así pues se ha superado definitivamente la vieja concepción individualista o «egoísta» del contrato de seguro, en la que éste

objetiva como de la subjetiva.

²⁰SÁNCHEZ CALERO, F.: Ley de Contrato de Seguro..., *op.cit.*, pág.1195.

²¹SOTO NIETO, F.: *El seguro voluntario...op.cit.*, pág. 14.

²²FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador...*op.cit.*, pág.6313.

²³ Al respecto FONT SERRA («La oposición del asegurador...*op.cit.*, pág.6312), dice que: «el seguro ha dejado de ser una institución para prevenir el riesgo que pueda correr el patrimonio del asegurado, pasando a convertirse en un instrumento destinado a la protección del perjudicado».

²⁴ En las STS de 23 junio 1930 (RJA 1930,1032) y 4 noviembre 1932 (RJA 1932,1264) el tercero empieza a dejar de ser considerado como un extraño al contrato, si bien cada una de ellas utiliza una distinta fundamentación. En la última se niega la posibilidad de demandar directamente al asegurador, si bien autoriza la posibilidad de dirigirse subsidiariamente contra éste, puesto que «una vez producido el daño a tercero, éste es interesado en un contrato cuyo objeto ha sido el daño que sufre y la indemnización por él debida».

era una institución concebida únicamente para beneficiar al asegurado al protegerse el riesgo que podía correr su patrimonio. Con este cambio de mentalidad se entra en lo que la doctrina ha denominado etapa socializadora o de la «función social» del seguro²⁵, en la que éste se contempla como no tanto como un instrumento destinado a la protección del responsable del daño como la de garantizar al perjudicado la correspondiente indemnización²⁶. Paralelamente al incremento del protagonismo del tercero en el contrato de seguro, la doctrina mayoritaria siguiendo esta finalidad social del seguro, estima que la mejor defensa para los intereses del perjudicado es la concesión a su favor de una acción directa contra el asegurador²⁷. Cualquier otra solución que no pase por el pago directo al perjudicado, hace que este quede a expensas del asegurado y cabe que no llegue a cobrar su deuda de responsabilidad²⁸.

414.- El segundo aspecto de la evolución del seguro de responsabilidad

²⁵En ese sentido se manifiestan CALZADA CONDE, M.A.: *El seguro voluntario...op.cit.*, pág. 413; SOTO NIETO, F.: *El seguro voluntario...op.cit.*, pág. 11 y ss.; FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador...op.cit., pág.6312 y 6313; HILL PRADOS, M.C.: «Reflexiones en torno a la acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil» en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, T.II, Valencia 1995, pág. 1733; PARRA LUCÁN, M.A.: en AAVV, *Curso de Derecho civil (II). Derecho de Obligaciones* (Coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Madrid, 2000, pág. 840.

²⁶Este interés por proteger a la víctima, según MORILLAS JARILLO, M.J.: (*El seguro del Automóvil: el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil automovilística*, Barcelona, 1992, pág. 98), ya podemos encontrarlo en el Protocolo de la firma del Convenio Europeo de 20 de abril de 1959 («estimando que deben garantizarse mediante el establecimiento de un seguro obligatorio, los derechos de las víctimas de accidentes causados por la circulación de vehículos automóviles sobre su territorio») y en la Exposición de Motivos de la Ley 122/1962, de 24 de Diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor ya se menciona la finalidad de protección a la víctima al mencionar que «el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la víctima se busca a ultranza» o que «el seguro está pensado para la protección de la víctima y no del culpable»

²⁷GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro...*, op cit. pág. 428. PUERTA LUÍS, L.R.: *La solidaridad del responsable civil y de su Compañía aseguradora frente al perjudicado*, Madrid, 1.977. SOTO NIETO, F.: *El seguro voluntario y el procedimiento penal*. Madrid, 1986, pág. 13.

²⁸REVILLA GONZÁLEZ, *La acción directa contra el asegurado..op.cit.*, pág. 42.

civil, consiste en la transformación de determinados seguros voluntarios en seguros obligatorios²⁹. De manera que para determinados ámbitos, en los que se realizan actividades que se consideran peligrosas, la Administración establece la obligatoriedad de contratar un seguro de responsabilidad civil³⁰. Los seguros obligatorios son una consecuencia de los avances tecnológicos, del correspondiente aumento de los siniestros, junto con la posibilidad de que muchas de las víctimas queden por indemnizar³¹. La obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil, que persigue la protección a ultranza de la víctima, es asimismo el más claro exponente de la superación de la fase egoísta del seguro para entrar de lleno su fase social³².

1.C.-EL RECONOCIMIENTO DE LA ACCIÓN DIRECTA AL PERJUDICADO.

415.- El reconocimiento legal de la acción directa³³ en favor del perjudicado, ha sido el resultado de una evolución jurisprudencial dentro del ámbito del seguro de responsabilidad civil³⁴ En una primera fase, se

²⁹BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística*; Zaragoza, 2000, pág. 90.

³⁰SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980 y sus modificaciones* (dir. SÁNCHEZ CALERO), Pamplona, 1999.pág. 1194 y 1195.

³¹FONT SERRA, «La oposición del asegurador...*op.cit.*, pág.6313; CLAVERO TERNERO, M.F.: *La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad*, Madrid, 1995, pág. 11.

³²CALZADA CONDE, *El seguro voluntario...op.cit.*, pág. 414. Para DE ÁNGEL YAGÜEZ, (*Tratado de responsabilidad civil*, .*op. cit.*, pág.987) la modalidad del seguro obligatorio constituye un «sistema de socialización de los riesgos»

³³Según GARRIGUES, (*Contrato de seguro...*, *op cit.* pág. 388) la primera manifestación legal de la acción directa se produce en la Ley de Accidentes de Trabajo y su Reglamento de 22 de junio 1956; en el ámbito privado ha sido la Ley sobre usos de vehículos de motor de 24 de diciembre de 1962.

Estimamos que fuera del ámbito del contrato de seguro la primera manifestación legal de una acción directa en el Derecho privado, efectuada con plena consciencia del mecanismo utilizado lo constituye el art.24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955 (aprobada por Decreto de 13 de Abril de 1956). *Vid. infra* nº 147.,

³⁴Vid. PASQUAU LIAÑO, «La acción directa...», *op cit.* págs. 40 y ss.; LÓPEZ FRÍAS, A.: Los contratos conexos...., *op cit.*, pág. 52; ATIENZA NAVARRO, M..L.: «La

aplicará con carácter restringido al supuesto de los seguros obligatorios; en una segunda etapa la publicación de la LCS, provoca que como consecuencia de su art. 76 la generalización de la acción directa a todos los seguros de responsabilidad civil.

416.- La necesidad del establecimiento de la acción directa responde al siguiente argumento: En el esquema del contrato de seguro de responsabilidad, las tres partes implicadas -asegurador, asegurado y perjudicado- se corresponden con diferentes intereses en juego. En primer lugar está el interés de los contratantes, él del asegurador en cobrar la prima y él del asegurado en no gravar su patrimonio con el importe de una posible deuda responsabilidad; finalmente nos encontramos con el interés del tercero perjudicado por el accidente en obtener la reparación del daño causado por el asegurado³⁵. La obligación de asegurador consiste en asumir la responsabilidad del asegurado y, en consecuencia, en abonar la indemnización que tenía que pagar aquél, sea por haber llegado a un acuerdo con el perjudicado, sea en virtud de una sentencia judicial firme, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la ley de contrato de seguro y en la póliza³⁶.

La realización del interés de la víctima, sobre todo en la época en que imperaba la concepción individualista del contrato de seguro, chocaba

acción directa », en AAVV, *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, 1999, pág. 441.

En contra BAILLO Y MORALES-ARCE, *La acción directa...*, *op.cit.* págs. 26 ,27, 60,61 y 62.) para quien que no es cierto que el legislador haya seguido el camino trazado por la jurisprudencia para introducir la acción directa, ni el caso de los seguros obligatorios ni en el de los voluntarios. Según este autor en realidad la jurisprudencia a través de determinados mecanismos que no eran acciones directas *strictu sensu*, estableció una relación directa entre el tercero, perjudicado y la compañía aseguradora del causante del daño. Sigue este autor a MEDINA CRESPO, M.: «El asegurador de la responsabilidad civil y los daños intencionados. Definición de bases para aproximarse al tema », en *El nuevo Código Penal y el contrato de seguro* (dir. SOTO NIETO), Madrid, 1998, págs, 25 y 26..

³⁵Vid. GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro...op.cit.*, pág. 385.

³⁶GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro...op.cit.*, pág. 384.

con el obstáculo insalvable del principio de la relatividad contractual, que limitaba la concesión de los derechos nacidos del contrato a las partes contratantes³⁷. En virtud de aquel principio el contrato se consumaba cuando el asegurador, que había percibido las primas, pagaba al asegurado la indemnización que éste, a su vez, había pagado o debía pagar al perjudicado por el accidente³⁸. Las normas del contrato de seguro protegían los intereses del asegurador y del asegurado, pero no los del perjudicado porque no era parte de aquel contrato. Al no ser contratante no poseía ningún derecho sino solamente una expectativa de la ejecución del contrato³⁹, puesto que el perjudicado solamente tenía un derecho frente al causante del daño, y éste, el asegurado, era el titular exclusivo de cualquier pretensión frente a la compañía. Es decir el principio *res inter alios* establecía un obstáculo insalvable, una perfecta separación entre las dos relaciones jurídicas⁴⁰. El primitivo esquema jurídico del contrato de seguro de responsabilidad era criticable no sólo por no corresponderse con los intereses en juego, sino tampoco con la finalidad principal del contrato de seguro, que consiste en dejar indemne al tercero⁴¹.

³⁷GARRIGUES, *Contrato de seguro...op.cit.*, pág. 385; OLIVENCIA, «El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima, en especial en los daños causados por la gran empresa: la acción directa y las excepciones oponibles» en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*. (Dir SÁNCHEZ CALERO) XXV Aniversario Fundación Musini, Madrid, 1994, pág. 190; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980 y sus modificaciones* (dir. SÁNCHEZ CALERO), Pamplona, 1999. pág. 1211.

³⁸GARRIGUES, *Contrato de seguro...op.cit.*, pág. 385; DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil, .op. cit.* pág 1008 dice que: « de acuerdo con el principio de la relatividad del contrato, el de seguro de responsabilidad civil no otorgaría acción contra el asegurador más que al asegurado, no a la víctima del daño [...] No obstante hoy no son las cosas así, por expreso mandado de la Ley de contrato de seguro de 1980 » .

³⁹GARRIGUES, *Contrato de seguro...op.cit.*, pág. 386.

⁴⁰SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980 y sus modificaciones* (dir. SÁNCHEZ CALERO), Pamplona, 1999.pág. 1211

⁴¹La doctrina es pacífica en este sentido, no obstante, por todos cabe destacar la opinión de SOTO NIETO, F. (*El seguro voluntario...op.cit.*, pág. 23) cuando dice: «El principio indemnizatorio, latente en esta especie de seguro implicaba que el pago del asegurador, si realmente propendía hacia la evitación del daño del asegurado responsable, había de ser reconducido directamente hacia el tercero.»

417.- El problema se resolvió al margen de la teoría del contrato y de la dogmática tradicional. En un primer momento la solución consistió en considerar, que si bien el perjudicado era un tercero frente al contrato, se le podía calificar como asegurado indirecto lo que se traducía en que no era por completo ajeno al destino que se le quisiera dar al importe de la indemnización⁴². El segundo paso importante, una vez aceptada la necesidad de vincular directamente al perjudicado con el asegurador, consistió en establecer un nexo jurídico entre el tercero y el contrato a través del mecanismo de la acción directa. La concesión de este tipo de acción representa la culminación de un largo proceso en aras de la protección del tercero, dentro de la evolución sufrida por el seguro de responsabilidad civil⁴³.

418.- La evolución de la protección al tercero perjudicado podemos dividirla en dos épocas, antes y después de la promulgación de la LCS que supone el pleno reconocimiento legal de la acción directa a todos los ámbitos del seguro de responsabilidad civil.

1.D.- LA PROTECCIÓN DEL TERCERO ANTES DE LA LCS

419.- Dentro de la época anterior a la promulgación de la LCS, distinguiremos en dos períodos: El primero comprende tanto los primeros intentos doctrinales para la protección del tercero como las primeras

Más avanzada nos parece la opinión de CALZADA CONDE, *El seguro voluntario...op.cit.*, ad págs. 268 a 271.), que viene a decir que sobre la base del principio indemnizatorio el asegurador debe pagar directamente al tercero perjudicado y no al asegurado, incluso en el supuesto de que no se hubiese efectuado el reconocimiento legal de la acción directa. *Vid.* en idéntico sentido a REVILLA GONZÁLEZ, *La acción directa contra el asegurado..op.cit.*, pág. 42.

⁴² GARRIGUES, *Contrato de seguro...op.cit.*, pág. 386.

⁴³ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...op.cit.* pág. 1210.

decisiones jurisprudenciales en el mismo sentido. El segundo período abarca desde el primer reconocimiento legal de la acción directa, si bien únicamente en el ámbito de los seguros obligatorios, hasta la publicación de la LCS; dentro del mismo se distinguirá entre la protección del perjudicado dentro del ámbito de los seguros obligatorios y en el de los seguros voluntarios, que continuarán sin regulación legal hasta la LCS.

1.D.1.- La protección de los intereses del perjudicado en la doctrina.

420.- La obligación del asegurador consiste en asumir la responsabilidad del asegurado y, en consecuencia, en abonar la indemnización que tenía que pagar aquél, sea por haber llegado a un acuerdo con el perjudicado, sea en virtud de una sentencia judicial firme, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la ley de contrato de seguro y en la póliza⁴⁴.

El perjudicado dentro del planteamiento de la dogmática clásica del contrato de seguros, no podía ejercitar acción alguna contra el asegurador del causante del daño, por encontrarse con los siguientes obstáculos⁴⁵:

1ª.- El seguro de responsabilidad civil se configuraba como un seguro contra daños que cubría los que en el patrimonio del asegurado podía causar el nacimiento de una obligación de indemnizar, pero no los sufridos por la víctima de la acción u omisión del asegurado.

2ª.- La coexistencia de dos relaciones jurídicas con diferente naturaleza jurídica, se traducían a su vez en un diferente régimen jurídico. Una relación de naturaleza contractual, la existente entre el asegurador y asegurado; y otra extracontractual, la surgida entre el asegurado y la

⁴⁴ GARRIGUES, *Contrato de seguro...op.cit.*, pág. 384.

⁴⁵ OLIVENCIA, «El seguro de responsabilidad civil...», *op.cit.*, pág. 190.

víctima o perjudicado.

3ª.-Los principios de la relatividad del contrato y de autonomía de la voluntad de los contratantes, hacían que el tercero perjudicado fuese ajeno por completo al contrato y por lo tanto careciese de un derecho directo frente al asegurador. Solamente tenía un derecho, *ex art 1902 Cc*, contra el asegurado causante del daño, pero, en última instancia este era el titular exclusivo de cualquier pretensión frente al asegurador. La separación clara de las dos relaciones jurídicas (la del tercero perjudicado frente al responsable-asegurado y la de éste frente al asegurador) justificaba, dogmáticamente, la inexistencia de vínculo alguno entre víctima y asegurador⁴⁶

421.- No obstante, conforme el seguro de responsabilidad civil fue evolucionando, se asentó entre doctrina y jurisprudencia la necesidad de establecer un mecanismo que garantizase al perjudicado el cobro de la indemnización⁴⁷. La doctrina utilizó para ellos dos vías diferentes⁴⁸, en un principio acudió a los remedios normales del Derecho civil de obligaciones utilizados cuando el deudor no paga al acreedor y finalmente a las soluciones específicas del Derecho de seguros:

1.D.1.a.- Los remedios del Derecho de obligaciones.

422.- El perjudicado, podía acudir a los remedios que normalmente concede el Derecho civil frente a todo acreedor y que, eran los siguientes⁴⁹:

⁴⁶OLIVENCIA. *op. cit.*, pág. 333.

⁴⁷REVILLA GONZÁLEZ, *La acción directa contra el asegurado..op.cit.*, pág. 43.

⁴⁸Vid. OLIVENCIA, :«La acción directa... op. cit.pág. 23. GARRIGUES, *Contrato de seguro...*, op cit. pág.386. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...op.cit.*.pág. 1213.

1.D.1.a.1.- La acción subrogatoria.

423.- Mediante este mecanismo la víctima subrogándose en la posición del asegurado podía ejercitar los derechos que a éste, como consecuencia del contrato de seguro, le asistían frente al asegurador y que no había ejercitado por desidia o incluso la mala fe.

424.- La utilización de la esta figura presentaba serios inconvenientes:

a)El principal consiste en que el hecho de que el tercero perjudicado se colocase en la misma situación del asegurado frente a su asegurador, permitía a éste alegar frente al perjudicado no sólo las excepciones surgidas en la relación de responsabilidad civil (esto es, en la relación extracontractual asegurado-perjudicado), sino también las que el asegurador tuviera contra el propio asegurado en relación con el propio contrato. De esta manera el perjudicado quedaba sometido a todas las vicisitudes del contrato, lo cual era una dificultad más añadida a la satisfacción de su crédito⁵⁰.

b)Pero además, aun en el supuesto de que el tercero se subrogase en el crédito del asegurado frente al asegurador y obtuviese una sentencia favorable, la prestación obtenida a través de la acción subrogatoria, debería ingresarse previamente en el patrimonio del asegurado⁵¹, para finalmente, desde allí pasar al del perjudicado. Además de la dilación que esto supone,

⁴⁹GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro...op.cit.* pág.386.

⁵⁰Vid. OLIVENCIA, M.: «La acción directa...», *op.cit.* pág.2 y SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro, op.cit.* pág.1221.

⁵¹Según SOTO NIETO: *El seguro voluntario...op.cit.* pág. 57 . Esto es así puesto que no hay que perder de vista que el perjudicado al ejercitar la acción subrogatoria está ejercitando derechos o acciones que competen a su deudor, está actuando en su nombre y por lo tanto todos lo conseguidos tendrán que engrosar el patrimonio del deudor, bienes que de otra forma habrían permanecido ajenos al mismo.

REVILLA GONZÁLEZ, *La acción directa contra el asegurador...*, *op.cit.* págs. 44, señala prácticamente los mismos inconvenientes a la utilización de la vía subrogatoria.

existe otro inconveniente, puesto que como aquella cantidad no está afectada de pago al tercero, al entrar en el patrimonio del asegurado lo hace como un elemento más de aquel, y por lo tanto queda sometido la regla general de la responsabilidad universal, y que el perjudicado, en virtud del principio de igualdad de los acreedores tendría que repartir con otros acreedores del asegurado el producto de lo obtenido mediante la acción subrogatoria⁵², en aquellos supuestos en que se encontrase en situación de insolvencia del asegurado, lo que hacía realmente insuficiente el recurso a la llamada acción indirecta u oblicua por vía de la subrogación⁵³.

c) Un último inconveniente, que presenta la acción subrogatoria, es la complejidad y lentitud que supone su utilización, puesto que doctrina y jurisprudencia exigen al perjudicado la previa excusión de los bienes del asegurado antes de poder dirigirse a través de la acción subrogatoria contra la compañía aseguradora.

425.- Todos aquellos inconvenientes exigían una superación a través de otros instrumentos técnicos, como la acción revocatoria o la acción de enriquecimiento injusto, que protegiesen de manera más eficaz los derechos del perjudicado⁵⁴.

1.D.1.a.2.- La acción revocatoria

426.- Esta vía puede ser utilizada cuando el asegurado que obtiene la prestación del asegurador no indemniza a la víctima, ésta última al accionar frente al asegurador alega que el pago se ha hecho en fraude. Este remedio

⁵²Vid. OLIVENCIA.: «La acción directa...», *op.cit.* pág.2 y SÁNCHEZ CALERO *Ley de Contrato de Seguro*, *op.cit* pág.1211 .

⁵³OLIVENCIA.: *La acción directa*, *op.cit.* págs. 4 y 5.

⁵⁴OLIVENCIA.: *La acción directa*, *op.cit.*, pág.5. En parecido sentido se manifiestan, SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro*, *op.cit.*, pág.1212:

también es poco adecuado para defender los intereses del perjudicado debido a las condiciones que se exigen para su ejercicio, las dificultades de prueba y demás consecuencias que son inherentes a la acción revocatoria⁵⁵.

1.D.1.a.3.- La acción de enriquecimiento

427.- A través de este recurso se intentaba proteger a la víctima alegando que el asegurado que recibe íntegra la prestación correspondiente a la indemnización de manos del asegurador y no cumple íntegramente con la obligación de indemnizar al perjudicado, experimenta en su patrimonio un enriquecimiento injusto en la misma medida en que la víctima se empobrece.

El recurso a esta figura es harto complejo, puesto que nuestro ordenamiento no contempla mediante norma expresa el enriquecimiento injusto; asimismo porque resulta difícil fundamentar el dato del incremento patrimonial sin razón jurídica cuando se están tratando de evitar consecuencias que nacen de la recta aplicación de la recta aplicación de normas legales y finalmente porque, aun prosperando esta acción es un remedio tardío

1.D.1.b- Protección especial del Derecho de Seguros.

428.- Los principios clásicos del Derecho de obligaciones, resultaban insuficientes para la solución de los problemas de protección del interés del tercero perjudicado; por ello se han ido buscando nuevas soluciones dentro

REVILLA GONZÁLEZ, *La acción directa contra el asegurador...*, *op.cit.* págs. 43 a 49.

⁵⁵Esta es una vía que ha sido admitida por la jurisprudencia italiana, según manifiesta OLIVENCIA. *op cit.* pág.6

del Derecho de seguros, para conseguir una composición más justa de los intereses en juego⁵⁶ :

1.D.1.b 1.- Garantías y privilegios

429.- La garantía fue, en el derecho comparado, el primer camino intentado para la específica protección del derecho de la víctima⁵⁷. Dentro del plano de las garantías, se conceden a la víctima específicas protecciones y concretamente un derecho, que se configura como prenda legal⁵⁸, sobre el crédito a la indemnización que el asegurado tiene frente a su asegurador⁵⁹

430.- Otras veces, en el derecho comparado, se ha optado por la vía del privilegio, con ello se ha pretendido también derogar el principio general de responsabilidad universal, según el cual el crédito del asegurado frente al asegurador constituye un elemento más de su patrimonio y sirve, por tanto, de garantía a todos sus acreedores⁶⁰. Mediante el privilegio⁶¹, se concede al crédito de la víctima un carácter preferente sobre la indemnización debida

⁵⁶OLIVENCIA., La acción directa...op.cit. pág.23, estima que todas estas medidas, si bien representan un progreso sobre la situación precedente, tampoco llegan a otorgar una tutela equiparable a la de la acción directa.

⁵⁷OLIVENCIA, OLIVENCIA: «La acción directa.... » ..., *op cit.* pág 24..

⁵⁸SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro op .cit.* pag. 1212: El artículo 60 de la Ley suiza dice que «en el caso de seguro contra las consecuencias de la responsabilidad civil, el tercero perjudicado tiene, hasta la concurrencia del resarcimiento que le corresponde, un derecho de prenda sobre la indemnización debida al asegurado. El asegurador puede pagar la indemnización directamente al tercero perjudicado.»

⁵⁹Este sistema también lo sigue la Ley austriaca de 1917. Vid. OLIVENCIA.:«La acción directa...», *op.cit.*, pág.7, y

⁶⁰OLIVENCIA: «La acción directa.... » ..., *op cit.*, pág.3; REVILLA GONZÁLEZ, La acción directa contra el asegurador en el proceso civil, *op.cit.*, pág. 45.

⁶¹Este es el sistema seguido por el Código civil italiano, que en su art. 2.767 del Código Civil italiano declara que «en el caso de seguro de responsabilidad civil, el crédito del perjudicado para el resarcimiento goza de privilegio sobre la indemnización debida por el asegurador». Pero este tiene -según el art. 1.917 del mismo cuerpo legal.«la facultad de pagar directamente al tercero» Vid.GARRIGUES, *Contrato de seguro op.cit.*pág.387 y , SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro op .cit.*, pag. 1212. HILL PRADOS, M.C.: «Reflexiones en torno a la acción directa...op.cit., pág. 1730.

por el asegurador⁶²

431.- En realidad garantías y privilegios, tampoco consiguen terminar con los inconvenientes derivados del origen contractual de la relación asegurador-asegurado, como es la posibilidad de que al tercero le sean opuestas las excepciones personales derivadas de esa relación. Otro inconveniente añadido presenta el privilegio, puesto que sólo surte efecto en caso de quiebra y dentro de un proceso judicial⁶³.

1.D.1.b.2.-Prohibiciones de actos de disposición sobre el crédito del asegurado.

432.- Esta técnica de protección de la víctima, es utilizada en el Derecho alemán⁶⁴. Con objeto de impedir que a la indemnización se le dé un destino diverso a la satisfacción del perjudicado, la Ley prohíbe todo acto de disposición sobre el crédito del asegurado realizado sin su aquiescencia. Se pretende, pues, la especial afectación de ese crédito a la finalidad indemnizatoria, y se conceden al perjudicado medios procesales idóneos para conseguir la ineficacia de tales actos de disposición.

1.D.1.b 3.- Modificaciones subjetivas de las obligaciones

433.- Consisten estos sistemas, en una alteración de los elementos personales de las relaciones surgidas según el esquema clásico (perjudicado-asegurado/ asegurado- asegurador).- Las técnicas concretas, aun cuando persiguen siempre la más eficaz protección del perjudicado,

⁶²Siguen este sistema las leyes francesas de 1.913 y 1930, y la belga de 1.937.

⁶³GARRIGUES, *Contrato de seguro op.cit.* pág.388.

⁶⁴Este es el criterio adoptado en el art. 156 de la Ley de seguros alemana modificado en 1.939, que establece que todas las disposiciones sobre el crédito de reparación derivado del contrato de seguros son ineficaces frente al tercero, y añade que a ellas se equipara la disposición que por el cauce de un procedimiento ejecutivo o de un embargo tenga lugar. Artículo citado por OLIVENCIA :«La acción directa...», *op.cit.* pág.8 y GARRIGUES: *El seguro... op.cit.* pág.387.

difieren en sus consecuencias. Así, se incluyen bajo este epígrafe sistemas que consisten en la asunción por parte del asegurador de la deuda del asegurado⁶⁵, o en la delegación pasiva de la misma, o en la cesión a favor de la víctima de los derechos-adquiridos por el asegurado en virtud del contrato⁶⁶

1.D.1.b.4.- Atribución exclusiva de la indemnización al perjudicado.

434.- Esta tutela del perjudicado, utilizada en derecho comparado, consistía en que la atribución exclusiva en favor de los perjudicados de la indemnización del seguro que ha de inmovilizarse en manos del asegurador, hasta que la víctima quede debidamente indemnizada⁶⁷.

1.D.2.- El reconocimiento jurisprudencial de la acción directa.

435.- La concesión al perjudicado de un derecho propio frente al asegurador, la acción directa, para conseguir la indemnización pactada en un contrato de seguro en el que no ha sido parte constituye, sin duda, el más eficaz sistema dentro de las soluciones analizadas⁶⁸. Este sistema supone una profunda alteración del viejo esquema del seguro de responsabilidad civil y culmina una evolución protectora del tercero

⁶⁵Esta tesis fue elaborada por ANGELONI para el derecho italiano anterior a 1.942, vid.«I diritti del terzo danneggiato verso l'assicuratore della res.civ», en Ass,1.934,I, ...pág 191, citado en OLIVENCIA *op.cit.*pág.9

⁶⁶Un supuesto de transmisión automática de los derechos del asegurado en caso de quiebra de éste , a favor del perjudicado, lo tenemos en la *Third Parties Act* inglesa de 1.930.

⁶⁷ Este el sistema seguido por el Código de Seguros Francés L.124-3: «el asegurador no puede pagar a otro diverso del tercero damnificado, todo o en parte de la suma que se le deba, en tanto que este tercero no haya sido resarcido hasta la concurrencia de dicha suma, de las consecuencias pecuniarias del hecho dañoso que haya originado la responsabilidad del asegurado». Vid.SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro op .cit*, pag. 1212. HILL PRADOS, M.C.: «Reflexiones en torno a la acción directa...*op.cit.*, pág. 1730.

⁶⁸OLIVENCIA,«La acción directa...», *op.cit.* pág.9.

perjudicado que se ha venido acusando durante todo lo que va de siglo, no sólo en el plano legislativo, sino, a veces preferentemente, en la interpretación doctrinal y jurisprudencial e incluso en el mismo Derecho convencional de seguros.

436.- La acción directa le va a proporcionar al perjudicado una serie de ventajas, con respecto a todas las soluciones planteadas por la doctrina:

a) puesto que se transfiere el peso de la indemnización a la aseguradora, lo que significa un aumento de la garantía habida de la mayor solvencia de ésta

b) si la deuda es saldada por el asegurador por lo general se consigue una mayor rapidez en la indemnización, y finalmente el perjudicado

c) también va a aprovecharse de la existencia de unas vinculaciones solidarias entre asegurador y asegurado⁶⁹.

1.D.2.a.- La jurisprudencia antes de la Ley 122/1962.

437.- La protección de la víctima se abre camino en primer lugar en la jurisprudencia que de forma progresiva va autorizando a la víctima a entablar directamente su pretensión contra el asegurador⁷⁰. No obstante, el

⁶⁹ SOTO NIETO, F.: El seguro voluntario..., *op cit.*, pág. 24. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurado..op.cit.*, pág. 26.

⁷⁰GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro...*, *op cit.* pág. 398. REGLERO CAMPOS, F.: «Responsabilidad civil extracontractual. Seguro voluntario de automóviles. Acción directa. Legitimación pasiva. Responsabilidad del asegurado» en *CCJC*, nº. 16, Ene.-Mar. 1988, pág. 266.

El más remoto precedente los constituye la STS de 23 junio de 1930 (RJA1932,, 1032) Sin embargo, para un sector de la doctrina las primeras sentencias que resuelven el problema son las de 14 de junio y 25 de noviembre de 1969 y 16 de junio de 1971, aún a pesar de que el propio TS cite las sentencias de 4 de noviembre de 1932, 10 de diciembre de 1956 y 28 de junio de 1969. *Vid.* O'CALLAGHAN, X.: «Responsabilidad de las compañías de seguros frente al perjudicado. Acción directa. Creación jurisprudencial» en *GESA Boletín de Información Jurídica*, 4º trimestre 1979, pág 201 y FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador...*op.cit.*, pág.6312.

Asimismo REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurado..op.cit.*, pág. 44, al referirse a las primeras manifestaciones jurisprudenciales,

principal problema a lo largo de todo este período, ante la ausencia de norma legal que reconozca la existencia de una acción directa, consistirá en la búsqueda de un fundamento tranquilizador que permita a un mismo tiempo reconocer una acción directa al perjudicado y justificar que se ha salvado el principio de la relatividad contractual⁷¹.

438.- El reconocimiento y posterior evolución de la acción directa pasa por varias etapas, en las que la jurisprudencia ha utilizado toda una serie de justificaciones:

a) La teoría de la subrogación del asegurador⁷² en la responsabilidad civil del asegurado. En este sentido se manifiestan las sentencias de 23 junio de 1930 (Ar. 1032)⁷³, de 14 de junio y 25 de noviembre de 1969 y 16 de junio de 1971. Estas sentencias sostienen que la aseguradora, en virtud del contrato de seguro por el que asume el riesgo que produce su asegurado, se constituye en obligada principal al pago de la indemnización

menciona la STS de 4 de noviembre de 1921, citando a su vez a BENITEZ DE LUGO, REYMUNDO, L.: Tratado de seguros, vol.II, Madrid, 1955, pág. 616. .

⁷¹PASQUAU LIAÑO, M.: La acción directa...*op.cit.* pág. 42

⁷²Vid. OLIVENCIA, «La acción directa...*op.cit.* Págs 13 y 14.

⁷³Esta sentencia inicia lo que OLIVENCIA denomina tesis progresista: El Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de junio de 1930, consideró procedente la acción dirigida por la viuda de la víctima de un accidente de automóvil contra la Compañía aseguradora. Apoyaba el fallo en los siguientes argumentos: 1. El contrato de seguro, tal como fue pactado, constituía una verdadera subrogación de la Compañía para el pago de las responsabilidades civiles que por accidentes produjere el vehículo. 2º.- El contrato de seguro contenía, por consiguiente, una estipulación a favor de tercero, cuya aceptación se desprende del mero hecho de interponer la demanda. 3º.- El asegurador se convertía, consecuentemente, en codeudor solidario de la obligación de indemnizar. Si bien esta sentencia tiene el mérito de introducir en nuestra jurisprudencia la novedad de la protección de los terceros, viene apoyada en una argumentación jurídica inaceptable desde el punto de vista crítico. De una parte, la consideración del seguro de responsabilidad civil como un contrato con estipulación a favor de tercero no venía apoyada en el caso sobre una correcta interpretación de las cláusulas de la póliza. De otra parte, la invocación conjunta de las reglas de la subrogación y de la deuda solidaria resulta inaceptable, pues mientras la primera supone una sustitución, la segunda significa una concurrencia. Y, finalmente, no puede mantenerse el carácter solidario de la obligación de indemnizar cuando las partes no lo han establecido de una manera expresa.

por el acto ilícito, en razón de haber quedado subrogada en la obligación de su asegurado⁷⁴. El tercero perjudicado no puede ser extraño al contrato en que aparece asegurado un riesgo futuro, que la realidad ha convertido en presente y al damnificado en acreedor de una cantidad determinada en la póliza.

439.- b) La teoría de la subsidiariedad de la obligación del asegurador respecto de la del asegurado⁷⁵. Antes de la entrada en vigor de la LUCVM de 1962, la Sala 1ª, salvando la excepción de la sentencia de 23 de junio de 1930, venía concibiendo al perjudicado como un extraño al contrato de seguro, y si bien no negaba que la existencia de ese contrato repercutía de forma favorable en su esfera jurídico-subjetiva, el asegurador respondía tan solo subsidiariamente frente a él⁷⁶. La Sala primera del Tribunal Supremo se manifiesta en este sentido en las sentencias de 4 noviembre de 1932; 22 de septiembre de 1950, 24 de marzo de 1953, 3 de noviembre de 1.966⁷⁷.

⁷⁴FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador...*op.cit.*, pág.6312

⁷⁵Teoría citada por OLIVENCIA, «La acción directa...» *op.cit.* pág. 14. GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro...*, *op.cit.* pág. 400. REGLERO CAMPOS, F.: «Responsabilidad civil extracontractual...» *op.cit.*, pág. 266. STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J.G.: «Contratos de seguro de responsabilidad civil » en *La Ley*, 1985-2, pág. 513. CLAVERO TERNERO, M.F.: *La acción directa del perjudicado... op.cit.*, pág. 14.

⁷⁶*Vid.* REGLERO CAMPOS, F.: «Responsabilidad civil extracontractual...» *op.cit.*, pág. 266.

⁷⁷Según OLIVENCIA, «La acción directa...*op.cit.* pág. 14 esta orientación se inicia en la STS 4 de noviembre de 1.932, que establece que, si bien el perjudicado no puede ejercitar acción directa contra la Compañía aseguradora, por no existir entre ambos vínculo contractual, puede hacerlo contra el asegurado como directo obligado, y conjunta y subsidiariamente contra la Compañía aseguradora. El fallo se basa en la consideración de que el asegurador toma sobre si, en virtud del contrato, la obligación de indemnizar, y añade que el tercero perjudicado no puede ser considerado como extraño en absoluto a aquella relación contractual. Estos argumentos vuelven a repetirse en las STS de 22 de septiembre de 1.950 y 24 de marzo de 1.953. Esta argumentación, en opinión de Olivencia, es inaceptable de una parte porque los casos de responsabilidad subsidiaria están legalmente establecidos con carácter de "numerus clausus", y ninguno de ellos se refiere al caso contemplados. De otra parte, porque la voluntad de los contratantes en el seguro de responsabilidad civil no es la de obligar al asegurador frente a la víctima, sino, la de cubrir al asegurado del daño que sufre su patrimonio al surgir en él la obligación de indemnizar.

El mismo grupo de sentencias son asimismo citadas como integrantes de

Estos son los únicos fallos del Tribunal Supremo utilizando esta argumentación, puesto que la STS de 18 de Febrero de 1967 (RJA 1967,787) decantará la balanza a favor de la teoría de la solidaridad pasiva, que será la línea doctrinal que se impone sobre las demás.

440.- c) La teoría de la solidaridad pasiva entre asegurador y asegurado frente al tercero perjudicado. Se inicia esta línea argumental con la STS de 23 de junio de 1930⁷⁸ (RJA 1930, 1032), si bien no se consolida hasta la STS de 18 de Febrero de 1967 (RJA 1967,787)⁷⁹, que en consecuencia cierra definitivamente la línea jurisprudencial de la subsidiariedad. La línea argumental seguido en estas sentencias consiste en que al haber unidad de objeto en las obligaciones del asegurador y asegurado se produce la solidaridad y en consecuencia el tercero puede dirigirse contra el asegurador.⁸⁰ Esta línea de razonamiento es un tanto equívoca por cuanto que parece confundir la causa con los efectos, puesto que en verdad la solidaridad es una consecuencia de la acción directa pero no puede actuar la solidaridad como presupuesto que justifique la concesión de la acción directa⁸¹.

la teoría de la subsidiariedad por GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro...*, *op cit.* pág. 400. REGLERO CAMPOS, F.: «Responsabilidad civil extracontractual...» *op.cit.*, pág. 266.

⁷⁸Vid. GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro...*, *op cit.* pág. 398. REGLERO CAMPOS, F.: «Responsabilidad civil extracontractual...» *op.cit.*, pág. 266. STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J.G: «Contratos de seguro...» *op.cit.*, pág. 512. CLAVERO TERNERO, M.F.: *La acción directa del perjudicado... op.cit*, pág. 14.

⁷⁹Siguen esta línea jurisprudencial las SSTs 14 de octubre de 1969 (Ar. 4706), 25 de octubre de 1969 (Ar 5508) y 26 de marzo de 1977 (Ar. 1354) , 30 de junio de 1977 (Ar. 3056), 28 de enero de 1985 (Ar. 202), 18 de junio de 1990 (Ar. 4855), de 8 abril de 1996 (Ar. 298) y 2 de diciembre de 1997 (Ar. 8697).

La Sala 2ª del TS también tiene establecida una línea jurisprudencial en el mismo sentido, citando por todas, las de 11 de diciembre de 1989 (Ar 9527) y la de 8 de febrero de 1991 (Ar. 971). Todas ellas citadas por ATIENZA NAVARRO, Mª.L.: en *El Contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (coords. Bataller Grau, Boquera Matarredona y Olavarría Iglesia), Valencia 1999, pág.444.

⁸⁰PASQUAU LIAÑO, M.: La acción directa...*op.cit.* pág. 45.

⁸¹PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...op.cit.* pág. 45.

441.- d) La teoría de que la obligación de resarcir el daño a la víctima es una obligación de naturaleza especial y más onerosa aún que la solidaria⁸².

Esta fundamentación ha sido escasamente utilizada por el Tribunal Supremo y lo podemos encontrar en las sentencias de 25 de noviembre de 1969⁸³ (RJA 1969,5508) y 16 de marzo de 1977 (RJA 1977, 1093).

442.- e) Teoría del interés directo del tercero en el cumplimiento del contrato de seguro⁸⁴. Esta línea argumental si bien no ha sido acogida por el Tribunal Supremo hasta sus últimas consecuencias, si que aparece esbozada en algunas Sentencias, aunque sin apurar todas las posibilidades. Según esta teoría, la solución consistiría en un análisis de «jurisprudencia de los intereses en conflicto», prescindiendo de los remedios clásicos que los tradicionales Derechos de obligaciones y de seguros ofrecían. Las sentencias de 18 de febrero de 1967 así como la 4 de noviembre de 1932 contienen atisbos de esta teoría.

443.- f) La teoría del contrato en favor de tercero de naturaleza especial⁸⁵. La STS 15 de noviembre de 1986 (RJA 1986, 6435) es la más representativa de todas ellas, entre otras cosas por incluir toda las resoluciones que siguen esta orientación⁸⁶.

⁸²Vid. CLAVERO TERNERO, *La acción directa del perjudicado...op.cit.* pág.14.

⁸³Según esta sentencia, que es citada por BOQUERA OLIVER: «Nota al artículo 76...» *op.cit.*, pág. 867: «la obligación de resarcimiento del asegurador no puede calificarse de solidaria con el asegurado, pues aunque haya pagado la indemnización, la entidad aseguradora no puede repetir después contra el asegurado; ni tampoco puede estimarse como subsidiaria, por cuanto tampoco es preciso justificar la insolvencia del asegurado para que se haga efectiva la indemnización del siniestro, sino que es una obligación de naturaleza especial, y mucho más onerosa que la subsidiaria, e incluso que la solidaria»

⁸⁴Vid. STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J.G: «Contratos de seguro...» *op.cit.*, págs. 513 y 514. REVILLA GONZÁLEZ, *La acción directa contra el asegurado..op.cit.*, pág. 48.

⁸⁵En Francia esta tesis fue desarrollada por WEIL; *Le principe de la relativité des conventions en droit français*, Estrasburgo, 1938, págs. 772 y ss.

⁸⁶STS 15 noviembre 1986: RJA 1986\6435: «Habida cuenta de la fecha en que ocurrió el siniestro, el 24 de diciembre de 1976, hace casi una década, no es de

444.- Los argumentos utilizados por la Jurisprudencia en el período previo a la publicación de la denominada Ley del automóvil de 1962, para algún autor⁸⁷, no fueron sino artificios para alcanzar la solución justa que las normas legales de la época no permitían, puesto que en rigor científico esa protección jurídica sólo se podría alcanzar cuando las normas legales arbitrasen técnicas específicas. No obstante, la jurisprudencia continuará realizando durante casi veinte años mas realizando este tipo de argumentaciones, para justificar la acción directa de la víctima derivada del seguro voluntario de responsabilidad, que como se ha indicado reiteradamente no contará con una cobertura legal hasta la publicación de la LCS.

1.D.2.b.- La jurisprudencia en el período entre la Ley 122/1962 y la LCS

aplicación la hoy vigente ley 50/1980, de 8 de octubre (RCL1980\2295),de Contrato de Seguro, sino la normativa anterior, que, largamente, fue interpretada por la Jurisprudencia de esta Sala en el sentido de otorgar al perjudicado el carácter de tercero en el Seguro de Responsabilidad civil, provisto de acción directa procedente de la estipulación en su favor contenida dentro del Contrato; estipulación de naturaleza específica para ese contrato y excluida por su especificidad del requisito que genéricamente y para las estipulaciones en favor de tercero previene el párrafo segundo del artículo 1257 del Código civil de haber de ser aceptadas por el tercero declarándolo así al obligado antes de que haya sido revocada por el estipulante. Según la doctrina que ofrecen las sentencias de esta Sala de 2 de junio y 28 de septiembre de 1960 (RJ 1960\2072y RJ 1960\3150), 3 de noviembre de 1966 (RJ 1966\4838), 18 de febrero de 1967 (RJ 1967\787), 14 de octubre y 25 de noviembre de 1969 (RJ 1969\4706 y RJ 1969\5508), 15 y 26 de abril de 1977 (RJ 1977\1655 y RJ 1977\1693), 27 de noviembre de 1981 (RJ 1981\4632), 15 y 31 de marzo de 1982 (RJ 1982\1377 y RJ 1982\1552) y 8 de junio de 1984 (RJ 1984\3222), entre otras, que adelantaron la solución legal acogida ahora en el artículo 76 de la ley de Contrato de Seguro ya citada, existe una relación directa entre el perjudicado y el asegurador creada por el contrato de seguro y de naturaleza contractual habida cuenta de su origen.»

⁸⁷OLIVENCIA « La acción directa...»*op.cit.*pág.15 «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro », en *Comentarios a la Ley de Contrato de seguro* (dir. VERDERA y TUELLS), T.II, Madrid, 1982, págs. 904 y 905. En la última señala que a partir de la introducción de la acción directa por la Ley del automóvil de 1962, la jurisprudencia fue ensanchando el camino ya abierto, hasta consolidar la doctrina legal del reconocimiento de la acción directa contra el asegurador voluntario de responsabilidad civil. Menciona el supuesto de la STS de 26 de marzo de 1977 (RJA 1977, 1354) donde se se señala la posibilidad de aplicación analógica de las normas de la Ley 122/62 a los supuestos de seguro voluntario.

445.- La entrada de en vigor de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor (en adelante LUCVM) supone una generalización de la acción directa⁸⁸, extendiéndose, no solamente para los supuestos de responsabilidad cubierta por del seguro obligatorio para los vehículos de motor sino también a todos los supuestos del seguro voluntario, que carecerían hasta de la LCS de 1980 de un texto legal que reconociese la acción directa contra el asegurador.

446.- La Sentencia de 18 de Febrero de 1967⁸⁹ pone punto y final a la línea jurisprudencial partidaria de la teoría de la subsidiariedad y se consolida la teoría de la solidaridad pasiva. La jurisprudencia de esta forma se adelanta a la solución que luego recogería el art. 76 L.C.S.^{90 91}.

447.- La publicación de la LUCVM también influye en la Sala 2ª del TS, tanto con relación a los aseguradores obligatorios como de los voluntarios⁹², poniendo fin la tesis que impedía que los aseguradores, ni como perjudicados ni como responsables civiles podían intervenir y por lo

⁸⁸REGLERO CAMPOS, F.: «Responsabilidad civil extracontractual...» *op.cit.* págs. 266 y 267.

⁸⁹RJA 1976, 787.

⁹⁰Vid. OLIVENCIA, «El seguro de responsabilidad ...*op.cit.*» pág 6.

⁹¹Son numerosas las sentencias que recogen que el artículo 76 LCS es una continuación de la jurisprudencia anterior, en ese sentido la STS de 13 de junio de 1991 (Ar.4453) (citada por BLANCO GIRALDO, F.L: La ley de Contrato de Seguro en la jurisprudencia y en la doctrina judicial, Madrid, 1996, pág. 363: « La jurisprudencia ya desde la sentencia de 24 de Marzo de 24 de marzo de 1953 con interpretación del artículo 1903 en el sentido expuesto, ha seguido una línea doctrinal que ha llegado a tener un reconocimiento y consagración legislativa en el artículo 76 de la Ley de 8 de octubre de 1980, después de la Ley de 21 de julio de 1960, sobre Navegación Aérea - Ley Penal (sic.) de 24 de diciembre de 1964, de la Ley de Circulación de Vehículos de Motor de 1962, tan repetidamente citada, la de 29 de abril de 1964, sobre Responsabilidad civil en materia de Energía Nuclear, así como lo reconocen numerosas resoluciones de esta Sala -sentencias de 12 de noviembre de 1955; 30 de marzo de 1973; 2 de marzo de 1981; 14 de febrero y 7 de octubre de 1982; 7 de abril de 1983 y 18 de junio de 1990.

⁹²Sobre la responsabilidad directa de estos pueden verse las STS (Penal) 18 mayo de 1968; 13 de junio de 1969 y 16 de noviembre de 1970, citadas por REGLERO

tanto ser condenados, en el proceso penal⁹³. No obstante durante varios años la doctrina jurisprudencia atraviesa un etapa de confusión, con respecto a la intervención del asegurador en el proceso penal, que finaliza con la STS de 7 de mayo de 1975, la cual, influida por la doctrina de la Sala 1ª como en su propio texto se reconoce, empieza a consolidar la doctrina de que el asegurador voluntario también puede ser declarado responsable solidario⁹⁴ en los procedimientos penales si bien su intervención ha de ser en calidad de parte.

1.D.2.c.-La jurisprudencia posterior a la LCS.

448.- Tras la entrada en vigor de la LCS, se consolida legalmente, el reconocimiento jurisprudencial de la acción directa contra el asegurador de responsabilidad civil en sus dos vertientes obligatoria y voluntaria⁹⁵. No obstante la jurisprudencia, va a seguir abordando toda una serie de cuestiones, importantes para la construcción dogmática de la acción directa⁹⁶.

1.E.- LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO EN LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO.

1.E.1- Introducción.

CAMPOS, F.: «Responsabilidad civil extracontractual...» *op.cit.*, pág. 267.

⁹³Vid. STS 2 y 30 de Octubre de 1963, citadas por REGLERO CAMPOS, F.: «Responsabilidad civil extracontractual...» *op.cit.* págs. 267.

⁹⁴REGLERO CAMPOS, «Responsabilidad civil extracontractual...» *op.cit.* pág. 267.

⁹⁵REGLERO CAMPOS, *op.cit.* pág. 267.

⁹⁶REGLERO CAMPOS, *ibidem*, pág. 267, señala que entre las muchas cuestiones sobre las que la jurisprudencia se va manifestando para perfilar la figura se encuentran: a) La existencia o no de un litisconsorcio pasivo necesario y b) Si es necesaria la declaración de responsabilidad del agente del daño para que pueda condenarse al asegurador al pago de la indemnización.

449.- La acción directa contemplada en el art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 octubre de Contrato de Seguro (LCS) ha supuesto la culminación del largo camino recorrido desde que se dictaron las primeras decisiones judiciales reconociendo una acción directa a favor del perjudicado⁹⁷. El artículo 76 LCS reconoce al perjudicado y a sus herederos por la acción u omisión de un asegurado para reclamar al asegurador de responsabilidad el importe de la indemnización que le es debida por daños y perjuicios

450.- Hasta el año 1980 el ordenamiento jurídico español carecía de un régimen general que regulara la posición jurídica de la víctima en el contrato de seguro de responsabilidad civil. Sólo en algunas normas especiales, en el ámbito de los seguros obligatorios de responsabilidad civil (uso de vehículos a motor, caza, navegación aérea, contaminación marítima, etc), se reconocía al perjudicado una acción directa contra la compañía aseguradora. El carácter excepcional de los principios contenidos en estas normas no permitía el que se aplicaran analógicamente fuera de los supuestos expresamente comprendidos en ellas⁹⁸, tal como se desprende del artículo 4.2 Cc.

1.E.2.- El art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro.

451.- La acción directa del artículo 76 de LCS es sin duda alguna la más

⁹⁷Vid. SOTO NIETO: *El seguro voluntario...* op.cit., pág. 25; FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador... op.cit., 6311; CLAVERO TERNERO, M.F.: *La acción directa del perjudicado...* op.cit.,, pág.9.

⁹⁸Según CLAVERO TERNERO, M.F.(*La acción directa del perjudicado...* op.cit.,, pág.9), la no aplicación analógica de las normas del seguro obligatorio al seguro de responsabilidad civil ya se recogió en la STS (Sala 2ª) 26 de marzo de 1977 (RJA 1977, 1354).

importante de las acciones directas contempladas en nuestro Ordenamiento jurídico ⁹⁹, esta relevancia es debida a su gran aplicación práctica y la gran cantidad de resoluciones judiciales que su amplia utilización en el foro ha generado, y por estas mismas razones es la acción directa que más obra jurídica ha originado, si la comparamos a las otras acciones directas.

452.- El artículo 76 ha reconocido la existencia de un derecho propio del perjudicado frente al asegurador de responsabilidad civil para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar nacida a cargo del asegurado. Este artículo ha extendido el derecho propio del perjudicado -la acción directa- a todas las modalidades del seguro de responsabilidad civil, tanto para los supuestos de seguros obligatorios como voluntarios¹⁰⁰, que como ya se ha dicho reiteradamente, hasta la LCS carecían de regulación legal en nuestro Ordenamiento.

453.- El reconocimiento legal de la acción directa, en el ámbito de los seguros de responsabilidad, ya había tenido lugar dos décadas antes de entrar en vigor el artículo 76 LCS, si bien de forma restringida para determinados supuestos del seguro obligatorio de responsabilidad civil¹⁰¹.

⁹⁹Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de seguro*, op.cit., pág. 1209. PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...* op.cit., pág. 40.

¹⁰⁰Vid. GARRIGUES: *El contrato de seguro...* op.cit., pág.389; OLIVENCIA: «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil», en *Comentarios*, I, pág. 904; BOQUERA OLIVER, V.: «Nota al artículo 76 ... op.cit., pág. 865; SANTOS BRIZ, J: «La reforma del seguro del automóvil : repercusiones en dicha reforma de la ley 5/1980, de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro» en *RDP*, nov. 1983, pág. 997; SOTO NIETO: *El seguro voluntario...*op. cit., págs. 25 y ss.

¹⁰¹La doctrina cita los ejemplos del artículo 42 de la Ley 122/1962, de 24 de Diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, (art. 4 de su Texto Refundido), la acción directa del artículo 40 del Reglamento sobre Cobertura de Riesgos Nucleares (Decreto2177/1967 de 22 Julio), el art. 33.5 de la Ley 1/1970, de Caza y el art. 52 de su Reglamento. Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, op.cit., pág.1209; PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...* op.cit., pág. 40.

El artículo 75 de la LCS ha extendido la obligatoriedad del seguro para determinadas actividades que el Gobierno determine¹⁰². No obstante, no se debe olvidar que tras la publicación de la LCS el reconocimiento de la acción directa en la LCS se aparta de la obligatoriedad del seguro¹⁰³, puesto que ésta la ha extendido también al seguro voluntario de responsabilidad civil.

454.- La jurisprudencia, antes de la LCS, bajo el influjo de la normativa de los seguros obligatorios, también había generalizado el reconocimiento de la acción directa en el ámbito del seguro voluntario de responsabilidad civil, si bien sus contornos todavía no estaban muy bien definidos y además no coincidían plenamente con el régimen del art 76¹⁰⁴. Aquellos seguros obligatorios, publicados con anterioridad a la LCS siguen aún en vigor, en

¹⁰²OLIVENCIA, («El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima, en especial en los daños causados por la gran empresa: la acción directa y las excepciones oponibles» en XXV Aniversario Fundación Musini, pág. 14), sin ánimo de exahusitividad menciona otros supuestos de seguro obligatorios posteriores a la LCS: seguro obligatorio contemplados en la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (art 30); Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (art. 157,5, en redacción dada por la Ley 21/1992, de 16 de Julio de industria); Ley 19/1988, de 12 de Julio, de Auditoría de cuentas (art. 12).

¹⁰³SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de seguro*, *op.cit.*, pág. 1209.

¹⁰⁴Nos dice SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro... op.cit.*, pág.1213 que la propia jurisprudencia tiene declarado que el artículo 76 no es sino una continuación de la jurisprudencia anterior. Así, la sentencia de 2 de junio de 1984 dice: «según la fórmula definitoria contenida en el artículo 73 de la vigente Ley de 8 de octubre de 1980, el seguro de responsabilidad civil tiene como efecto específico el estar dirigido a la cobertura del riesgo que pueda gravar el patrimonio del tomador a consecuencia de una obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado. El artículo 76 de la Ley citada autoriza la acción directa del perjudicado contra la aseguradora, como con anterioridad tenía permitido la jurisprudencia (sentencias de 3 de noviembre de 1966, 18 de febrero de 1967, 14 de octubre y 25 de diciembre de 1969, 15 y 26 de abril de 1977, 27 de noviembre de 1981 y 25 y 31 de marzo de 1982)» La misma afirmación se contiene en las STS 15 de noviembre de 1986 (AR 6435); 22 de diciembre de 1989 (AR 8864) y 13 de junio de 1991 (AR 4453).

virtud de su artículo 2¹⁰⁵.

455.- El régimen de la acción directa, en lo fundamental, no difiere mucho del ámbito de los seguros obligatorios al de la LCS. No obstante hay que señalar toda una serie de diferencias¹⁰⁶: En primer lugar los seguros obligatorios se hallan sometidos a un régimen de derecho imperativo y los voluntarios a uno dispositivo. Además el seguro voluntario aparece como complementario del obligatorio y se basa en la responsabilidad subjetiva o por culpa, mientras que el obligatorio, si bien no tiene una responsabilidad puramente objetiva o por resultado, si que atiende al riesgo creado por la circulación de vehículos, circunstancia esta que algunas decisiones jurisprudenciales denominan responsabilidad objetiva atenuada.. Estas diferencias son las que motivan que la acción directa surgida de ambos tipos de seguro sean objeto de estudio diferenciado.

456.- La ampliación del reconocimiento de la acción directa al seguro voluntario de responsabilidad civil comportará toda una serie de ventajas para el perjudicado, que serán objeto de estudio detallado, pero la gran diferencia con respecto al período anterior estribará en éste ya no tendrá que alegar un fundamento jurídico especial para justificar el ejercicio de la acción directa contra el asegurado¹⁰⁷, puesto que ahora es la ley, y no la doctrina jurisprudencial, quien le reconoce la posibilidad de utilizar su

¹⁰⁵El art. 2 de la LCS establece que: «Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley [...]»

¹⁰⁶Vid. SANTOS BRIZ, J.: «La reforma del seguro del automóvil...» *op.cit.*, pág. 996, este autor fija las diferencias entre los seguros obligatorios y voluntarios de acuerdo con los criterios sentados por la doctrina jurisprudencial en las STS, de la Sala 2ª de 22 diciembre 1980 y de la Sala 1ª, de 8 de Mayo y 23 de Octubre de 1980 y 24 de junio de 1982.

¹⁰⁷BOQUERA OLIVER, V.: «Nota al artículo 76...» *op.cit.*, pág. 868.PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...* *op.cit.*, pág. 47.

derecho directo frente al asegurador de responsabilidad civil.

457.- La LCS al proteger al perjudicado concediéndole una acción directa es mucho más progresista que otros ordenamiento jurídicos de nuestro entorno jurídico, puesto que o no la conceden directamente o la condicionan limitándola en determinados supuestos¹⁰⁸

1.E.3.- El texto del art. 76.

458.- La doctrina ha sido bastante crítica con la redacción del artículo 76, y es coincidente al tildarla de confusa y poco afortunada¹⁰⁹. La poca claridad de precepto es debida, en parte, a que en una primera redacción se limitaba a enunciar el principio general del reconocimiento de la «acción directa», pero posteriormente fue modificado mediante la adición de unos párrafos que queriendo matizar ese principio, sin embargo, lo han enturbiado. En aquellos párrafos se incluyen las siguientes toda una serie de normas, que con posterioridad serán objeto de estudio detallado¹¹⁰:

¹⁰⁸Según HILL PRADOS, M.C.: «Reflexiones en torno a la acción directa... *op.cit.*», pág. 1730. En Francia no recoge la posibilidad de que el tercero pueda dirigirse directamente contra el asegurador, si bien si que se establece la posibilidad que el tercero pueda recibir la indemnización que le corresponde si no ha sido debidamente satisfecho, puesto que el artículo L 124-3 del Código de los Seguros, establece un privilegio en favor del perjudicado, ya que inmovilizar la indemnización en manos del asegurador hasta que el perjudicado es indemnizado. En Italia tampoco el artículo 2767 del Código civil establece un privilegio sobre la indemnización debida por el asegurador en favor del tercero, sin embargo en materia de seguro obligatorio de automóvil si que se reconoce una acción directa en el art. 18 de la Ley de 24 de Diciembre de 1969 sobre responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor y buques.

¹⁰⁹Vid. GARRIGUES: *El contrato de seguro...* *op.cit.*, pág.389. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...* *op.cit.*, pág.1209. Algún autor ha llegado a decir que. «El propio artículo [76] se ocupa de la oposición y excepciones que puede utilizar el asegurador, pero de un modo tan confuso que admite todo tipo de lecturas e interpretaciones» Vid. FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador... *op.cit.*, 6318.

¹¹⁰Vid. GARRIGUES: *El contrato de seguro...* *op.cit.*, pág.389.

459.- a) Dentro del primer párrafo del art 76 se reconoce el derecho de repetición de la compañía aseguradora contra el asegurado, en el supuesto de que ésta hubiese tenido que satisfacer una indemnización como consecuencia de la interposición de una acción directa aún cuando la responsabilidad civil tuviese su origen en una conducta dolosa del asegurado. Al asegurador se le concede este derecho de repetición puesto que pagó una indemnización a la que no estaba obligado por aplicación del artículo 19 LCS, que excluye al asegurador de la obligación del pago en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado¹¹¹.

460.- b) El régimen de las excepciones oponibles queda establecido en el segundo párrafo del artículo 76, que aún a pesar de una redacción aparentemente clara y sencilla, su aplicación práctica genera una toda una serie de graves problemas, que también serán analizado en el correspondiente apartado.

461.- c) Finalmente, en el último párrafo del mencionado precepto, se impone al asegurado la obligación de manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido¹¹².

¹¹¹ El Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el art. 19 LCS. La doctrina al respecto se encuentra unificada en la STS (2ª) de 29 mayo de 1997 (AR 3637) que establece que: «los daños causados a las víctimas de la circulación ocasionados por conductas dolosas del asegurado o del conductor del vehículo no están excluidos de la cobertura del seguro frente a las víctimas y únicamente determinan un derecho de repetición contra el autor de la conducta dolosa; el artículo 19 LCS, tiene su aplicación en las relaciones entre partes pero no afecta al derecho indemnizatorio propio y autónomo de la víctima del siniestro.

¹¹² Tradicionalmente se había prohibido al asegurado mencionar que su responsabilidad se hallaba cubierta con seguro de responsabilidad. BAILLO Y MORALES-

1.E.4.- Caracteres del derecho del perjudicado.

1.E.4.a.- Existencia de un derecho propio

462.- El artículo 76 establece que «el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar»¹¹³. Esta declaración, es similar a la contenida en el artículo 42 de la Ley 122/1962¹¹⁴. Siguiendo la tradición de esa y otras leyes en las que se reconocía una acción directa, la LCS ha utilizado una terminología imprecisa e inexacta, puesto que lo correcto, lo acorde con una adecuada técnica jurídica hubiera sido utilizar la expresión «derecho directo»¹¹⁵. La utilización de un término equívoco para designar a esta figura, proviene de antiguo, puesto que el error proviene de finales del siglo XVIII, cuando la expresión acción directa empieza a ser utilizada por la doctrina francesa, en esta época no se diferenciaba entre acción y derecho¹¹⁶. Desde aquella época este término ha venido usándose en nuestro país vecino, si bien con consciencia de su equívoco, y

ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio*, *op.cit.*, pág.

¹¹³Para la responsabilidad civil derivada de delito el art 117 del vigente Código penal reitera la acción directa del perjudicado frente al asegurador. PARRA LUCÁN, M.A.: en AAVV, *Curso de Derecho civil (II)*, ...*op. cit.* pág. 841

¹¹⁴Este precepto establecía que: «Para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar, el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa hasta el límite obligatorio contra el asegurador del vehículo que ha producido el daño, o en su caso, contra el Consorcio de Compensación de Seguros, sin perjuicio de las demás acciones que les correspondan.

El plazo de prescripción de esta acción era de un año a contar desde el día que la misma pudo ejercitarse. Este plazo quedaba interrumpido por las causas establecidas en la legislación común».

¹¹⁵En ese sentido se manifiesta COZIAN, en *L'action directe*, Paris, 1.968, nº 22, postura que es compartida por PASQUAU LIAÑO, en *La acción directa...*, *op.cit.*,pág. 15.

¹¹⁶REVILLA GONZÁLEZ, *La acción directa contra el asegurador...* *op.cit.*, pág. 49.

justificándose también su empleo por apego a la costumbre.

463.- A pesar de ello no cabe considerar que lo que la ley trata de otorgar al perjudicado sea una simple pretensión procesal¹¹⁷, en el mismo sentido en que podemos hablar de acción subrogatoria, ya que tras la expresión “acción” en realidad se esconde un derecho sustantivo o básico de su titular¹¹⁸, derecho que tiene carácter propio y autónomo¹¹⁹. Esto es así puesto que la «obligación de indemnizar» a la que el mencionado precepto se refiere, no es otra que la aludida por el artículo 73 de la misma Ley, cuando alude al nacimiento de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurador. En consecuencia el tercero perjudicado tiene derecho a exigir el cumplimiento de esa obligación, no simplemente al deudor originario (el asegurado), sino también al asegurador. El artículo 76 reconoce, bajo la denominación de acción directa, el derecho del perjudicado frente al asegurador para exigirle la obligación de indemnizar el daño causado por el asegurado. Porque, en definitiva, como se ha dicho justamente, «la acción directa no supone sino el ejercicio procesal de un derecho propio»¹²⁰.

¹¹⁷SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.*, pág.1218. REVILLA GONZÁLEZ, *La acción directa contra el asegurador.. op.cit.*, pág. 52.

¹¹⁸Según GARRIGUES, *Contrato de seguro... op.cit.*, pág.390: «el tercero ejerce una acción sustantiva contra el asegurador..»

¹¹⁹REVILLA GONZÁLEZ, *La acción directa contra el asegurador... op.cit.*, pág. 52. Según DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil, .op. cit.*, pág.1010 « la acción directa del perjudicado o sus herederos contra el asegurador constituye un derecho propio de aquellos, cuyo origen no está en el propio contrato de seguro. sino en el hecho que da lugar a la obligación de indemnizar ».

¹²⁰En este sentido OLIVENCIA: «La acción directa...», *op.cit.*, pág.9; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de seguro, op.cit.*, pág. 1218 y REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador... op.cit.*, pág. 52.

464.- La segunda característica de este derecho, su autonomía con respecto del derecho asegurado frente a la compañía aseguradora se manifiesta en varios aspectos: En primer lugar el asegurador no puede oponer al perjudicado las excepciones personales que tuviese con relación al asegurado. Además que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción directa no será el común de dos años al que se refiere el art. 23 de la LCS para las acciones que deriven del contrato de seguro, sino el general del ordenamiento civil. Finalmente al situarse la acción directa en el ámbito de la responsabilidad extracontractual la competencia territorial es diferente a la establecida por el art. 24 LCS para las acciones nacidas del contrato de seguro^{121 122}, por lo tanto habrá que aplicar lo previsto en los artículos 50 y 52.9º de la LEC 1/2000

1.E.4.b.- El fundamento de la acción directa.

465.- La doctrina ha justificado el reconocimiento de la acción directa en favor del perjudicado, en el ámbito del seguro voluntario de responsabilidad civil, en base a diferentes argumentos:

a) Al propósito de otorgar una mayor tutela al perjudicado, que ha sufrido un daño causado por una persona que está asegurada¹²³

¹²¹«Será juez competente para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro el del domicilio del asegurado, siendo nulo cualquier pacto en contrario»

¹²²En ese sentido se manifiesta la STS de 12 de julio de 1996 (RJA 1996,5671) : «No es aplicable el art 24 LCS a la acción directa de los terceros perjudicados contra la aseguradora que autoriza el art. 76, puesto que dicha acción no deriva del contrato de seguro, en el que el tercero no ha intervenido, sino del hecho culposo y de la Ley»

¹²³BAILLO Y MORALES-ARCE, *La acción directa en el seguro obligatorio*, op.cit., pág. 48: estima que el fundamento de la acción directa no es otro que la protección a ultranza de las víctimas de la circulación rodada.

b) Otra justificación, es aquella que mantiene que el seguro viene a cumplir en las recientes normas una función social de protección de la comunidad¹²⁴ frente al incremento del riesgo a sufrir un accidente como consecuencia del aumento del tráfico; para cumplir con este cometido la técnica del seguro se utiliza con una finalidad indemnizatoria, que exige la pronta y justa satisfacción de las personas dañadas.

c) Otra argumentación, es aquella que mantiene que el perjudicado a la hora de la reparación del daño, no se encuentre frente a un eventual responsable insolvente sino a un asegurador solvente¹²⁵.

d) Para la gran mayoría el fundamento de la acción directa, *ex* artículo 76 LCS, así como la de los restantes seguros de responsabilidad civil se encuentra en la ley¹²⁶

Entendemos que este argumento es perfectamente aplicable al seguro de responsabilidad civil en general..

¹²⁴Así se expresa OLIVENCIA, «La acción directa...», *op.cit.*,pág.9. al plantearse el fundamento de la acción directa, si bien se refiere al más restringido ámbito del seguro obligatorio de circulación.

¹²⁵SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de seguro*, *op.cit.*, pág. 1219

¹²⁶GARRIGUES, *Contrato de seguro.. op.cit.*,pág.388 estima que la ley por motivos de equidad prescinde del principio relativo del efecto de los contratos que los limita a las partes contratantes.Asimismo fundamentan esta acción directa en la ley: SOTO NIETO, F.: *El seguro voluntario...op. cit.*, pág. 27; CLAVERO TERNERO, M.F.: *La acción directa del perjudicado...* pág. 12. BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio*, *op.cit.*, pág. 32.

En contra: PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa...*, *op .cit.* pp. 40 y ss.; LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.* pág.52. Estos autores alegan que la jurisprudencia durante mucho tiempo vino reconociendo acción directa al perjudicado, aun en ausencia de texto legal, si bien el fundamento de jurídico de aquellas decisiones, estaba lejos de ser claro y uniforme. .

1.E.4.c.- Naturaleza jurídica.

466.- En cuanto a la naturaleza del derecho del tercero frente al asegurador la doctrina también mantiene distintos posicionamientos:

a) Un sector doctrinal se basa en la estipulación por otro, ya que la relación jurídica existente entre perjudicado y asegurador tiene su origen exclusivamente en el contrato de seguro suscrito entre el responsable y asegurador, y por ello éste contrato que ha de calificarse a favor de tercero¹²⁷. Esta argumentación es criticable, puesto que en ocasiones aquel derecho es equiparado al que tiene el asegurado frente al asegurador con lo cual se llegaría a la paradoja de negar el carácter de acción directa al derecho que ostenta el perjudicado¹²⁸. Además se olvida, el hecho de que el artículo 76 proclama la inmunidad del derecho del tercero perjudicado con relación a las excepciones oponibles por el asegurador frente al asegurado. Finalmente, la atribución de esta naturaleza jurídica a la acción directa, deja

¹²⁷ Así, entre otros, PUERTA LUIS, L.R.: *La solidaridad del responsable civil y de su Compañía aseguradora frente al perjudicado*, Madrid, 1.977, págs.55 y 56; SANTOS BRIZ, J: «La reforma del seguro de automóvil: repercusiones en dicha reforma de la ley 5/1980, de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro », *RDP*, nov. 1983, pág. 1003; CARRO DEL CASTILLO: «La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil en la Ley de Contrato de Seguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, (dir. VERDERA y TUELLS), II, Madrid, 1982, págs. 965 y 966.

La jurisprudencia ha utilizado este argumento en algunas ocasiones como en la STS 15 nov 1986 (RJA 1986, 6435), *cit.*, donde se recoge toda la doctrina jurisprudencial. *Vid. infra* nº 422

¹²⁸ CALZADA CONDE, M.A.: El seguro voluntario...*op. cit.* pág. 381, reconoce que el tercero tiene un derecho propio (que implica la existencia de la correlativa acción), pero no se trata -dice- de una acción directa, porque el tercero no ejercita en nombre propio y censo propio el derecho del deudor intermedio (asegurado) en unas condiciones especiales, sino que ejercita un derecho frente a un deudor sin más. Se trata, por ello, de una acción semejante a cualquiera otra distinta de la subrogatoria. Lo que ocurre es que en este caso el derecho del tercero existe en tanto en cuanto exista a su vez el del asegurado, pero es un derecho propio del tercero derivado del contrato de seguro».

sin explicar porqué siendo un derecho que deriva del contrato, sin embargo, no se le aplica ni el plazo de prescripción de dos años previsto en el artículo 23 LCS, ni la competencia judicial para el ejercicio de la acción directa, que es diversa a la prevista en el artículo 24 LCS para el conocimiento de todas las acciones derivadas del contrato de seguro¹²⁹.

467.- b).- Algún autor aislado mantiene que tal derecho surge *ex contractu*, pero al mismo tiempo se trata de un derecho autónomo, dirigido al resarcimiento y al pago de la indemnización por el asegurador, no constituyendo ningún es obstáculo el que no esté identificado el tercero en el momento de la conclusión del contrato, puesto que éste se trata de un contrato a favor de tercero con sujeto en blanco¹³⁰. Sin embargo, la doctrina del contrato a favor de tercero no explica convenientemente la mecánica de la obligación indemnizatoria, ya que se aparta fundamentalmente del régimen propio del Código civil, establecido en su artículo 1.257 para los contratos a favor de tercero¹³¹.

468.- c) Otras tesis¹³² ven el origen del derecho del tercero frente al

¹²⁹Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Comentarios al Código...*, op. cit. pág. 635.

¹³⁰IPPOLITO, R.: *Natura giuridica e disciplina processuale del assicurazione obbligatoria introdotta, con la L. 24-XII-1969*, núm. 990, Ass., 1979, I, pág. 346.

¹³¹URÍA: «Problemas fundamentales del seguro automovilístico de responsabilidad civil»; en *Actas del Coloquio sobre el seguro de responsabilidad civil en la Ley del Automovil*, Madrid, 1963. pág.. 35, OLIVENCIA: «La acción directa», página 16; DUQUE: «Acción directa del tercero y solidaridad de las obligaciones del asegurador responsable.», en *Rev. Der. Circ.*, 6, 1967, págs. 589 y ss.; SÁNCHEZ CALERO y DUQUE: *Derechos de los terceros frente al asegurador*, pág. 53; GARRIGUES: *Contrato de seguro op.cit.*, págs. 428 y 429.

¹³²Esta es la tesis que sostienen Olivencia, «La Acción Directa...» op. cit., págs. 9 y 15; y Garrigues: *Contrato de seguro... op.cit.*, págs. 428 y 429. También la considera un derecho propio del perjudicado frente al asegurador J. Duque, «Acción directa del tercero y solidaridad de las obligaciones del asegurador responsable» R.D.Circ. 1967, n. 6, pág. 595;Gómez Calero, «Los derechos de reintegro del asegurador», Escuela del Seguro, Barcelona, 1.988, págs. 126 y 127. llama la atención

asegurador, en el propio hecho ilícito, del que deriva la responsabilidad civil del causante del daño asegurado. El asegurador, en virtud del mandato legal del artículo 76, se hace responsable de esa deuda, cuya satisfacción implica la liberación del asegurado frente al perjudicado. Pero, se puede objetar que la conexión entre el derecho del perjudicado frente al asegurado y el derecho que al mismo tiempo ostenta el tercero contra el asegurador, queda ha enturbiada por la declaración del artículo 76 sobre la posibilidad de que la compañía aseguradora oponga la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales contra éste.

El derecho del perjudicado contra el asegurador dependerá, en definitiva, de la clase de deuda indemnizatoria asumida por el asegurado¹³³, ya que el hecho ilícito puede haberse originado tanto en el ámbito extracontractual (que es lo que parece que piensa el artículo 76 cuando habla de culpa exclusiva del perjudicado»), como en el contractual.

Contra esta línea de pensamiento también puede alegarse que aún admita la íntima conexión entre el derecho del perjudicado contra el asegurado y el que tiene frente al asegurador, no llegan a confundirse ambos derechos. La fuente del primero se encuentra en el hecho ilícito que origina la responsabilidad civil a cargo del asegurado¹³⁴. El segundo, si bien surge de ese mismo hecho ilícito, además tiene como presupuesto la existencia de un contrato de seguro que sirve tanto para identificar al deudor (el asegurador), como para señalar los límites de su cobertura. El

sobre dos aspectos: su fuente originaria es la Ley y la razón de su implantación la tutela de la víctima.

¹³³SÁNCHEZ CALERO *Ley de contrato de seguro ...op. cit.* pág.1222.

¹³⁴Por el contrario para GARRIGUES: *Contrato de seguro... op.cit.*, pág. 390, la acción del asegurado tiene su fuente en el contrato de seguro, mientras que la del tercero en la ley o la Jurisprudencia de los Tribunales.

contrato de seguro es por ello presupuesto para el ejercicio de la acción directa contra el asegurador, y al mismo tiempo delimita el derecho del tercero perjudicado.

469.- d) Para otra parte de la doctrina la existencia de un vínculo de solidaridad entre las obligaciones del asegurado y la compañía aseguradora, justificaba la concesión de la acción directa. La existencia de aquellas dos relaciones jurídicas tienen, una conexión íntima que hace que dentro de los límites de la cobertura del asegurador ambos derechos parezcan idénticos y se considere que -asegurador y asegurado- son deudores solidarios, y en consecuencia el perjudicado puede dirigirse indistintamente contra una o contra otra. El Tribunal Supremo se manifestó así en numerosos fallos antes de la entrada en vigor de la Ley 122/1962 y con ello intenta extender con facilidad la solidaridad con el deseo de proteger al acreedor¹³⁵.

470. e) Otros autores han mantenido la tesis de que nos hallamos ante un supuesto de fianza solidaria, a mitad camino entre la fianza normal y la obligación solidaria. Así se afirma que, admitida la fianza de deuda futura (art. 1.825 del Código civil) y la fianza solidaria (artículo 1.831), que elimina el carácter naturalmente subsidiario de la fianza, estas instituciones pueden servir para explicar el funcionamiento de la llamada acción directa. A tal efecto, se dice que la obligación del asegurador, igual como sucede en la fianza de deuda futura, surge cuando, con la producción del siniestro, nazca la obligación principal de indemnizar a cargo del responsable del siniestro, de tal manera que la obligación del asegurador existe en tanto en

¹³⁵SANCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de seguro ...op. cit.* pág 1255; BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio, op.cit.*, pág. 105. Este último autor estima que doctrina y jurisprudencia confundieron la posibilidad de accionar directamente con lo que es la acción directa en sentido estricto.

cuanto exista la del responsable, pero con configuración independiente¹³⁶. Pero esta tesis, que explica la existencia de una solidaridad entre el asegurador y el asegurado frente al tercero en su aspecto externo, debe concluir que en la relación interna entre el deudor principal (asegurado) y el asegurador (que actúa como fiador) no son aplicables las normas sobre la fianza, ya que si así fuere, el seguro de responsabilidad civil quedaría vacío de contenido al poder el asegurador (si se le considera como fiador) repetir contra el asegurador (como deudor principal) en los términos del artículo 1.838 del Código civil, lo que no tiene sentido.

471.- f) Otro sector mantiene que si bien el aspecto externo surge una solidaridad, en la que asegurador y asegurado están vinculados con el acreedor-perjudicado de modo diferente (lo que se admite por el art. 1.140), en la relación interna, es decir, entre los deudores (asegurador y asegurado), existe una normativa específica, que deriva del contrato de seguro, que limita el posible derecho de repetición del asegurador frente al asegurado exclusivamente a aquellos casos en los que aquél se haya visto obligado a pagar indebidamente¹³⁷.

1.E 5.- Los sujetos de la relación obligatoria en el art. 76 L.C.S.

472.- El artículo 76, dice que «el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador». El perjudicado o sus herederos tienen un derecho conexo con el que poseen contra el asegurado, causante del daño. Pero lo que interesa precisar quién es ese titular del derecho propio

¹³⁶DUQUE: «*Acción directa del tercero...* op. cit. pág. 10.

¹³⁷SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, op.cit., pág.1227.

frente el asegurador.¹³⁸

1.E 5.a.- El sujeto activo

473.- El legitimado activamente para interponer la acción directa es perjudicado o sus herederos. El perjudicado es quien ha sufrido el daño, y que éste no es un simple concepto físico o sensible, sino eminentemente jurídico, en consecuencia no siempre son equiparables los conceptos de víctima directa del hecho ilícito y el de perjudicado¹³⁹. En consecuencia, perjudicado será quien ha sufrido un daño, y como tal será titular de un derecho propio cuyo contenido estará formado por la pretensión del resarcimiento de los daños.

474.- El Tribunal Supremo, con el fin de proteger al perjudicado, indica que en éste frecuentemente concurre una doble cualidad: como perjudicado *iure proprio* y como heredero de la víctima¹⁴⁰.

475.- El artículo 76 se refiere a los herederos como titulares del derecho contra el asegurador, siguiendo la terminología de la Ley del Automóvil (art. 4 del TR). Esta expresión ha de entenderse como similar a la de

¹³⁸SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.*, pág.1227.

¹³⁹ Si bien se pueden equiparar los términos víctima y perjudicado en el caso de que una persona haya sufrido unas lesiones a resultas de un accidente, si embargo no coinciden ambos términos cuando la víctima ha fallecido en el mismo.

La doctrina propone hablar de víctima para aquella persona que ha sufrido directamente el daño en su persona y sus bienes, mientras que perjudicado es el sujeto que, indirectamente sufre algún tipo de daño como consecuencia del siniestro. *Vid.* MORILLAS JARILLO, M.J.: *El seguro del Automóvil ...*, *op. cit.*, pág. 667; BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio*, *op.cit.*, págs.151 y 152.

¹⁴⁰Vid. SSTS de 1 de julio de 1.981, (RJA 1981,307) que se apoya en las de 25

causahabientes o derechohabientes utilizada por otras disposiciones, como el artículo 52, del Reglamento de Caza. Puesto que, el heredero aparece delimitado como sucesor universal del causante (art. 660 C.c.), al que sucede, por el hecho de la muerte, en todos sus derechos y obligaciones (art. 661 del Código civil). Por el contrario, el término de derechohabiente o causahabiente (art. 1.252, 3, del Código civil) es más amplio, pues comprende, además de los herederos, los que hayan adquirido la titularidad del derecho al resarcimiento por cualquier otra causa o negocio, ya sea *inter vivos o mortis causa*.

476.- El derecho a pedir una indemnización al asegurador es de carácter patrimonial y, por consiguiente, transmisible. La LCS, en el artículo 76, al referirse a los herederos», parece hacer mención a la transmisión del derecho *mortis causa*. En consecuencia también pueden estimarse legitimados como titulares del derecho al resarcimiento otras personas a las que se haya transmitido, por cualquier causa lícita, tal derecho¹⁴¹ Entre otras causas de transmisión de la titularidad puede producirse por vía de subrogación.¹⁴²

477.- La referencia a los herederos» contempla genéricamente cualquier supuesto de transmisión *iure hereditatis* de la titularidad del derecho al resarcimiento que poseía el perjudicado. Por tanto, esta mención no ha de limitarse al supuesto en que el daño haya sido la muerte de una persona,

de febrero de 1.953 y 17 de febrero de 1.956 (RJA 1956,1.103).

¹⁴¹SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.*, pág.1230.

¹⁴²SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.*, pág 1231: Así por ejemplo puede ejercitarse la acción directa por parte de un asegurador frente a otro, una vez que el primero ha pagado la indemnización y se subroga en los derechos del asegurado frente al causante del daño, cuando se producen los supuestos previstos en el artículo 43 de la LCS

sino que, contempla en general cualquier supuesto en el que fallezca el perjudicado antes de haber ejercitado la acción directa o bien fallezca este pendiente el proceso judicial ¹⁴³.

478.- Ahora bien, con relación al artículo 76, que se refiere a todo tipo de seguro de responsabilidad civil-que abarca, por tanto, todas las obligaciones resarcitorias en el ámbito contractual y en el extracontractual-, la alusión a los herederos que, es similar a la de los derechohabientes, ha de entenderse con relación a cualquier supuesto en el que éstos hayan adquirido de forma derivada la titularidad del derecho¹⁴⁴.

1.E 5.b.- El sujeto pasivo

479.- El sujeto pasivo de la relación obligatoria es el asegurador. La acción directa se dirige contra el asegurador al ser considerado éste como deudor solidario de la obligación del asegurado. Sin embargo el tercero tiene distintas posibilidades para ejercer su derecho al resarcimiento¹⁴⁵: O bien puede ejercitar su acción contra cualquiera de los deudores solidarios (asegurado y asegurador) o contra los dos conjuntamente (artículo 1.142 del Código civil, en relación con el art. 156 de la LEC/1881). De forma que, como viene afirmando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, podrá demandar el perjudicado o sus herederos únicamente al asegurador¹⁴⁶.

¹⁴³SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.*, pág

¹⁴⁴SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.*, pág. 333: El principal problema que produce el fallecimiento de la víctima, tiene lugar cuando no se produce la coincidencia entre perjudicado y heredero, pues en tales casos parece que debería coexistir la obligación de resarcimiento a favor de los dos sujetos

¹⁴⁵SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.*, pág.1231.

¹⁴⁶Vid., entre otras, sentencias de 15 y 31 de marzo y 29 de noviembre de 1982.

Únicamente está legitimado pasivamente el asegurador, que cubra la responsabilidad civil derivada del hecho dañoso del que nace la obligación resarcitoria. Se precisa, por consiguiente, que se trate de un asegurador de responsabilidad civil, que esté vinculado con el causante del daño, como asegurado, y que el hecho caiga dentro de la cobertura del riesgo¹⁴⁷.

480.- El tercero perjudicado puede tener acción contra varios aseguradores en el supuesto en que el hecho dañoso haya sido originado por varias personas, que estén aseguradas. La solución de esta cuestión dependerá de cómo se resuelva el problema sobre si existe solidaridad o mancomunidad entre los autores de un daño aquiliano. Si se sigue la tesis mantenida por parte de la doctrina de la mancomunidad, el derecho del perjudicado habrá de dirigirse conjuntamente contra todos los aseguradores, o si se dirige sólo contra alguno de ellos, éstos no responderán más que por la parte que corresponde a su asegurado. Por el contrario, si se acepta la tesis del sector doctrinal mayoritario, que sigue la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo de afirmar que los causantes del daño responden solidariamente, el perjudicado podrá dirigir su acción contra todos simultáneamente o contra cualquiera de ellos (art. 1.144 del Código civil).

1.E. 6.- El deber de manifestar la existencia del contrato y su contenido

481.- El artículo 76 impone al asegurado el deber de manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido». El legislador ha querido que el asegurado, en vez de mantener oculta la existencia del contrato de seguro, comunique al perjudicado o a sus herederos su existencia con el fin de que pueda ejercitar contra el

¹⁴⁷SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.*, pág 1231.

asegurador la acción directa que el propio artículo ha reconocido¹⁴⁸

482.- La existencia de este deber o carga del asegurado se ha querido interpretar como una limitación al régimen que la Ley establece para la acción directa¹⁴⁹. Se ha dicho que existe una contradicción entre el reconocimiento de esa acción inmune contra las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado y el deber de comunicar la existencia del contrato de seguro¹⁵⁰. En verdad, tal contradicción no existe¹⁵¹, porque la manifestación de la existencia del contrato y la indicación de cuál es su contenido aportan una serie de datos objetivos al perjudicado (o a sus herederos) para el posible ejercicio de su acción contra el asegurador, mientras que la inmunidad de las excepciones se refiere a la pretensión de la Ley de hacer autónomo el derecho del perjudicado con relación al derecho que tiene el asegurado frente al asegurador.

¹⁴⁸SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.*, pág. 1232, estima que la circunstancia de haber extendido la acción directa a los seguros voluntarios ha pesado sin duda en el establecimiento de ese deber. Si se reconoce al perjudicado un derecho propio contra el asegurador, lo lógico es que deba conocer la existencia del contrato para identificar al asegurador y conocer el contenido del mismo, es decir, qué clase de responsabilidad civil es la cubierta, cuáles son los límites temporales y cuantitativos de la cobertura del asegurador, etc

¹⁴⁹SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.*, pág.333

¹⁵⁰SÁNCHEZ CALERO, *ult.loc.cit.*, pág.333

¹⁵¹SÁNCHEZ CALERO, *ibidem.*, pág.333

Capítulo XI:

EL CONTENIDO DEL DERECHO CONTRA EL ASEGURADOR: LAS EXCEPCIONES.

SUMARIO.- 1.- EL SIGNIFICADO DEL TÉRMINO «EXCEPCIÓN». 2.- LA ALEGACIÓN DE LA FALTA DE HECHOS CONSTITUTIVOS (EXCEPCIONES OBJETIVAS O EXCEPCIONES EN SENTIDO IMPROPIO). 2.a.- Existencia del contrato de seguro. 2.a.1.- *Nulidad del contrato*. 2.a.2.- *Rescisión del contrato*. 2.a.3.- *Suspensión de los efectos del contrato*. 2.a.4.- *La exclusión de riesgos: cláusulas limitativas de garantías*. 2.b.- Existencia de un evento dañoso del que sea civilmente responsable el asegurado. 3.- LA ALEGACIÓN DE HECHOS IMPEDITIVOS, EXTINTIVOS Y EXCLUYENTES. (EXCEPCIONES EN SENTIDO ESTRICTO). 3.a.- Excepciones basadas en la relación obligatoria entre el asegurado y el tercero. 3.a.1.- *La culpa exclusiva del perjudicado*. 3.a.2.- *Otras excepciones derivadas de la relación entre asegurado y perjudicado*. 3.b.- Las excepciones que afectan a la vida de la relación obligatoria. 3.c.- Excepciones personales entre el asegurador y el perjudicado. 4.- EXCEPCIONES INOPONIBLES. 4.a.- El régimen de inmunidad de la acción directa. 4.b.- Las excepciones inoponibles por el asegurador al tercero. 4.c.- Inobservancia por el tomador o asegurado de los deberes contractuales. 5.- LOS DAÑOS CAUSADOS DOLOSAMENTE. 6.- EL DERECHO DE REPETICIÓN DEL ASEGURADOR CONTRA EL ASEGURADO.

*1.- EL SIGNIFICADO DEL TÉRMINO «EXCEPCIÓN».

483.- La LCS para proteger la proteger la autonomía del derecho del perjudicado frente al asegurador ⁴ ha establecido en el artículo 76 que «la

¹SÁNCHEZ CALERO, F.: «Ley de contrato...» En Comentarios al Código de Comercio..., *op.cit.*, pág.646.

²SÁNCHEZ CALERO, F.: «Ley de contrato...» En Comentarios al Código de Comercio..., *op.cit.*, pág.646.

³SÁNCHEZ CALERO, F.: «Ley de contrato...» En Comentarios al Código de Comercio..., *op.cit.*, pág.646.

acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado». La doctrina reconoce que el régimen de las excepciones del artículo 76 es confuso debido a la falta de precisión en su redacción⁵; puesto que no matiza el significado y alcance del término excepción^{6 7}; además se da la circunstancia de que este término ya es de por sí confuso puesto que en numerosas ocasiones ha sido utilizado por la doctrina con extrema amplitud⁸. Sólo cuando se haya concretado su verdadero contenido se podrá saber el grado de autonomía de que dispone el derecho del tercero perjudicado con relación al del asegurado y, en consecuencia, que excepciones puede alegar en su contra el asegurador⁹. Para algún sector doctrinal este texto regula las excepciones con tan poca

⁴SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro*, *op.cit.* pág.1237.

⁵En ese sentido se manifiesta la mayoría de la doctrina, vid. CARRO DEL CASTILLO, J.A. «La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil en la Ley de Contrato de Seguro», en *Comentarios a la Ley de Seguro*, (dir. Verdura Tuells); Madrid, 1982, vol.I, pág. 965. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.*, pág.134.

⁶SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro*, *op.cit.* pág.1237.

⁷La misma dificultad se puede observar en el artículo 1148 del Código civil al regular las excepciones que puede utilizar a su favor el deudor solidario contra las reclamaciones del acreedor. Vid. GUILARTE ZAPATERO, V: «Comentario del art 1148 » en comentarios del Código civil y Compilaciones forales (Dir Alabaladejo), tomo XV, Vol 2º, pág. 388 y ss, Madrid, 1980.

⁸El TS ya advierte de la dificultad que entraña el deslindar el término excepción, al observar que «como todo problema de límites, estos postulados encuentran ciertas dificultades en la interpretación del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, al establecer, entre otras, que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado y en su caso, contra la víctima beneficiaria, dado el uso equívoco del *nomen iuris* se viene haciendo en la práctica y uso forense, al barajarse, indistintamente, excepciones sustantivas (como la prescripción), excluyentes absolutas (como la compensación o la condonación de la deuda), absolutas o personales (oponibles a todas aquéllas y sólo a determinadas personas éstas), perentorias o dilatorias o, finalmente simples o reconventionales» (STS de 18 de septiembre de 1986). Cit. por CLAVERO TERNERO, M.F.: *La acción directa del perjudicado...op.cit.* pág.17.

⁹HILL PRADOS, M.C.: «Reflexiones en torno a la acción directa...» *op.cit.*, pág. 1741. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.*, pág.134.

fortuna como su predecesor en la Ley de Uso y Circulación de vehículos de Motor¹⁰.

484.- La indeterminación del término excepción no es algo exclusivo de la LCS, puesto que la propia doctrina procesalista, al referirse a la excepción, como categoría general, le ha atribuido varios significados:

a) En un sentido amplio (e impropio), se denomina excepción a cualquier medio de defensa que pueda utilizar el demandado, tanto la negación de la demanda (falta de hechos constitutivos)¹¹, como la oposición de hechos extintivos o impeditivos (los que no originan verdadera excepción), así como de los que producen genuina excepción, los hechos excluyentes¹².

b) En un sentido más técnico y preciso, la excepción consiste en la alegación de unos hechos impeditivos o extintivos, que son incompatibles con el derecho del actor¹³.

c) Finalmente, en un sentido más acotado, la doctrina habla de excepciones en sentido estricto, estimando que son aquellos hechos, denominados excluyentes, a los que se atribuye una facultad o derecho potestativo (contraderecho) a favor del demandado, de naturaleza que si los

¹⁰Vid. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.*, pág.134. El precedente al que se refiere el autor es el 6.1 del entonces vigente, Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de motor (D.L 632/1968) que establecía que :«el asegurador, hasta el límite del seguro obligatorio, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos. Sólo quedará exento de esta obligación si prueba que el hecho no da lugar a la exigencia de responsabilidad civil conforme al artículo primero, sin que en ningún caso pueda oponer al perjudicado o a sus herederos las excepciones que le asisten contra el tomador, el asegurado o contra un tercero».

¹¹SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro, op.cit.* pág.1236. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* pág.143.

¹²PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de Derecho Procesal civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución.* Pamplona, 1985, pág. 490.

¹³SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro, op.cit.* pág.1236. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* pág.144.

opone a la pretensión del actor, ésta queda destruida como si el derecho no existiese¹⁴.

485.- El concepto de excepción está relacionado con la clásica división cuatripartita de los hechos jurídicos, que distingue entre las siguientes categorías: hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes¹⁷:

486.- a) Los hechos constitutivos del derecho del actor, son aquellos que coinciden con el supuesto abstracto de la norma, y tienen carácter fundamentador de la pretensión, ya que de ellos depende el nacimiento del derecho del actor. Los hechos constitutivos de la acción directa son: la existencia de un contrato de seguro válido, con unos límites determinados de cobertura (o si se quiere con un contenido determinado) y, en segundo lugar, la verificación del evento dañoso previsto en el contrato, esto es, que se haya producido un hecho del que surja la responsabilidad civil¹⁸.

El asegurador para evitar que prospere la acción directa, en determinados casos puede alegar la falta de algún hecho constitutivo. Esta actitud defensiva del asegurador que consiste en la negación de unos

¹⁴GÓMEZ ORBANEJA: *Derecho procesal*, 8ª ed., Madrid, 1979, págs. 270 y ss.; véanse también DE LA OLIVA, A., y FERNANDEZ. M. A.: *Lecciones de Derecho procesal*, II, 2ª ed., Barcelona, 1984, págs. 44 y ss.; PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de Derecho Procesal...op.cit.*, pág. 483. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* pág. 144.

¹⁵Según FÉRNANDEZ. M.A: en *Derecho Procesal Civil II. Objeto, actos y recursos del proceso civil. El proceso civil de declaración.* (DE LA OLIVA, A. Y FERNÁNDEZ M.A.), Madrid, 1996, pág. 86: «Las excepciones materiales son hechos nuevos que el demandado introduce en el proceso y que, si resultan probados, provocan su absolución definitiva en cuanto al fondo»

¹⁶Vid. FÉRNANDEZ. M.A: en *Derecho Procesal Civil II...op.cit.*, pág. 88

¹⁷REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* pág. 144.

¹⁸SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro, op.cit.* pág.1241. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* pág. 145 y ss..

hechos, no puede recibir el calificativo de excepción en sentido estricto¹⁹ puesto que no introduce hechos nuevos en el debate procesal, ya que el demandado se limita a manifestar la inexistencia de una deuda de responsabilidad civil. Sin embargo, algunos autores²⁰ e incluso la propia jurisprudencia²¹, califican impropiaamente, esta defensa del asegurador como de «excepciones» basadas en circunstancias objetivas²².

487.- b) Los hechos impeditivos son aquellos que impiden que los hechos constitutivos desplieguen su eficacia y por lo tanto no nace el derecho. Aunque su existencia no es incompatible con la de los constitutivos, su prueba destruye la eficacia jurídica que se atribuye a los constitutivos.²³

A su vez, hechos extintivos son aquellos que destruyen la eficacia desplegada, en un principio, por los hechos constitutivos²⁴. Con estos hechos no se pretende negar que el actor tuviese acción frente al

¹⁹REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* pág. 144.

²⁰Utilizan, entre otros, la expresión excepciones objetivas, los siguientes autores: OLIVENCIA, «Seguros», *op.cit.* p.907, BOQUERA OLIVER, V.: «*Nota la artículo 76...op.cit.* págs. 870 y ss; CALZADA CONDE, M.A.: El seguro voluntario, *op.cit.*,pág.397, CLAVERO TERNERO, M.F.: La acción directa del perjudicado...*op.cit.* pág.18. SOTO NIETO, *El seguro voluntario...op.cit.*, págs 59 y ss.

²¹Es de destacar la STS 29 noviembre 1991 (RJA 1991,8576) establece que: «la doctrina más unánime, y la última corriente jurisprudencial han entendido... que la inoponibilidad al perjudicado de las excepciones que puedan corresponder al asegurado contra el asegurador (art. 76 de la Ley) hay que referirlas a las excepciones personales, que el primero albergue contra el segundo, y no aquellas que eminentemente objetivas, emanadas de la Ley o voluntad paccionada de las partes»; en sentido similar se manifiestan, las SS.29 noviembre 1991,(RJ 1991, 8576), 31 diciembre 1992,(RJ 1992, 10663), 9 febrero 1994,(RJ 1994, 840), 1 abril 1996,(RJ1996, 2874), 10 julio1997,(RJ1997, 5822) y la S. 2 diciembre 1998, (RJ 1998, 1104).

²²SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro, op.cit.* pág.1241; REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* pág. 145.

²³FÉRNANDEZ. M.A: en *Derecho Procesal Civil II...op.cit.*, pág. 89; PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de Derecho Procesal...op.cit.*, pág. 483. Manifiesta este autor que en el caso de los hechos impeditivos, la relación jurídica nace *de facto*, pero nunca llega a existir para el orden del Derecho.

²⁴FÉRNANDEZ. M.A: en *Derecho Procesal Civil II...op.cit.*, pág. 89.PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de Derecho Procesal...op.cit.*, pág. 483. Este último autor dice que en el caso de los hechos extintivos hay que considerar como producidos los hechos pero desaparecidos los efectos jurídicos.

demandado, sino que se alega simplemente que, en el momento en que el actor reclama, la acción no existe ya, porque ha quedado extinguida por un hecho jurídico posterior; es decir el derecho ha nacido pero se ha extinguido.

Tanto los hechos impositivos como los extintivos del derecho del asegurado, significan la liberación del asegurador de acuerdo con la reglamentación interna del contrato de seguro y que dependen normalmente de la conducta del asegurado (pago de la prima, incumplimiento de los deberes sobre declaración del riesgo, denuncia de la existencia del siniestro, etc.)²⁵.

Estos hechos, a diferencia de lo que sucede con los constitutivos, deben ser probados por el asegurador, en virtud del principio de la alegación y carga de la prueba²⁶. Para la gran mayoría de autores y la jurisprudencia, la alegación de hechos impositivos y extintivos si que constituyen verdaderas excepciones²⁷. Sin embargo únicamente podrán oponerse al perjudicado aquellos hechos impositivos y extintivos, que superen el filtro que supone la particular regulación que el art. 76 hace de las excepciones, puesto que así lo ha tenido por conveniente el legislador²⁸
29 .

²⁵SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro, op.cit.* pág.1237.

²⁶PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de Derecho Procesal...op.cit.*, pág. 485.

²⁷En este sentido: FONT SERRA, E.- «La oposición del asegurador...» *op.cit.*, pág. 6325 y ss. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro, op.cit.* pág.1237.

²⁸En adelante cualquier referencia al término excepción estará referida englobará a un mismo tiempo a los hechos impositivos, extintivos y excluyentes, con ello se seguirá lo que ya es una terminología arraigada en nuestro país, aun a pesar de su imprecisión..

²⁹Ya hemos mencionado, siguiendo a PASQUAU LIAÑO, («*La acción directa...op. cit.* pág. 90) que las excepciones en del art. 76 LCS no son una consecuencia natural o específica de la acción directa sino que responden a una voluntad especial del legislador en relación a esa acción directa y no es generalizable a otras distintas.

488.- c) Hechos excluyentes.- Para otro sector doctrinal, integrado por la mayoría de los procesalistas, hay que restringir todavía más el concepto de excepción, de forma que únicamente serán excepciones en sentido estricto aquellas que se basan en la alegación de hechos excluyentes³⁰. Los hechos excluyentes deben su denominación a que aún reconociendo la existencia del derecho del actor, sin embargo otorgan al demandado un derecho subjetivo o contraderecho, incompatible con el derecho del actor, que permite enervar (paralizar o excluir) la acción ejercitada en su contra³¹. Se diferencia de los impeditivos y extintivos en que sólo operan en el proceso si son alegados por el demandado, ya que el juez jamás puede apreciarlos de oficio³²; de modo que si no son alegados por el demandado la demanda del actor será fundada y admitida, en caso contrario, ésta será infundada y se desestimará³³.

2.- LA ALEGACIÓN DE LA FALTA DE HECHOS CONSTITUTIVOS (EXCEPCIONES OBJETIVAS O EXCEPCIONES EN SENTIDO IMPROPIO):

489.- Si falta alguno de los hechos constitutivos del derecho del perjudicado, de la acción directa, el asegurador no estará obligado a satisfacer aquella pretensión. En este supuesto, como ya se ha dicho, no se puede hablar de excepción en sentido estricto ya que se está ante supuestos en los que la acción se rechaza por faltar algunos presupuestos para la constitución del derecho, no obstante está consolidada entre la doctrina y la jurisprudencia la utilización de la expresión «excepciones objetivas» para

³⁰No obstante, incluso los autores más dogmáticos, a la hora de referirse al término excepción en sentido estricto engloban dentro de la misma tanto a los hechos extintivos, impeditivos como excluyentes; aún a pesar de admitir que lo jurídicamente correcto sería limitar el sentido de la misma es estos últimos. Vid. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* pág. 145.

³¹PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de Derecho Procesal...op.cit.*, pág. 487.

³²Según FÉRNANDEZ. M.A: en *Derecho Procesal Civil II...op.cit.*, pág. 90.

³³PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de Derecho Procesal...op.cit.*, pág. 489.

referirse a lo que en verdad son falta de hechos constitutivos³⁴. En estos supuestos de falta de alguno de los hechos constitutivos el asegurador se defenderá alegando falta de los mismos; al perjudicado-actor el corresponde demostrar la existencia de los aquellos hechos en virtud del principio de la carga de la prueba ex art. 1214 del Código civil.

490.- Los hechos constitutivos del derecho del perjudicado frente al asegurador demandado para que exista una acción directa, son los siguientes: la existencia de un contrato seguro de responsabilidad civil, con unos límites determinados de cobertura (o si se quiere con un contenido determinado) y, en segundo lugar, la verificación del evento dañoso previsto en el contrato, esto es, que se haya producido un hecho del que surja una responsabilidad civil a cargo del asegurado³⁵. Las defensas o excepciones en sentido amplio o impropio del asegurador frente a la demanda planteada por el perjudicado consistirán en la negación de los hechos constitutivos:

2.A.- EXISTENCIA DEL CONTRATO DE SEGURO

491.- El asegurador sólo está obligado al pago de la indemnización del daño si existe³⁶ un contrato de seguro de responsabilidad civil válido³⁷ y

³⁴SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.* pág.1241.

³⁵SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro*, *op.cit.* pág.1241. FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador...*op.cit.*, pp.6321. MATILLA ALEGRE: «Evolución de la normativa aplicable al seguro de responsabilidad civil» RGLJ, 1987, nº4,pág.584. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* pág. 150 y 151.

³⁶BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio...op.cit.* pág..101 y 102. Excepcionalmente existen algunos supuestos, en el ámbito del seguro del automóvil, en los que la acción directa puede ser ejercitada, con éxito contra el Consorcio de Compensación de Seguros, sin que sea necesario el presupuesto de la existencia de un contrato de seguro como sucede en el supuestos contemplados por el art. 45 de la Ley 122/1962 o algunos de los supuestos

además el perjuicio ha quedado dentro del ámbito de cobertura del mismo. El contrato es la condición necesaria para que exista un derecho del perjudicado frente al asegurador. Por ello el asegurador puede defenderse rechazando las afirmaciones sobre su existencia, vigencia o alcance del contrato de seguro³⁸

492.- El perjudicado-actor tendrá la carga de la prueba de demostrar la existencia del contrato de seguro, si bien para ello cuenta con la ayuda del art. 76 LCS que establece el deber del asegurado de manifestar la existencia y contenido del contrato. La doctrina del Tribunal Supremo, consciente de la dificultad existente para el perjudicado para demostrar el contenido exacto del contrato de seguro, ha estimado que a éste le basta probar la existencia del contrato con anterioridad a la fecha siniestro, quedando a cargo de la aseguradora la prueba de los demás datos que le permitan enervar la acción del perjudicado³⁹.

contemplados en el art 8 de la actual LRCS. La ley en estos casos permite que la acción directa puede ser ejercitada, de forma completamente anómala, puesto la *ratio legis*, la protección a ultranza de las víctimas del tráfico rodado permite que la norma prevea supuestos de resarcimiento absolutamente excepcionales en ausencia de contrato.

³⁷Señala SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.* pág.1242, el singular valor probatorio de la póliza con relación al contrato de seguro, si bien cabe acudir a otros medios de prueba de existencia del contrato como los libros registros de pólizas.

³⁸REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...**op.cit.* pág. 152.

³⁹Al respecto establece la S. 25 junio 1987 (RJA 1987,4552) que: «aunque como hecho constitutivo de la demanda es a la parte actora a quien corresponde demostrar la existencia del seguro de responsabilidad civil que legitima su proposición contra la Compañía demandada, cumple aquélla con acreditar el efectivo aseguramiento por ésta, en fecha anterior al siniestro, de la responsabilidad imputable a su contratante, pesando sobre la demandada la carga de probar, como hecho extintivo de la acción, de fácil justificación para ella, la cancelación o resolución de la relación contractual constituida con el pretendido responsable y, por ende, la cesación de los efectos del seguro en su día concertado con antelación al evento generador del daño indemnizable».

⁴⁰Comparten este criterio, OLIVENCIA: *Seguros*, pág. 907; SÁNCHEZ CALERO, *op.cit.*, pág.654, disienten de esta opinión, indicando que la suspensión del contrato es una excepción oponible al tercero perjudicado, CARRO DEL CASTILLO: *La acción directa*, pág. 970, y SOTO NIETO: *El seguro voluntario*, pág. 83.

Con anterioridad a la vigencia de la LCS, la jurisprudencia había considerado como inoponible al tercero la demora en el pago de la prima que

En relación con la existencia del contrato de seguro se encuentran los supuestos de: inexistencia, nulidad, extinción sobrevenida, suspensión de los efectos del contrato y los supuestos de exclusión de riesgos.

2.a.1.- Nulidad del contrato.

493.- La LCS en los artículos 4 y 25 prevé dos supuestos de nulidad; en aquellos supuestos el asegurador podrá oponer al perjudicado o sus herederos que aún a pesar de la existencia de una apariencia de seguro aquel contrato era nulo en la fecha del siniestro⁴². El art. 4 LCS establece la nulidad del contrato si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro. La nulidad del art. 25 tiene lugar si en el momento de la conclusión del contrato, no existía un interés del asegurado a la indemnización del daño.

En ambos casos la nulidad proviene de la falta de un elemento esencial del contrato de seguro como es el riesgo o el interés⁴³.

2.a.2.-Rescisión del contrato.

implique la suspensión del contrato sentencia de 10 de abril de 1968, anotada por DUQUE en *Rev. Der. Circ.*, 1, 1969, pág. 48, de 8 de mayo de 1980, entre otras; en sentido favorable a esa tesis, OLIVENCIA: «La acción directa...», *cit.* pág. 6; Sánchez Calero y DUQUE: *Derechos de los terceros frente al asegurador*. pág. 56.

⁴¹SÁNCHEZ CALERO, F.: «Ley de contrato...» En Comentarios al Código de Comercio..., *op.cit.*, pág.654.

⁴²FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador...*op.cit.*, pp.6326

⁴³REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.*, pág.178.

494.- El asegurador podrá oponerse alegando que, aún a pesar de la apariencia de contrato de seguro, éste se encontraba rescindido en el momento del siniestro⁴⁴. La LCS prevé la rescisión del contrato por parte del asegurador en tres supuestos: a) por infracción por parte del tomador del deber de declarar, antes de la conclusión del contrato, las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo (art. 10.2). b) por incumplimiento del deber de comunicar las circunstancias que influyan en la agravación del riesgo; (art. 12 LCS). c) en los casos en que se ha producido una transmisión del objeto asegurado (Art. 35), asimismo en el art. 35 contempla la posibilidad de resolver el contrato por impago de la primera o única prima.

2.a.3.- Suspensión de los efectos del contrato.

495.- En el art. 15 LCS se prevé que la falta de pago de las primas siguientes a la primera produce la suspensión de la cobertura un mes después del día de su vencimiento. Por otra parte, si al asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima, se entenderá que el contrato queda extinguido.

La suspensión de la cobertura no es oponible al tercero asegurado⁴⁵, aunque si que lo será la extinción de pleno derecho transcurridos seis meses desde la fecha de vencimiento el asegurador no reclamó el pago.

⁴⁴FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador...*op.cit.*, pp.6326

⁴⁵Comparten este criterio, OLIVENCIA: *Seguros*, pág. 907;SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro, op.cit.* pág.1243., disienten de esta opinión, indicando que la suspensión del contrato es una excepción oponible al tercero perjudicado, CARRO DEL CASTILLO: «*La acción directa...*» *op.cit.*, pág. 970, y SOTO NIETO: *El seguro voluntario...op.cit.*, pág. 83.

2.a.4.-La exclusión de riesgos: cláusulas limitativas de garantías.

496.- Es también un hecho constitutivo de la pretensión del perjudicado, que su derecho de crédito a obtener la indemnización se encuentre dentro de un hecho previsto en el contrato de seguro⁴⁶, en el caso de que encontrase excluido del contrato de seguro, su derecho de crédito no llega a nacer frente al asegurador⁴⁷; puesto que los límites objetivos de la cobertura del seguro establecidos en la póliza determinan el contenido sustancial de la obligación de indemnizar⁴⁸.

497.- En los contratos de seguro el asegurador no establece su garantía de forma absoluta, no asume todo el riesgo sino que es habitual la inclusión de cláusulas limitativas de garantía; en virtud de las cuales se pacta la liberación o exclusión de la obligación indemnizatoria en atención a específicas circunstancias⁴⁹. La jurisprudencia admite que el asegurador oponga frente al tercero la existencia de estos límites objetivos⁵⁰, de forma

⁴⁶Algunos autores estiman que los límites en la cobertura y la existencia de cláusulas limitativas deben estudiarse como hechos impeditivos, vid. FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador...» *op.cit.* pág. 6329 y ss.; y REVILLA GONZÁLEZ, *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* pág. 166.

El TS en algunas sentencias de la Sala 2ª ha calificado como impeditivos tales circunstancias, ya que constituyen una carga procesal que afecta a la Compañía aseguradora: SSTS (Sala 2ª) de 14 diciembre 1983 (RJA 1983, 6566) y 8 febrero 1991 (RJA 1991, 971).

⁴⁷Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.* pág.1244.

⁴⁸En ese sentido se manifiestan los arts. 1 y 73 LCS cuando se refieren a que el asegurador se obliga «dentro de los límites pactados» o de los «límites establecidos en la ley y en el contrato»

⁴⁹FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador...» *op.cit.* pág. 6329 y 6330. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* págs. 169 a 171.

⁵⁰En ese sentido la STS de 7 de diciembre de 1998 (RJ 1998,9706), establece que: «Las cláusulas limitativas...son oponibles por la aseguradora frente a los terceros, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial a la que se refiere la Sentencia de 21 mayo 1996 (RJA 1996\3881)» y las STS 9 de febrero de 1994 (RJA 1994,840) y 10 de junio de 1991 (RJA 1991,4434), que manifiestan las cláusulas limitativas «no constituyen excepción que el asegurador pueda oponer la asegurado, sino que, por consituir el objeto contractual, excluye la acción, que no ha nacido, del asegurado y por ende, la

que aún a pesar de demostrarse la existencia de un contrato de responsabilidad civil, cabe alegar la inexistencia de cobertura con respecto al riesgo excluido⁵¹. Habida cuenta que estas cláusulas son limitativas del derecho del asegurado⁵² la LCS exige que deben de ser aceptadas por escrito⁵³ (art. 3.1 LCS).

498.- De igual forma, si en el contrato figuran unos límites cuantitativos⁵⁴ a la cobertura del asegurador, y el importe del derecho de crédito del

acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato...»

⁵¹REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* pág.171.

⁵²Son varias las STS que tratan de deslindar las diferencias existentes entre las cláusulas limitativas de los derechos y las cláusulas delimitadoras de riesgos. En este sentido la STS de 5 de junio de 1997 (RJA 1997, 4607) que establece que: «Por otra parte, hay que diferenciar las *cláusulas limitativas* de los derechos de los asegurados (así, cláusulas limitativas del riesgo) que son constreñidas por el artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro, y la cláusula o cláusulas que señalan el ámbito o *cobertura del seguro*, en el sentido de señalar el riesgo a que alcanza el contrato de seguro (*evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar*, dice el artículo 1), cuya base es el principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil) siempre que no se oponga a la normativa imperativa de la citada Ley de Contrato de Seguro (como así previene el artículo 2) y también lo es el principio de *lex contractus* (que proclama el artículo 1091 del Código Civil).» En idéntico sentido las STS 8 de junio de 1992.(RJA 1992,5170) y de 9 de febrero de 1994 (RJA 1994,840).

Vid. TIRADO SUAREZ, F.J.: «Conveniente -o necesaria- reforma de la Ley de Contrato de Seguro» en Derecho de los Negocios, nº113, febrero 2000, pág. 1 a 19, para quien las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, así como las cláusulas lesivas son una nociones equivalentes a la de cláusula abusiva acuñada con posterioridad..

⁵³En este sentido se manifiesta la sentencia de 7 Diciembre 1998 (RJA, 1998, 9706) al establecer que: « de acuerdo con la doctrina jurisprudencial a la que se refiere la Sentencia de 21 mayo 1996 (RJ 1996\3881) al decir que «una doctrina reiterada de esta Sala viene proclamando que los riesgos excluidos habrán de ser expresados de una manera clara y precisa, además de destacarse en la póliza del contrato o en un documento complementario "suscrito por el asegurado" (Sentencia de 17 octubre 1985), siendo lícita y oponible al tercero ofendido o perjudicado la estipulación de cláusulas de limitación de la responsabilidad del asegurador, respecto a concretos y específicos riesgos siempre y cuando dichas cláusulas se resalten en las pólizas o en sus complementos, se den a conocer al asegurado y éste las acepte y, finalmente, las suscriba (Sentencias de 16 febrero 1987 [RJ 1987\1257] y 15 abril y 14 mayo 1988 [RJ 1988\2777 y RJ 1988\3660])»,

⁵⁴Vid la STS 29 marzo 1995 (RJA 1995, 2334) «Si el seguro de responsabilidad civil cubre una cantidad determinada, la cantidad pendiente de satisfacer, en concepto de indemnización, al tercero perjudicado corre exclusivamente a cargo del asegurado»

tercero supera esa cuantía, el exceso está fuera del ámbito del contrato de seguro⁵⁵. La oponibilidad del asegurador del pago reclamado por encima de la cantidad máxima asegurada tiene su razón de ser en un supuesto de inexistencia del contrato, habida cuenta que el contrato no existe por encima de esa suma asegurada⁵⁶. Igualmente, si la obligación de resarcir ha tenido lugar fuera del plazo de cobertura del contrato, el asegurador no estará obligado frente al tercero perjudicado.

499.- EL TERCERO PERJUDICADO EN LOS SUPUESTOS ANALIZADOS, NO TIENE ACCIÓN CONTRA EL ASEGURADOR PUESTO QUE AQUELLA SÓLO SE EXTIENDE A LOS HECHOS PREVISTOS EN EL CONTRATO, PERO POR EL CONTRARIO SÍ QUE LA TENDRÁ FRENTE AL ASEGURADO CAUSANTE DEL DAÑO CONTRA QUIEN PODRÁ INTERPONER SU ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL⁵⁷

*2.B.- EXISTENCIA DE UN EVENTO DAÑOSO DEL QUE SEA CIVILMENTE RESPONSABLE EL ASEGURADO.

500.- El nacimiento del derecho del tercero frente al asegurador está unido a la existencia de responsabilidad civil del asegurado, puesto que en caso contrario no se ha producido el siniestro y en consecuencia tampoco existe responsabilidad por parte del asegurador⁵⁸. Al tercero perjudicado le

En parecidos términos las STS 25 julio 1996 (RJA 1996, 5898) y 16 febrero 1995 (RJA 1995, 844).

⁵⁵Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, op.cit. pág.1245.

⁵⁶CALZADA CONDE, M.A.: El seguro voluntario..., op.cit. Pág. 411; STORCH DE GRACIA.: «Contratos de seguro...» op.cit., pág. 511.

⁵⁷Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, op.cit. pág.1245.

⁵⁸Según la STS 30 diciembre 1995 (RJA.1995,.9663): «La ausencia de toda clase de deudas de responsabilidad (por parte del asegurado) protege a la sociedad (aseguradora) que recurre en cuanto no tiene obligación de efectuar desembolso económico alguno y hace inoperante el artículo 76» en idéntico sentido las SSTs de 24 marzo 1988 (RJA. 1988,2427) 13 y 15 noviembre 1991 (RJA.1991, 4452 y 1991,8118) y 15 junio 1995 (Ar 1995,5295) y la S. 3 abril 1996 (RJA 1996,2880).

corresponderá probar la existencia de los requisitos⁵⁹, exigidos por la doctrina y la jurisprudencia⁶⁰, para el nacimiento de la responsabilidad civil: a) un comportamiento -acción u omisión- ilícito cuyo origen puede estar en el incumplimiento de un contrato (responsabilidad contractual) o en un hecho ilícito (responsabilidad extracontractual); b) que ha sufrido un daño; c) que existe una relación de causalidad entre el comportamiento y el daño; d) por regla general, que el causante del daño haya incurrido en culpa o negligencia⁶¹.

***3.- LA ALEGACIÓN DE HECHOS IMPEDITIVOS, EXTINTIVOS Y EXCLUYENTES. (EXCEPCIONES EN SENTIDO ESTRICTO).**

501.- Con respecto a las excepciones en sentido estricto, incluyendo dentro de esta concepción tanto a los hechos impositivos, extintivos como excluyentes, podemos distinguir: a) las basadas en la relación entre el

⁵⁹ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.* pág.1244.,

⁶⁰Requisitos establecidos, entre multitud de sentencias, por las Ss. de 1 febrero 1999,(RJ 1999,745), 15 febrero 1999, (RJ 1999,657) y 17 noviembre 1998 (RJ 1998,8809).

⁶¹Dentro del apartado relativo a la culpa, habrá que distinguir entre los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual, y a su vez, dentro de esta habrá que tener en cuenta todos aquellos ámbitos donde la jurisprudencia ha ido aplicando soluciones objetivas o cuasiobjetivas. Vid. Ss 9 julio 1993 (RJA , 1993, 6161) y 12 febrero 1993,(RJA 1993, 762) en las que se refleja la evolución jurisprudencial a soluciones cuasiobjetivas.

La STS 12-7-1999, (RJA 1999,4772), en relación con la responsabilidad objetiva establece que : «si bien nuestro Código Civil no establece la culpa objetiva, la jurisprudencia en una interpretación socializadora del Derecho y su adecuación a la realidad social actual, en relación a la proliferación de actividades constructivas e industriales arriesgadas, algunas veces ejecutadas en forma deshumanizada, viene decretando la responsabilidad cuasi-objetiva derivada de riesgo acreditado, que se instaura, se mantiene y consiente, no obstante estar dotado de suficiente carga de peligrosidad para que en un momento determinado genere un efectivo daño, que, al no obedecer a fuerza mayor y por tanto no venir impuesto forzosamente, pudo haberse evitado (Sentencia de 20-2-1992 (RJA 1992,1325), exigiendo prueba definitiva de haber actuado en forma acomodada a una elemental prudencia y a la más exigente diligencia (SS. 23-9-1991 (RJA 1991,6060), 22-9-1992 (RJA 1992,7018), 10-3 y 9-7-1994 (RJA 1994,1736 y RJA 1994,6302) y 8-10-1996 (RJA 1996,7059 y RJA 1996,7060), entre otras).

tercero perjudicado y el asegurado, y b) las personales entre el asegurador y el tercero perjudicado⁶².

***3.A.- EXCEPCIONES BASADAS EN LA RELACIÓN OBLIGATORIA ENTRE EL ASEGURADO Y EL TERCERO.**

502.- Para que el tercero pueda ejercer su pretensión frente al asegurador es preciso que se hayan producido todos los hechos constitutivos de su derecho, pero en ocasiones, es posible que con posterioridad se hayan producido una serie de hechos que impiden o extinguen aquel derecho del que surge la obligación de pago del asegurador⁶³.

***3.a.1.- La culpa exclusiva del perjudicado.**

503.- El artículo 76 recoge como excepción oponible la culpa exclusiva del perjudicado. Esta alusión, de la Ley , es seguramente fruto de un error de perspectiva al aplicar los principios propios de la Ley del Automóvil, que parte, de un principio de responsabilidad objetiva y, además, de que nos hallamos necesariamente ante un supuesto de responsabilidad extracontractual⁶⁴.

504.- No obstante lo manifestado en este precepto, en el caso de probarse que el daño se ha debido a la culpa exclusiva del perjudicado, técnicamente nos encontramos ante un supuesto de ausencia de responsabilidad, por faltar la relación de causalidad entre el hecho del asegurado y el perjuicio

⁶²Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.* pág.1247

⁶³Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.* pág. 1248.
REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* pág.186.

⁶⁴Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.* pág.1248.

sufrido por el tercero, es decir que en realidad se está ante la falta de un hecho constitutivo y no de una excepción⁶⁵. Además la ley incurre en un error técnico al mencionar las excepciones que pueden corresponder al asegurador después de enunciar el principio de inmunidad; puesto que aquellas excepciones afectan a una relación por completo diferente, la relación jurídica existente entre asegurado y el tercero⁶⁶.

3.a.2.- Otras excepciones derivadas de la relación entre asegurado y perjudicado.

505.- Algunos autores sostienen que a pesar del silencio del el art. 76 que únicamente menciona la culpa exclusiva del perjudicado que también oponerse otras excepciones que afecten a la obligación de responsabilidad del asegurado, como la fuerza mayor, el caso fortuito y otras excepciones como la prescripción, o el pago común al asegurado y asegurador⁶⁷. Esto es así ya que no cabe admitir que exista una obligación de indemnizar a cargo del asegurador de responsabilidad civil, si previamente no el asegurado no está obligado. Por lo tanto el asegurador podrá oponer todas las excepciones que deriven de la naturaleza de la obligación de indemnización contraída por el asegurado, aún a pesar del silencio del art. 76 al respecto. Cabe oponer todas estas excepciones puesto que los hechos impeditivos o extintivos de la obligación del asegurado inciden directamente sobre el riesgo asegurado (el nacimiento de una deuda a cargo del asegurado)⁶⁸.

⁶⁵GARRIGUES,J.: *Contrato de seguro... op.cit.* pág. 422.Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro..., op.cit.* pág.1248.

⁶⁶SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro..., op.cit.* pág.1248.

⁶⁷SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro..., op.cit.* pág.1248. CARRO DEL CASTILLO, J.A.: «La acción directa...» *op.cit.* pág. 968. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* pág.186.

⁶⁸Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro..., op.cit.* pág.1249

506.- Este es mismo criterio seguido por el artículo 1.148 del Código civil, cuando afirma que el deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación. Este tipo de excepciones se denominan comunes puesto que afectan al asegurador y al asegurado como deudores solidarios, frente al tercero perjudicado⁶⁹. Dentro de las excepciones comunes cabe distinguir: 1) Las excepciones que afectan a la obligación de indemnizar, y entre ellas la concurrencia de la culpa del perjudicado o de un tercero, la existencia de una causa de exoneración de responsabilidad (indicada en una cláusula de exoneración de responsabilidad, si ésta es contractual, o, en otros casos, la legítima defensa), etc.

3.B.- LAS EXCEPCIONES QUE AFECTAN A LA VIDA DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA.

507.- Estos son los supuestos del pago, la prescripción, la remisión o la sentencia absolutoria⁷⁰. En cuanto a la prescripción el problema que se ha planteado es el del plazo que hay que aplicar, si el de dos años del art. 23 LCS o los plazos señalados en el Código civil para cada tipo de responsabilidad. La doctrina y jurisprudencia son de la opinión de que la obligación indemnizatoria que el asegurador contrae frente al tercero no nace del contrato de seguro⁷¹, aunque tenga en aquel su fundamento, y que

⁶⁹Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.* pág.1249

⁷⁰Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.* pág.1249

⁷¹La STS de 19 noviembre 1998 (RJA 1998,7284) establece que: «el plazo de prescripción del artículo 23, de citada Ley, en caso alguno, puede aplicarse a la reclamación postulada, ya que -se repite-, no se trata lo ejercitado de una acción del asegurado contra el asegurador, sino del perjudicado contra el seguro, y entonces como la reclamación se plantea por los cauces de la responsabilidad extracontractual, ex artículos 1902 y ss.»

además tiene carácter autónomo, razones por las que no se le aplicará el plazo de los dos años del art. 23 LCS⁷².

508.- Además de las excepciones comunes, el asegurador podrá utilizar frente al tercero perjudicado las excepciones personales que el asegurado pueda tener contra éste. La distinción entre las excepciones comunes y personales del asegurado frente al tercero, no resulta siempre clara (piénsese, por ejemplo, en el caso de la compensación entre el crédito del tercero y un crédito que el asegurado tenga contra el) parece lógico, en aplicación del artículo 1.148, que el asegurador pueda oponer esas excepciones contra el tercero perjudicado, sin perjuicio de tener que resarcir al asegurado en virtud del contrato de seguro, salvo en aquellos supuestos en los que la extinción del crédito se haya efectuado sin consentimiento del asegurador⁷³.

3.C.- EXCEPCIONES PERSONALES ENTRE EL ASEGURADOR Y EL PERJUDICADO.

509.- El artículo 76 hace referencia a que el asegurador puede oponer, además de la culpa exclusiva del perjudicado, las excepciones personales que tenga contra éste. Como excepciones personales entre asegurador y el perjudicado están el pago y la prescripción, compensación o remisión de la deuda, pero normalmente tales hechos operan como excepciones comunes y no personales del asegurador⁷⁴.

⁷²OLIVENCIA.: «Seguros de caución...» *op.cit.* pág. 908; SÁNCHEZ CALERO, F.:«Ley de contrato...» En Comentarios al Código...t.XXIV, vol 1º, *op. cit.* pág. 325. SOTO NIETO, F.: *El seguro voluntario...op.cit.* pág. 112. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* pág.188.

⁷³Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.* pág.1250.

⁷⁴Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.* pág.

De estas excepciones, la compensación tiene singular importancia cuando quien ejercita la acción contra el asegurador es otro asegurador al que se ha transmitido el crédito del perjudicado. En ramos como el seguro de responsabilidad civil en materia automovilística, se han ido extendiendo los llamados «Convenios de indemnización directa», con el fin de facilitar la liquidación de los siniestros. El asegurador de responsabilidad civil abona-dentro de los límites establecidos en estos Convenios-a su propio cliente el importe de los daños sufridos y se en carga de reclamar al asegurador del causante del daño la indemnización. Mediante un sistema de cuenta de compensación se liquidan las relaciones entre las distintas compañías. En estos Convenios se establece, no sólo el sistema de liquidación normal mediante compensación, sino el sometimiento a un procedimiento arbitral, salvo para determinados supuestos.

4.- EXCEPCIONES INOPONIBLES

4.A.- EL RÉGIMEN DE INMUNIDAD DE LA ACCIÓN DIRECTA.

510.- El artículo 76 LCS establece que: «La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado». De este modo la Ley ha querido declarar la autonomía del derecho propio del tercero frente al derecho del asegurado frente al asegurador⁷⁵, de modo que las excepciones personales que el asegurador puede oponer al asegurado son inoponibles frente a la víctima⁷⁶. La noción de inmunidad de este precepto se refiere a las excepciones personales basadas en un incumplimiento, por el asegurado, de sus obligaciones derivadas del

⁷⁵Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.* pág.1251

⁷⁶CLAVERO TERNERO, M.F.: *La acción directa del perjudicado...op.cit.* pág.21.

contrato de seguro. Es decir que una vez que el contrato tome efecto y mientras dure será irrelevante la conducta del asegurado en el cumplimiento de sus deberes contractuales, frente al tercero, por el contrario ésta conducta si que producirá efectos internos en la relación asegurador-asegurado⁷⁷.

***4.B.- LAS EXCEPCIONES INOPONIBLES POR EL ASEGURADOR AL TERCERO.**

511.- Comoquiera que el art. 76 LCS ha sido objeto de diversas interpretaciones, no existe unanimidad doctrinal ni jurisprudencial con respecto a las excepciones que pueden incluirse en esta inmunidad. No obstante la doctrina coincide al menos en al contemplar los siguientes ámbitos de manifestación de la inmunidad:

4.C- INOBSERVANCIA POR EL TOMADOR O ASEGURADO DE LOS DEBERES CONTRACTUALES⁷⁸

512.- a.) Incumplimiento del deber de manifestar todas aquellas circunstancias que influyan en la valoración del riesgo, tanto antes de la conclusión del contrato (art. 10 LCS) como durante la vigencia de la relación jurídica (art.11 LCS). Como ya se ha señalado anteriormente, conocida por el asegurador el incumplimiento por el tomador respecto aquellos deberes, puede rescindir el contrato. Si el asegurador rescindió el

⁷⁷CLAVERO TERNERO, M.F.: La acción directa del perjudicado...*op.cit.* pág.21. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* pág. 192; PARRA LUCÁN, M.A.: en AAVV, *Curso de Derecho civil (II)*, ...*op. cit.* pág. 842. Al respecto mantiene FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador...» *op.cit.* pág. 6338 que la acción directa es inmune a la actuación dolosa del asegurado y a todas aquellas excepciones que deriven de las relaciones internas de solidaridad entre asegurador y asegurado, que éste sólo puede hacer valer frente a aquél.

⁷⁸SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.* pág.1253. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* págs. 192 a 202.

contrato antes del siniestro si que nos encontramos ante una excepción⁷⁹ que el asegurador puede oponer al tercero perjudicado⁸⁰.

513.- b) Suspensión de la cobertura por el impago de la prima (art. 15). Se trata de la suspensión de la cobertura del asegurador y no del caso en que el contrato hubiera sido resuelto o extinguido por esa causa en las condiciones previstas por ese mismo artículo.

514.- c) Incumplimiento del deber de comunicar el acaecimiento del siniestro al asegurador y facilitar la información complementaria sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro (art.16 LCS)

En caso de incumplimiento por parte del asegurado del deber de comunicar el siniestro dentro de los siete días subsiguientes, se le sanciona con la indemnización de daños y perjuicios causados; en el supuesto de no facilitar la información complementaria la sanción será la pérdida del derecho a la indemnización si concurriera dolo o culpa grave. En ninguno de los supuesto del art. 16 nos encontramos ante una excepción que pueda oponerse al perjudicado, puesto que se trata de circunstancias que sólo afectan a la relación interna entre asegurador y asegurado⁸¹

515.- d) Incumplimiento del deber de salvamento (art. 17 LCS). En el primer supuesto el asegurado o tomador del seguro deberá emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro. El incumplimiento de este deber en principio sólo da derecho al asegurador a reducir su prestación en proporción a los daños derivados del mismo,

⁷⁹Excepción de las denominadas impropias, puesto que en realidad nos encontraríamos frente a la falta de un hecho constitutivo por falta de contrato de seguro.

⁸⁰FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador...» *op.cit.* pág. 6341. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* págs. 194 a 195.

⁸¹FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador...» *op.cit.* pág. 6344. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* págs. 197.

solamente cuando el incumplimiento se realizara con la intención de perjudicar o engañar al asegurador quedará este liberado de toda prestación. En este supuesto como en los anteriores es intrascendente para el tercero el incumplimiento contractual del asegurado.

516.- e) Falta de comunicación de la existencia de seguro cumulativo o múltiple. (art. 32 LCS). Este es el supuesto que se produce cuando el tomador tiene contratado con diversos aseguradores la cobertura de un mismo riesgo durante idéntico período de tiempo. El tomador tiene el deber de comunicar cada asegurador los demás seguros que estipule. Si por dolo se omitiera esta comunicación, y existiendo sobreseguro se produjera el siniestro, los aseguradores no estarían obligados a pagar la indemnización. No obstante la doctrina estima que al perjudicado no debe afectarle el incumplimiento de este deber contractual del asegurado⁸².

517.- f) Incumplimiento del deber de comunicación del deber de transmisión del objeto asegurado (art. 34 LCS). En caso de transmisión del objeto asegurado, al adquirente se subroga en el momento de la enajenación, en los derechos y deberes que correspondían en el contrato de seguro al anterior titular. El asegurado tiene la obligación de comunicar al asegurador la transmisión efectuada, y el asegurador podrá rescindir el contrato en el plazo de quince días desde aquella comunicación. Según la doctrina establecida por el TS la inexistencia de comunicación de la transmisión al asegurador no le permite rescindir el contrato eludiendo el régimen contemplado en el art. 35 LCS⁸³.

⁸²FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador...» *op.cit.* pág. 6342. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* pág. 200.

En contra, SOTO NIETO, F.: *El seguro voluntario...*, pág. 91 .

⁸³Vid la STS de 15 noviembre de 1991 (RJA 1991, 8118) que establece que :«La circunstancia por parte del asegurado que no comunicó a la Compañía aseguradora los cambios de titularidad producidos, no constituyen defensas que puedan oponerse válidamente al tercero que ejercita la acción directa, amparado por la «inmunidad» que

5.- LOS DAÑOS CAUSADOS DOLOSAMENTE.

518.- El seguro de responsabilidad civil hasta la promulgación de la LCS se desarrolla ajeno a cualquier idea de dolo, sin embargo a partir de la polémica redacción de su art. 76, queda sembrado el desconcierto entre la doctrina y jurisprudencia⁸⁴. El mencionado precepto después de consagrar con gran acierto la acción directa a favor del tercero perjudicado, añade un inciso que como una espoleta de efectos retardados hará que estalle una agria confrontación dentro de la doctrina e incluso, durante un tiempo, dentro de la propia jurisprudencia.

519.- Antes de profundizar en la cuestión, hay que partir del hecho de que la doctrina es pacífica y unánime a la hora de establecer la inasegurabilidad del dolo⁸⁵, para ello se apoya principalmente en dos argumentos⁸⁶: el proporcionado por el art. 19 LCS, cuando establece que «*el Asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado*»; y finalmente por el elemento esencial en todo contrato de seguro constituido por la *aleatoriedad*, ésta impide el aseguramiento de los hechos dolosos, ya que la intencionalidad de éstos hace desaparecer el azar, además está

establece el inciso segundo del art. 76 de la Ley de Contratos de Seguros...». En idéntico sentido la STS de 16 de mayo de 1996 (RJA 1996,3788).

⁸⁴SOTO NIETO, F.: «El seguro de responsabilidad civil general y el dolo. Solución a un conflicto.» *Revista Española de Seguros*, octubre-diciembre 1997, nº 92, pág. 19.

⁸⁵Por todos *vid.* BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1990, pág. 501; URÍA: *Derecho Mercantil*, 18ª ed, 1991, pág. 683.

⁸⁶Pueden cotejarse otros argumentos en favor del no aseguramiento del dolo, en ATIENZA NAVARRO, M.L.: «Daños causados dolosamente y seguro de responsabilidad civil» *RES*, enero-marzo 1998, nº 93, págs. 167 y 168.

comúnmente admitido que el seguro de responsabilidad civil responde a la idea de culpa⁸⁷.

520.- Admitida por todos la inasegurabilidad del dolo, el problema y la división de opiniones surge cuando, en los supuestos en los que el daño es debido a una conducta dolosa del asegurado, hay que establecer el grado de responsabilidad del asegurador. Para un sector doctrinal el asegurador está obligado frente al perjudicado, si bien luego puede repetir contra el asegurado; otro sector es de la opinión de que en estos casos la compañía aseguradora queda exonerada de su obligación⁸⁸. La cuestión se plantea por la aparente contradicción entre varios preceptos de la LCS, el mencionado art. 19 LCS, que proscribía el aseguramiento del dolo; el art. 73 que al definir el seguro de responsabilidad civil, no hace referencia a cuál debe ser ésta y finalmente el 76,1º de la LCS, que después de introducir, con gran acierto la acción directa a favor del tercero perjudicado, admite el derecho de repetición del asegurador en caso de conducta dolosa del asegurado.

521.- La doctrina se encuentra dividida a la hora de encontrar una explicación que concilie el significado de los, aparentemente antagónicos, arts. 19 y 76 LCS, dentro del contexto general de la LCS:

Un primer sector, ampliamente mayoritario, realiza una interpretación literal del art. 76 LCS y si bien parten de que el dolo es inasegurable, en virtud del art. 19 LCS, si embargo admiten que la Ley, en el supuesto del art. 76, viene a establecer una extensión del riesgo de manera indirecta, puesto que cubre los daños causados dolosamente, de modo que el asegurador no puede oponer frente al tercero la excepción de

⁸⁷SOTO NIETO, F.: «El seguro de responsabilidad civil general y el dolo...» *op.cit.*, pág. 24. ATIENZA NAVARRO, M^a.L.: «Daños causados dolosamente...» *op.cit.* pág. 166. BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística*. Zaragoza, 2000, pág. 348 y 349

⁸⁸REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.* pág. 202.

la mala fe del asegurado, si bien puede servirle como fundamento de la acción de repetición⁸⁹. En esencia, en caso de actuación dolosa, pese a que el seguro de culpa intencionada deba ser rechazado, el asegurador no está obligado frente al asegurado pero si lo está frente al tercero.

522.- Otro sector doctrinal⁹⁰, menos numeroso, defiende la denominada la teoría negocial que niega por completo que el seguro de responsabilidad civil pueda cubrir los siniestros causados dolosamente. Se dice que la justificación del art. 76,1º se refiere al caso en que el asegurador haya adelantado al perjudicado la indemnización antes de que dentro de un

⁸⁹En este sentido BOQUERA OLIVER, V.: «Nota la artículo 76...op.cit. pág. 871; CARRO DEL CASTILLO, J.A.: «La acción directa del perjudicado contra el asegurador de Responsabilidad Civil en la Ley de Contrato de Seguro» en AAVV, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, (VERDERA dir.) Tomo II, Madrid, pág. 971. CALZADA CONDE, M.A.: *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Madrid, 1983, pág. 411. GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro... op.cit.* pág. 391. Vid HERNANDEZ DE PRADO, «Normas relativas al Contrato de Seguro» en en AAVV, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*. (Dir. VERDERA TUELLS), Tomo I, Madrid, 1982, pág. 592. HILL PRADOS, M.C.: «Reflexiones en torno a la acción directa...» *op.cit.*, pág. 1740. MORILLAS JARILLO, M.J.: «Dolo del asegurado y seguro de responsabilidad civil. El caso automovilístico en especial», en *Derecho de los negocios*, 1993, núm 32, págs. 14. OLIVENCIA RUIZ, M.: «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro» en AAVV, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*. (Dir. VERDERA TUELLS), Tomo I, Madrid, 1982, pág. 908. REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa contra el asegurador...op.cit.*, pág.202 a 206. RÍOS MORENO, JOSÉ: «La figura del tercero en el seguro voluntario de responsabilidad civil sobre vehículos de motor». *La ley*, 1991-4, 1122; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro, op.cit.* pág.1247; YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Aspectos civiles del nuevo código penal*, Dyckinson, 1997, pág. 210.

⁹⁰Vid. ATIENZA NAVARRO, M^a.L.: «Daños causados dolosamente...op.cit.» pág. 183. BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística*. Zaragoza, 2000, pág. 341 y 344; MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, «Algunas consideraciones sobre el derecho de repetición de las Compañías aseguradoras en el ámbito de la circulación», *La Ley*, nº 4367, septiembre 1997, pág.2; PUERTA LUÍS, L.R.: «La acción directa del perjudicado frente al asegurador y las excepciones oponibles por éste», en *Derecho de la Circulación (Aspectos civiles y penales)*, Centros de Estudios Judiciales, Madrid, 1993, pág. 50; RUIZ VADILLO, «La Ley 39/1995, de 8 de diciembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros privados: los baremos» *RES*, enero-marzo, 1996, pág. 24; SOTO NIETO, F.: «Daños dolosamente causados con vehículos de motor.» *La Ley*, 1997-3, pág.1888. SOTO NIETO, F.: «El seguro de responsabilidad civil general y el dolo. Solución a un conflicto.» *Revista Española de Seguros*, octubre-diciembre 1997, nº 92, págs. 29 y ss.

proceso penal se haya producido la condena del asegurado como autor de un delito doloso. Además, otro argumento en favor de esta línea, se encuentra en el hecho de que el legislador al introducir el art. 76 estaba pensando en el «dolo civil» y no en el «dolo penal de resultado», y es en este supuesto cuando si que podría operar el art. 76⁹¹. Como argumento final se dice que si el legislador hubiera querido establecer una excepción al principio de la inasegurabilidad del dolo tendría que haberlo hecho de forma explícita.⁹²

523.- En cuanto a la jurisprudencia, la Sala segunda del Tribunal Supremo en un primer momento, había mantenido que los daños ocasionados dolosamente quedaban excluidos del ámbito del seguro y por tanto, de su cobertura y atendimento por parte de las compañías aseguradoras, tanto en el Seguro Obligatorio como en el voluntario⁹³. Sin embargo a partir del año 1994 el Alto tribunal empieza a apartarse de aquella línea doctrinal, manteniendo que el seguro obligatorio está obligado a hacer frente a “a los perjuicios causados por actuación ilícita del conductor”⁹⁴, como consecuencia de aquel cambio doctrinal, la Sala 2º se constituyó en Sala General a los efectos de unificar la doctrina , dictándose la STS (2ª) de 29 mayo de 1997 (RJA 1997,3637)⁹⁵ que viene a establecer como conclusión⁹⁶

⁹¹SOTO NIETO, F.: «Daños dolosamente causados con vehículos de motor.» *La Ley*, 1997-3, pág.1888 y 1889. SOTO NIETO, F.: «El seguro de responsabilidad civil general y el dolo...*op.cit.* » pág. 29 y ss; ATIENZA NAVARRO, Mª.L.:«Daños causados dolosamente...*op.cit.*» pág. 173.

⁹²SOTO NIETO, F.: «Daños dolosamente causados con vehículos de motor.» *La Ley*, 1997-3, pág.1888 y 1889; BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio...op.cit.* pág.344.

⁹³SSTS (2ª) de 27 noviembre y 22 diciembre 1989 (RJA 1989,9326 y RJA 1990,923), 14 marzo 1991 (RJA 1991,2139),8 de noviembre de 1991 RJA 1991, 8298), 8 julio 1992 (RJA 1992) y 10 julio 1995 (RJA 1995,5438).

⁹⁴Vid. STS (2ª) de 12 de noviembre 1994 (RJA 1994,9817).

⁹⁵Es de destacar el voto particular, de SOTO NIETO, (al que se adhiere MANZANARES SAMANIEGO) en el que se niegan los argumentos utilizados por la sentencia mencionada para fundar la tesis favorable a la cobertura por el Seguro de Suscripción obligatoria de los daños dolosamente causados con ocasión de la utilización de vehículo de motor.

que: «las sentencias condenatorias por delitos dolosos o culposos cometidos con vehículos de motor que determinen responsabilidad civil para las víctimas, deben incluir la condena a la entidad aseguradora dentro de los límites del seguro obligatorio, siempre que el daño se haya ocasionado con “motivo de la circulación”⁹⁷. En consecuencia dentro del ámbito penal sería posible aplicar la mencionada doctrina no sólo al seguro obligatorio de automóviles sino a cualquier otro seguro de responsabilidad civil, pudiendo alcanzar incluso al seguro voluntario si el asegurador no tuvo la precaución de excluir el aseguramiento de las conductas ilícitas en el condicionado de la póliza⁹⁸.

524.- Las últimas novedades legislativas, como la modificación del art. 1.4 de la LRCS⁹⁹, así como la publicación del Reglamento de esta ley¹⁰⁰,

⁹⁶Vid. Fundamento decimoséptimo.

⁹⁷Siguen aquel criterio las SSTS (2ª) de 24 octubre 1997 (RJA 1997, 7768), de 28 de abril 1998 (RJA 1998, 3821) y la de 4 de noviembre 1998 (RJA 1998, 7777) todas ellas dictadas en el ámbito del Seguro Obligatorio de Automóviles.

⁹⁸Es de destacar la STS (2ª) de 11 febrero 1998, que si bien sigue prácticamente la misma línea argumental que las dictadas en con ocasión del Seguro Obligatorio de Automóviles, sin embargo tiene su ámbito de aplicación al Seguro de Responsabilidad civil del Cazador y además extiende la obligación de indemnizar al Seguro voluntario de caza, si bien ello es posible por permitirlo el condicionado de la póliza suscrita. En el Fundamento 2º de esta resolución recoge toda la doctrina sobre el aseguramiento del dolo y la relación entre los arts 19 y 76 de la LCS.«Una cosa es que no quepa asegurar conductas dolosas y otra muy distinta que entre los riesgos aleatorios del seguro esté incluido el de hacer frente a los perjuicios causados por actuación ilícita del asegurado. En esos casos, el asegurador que se subroga en la obligación indemnizatoria, tiene derecho a repetir sobre el asegurado culpable para resarcirse del perjuicio que a su vez sufre por esa conducta culpable. El tercero inocente es ajeno a todo ello y ostenta por eso aquella acción directa e inmune del artículo 76 que rige con especificidad en la materia por lo que como norma singular es prevalente ».

En parecidos términos se pronuncia la STS (2ª) de 4 de diciembre de 1998 (RJA 1998, 10325), en este caso el supuesto de hecho se refiere a la responsabilidad de la aseguradora de un hotel, uno de cuyos empleados clava un cuchillo a otra empleada.

⁹⁹La nueva redacción del párrafo 4º del art. 1. de la Ley 30/1995 ha quedado así: «En todo caso no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes ».

La modificación del art. 1.4º, ha sido efectuada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

parecen haber zanjado la cuestión y en el futuro parece que la exclusión del hecho doloso es absoluta, quedando el mismo fuera de toda consideración en el orden normativo del seguro obligatorio¹⁰¹.

6.- EL DERECHO DE REPETICIÓN DEL ASEGURADOR CONTRA EL ASEGURADO.

525.- El art. 76 menciona el «derecho del asegurador a repetir contra el asegurado» en el supuesto de que el primero haya tenido que cumplir la obligación de indemnizar al tercero perjudicado, cuando aquella obligación se hubiera debido a conducta dolosa del asegurado^{102 103}. No obstante la doctrina estima que el derecho de repetición de no debe restringirse a ese supuesto, sino que ha de extenderse a otros casos en los que el asegurador haya pagado al tercero indebidamente conforme a lo pactado con el asegurado¹⁰⁴. Se dice que si existen razones que excluyen contractualmente

¹⁰⁰El art. 3.3 del Reglamento aprobado por RD 7/2001, de 12 de enero, reproduce la norma legal.

¹⁰¹SOTO NIETO, F.: «Daños dolosamente causados por la conducción.. Una polémica que perdura.», La Ley, nº 5318, 29 mayo 2001, pág. 15, estima que: «actualmente tras la reforma introducida en el art. 1.4 de la Ley 30/1995 y el texto ofrecido por el art. 3.3. del Reglamento aprobado por el RD 7/2001, deviene indudable que la actuación dolosa del agente de la conducción impide la prosperabilidad de la acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora de la responsabilidad civil, ni siquiera con la provisionalidad que supondría la facultad de ejercicio de un derecho de repetición.

Cita el mencionado autor la SAP de Sevilla (S.1ª), de 30 de diciembre de 2000 (La Ley, 2001, 3300) como primer supuesto que se acoge a la reforma legislativa, asimismo cita la STS (2ª) de 7 de febrero de 2001 (La Ley, 3298) que hace caso omiso de la reforma legislativa.

¹⁰²GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro terrestre,...* op. cit. pág. 426, justifica la concesión del derecho de repetición en favor de la compañía aseguradora, puesto que si ésta ha pagado sin estar obligada es justo que disponga de un derecho de repetición con el fin de compensar el extremo rigor con que ha sido tratada por la ley.

¹⁰³SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, op.cit. pág.1254.

¹⁰⁴SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, op.cit. pág.1257; PARRA LUCÁN, M.A.: en AAVV, *Curso de Derecho civil (II)*, ...op. cit. pág. 842. Esta última autora no sólo afirma que el derecho de repetición contra el asegurado en los supuestos dolosos, sino también en todos los casos en que contractualmente no hay obligación de

frente al asegurado la obligación del asegurador de indemnizar, pero no resultan oponibles al tercero, el asegurador que haya pagado a éste podrá repetir contra el asegurado, sin que sea razonable limitar el derecho de repetición al sólo supuesto de dolo del asegurado¹⁰⁵.

526.- El derecho de repetición puede delimitarse positivamente en el sentido de que se incluyen en su ámbito las excepciones inoponibles por el asegurador frente al tercero, pero que sin embargo son válidas frente al asegurado¹⁰⁶. En forma negativa no caben dentro del derecho de repetición aquellos supuestos en los que se ha pagado al tercero perjudicado porque la obligación de pago estaba prevista en el contrato. Asimismo han de excluirse aquellos supuestos en los que habiendo alegado el asegurador como defensa la falta de algún hecho constitutivo de la pretensión del tercero o alguna excepción que era oponible al tercero y que sin embargo no ha sido aceptada por el Juez¹⁰⁷.

indemnizar pero por el régimen de inoponibilidad de excepciones tiene lugar el resarcimiento de la víctima por el asegurador.

¹⁰⁵SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.* pág.1257.

¹⁰⁶BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio*, *op.cit.* pág. 237: estima que existe una dependencia entre la inoponibilidad de excepciones y el derecho de repetición, puesto que aquel encuentra su fundamento en la obligación de pagar al tercero perjudicado por parte de la compañía, por imperio de la ley y en virtud de la autonomía del derecho propio del tercero perjudicado, en circunstancias en las que atendiendo a los dispuesto en el contrato, la compañía aseguradora no hubiera resultado obligada.

¹⁰⁷SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, *op.cit.* pág.1257

Capítulo XII

LA ACCIÓN DIRECTA EN LOS SEGUROS OBLIGATORIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

SUMARIO.- 1.- EL PROCESO DE OBLIGATORIEDAD DE LOS SEGUROS. 2.- LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO OBLIGATORIO DE AUTOMÓVILES. 2.A.- Regulación legal. 2.B.- La obligatoriedad del seguro: el doble límite cuantitativo y cualitativo. 2.C.- La responsabilidad relativamente objetiva. 2.D.- La acción directa del perjudicado contra el asegurado. 2.E.- El régimen de las excepciones oponibles. 2.F.- El derecho de repetición 2.G.- El Fondo de Garantía 3.- LOS SEGUROS DE ACCIDENTES DE TRABAJO. 4.- LA ACCIÓN DIRECTA DE LA LEY DE ENERGÍA NUCLEAR. 5.- LEY 1/1970, DE 4 DE ABRIL DE CAZA. 6.- LA ACCIÓN DIRECTA EN LA NAVEGACIÓN AÉREA. 7.- LOS SEGUROS OBLIGATORIOS DE LA LOE

1.- EL PROCESO DE OBLIGATORIEDAD DE LOS SEGUROS.

527.- Uno de los aspectos de la evolución del seguro de responsabilidad civil, tal como ya dijimos, consiste en la transformación de determinados seguros voluntarios en seguros obligatorios¹. De manera que para determinados ámbitos, en los que se realizan actividades que se consideran peligrosas, la Administración establece la obligatoriedad de contratar un seguro de responsabilidad civil². Los seguros obligatorios son una consecuencia de los avances tecnológicos, del correspondiente aumento de los siniestros, junto con la posibilidad de que muchas de las víctimas queden por indemnizar³. El aumento del maquinismo y de los accidentes en

¹BAILLO Y MORALES-ARCE, *La acción directa*, *op.cit.*, pág. 90.

²SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980 y sus modificaciones* (dir. SÁNCHEZ CALERO), Pamplona, 1999.pág. 1194 y 1195.

³FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador...*op.cit.*, pág.6313. CLAVERO

determinados sectores, impulsa a los gobiernos a promulgar leyes que imponen la responsabilidad objetiva, como en el caso del uso y circulación de vehículos de motor, de la navegación aérea, de los daños nucleares, etc⁴. La obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil, que persigue la protección a ultranza de la víctima, es asimismo el más claro exponente de la superación de la fase egoísta del seguro para entrar de lleno su fase social⁵.

528.- La finalidad del contrato de seguro obligatorio, no es otra que la evitar que la víctima se expusiese a enfrentarse con un patrimonio insuficiente o con la ausencia de éste⁶; en realidad lo que la ley pretendía es que detrás de cada responsable hubiera una compañía aseguradora⁷. Algún autor estima que la obligación de asegurarse tiene contenido social⁸.

529.- La gran mayoría de seguros obligatorios presentan los siguientes rasgos comunes:

a) Su carácter normativo, lo que hace que quede prácticamente excluida la autonomía de la voluntad de los contratantes.

b) La responsabilidad que contemplan responde a ciertas dosis de objetivación, lo que comporta la necesaria existencia de cláusulas de

TERNERO, M.F.: *La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad*, Madrid, 1995, pág. 11; LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1998, págs. 218 a 219.

⁴En realidad en los supuestos cubiertos por seguros obligatorios nos encontramos ante lo que la doctrina denomina regímenes especiales de responsabilidad civil extracontractual. DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños ...*, *op. cit.*, pág.127; PARRA LUCÁN, M.A.: en AAVV, *Curso de Derecho civil (II)*, ...*op. cit.* pág. 872 y 873.

⁵CALZADA CONDE, *El seguro voluntario...op.cit.*, pág. 414.

⁶BAILLO Y MORALES-ARCE, *La acción directa...*, *op.cit.*,pág. 91.

⁷OLIVENCIA, M.: «Problemática que plantea la introducción del seguro obligatorio de automóviles en España», en *Rev. Der. Circ.*, pág.301. SÁNCHEZ CALERO. F.: «*La aplicación de la Ley del Contrato de Seguro al régimen del seguro obligatorio de automóviles*», en *La Ley*, 1981-3, pág. 809.

⁸SOTO NIETO, F.: «La acción directa contra el asegurador en el proceso penal por hechos imprudentes» en *La ley*, 1993-4, pág. 1070.

exoneración de responsabilidad⁹.

c) La mayoría de supuestos de seguros obligatorios suponen la concesión de acciones directas. Si bien no siempre necesariamente es así puesto que depende en cierta medida de la voluntad del legislador¹⁰. La doctrina mayoritaria coincide en que el fundamento de la acción directa se encuentra en la ley¹¹ y no en el contrato de seguro, por impedirlo el principio de relatividad del contrato¹².

2.- LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO OBLIGATORIO DE AUTOMÓVILES.

2.A.- REGULACIÓN LEGAL

530.- La Ley 122/1962, de 24 de diciembre de 1962, sobre el «Uso y Circulación de Vehículos de Motor¹³», supuso un paso trascendental,

⁹La existencia de causas tasadas de exoneración cuando nos encontramos con un supuesto de responsabilidad general, es indicativo de encontrarnos ante un supuesto de responsabilidad por riesgo. Vid. DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños; Madrid, 1999*. pág. 25.

¹⁰BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio, op.cit.* pág. 73, a título de ejemplo nos dice que en Italia el seguro obligatorio de responsabilidad civil del porteador aéreo internacional de personas por los daños ocasionados a los pasajeros, no contempla la concesión de la acción directa.

¹¹GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro..., op.cit.*, pág. 388; SOTO NIETO, F.: *El seguro voluntario...op. cit.*, pág. 27; CLAVERO TERNERO, M.F.: *La acción directa del perjudicado...* pág. 12; BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio, op.cit.* pág. 32.

¹²No obstante, hay que destacar, tal como afirma LÓPEZ FRÍAS, A: *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994, pág.52 y como se deduce de PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa..., op .cit.* pp. 40 y ss., que la jurisprudencia durante mucho tiempo vino reconociendo acción directa al perjudicado, aun en ausencia de texto legal, si bien el fundamento de jurídico de aquellas decisiones, estaba lejos de ser claro y uniforme.

¹³Esta ley se vio complementada por otras disposiciones, así mediante el Decreto 3787/1964, de 19 de diciembre, se reglamentó el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, y por D.L. 18/1964, de 3 de octubre, se reguló el Fondo Nacional de Garantía. El D.L 632/1968, de 21 de marzo, sustituyó a aquella ley al aprobar el Texto Refundido de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, que refundió la ley 122/1962 con otras disposiciones posteriores. El Texto Refundido a su vez fue modificado por otras disposiciones, así pues el R.D. 2641/1986, de 30 de diciembre, derogó el art. 2 del D.

dentro de la evolución del Derecho de seguros, en la protección de los derechos del perjudicado¹⁴. En la Exposición de Motivos de la misma, se encuentra una declaración en torno a la cual va girar toda la Ley; «el seguro está creado para la protección de la víctima y no del culpable», y por ello «el resarcimiento inmediato de los daños y perjuicios de la víctima, se busca a ultranza». Los principios fundamentales de la ley, se derivan de aquella afirmación y son: el de la obligatoriedad del seguro, el de la responsabilidad relativamente objetiva, el del establecimiento de la acción directa del perjudicado contra el asegurado y como complemento de todo ello la creación de un fondo de garantía a fin de que al víctima sea en todo caso debidamente asistida e indemnizada¹⁵. Todos estos principios continúan informando la vigente Ley 30/1995, sobre Responsabilidad civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante LRCS)¹⁶. Es de destacar según lo previsto en el art.4.2 de la LRCS que la LCS se aplicará supletoriamente en todo lo no previsto en aquella ley.

3787/1964; la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, derogó el D.L. 18/1964; el R.D. Legislativo 1301/1986, de 28 de junio, modificó el Título Primero del Texto Refundido aprobado por D. 632/1968, y el R.D. Legislativo 1301/1986, de 28 de junio, adaptó el Texto Refundido al ordenamiento jurídico comunitario. La Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados modifica la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor aprobada que en su disposición adicional. El Reglamento del Seguro de responsabilidad civil ha sido aprobado por el RD 7/2001,

¹⁴Según GARRIGUES,J.: *Contrato de seguro..op.cit.* pág.406, la ley española no hace sino continuar un movimiento legislativo que nace en 1.925,con la Ley especial finlandesa, a la que siguen la Ley noruega de 1926, la danesa de 1.927, las suecas y austríaca de 1.929, la británica de 1.930, suiza de 1.932, la alemana de 1.940, la francesa de 1.958. Todas estas leyes se fundan en la idea de que el poseedor de un automóvil en circulación crea, por sólo este hecho, un estado de riesgo que le hace responsable de los daños que su coche haya producido a los terceros. Ello exige la regulación de un nuevo seguro, el del automóvil, que vino a ser en su época la culminación de las nuevas normas de responsabilidad civil, bajo el impulso del principio de la responsabilidad objetiva y el de la obligatoriedad de seguro para todo propietario de un automóvil en uso.

¹⁵GARRIGUES,J.: *Contrato de seguro..op.cit.* pág.411.

¹⁶La actual Ley del Automóvil, tiene su antecedente en la Ley 122/1962, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor (de 24 de diciembre de 1962, texto refundido aprobado por D. de 21 de marzo de 1968, modificado por RDL de 28 de junio de 1986 para adaptarlo al Ordenamiento jurídico de la CEE), modificada por la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados (de 8 de noviembre de 1995), en virtud de la cual recibe su actual denominación.

531.- La transformación del contrato de seguro voluntario en obligatorio supuso una limitación del principio autonomía de la voluntad que es la que había predominado en los contratos de seguro facultativos, pasando pues este contrato a tener un contrato normado¹⁷. La naturaleza de este seguro, no ha sufrido ninguna alteración por lo que seguimos ante un contrato de responsabilidad civil, si bien de características especiales¹⁸. La naturaleza jurídica del contrato de seguro obligatorio no ha quedado alterada por la función económico social del nuevo seguro, consistente en la tutela de los terceros perjudicados no llega a desnaturalizarlo como contrato de seguro de responsabilidad civil¹⁹

2.B.- LA OBLIGATORIEDAD DEL SEGURO: EL DOBLE LÍMITE CUANTITATIVO Y CUALITATIVO.

532.- La Ley de 1962, introdujo como novedad, en su artículo 40 el principio de obligatoriedad del seguro de vehículos a motor²⁰ En la LRCS se impone su obligatoriedad a todo propietario de un vehículo de motor que tenga su establecimiento habitual en España.(art. 2). La póliza suscrita obligatoriamente deberá cubrir hasta la cuantía que por todos los conceptos reglamentariamente se determinen. Potestativamente la póliza podrá incluir las coberturas que libremente se pacten entre el tomador y la compañía

¹⁷Lo que supone que su contenido, en cuanto al ámbito, límites, extensión, etc, vienen señalados inexorablemente por la ley. *Vid.* BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio*, *op.cit.* pág. 90 y 98.

¹⁸GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, *op.cit.* pág.412.

¹⁹ El que la voluntad del legislador fuese que el contrato continuase siendo de responsabilidad civil se desprendía también del hecho de que así apareciese en la rúbrica de los capítulos I y II y en el Título III de la Ley del Automóvil de 1962. *Vid.* BAILLO Y MORALES-ARCE, *La acción directa...*, *op.cit.*,pág. 92.

²⁰Art. 40: «todo propietario de un vehículo a motor vendrá obligado a suscribir una póliza de seguro que cubra, hasta la cuantía que se fije, la responsabilidad civil derivada de la obligación a que se refiere el artículo anterior».

Este precepto fue desarrollado por el D 3787/1.964, de 19 de Diciembre, Reglamento del seguro obligatorio de Responsabilidad Civil derivado del uso y

aseguradora con arreglo a la legislación vigente, es decir podrá complementarse con un seguro voluntario²¹

533.- Si la cuantía de la indemnización de los daños causados a las personas resultare superior al importe máximo de la cobertura del seguro obligatorio, la diferencia correrá a cargo del seguro voluntario o del responsable del siniestro según proceda (art. 4.2)²².

2.C.- LA RESPONSABILIDAD RELATIVAMENTE OBJETIVA.

534.- En el art. 1.1 de la LRCS²³ se instaura un sistema de responsabilidad por riesgo²⁴, sin embargo este criterio es modalizado en el propio precepto de forma que se establece un sistema de responsabilidad distinto, según se trate de daños corporales o materiales²⁵.

535.- a) En el caso de los daños corporales o daños a las personas, se impone una responsabilidad objetiva, puesto que es suficiente con que se produzca un daño por un vehículo de motor con motivo de la conducción²⁶. Esta responsabilidad es calificada por la doctrina como responsabilidad

circulación de vehículos de motor, modificado posteriormente por RD 2.641/1.986.

²¹LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de obligaciones...op. cit.* pág 220.

En realidad sucede que la acción especial, surgida de la LRCS, coexiste con la ordinaria del artículo 1902. De modo que la acción directa tiene como garantía la suma asegurada prevista en la póliza mientras que la acción aquiliana tiene con garantía la totalidad del patrimonio del responsable. Vid. BAILLO Y MORALES-ARCE, *La acción directa...*, *op.cit.* pág. 116. .

²²LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de obligaciones...op. cit.* pág 220.

²³El Art. 1.1 LRCS establece que: «El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción del mismo, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.».

²⁴DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños ...*, *op. cit.*, pág.128; LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de obligaciones...op. cit.* pág 219.

²⁵LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de obligaciones...op. cit.* pág 219; YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad...*, *op. cit.*,pág. 224.

²⁶LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de obligaciones...op. cit.* pág 219.

objetiva atenuada por la existencia de dos causas de exoneración²⁷: la culpa exclusiva del perjudicado y la fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo.

Para los daños a las personas la LOSSP establece un sistema vinculante de indemnizaciones tasadas en su Anexo. Este sistema para la valoración de daños causados a personas en accidentes de circulación se aplica a la valoración de todos los daños, salvo los daños que sean consecuencia de delitos dolosos. Con independencia de que haya o no seguro, así como de su cobertura²⁸ Mediante este sistema se ha pretendido terminar con la diversidad de valoraciones producidas por cada Juzgado, y facilitar en consecuencia las transacciones entre compañías aseguradoras y perjudicados²⁹.

536.- b) En los daños materiales, se sigue el sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa de los artículos 1.902 y siguientes del Código civil, o, si se derivase de un ilícito penal, del artículo 116 del Código penal, conforme al cual, toda persona responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios³⁰.

²⁷DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños ...*, op. cit., pág. 128 y 129.

²⁸PARRA LUCÁN, en *Curso de Derecho civil ...*, op. cit. pág. 875.

²⁹Según PARRA LUCÁN, en *ibidem...*, op. cit. pág. 875, este sistema de valoración de daños personales fue objeto de varias cuestiones de constitucionalidad, por entenderse la fijación de las cuantías de indemnizadoras de modo idéntico para todas las víctimas violaba tanto el principio de igualdad (art. 14 CE) como la independencia judicial en la aplicación de la Ley (art. 117 CE).

La STC 181/2000, de 29 de junio, ha declarado que el baremo vincula a los jueces y tribunales para determinar las indemnizaciones que en concepto de responsabilidad civil deban satisfacerse para los daños personales derivados con ocasión de la circulación de vehículos de motor. Los baremos serán obligatorios tanto en los supuestos de responsabilidad por riesgo como en los de culpa o negligencia del conductor, y tanto en los procesos civiles como penales. Esta sentencia sólo ha declarado la inconstitucionalidad de las previsiones del apartado B, de la tabla V del anexo, que contiene factores de corrección en los supuestos de incapacidad temporal.

³⁰DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños ...*, op. cit., pág. 128; LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de obligaciones...* op. cit. pág 220; PARRA LUCÁN, M.A.: en *Curso de Derecho civil (II)*, op. cit. pág. 875 y 876 .

2.D.- LA ACCIÓN DIRECTA DEL PERJUDICADO CONTRA EL ASEGURADO

537.- La Ley del Automóvil también presentó la novedad de introducir la acción directa a favor de los terceros perjudicados. La legislación española en 1.962 se colocó en un punto de vanguardia, en orden a la protección de los intereses del perjudicado, al reconocer a favor de la víctima o sus herederos de un derecho propio, la acción directa, que corresponde a la obligación de indemnizar del asegurador o el Fondo Nacional de Garantía - hoy Consorcio de Compensación de Seguros-, ejercitable mediante acción directa ante los Tribunales, y que nace *ex lege*, como consecuencia del hecho dañoso³¹, para la mayoría de los estudiosos del seguro de responsabilidad, se debe única y exclusivamente a la voluntad del legislador, y no al hecho de que al seguro, tenga que acompañarle necesariamente una acción directa por motivos de técnica jurídica derivados de la teoría general del contrato de seguro³².

538.- La acción directa, que se consagró en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 42³³ de la ley del Automóvil, permitió al perjudicado o sus

³¹OLIVENCIA :«La acción directa...», *op.cit.* pág.15.

³²BAILLO Y MORALES-ARCE, *La acción directa...*, *op.cit.* pág. 93. Este autor sigue la tesis que Ruiz-Vadillo expone en «El recurso de casación y la responsabilidad civil del asegurador» Rev. Der. Circ., 1988, setp/oct, nº 5, págs 227 a 232, para quien lo correcto es buscar el fundamento de la acción directa no en el mecanismo de derechos y obligaciones propios del contrato de seguro de responsabilidad civil, sino en la ley, por motivos de equidad que obligan a prescindir del principio de la limitación de los efectos del contrato a los propios contratantes.

³³El artículo 42 de la Ley 122/1962, ha sufrido varias modificaciones, la primera por el Decreto 632/1968, de 21 de marzo por el que se establece el Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor 1.986, pasando aquel artículo a ser el 4º; tras el RDL 1301/1.986, de 28 de Junio se corresponde con el art. 5º que no es sino una recopilación de los anteriores preceptos.

Señala el art. 5 T.R. que « Para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar, el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa hasta el límite obligatorio contra el asegurador del vehículo que ha producido el daño, o en su caso, contra el Consorcio de Compensación de Seguros, sin perjuicio de las demás acciones que le correspondan. El plazo de prescripción de esta acción es de un año a contar desde

herederos el ejercicio de una pretensión contra el asegurador del vehículo causante del daño, hasta el límite del seguro obligatorio, sin perjuicio de las demás acciones^{34 35} que les correspondan. Los artículos 6 y 8 de la LRCS contempla la acción directa acción directa en favor del perjudicado y sus herederos para exigir del asegurador, y en su caso, del Consorcio de Compensación de Seguros, el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes. Se afirma así una línea de continuidad en cuanto a la relación directa perjudicado-asegurador³⁶.

539.- Esta acción directa, esta vinculada, al límite del seguro obligatorio en un doble sentido, cuantitativo y cualitativo; en el primer sentido; la ley establece para el seguro obligatorio un tope cuantitativo de cobertura, de modo que si la deuda indemnizatoria supera estos límites legales, la afrontará el seguro voluntario y en su defecto el patrimonio del

el día en que la misma pudo ejercitarse. Este plazo quedará interrumpido por las mismas causas establecidas en la legislación común.».

La última modificación se corresponde con la Ley 30/1.995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que modifica la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 1.968 que pasa a denominarse Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, la acción directa que consagraba el antiguo art. 5 pasa al actual art. 6º.

³⁴En el art. 1 del Reglamento del Seguro Obligatorio se establecía: Art.1 *Finalidad*.1 «Todo propietario de un vehículo de motor está obligado a suscribir u mantener una póliza de seguro que cubra la responsabilidad civil del conductor del vehículo prevista en el art. 10 de la vigente Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, según redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1301/1986, de 28 de Junio.

³⁵MORILLAS JARILLO, *op.cit.* págs. 24 a 36, el ejercicio de la acción directa contra el asegurador en el ámbito del seguro obligatorio es compatible con el de la acción directa que nace ex art. 76 L.C.S que es de aplicación en el supuesto de los Seguros voluntarios del automóvil; éstos seguros tienen como común denominador además de su conexión con un vehículo de motor el que su contratación sea libre para asegurador y asegurado, no existiendo obligación legal a la hora de contratar. El más habitual es el seguro complementario de responsabilidad civil mediante el cual el asegurador garantiza ,dentro del límite pactado, el pago de las indemnizaciones que excedan de las coberturas fijadas legalmente para el Seguro Obligatorio de Automóviles . Este contrato se regula por la LCS y las condiciones generales y particulares de la póliza y a diferencia del obligatorio el régimen de su responsabilidad es la aquiliana o subjetiva por culpa.

³⁶SOTO NIETO, «Responsabilidad civil directa en el proceso penal de las compañías del seguro de responsabilidad civil, Seguro de suscripción obligatoria. (Art.

responsable³⁷. En cuanto a la limitación cualitativa, si bien es cierto que el seguro obligatorio fue pensado para cubrir tanto los daños corporales como materiales, estableciéndose para ambos supuestos un régimen de responsabilidad civil objetiva atenuada, hay que tener en cuenta que las adversas reacciones y dificultades que suponía la implantación del nuevo sistema determinaron al legislador el promulgar sucesivas disposiciones que fueron aplazando la entrada en vigor de la Ley³⁸ y además se dispuso la suspensión de la entrada en vigor de la norma en lo referente a los daños materiales³⁹. Tras la publicación del Texto Refundido de 1.986, y en virtud de su artículo 1.1, se amplía la cobertura del seguro obligatorio y tanto los daños corporales como los daños materiales son ya objeto de indemnización⁴⁰. De esta forma se cumplía con lo establecido en el artículo 1.1 de la Directiva 84/5/CEE⁴¹. A diferencia de la anterior regulación, ambos tipos de daños se someten a un régimen distinto con respecto a la responsabilidad civil. Respecto a los daños corporales, de acuerdo con el art. 1.2 del mencionado T.R. se mantiene la responsabilidad

117 del Código Penal).» *La Ley*, año XVII, nº 4066, 26 junio 1.996., págs. 1 y 2.

³⁷El tope del seguro obligatorio, que aparecía recogido en el art. 6º del Reglamento de Seguro 1.986, ha sido modificado en varias ocasiones, por el RD 1546/1988, por los RD 1313/1992, de 30 de Octubre y 1559/1992 de 18 de Diciembre y finalmente por la disposición transitoria 12 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, que fija el importe máximo del aseguramiento obligatorio, a partir del 1 de enero de 1.996 en cincuenta y seis millones de pesetas por víctima en los daños personales y de dieciséis millones de pesetas por siniestro en los daños materiales.

³⁸El Decreto Ley 29/1963, de 30 de diciembre, aplazó en un año la entrada en vigor de la Ley que en principio estaba prevista para el 1 de enero de 1.964; a su vez el Decreto 23/1964, de 28 de diciembre señaló una nueva fecha, el 1 de abril de 1.965, para la entrada en vigor de la ley; ésta nuevamente se vio aplazada por el Decreto Ley 4/1965, de 22 de marzo que definitivamente fijó la entrada en vigor de la ley para el 1 de Junio de 1.965.

³⁹GARRIGUES, *op.cit.* pág.411, Esta limitación se estableció en el Decreto-Ley 4/1.965, de 22 de marzo de 1.965, por el que se establece la aplicación gradual de la Ley 122/1962.

⁴⁰Art. 1.1. del Texto Refundido de 1.986:«El conductor de un vehículo de motor que con motivo de la circulación cause daños corporales o materiales, estará obligado a repararlos conforme a lo establecido en la presente Ley».

⁴¹Art.1.1. de la Directiva 84/5/CEE: «El seguro contemplado en el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 72/1166/CEE cubrirá obligatoriamente los daños materiales y los daños corporales»

civil objetiva atenuada⁴². Con respecto a los daños materiales se aplicará el criterio subjetivo de la responsabilidad por culpa⁴³, según se deduce del art.1.3.

540.- La equiparación, buscada por la Ley, entre la responsabilidad del asegurador frente al tercero perjudicado a la que tiene el conductor-asegurado frente a ese mismo tercero, teniendo que constreñirse al límite del seguro, presenta el inconveniente de que lo que se ganó en fortalecimiento del derecho de crédito del tercero, se perdió en su contenido económico; es decir, mediante una limitación cuantitativa de las indemnizaciones a sumas insuficientes⁴⁴.

2.E.- EL RÉGIMEN DE LAS EXCEPCIONES OPONIBLES.

541.- El artículo 43 concretó la obligación del asegurador, reiterando que se constreñía al límite del seguro, y añadiendo que el asegurador «sólo quedará exento de esa obligación si prueba que el hecho no da lugar a la existencia de responsabilidad civil conforme al artículo 39, sin que en ningún caso pueda oponer al perjudicado o sus herederos las excepciones que le asistan contra el asegurado o contra un tercero⁴⁵. De esta forma se

⁴²Según SANTOS BRIZ, J.:«Indemnización de daños personales y el baremo de la nueva ley de seguros» , *La Ley*, año XVI,nº 3923, dic.1.995, pág.2, el carácter de responsabilidad objetiva atenuada lo pone de relieve el art. 1 del RDL de 28 de junio de 1.986, al señalar que la responsabilidad para el conductor de un vehículo de motor quedará solamente excluida cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo.

⁴³MORILLAS JARILLO, M^a.J.: *El seguro del automóvil: El aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil automovilística*, Barcelona, 1.992, págs. 418 a 419.

⁴⁴SÁNCHEZ CALERO: «Los derechos del tercero perjudicado frente al asegurador de automóviles.», en el vol. *Los seguros de vida del automóvil*, Madrid, 1973, págs. 320 y ss.

⁴⁵Vid. SOTO NIETO: *La responsabilidad civil en el accidente automovilístico. Responsabilidad objetiva*, 2ª ed., Madrid, 1972; MARTÍN GRANIZO: *Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español*, Pamplona, 1972; Rogel Vide:

quiso establecer una autonomía (o inmunidad») entre el derecho del tercero perjudicado frente al asegurador con relación al derecho del asegurado contra ese asegurador. El fortalecimiento del derecho del perjudicado frente al asegurador se produjo no sólo mediante la independencia de ese derecho con relación al que deriva del contrato a favor del asegurado frente al asegurador, sino también mediante la estimación de que el derecho que tiene el tercero frente al asegurador es equivalente al que posee ese tercero frente al asegurador-conductor.

542.- Además, el asegurador podía oponer frente al perjudicado que ejercitaba la acción directa otros hechos que afectan a la propia cobertura del seguro (inexistencia del contrato, bien por nulidad inicial o por extinción del mismo, que el hecho que origina la responsabilidad está fuera de la cobertura del seguro, etc.)⁴⁶.

2.F.- EL DERECHO DE REPETICIÓN

543.- Por otro lado, en defensa del propio asegurador, y como contrapeso a la amplia tutela otorgada al tercero perjudicado, se concedió a aquél un derecho de repetición contra el asegurado por el artículo 44 de la Ley del Automóvil (6 del TR), tanto en los supuestos en los que la responsabilidad del asegurado estuviera basada en una conducta que entrañe la condena por ciertos delitos y también en ciertos casos de pago indebido (véase art. 30 del Reglamento)⁴⁷.

La responsabilidad civil extracontractual. Madrid, 1977; SANTOS BRIZ: *La responsabilidad civil*, Madrid, 1981; DE ANGEL: *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993.

⁴⁶SÁNCHEZ CALERO: «Los derechos del tercero perjudicado...*op.cit.* pág.329-332.

⁴⁷Vid., DUQUE:« Algunas consideraciones sobre el derecho de repetición del asegurador en el seguro obligatorio de responsabilidad civil por el uso y circulación de vehículos de motor», en *An. Univ. La Laguna*, 1964 (separata). cit. por SÁNCHEZ CALERO, *op.cit.*, pág.626.

2.G.- EL FONDO DE GARANTÍA

544.- El sistema legal, como ya habíamos referido, se completó con la creación del Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación⁴⁸ (art. 45⁴⁹). En la actualidad ha sido sustituido por el Consorcio de Compensación de Seguros, que responderá cuando los daños corporales o materiales se produzcan por un vehículo que no estaba asegurado o que estando asegurado haya sido robado, salvo de los daños ocasionados a los ocupantes del mismo si el asegurador probase que conocían tales circunstancias⁵⁰.

Establece el artículo 6º que: «El asegurador dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes, el cual, o sus herederos , tendrán acción directa para exigirlo» y que «únicamente quedará exonerado de esta obligación si prueba que el hecho no da lugar a exigencia de responsabilidad civil conforme al art. 1 de la presente ley»

3.- LOS SEGUROS DE ACCIDENTES DE TRABAJO.

545.- La primera evolución en nuestro ordenamiento, en materia de

⁴⁸Según REGLERO CAMPOS, «La intervención del Consorcio de Compensación de Seguros en el ámbito de los accidentes de circulación», *Aranzadi civil*, 1.994-1, págs. XCVII y ss. El Consorcio de Compensación de Seguros desaparece en virtud del RD 2878/1.981, siendo asumidas sus funciones por otro Organismo autónomo del Estado, el Consorcio de Compensación de Seguros, creado la Ley de 16 de Diciembre de 1.954, a la que se incorporó una nueva sección: «Riesgos de la circulación».

⁴⁹« para cubrir la responsabilidad civil de los conductores de vehículos de motor derivada de hechos que hayan producido muerte, incapacidades o lesiones en los casos en que el vehículo o el conductor causante de aquéllos sean desconocidos o en que siendo conocidos, aquél no esté asegurado y, en general, cuando no se produzca la asistencia o indemnización por los medios previstos en los artículos anteriores ».

seguros, hacia el otorgamiento a la víctima de un derecho propio frente al asegurador lo encontramos en materia de seguros de accidentes del trabajo⁵¹. Es a principios de siglo XX cuando en la memoria sobre la reforma general de la Ley de Accidentes del Trabajo de 1900, presentada por el Instituto de Reformas Sociales, se recoge una clasificación de los ordenamientos vigentes en el Derecho comparado, en la que se contraponen los sistemas que no se preocupan de garantizar la víctima frente la posible insolvencia del empresario, y aquellos que establecen el principio del seguro obligatorio⁵².

546.- En un primer momento, para la protección del trabajador, con el establecimiento de los principios sociales del riesgo profesional, los empresarios acuden a la técnica del seguro privado de responsabilidad civil para cubrir el riesgo de la obligación de indemnizar a sus trabajadores. En esta primera etapa predomina el carácter egoísta del seguro e impera el sistema clásico de relaciones.

547.- En una segunda, fase comienza a superarse la consideración exclusiva del interés del patrón y a ser sustituida progresivamente por la de una mayor protección de los intereses del accidentado; esta etapa viene caracterizada por el establecimiento de especiales relaciones entre víctima y asegurador, a través de distintos mecanismos jurídicos.

548.- Finalmente, la evolución se cierra con la aparición del seguro obligatorio, con predominio absoluto del interés del trabajador y a cargo de la empresa.

⁵⁰LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de obligaciones...op. cit.* pág 220.

⁵¹OLIVENCIA :«La acción directa...», *op.cit.*pág.11 .

⁵²*Vid.* Instituto de Reformas Sociales.-Sección Primera, Proyecto de Reforma de la Ley de Accidentes del Trabajo de 30 de enero de 1900. Madrid, 1908, pág. 92, citado

En el plano legislativo, la Ley de 30 de enero de 1900 estableció el principio del riesgo profesional a cargo del patrono y autorizó a los empresarios a "sustituir su obligación" por un seguro hecho a su costa en cabeza del obrero de que se trate (arts. 2º y 12º). La Ley dejaba abierta la vía de la técnica de la sustitución de la persona del deudor así como a la del contrato a favor de tercero⁵³. Por cualquiera de esos caminos se llegaba al resultado de la protección de la víctima frente a la insolvencia del patrón.

En este punto, el art. 25 de la Ley de 10 de enero de 1922 introdujo una importante novedad: «Los patronos podrán sustituir sus obligaciones por un seguro hecho a su costa en favor del obrero. No obstante, el obrero y sus causahabientes podrán ejercitar sus acciones directamente contra el patrón». Este último inciso se introdujo bajo la consideración de que la obligación de indemnizar corresponde, por norma de Ley, al patrono, responsable del riesgo profesional, y que la sustitución en la persona del deudor no puede hacerse sin consentimiento del acreedor⁵⁴. La obligación

en Olivencia :«La acción directa...», *op. cit.* pág.11.

⁵³Nos dice OLIVENCIA, :«La acción directa...», *op.cit.*pág.12, que la jurisprudencia distinguió entre el supuesto de seguro en "cabeza" del obrero, contemplado en la norma, y el de seguro de daño económico causado por la satisfacción de las indemnizaciones debidas por accidente de trabajo. Sólo en el caso primero opera la "sustitución o subrogación" (empleando la misma defectuosa y confusa terminología de nuestros Tribunales) de la Compañía. Así, las sentencias de 30 de agosto y 12 de octubre de 1905. La cualidad de responsable de la indemnización se ve reconocida por la Compañía "sustituida subrogada" en la posición del patrono por numerosas sentencias, como las de 25 de agosto y 5 de octubre de 1904, 27 de febrero de 1905, 21 de octubre de 1914, 11 de agosto de 1915, 22 de marzo de 1916, 6 de noviembre de 1917 y 15 de noviembre de 1918.

Una extraña doctrina es establecida en las sentencias de 28 de febrero de 1906 y 29 de abril de 1911, que consideran operada la sustitución. no en las relaciones patrono-asegurador, sino en las de patrono obrero, entendiéndose así que la sustitución opera como una cesión de créditos y no como una asunción de deudas.

Es preocupación jurisprudencial deslindar las obligaciones propias del patrono y del asegurador, rechazando la consideración de existir entre ellos lazos de mancomunidad o solidaridad (vid. sentencia de 5 de febrero de 1915).

⁵⁴Según OLIVENCIA, :«La acción directa...», ya bajo el imperio de la Ley de 30 de enero de 1900 la jurisprudencia había establecido la posibilidad del obrero de ignorar la sustitución y dirigirse contra el patrono, en las sentencias de 6 de marzo y 3 de julio de 1905, 28 de febrero de 1815 y 11 de junio de 1917. El carácter de responsable de la

del asegurador es de carácter principal, no subsidiario: Sentencias de 28 de noviembre de 1931 y 2 de enero de 1933.

549.- La Ley de 4 de octubre de 1932 y su Reglamento de 31 de enero de 1933, bajo el régimen de seguro obligatorio, establecen la posibilidad de que el obrero ejercite directamente sus acciones contra el patrono, pese a la existencia del seguro, e imponen la necesidad de que, al accionar contra el asegurador, se demande también al patrono. Predomina, pues, en esta legislación la tutela de la víctima por la técnica de hacer del seguro un mecanismo de sustitución de la persona del deudor en la obligación de indemnizar. Por eso pasa a primer plano la relación víctima-asegurador y se convierte en pura salvedad lo que es regla específica en el régimen del seguro de responsabilidad civil: la relación directa víctima-asegurado⁵⁵.

La legislación de Accidentes de Trabajo texto refundido de 1956, conservaba en sus rasgos fundamentales los principios de la Ley de 1932, seguro obligatorio y relaciones directas entre la víctima y el asegurado⁵⁶. Sin embargo tras la aparición de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 y el Texto refundido de la misma de 2º de junio de 1994, ya no es posible hablar del contrato de seguro en accidentes de trabajo, ni tan siquiera de póliza puesto que esta no existe⁵⁷.

Compañía aseguradora en virtud de la sustitución se ve reconocido por las sentencias de 26 de septiembre de 1922, 1 de agosto de 1925, 27 de abril de 1926, 13 de junio de 1927 y 13 de junio de 1932.

⁵⁵Así se establece la responsabilidad directa y principal del asegurador en las sentencias de 17 de octubre de 1952 y 20 de junio de 1956, citado en OLIVENCIA :«La acción directa...», *op.cit.*pág.13.

⁵⁶La coincidencia de régimen permite aplicar la doctrina jurisprudencial creada bajo anterior situación legal, como por ejemplo las SSTS de 20 de junio de 1956 y 12 de diciembre de 1958 que establecen claramente la responsabilidad directa de los aseguradores. Vid. OLIVENCIA, :«La acción directa...», *op.cit.*pág.13.

⁵⁷FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.: «El accidente de trabajo y el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil del automóvil », en *Coloquios sobre la responsabilidad civil del automóvil*, Madrid, 1995, pág. 356.

4.- LA ACCIÓN DIRECTA DE LA LEY DE ENERGÍA NUCLEAR⁵⁸.

550.- El art 45.1 de la Ley 25/1964, de 29 de Abril, reguladora de la energía nuclear, establece la responsabilidad del explotador de una instalación nuclear, o de cualquier otra instalación que produzca o trabaje con materiales radiactivos o que cuente con dispositivos que puedan producir radiaciones ionizantes. Esta responsabilidad es de carácter objetivo y estará limitada en su cuantía hasta el límite de cobertura que se señala en la Ley⁵⁹.

551.- Del tenor literal del precepto se deduce la existencia de toda una serie de daños que quedarán excluidos y por lo tanto no darán lugar a indemnización⁶⁰:

1º.- Los daños debidos a accidentes nucleares que provengan directamente de conflicto armado, hostilidades, guerra civil, insurrección o catástrofe natural de carácter excepcional.

2º.- Los daños nucleares que resultaren de la aplicación de sustancias radiactivas a personas sometidas a tratamiento terapéutico.

3º.-Los daños que padecieren en sus personas los empleados o dependientes del explotador, calificados de accidente de trabajo o enfermedad profesional, con arreglo a los arts. 84 y 85 del texto articulado de la Seguridad Social.

4º.-Los daños ocasionados en la propia instalación nuclear o en los

⁵⁸Vid. BONET RAMON y BONET BONET, «Responsabilidad civil nuclear», en *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, Pamplona. 1969, págs. 51-56.

⁵⁹DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños ...*, op. cit., págs. 136 y 137; PARRA LUCÁN, M.A.: en *Curso de Derecho civil (II)*, op. cit., pág. 880; YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad...*, op. cit., pág. 224.

⁶⁰LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de obligaciones...*op. cit. pág 223.Según este autor estos daños no indemnizables se regirán por las disposiciones de Derecho común o especial que les fueran aplicables según se deduce de los arts. 4º y 5º del Reglamento

dispositivos que produzcan radiaciones ionizantes como consecuencia del accidente en los medios de transporte, y en general en los elementos patrimoniales, cualquiera que sea su titular al servicio del explotador o de la instalación.

552.- El seguro obligatorio de responsabilidad civil por daños nucleares, regulado por el Decreto 2.177/1967 de 22 de julio, en aplicación de la Ley de Energía Nuclear de 29 de abril de 1964 se ha inspirado en el seguro obligatorio de automóviles⁶¹. Esta responsabilidad se personifica en el explotador de una instalación nuclear o de cualquier otra instalación que produzca o trabaje con materiales radioactivos o que cuente con dispositivos que puedan producir radiaciones ionizantes⁶².

553.- La acción para reclamar indemnización por daños nucleares corresponderá al propio perjudicado o a sus causahabientes, ya la ejerciten personalmente, ya por representación legal o voluntaria. También podrán promoverla los terceros legitimados en virtud de cesión o subrogación en los derechos del perjudicado (art. 29 Rgto.).

La acción puede dirigirse contra al asegurador, puesto que según el art. 40 del Reglamento queda obligado en virtud de la póliza de seguro de riesgos nucleares, frente al perjudicado y sus causahabientes en los mismos casos y términos en que lo estuviera el explotador⁶³. En consecuencia nos encontramos ante una acción directa.

554.- La ley distingue entre daño inmediato y daño diferido acción, según que el mismo se produzca, advierta o se conozca al responsable dentro del

sobre cobertura de riesgos nucleares aprobado por D. de 22 de julio de 1967.

⁶¹SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios...*, *op.cit.*, pág.626 y Ley de contrato de seguro...*op. cit.*, pág.1215.

⁶²GARRIGUES, *op.cit.* pág.452.

plazo de diez años. La acción para reclamar la indemnización se extingue en el plazo de diez años, siempre que se reclamen indemnizaciones por daños inmediatos, y de veinte si los daños son diferidos, de acuerdo con lo establecido en el art. 67 de la Ley y 30 del Reglamento.

555.- El régimen de las excepciones oponibles por el asegurador al tercero es, en buena parte, similar al enunciado en el supuesto del seguro obligatorio de automóviles⁶⁴. Aparecen, sin embargo, algunas diferencias: 1ª. Existe con carácter general una franquicia del 5 por 100 de las indemnizaciones, según el artículo 63 de la Ley (véase art. 51 del Reglamento). 2ª El tercero no puede demandar aisladamente al asegurador, sino que ha de dirigirse conjuntamente contra el explotador que considere responsable (art. 65 de la Ley); 3ª La acción directa contra el asegurador sólo puede ejercitarse a través del procedimiento ordinario (artículos 65 y 66 de la Ley); 4ª El plazo de prescripción de la acción es más amplio (diez o veinte años, según los casos, art. 67 de la Ley)⁶⁵.

5.- LEY 1/1970, DE 4 DE ABRIL DE CAZA.

556.- El art. 33.5 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza, establece la obligación de todo cazador de indemnizar los daños causados con motivo del ejercicio de la caza, excepto los debidos únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor⁶⁶. Es decir que se establece un régimen de responsabilidad objetiva⁶⁷. El art. 52 impone el Seguro obligatorio y la disposición adicional autoriza al Ministerio de Hacienda

⁶³LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de obligaciones...op. cit.* pág 224.

⁶⁴SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios al Código de Comercio...op.cit.*pág.627.

⁶⁵Vid. GARRIGUES, *El contrato de seguro... op.cit.*págs. 449 y ss.

⁶⁶Este seguro obligatorio se vio fuertemente influenciado por el régimen del seguro obligatorio de automóviles. Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de seguro ...op. cit.* pág.1215.

⁶⁷DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños ..., op. cit.*, pág. 139.

para acordar la Constitución de un Fondo de Garantía⁶⁸.

557.- Para garantizar la indemnización que proceda en cada caso, el artículo 1,2 del Reglamento del seguro de responsabilidad civil del cazador, de suscripción obligatoria, de 21 de enero de 1994, establece la obligatoriedad del seguro para todo cazador con armas durante la acción de cazar. Asimismo se condiciona la obtención de la licencia de caza a la previa celebración de este contrato de seguro⁶⁹. Este seguro sólo incluye los daños personales, en consecuencia quedan excluidos los daños materiales⁷⁰.

558.- En caso de que no se pueda identificar al autor del daño se impone tanto en la ley como en el Reglamento del Seguro de responsabilidad civil del cazador, la responsabilidad solidaria de los aseguradores de los miembros de dicha partida⁷¹.

6.- LA ACCIÓN DIRECTA EN LA NAVEGACIÓN AÉREA.

559.- En la Ley 48/1960, de 21 de Julio, sobre normas reguladoras de la navegación aérea, aparece recogida de forma implícita una acción directa, que queda circunscrita a los supuestos de seguro obligatorio. El ámbito objetivo de la ley se refiere a los daños causados a las personas o las cosas que se encuentren en la superficie terrestre por la acción de la aeronave, en vuelo o en tierra, o por cuanto de ella se desprenda o arroje (art. 119).

⁶⁸Por encima del límite del seguro obligatorio o para el daño a las cosas, la indemnización debe exigirse conforme a las reglas generales de los Códigos civil y penal. PARRA LUCÁN, M.A.: en AAVV, *Curso de Derecho civil (II)*, ...*op. cit.* pág. 887.

⁶⁹LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de obligaciones...**op. cit.* pág 224.

⁷⁰Si que están contemplados los daños materiales cuando estos están causados por las piezas de caza, cuando estas provienen de aprovechamientos cinegéticos que se encuentran acotados (art. 33 de la ley), lo que supone que en los demás casos habría que aplicar lo dispuesto en el art. 1906 Código civil. Vid. DíEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños ...*, *op. cit.*, pág.138.

En los artículos 115 y siguientes se establece un sistema de responsabilidad objetiva; en este precepto en se delimita el concepto de daño con respecto a los viajeros y las mercancías. La responsabilidad del porteador se regula en forma conjunta para el transporte de personas y de cosas⁷². El artículo 120 establece que la responsabilidad del transportista será objetiva y estará limitada en su cuantía hasta el límite de responsabilidad que señale la propia ley, por todos los daños que sean producidos con ocasión de la navegación o viaje; y que el importe de esta responsabilidad se limita, de forma que el porteador no indemniza todo el daño causado, sino sólo una parte tasada, a menos que el porteador o sus empleados los hubieran causado por dolo o culpa grave⁷³ (art. 121).

7.- LOS SEGUROS OBLIGATORIOS DE LA LOE

560.- El artículo 19 LOE establece la obligatoriedad de asegurar los daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción. La duración de los seguros contemplados en ese precepto, están en consonancia con los distintos plazos señalados en el artículo 17.1 LOE para los diferentes responsabilidades allí contempladas. Así pues los seguros tendrán carácter anual, trienal y decenal.

a) El seguro anual para garantizar los daños materiales por vicios o defectos que afecten a elementos de terminación o acabado.

b) El seguro trienal, en garantía del resarcimiento de los daños causados por vicios o defectos en los elementos constructivos o de las

⁷¹LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de obligaciones...op. cit.* pág 225.

⁷²Según YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad..., op. cit.*,pág. 223, se aplica tanto a las personas que sean pasajeros como a las terceras personas, es decir que contempla tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual.

⁷³En el caso de que los daños superen el máximo legalmente establecido, se aplicarán las normas propias de la responsabilidad por culpa. YZQUIERDO TOLSADA,

instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad.

c) El seguro decenal recae en garantía del resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación , los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

561.- En los tres supuestos mencionados la ley establece la posibilidad de que el seguro concertado sea de daños o de caución.

562.- En el caso de los seguros de daños, como en todos los seguros de cosas, coinciden las figuras de tomador y asegurado, sin embargo en el seguro de daños tal como se prevé en el artículo 19 LOE se contemplan dos posibilidades: que el seguro se contrate en nombre propio, coincidiendo tomador y asegurado o que se contrate el seguro por cuenta ajena , en el que dichas condiciones recaigan en sujetos distintos⁷⁴ . En el cualquiera de estos supuestos los sucesivos adquirentes de la vivienda asegurada tendrán la condición de parte de un contrato de seguro, con lo cual no se reproduce el esquema de la acción directa, que exige la concurrencia de tres sujetos distintos.

ibidem nota anterior pág. 223.

⁷⁴Vid. BOLDÓ RODA, M.C.: «Comentario al artículo 19», *Comentarios a la ley de ordenación de la edificación: régimen jurídico y técnico*, Madrid, 2000 , págs.. 139 y 140.

563.- El seguro de caución, contemplado en el artículo 68 de la LCS¹, tampoco supone que el adquirente o subadquirente de vivienda sea un tercero con respecto a la compañía aseguradora como sucede en los seguros de responsabilidad civil, por lo tanto tampoco podremos hablar de acción directa en favor de perjudicado².

564.- En consecuencia solamente en los seguros obligatorios de responsabilidad civil, se reproduce el esquema propio de la acción directa: una situación jurídica triangular, de la que forman partes tres sujetos, uno de los cuales está unido por una relación jurídica de responsabilidad extracontractual contra el causante del daño, lo que a su vez da lugar al nacimiento de un derecho propio, que haciendo abstracción del principio de relatividad, le permite dirigirse contra la compañía de seguros que solamente ha contratado con el asegurado.

No todo seguro obligatorio comporta una acción directa, sino únicamente los de responsabilidad civil.

¹El art 68 LCS establece que: «Por el seguro de caución, el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato ».

²SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil. Temas actuales, op. cit.*, pág.478, cita la STS de 25 de enero de 1995, que declara que el art. 76 de la LCS resulta únicamente aplicable a los seguros de responsabilidad civil, sin que pueda ser objeto de aplicación analógica a los seguros de caución..

SEGUNDA PARTE

Naturaleza y régimen jurídico de la acción directa

Capítulo XIII

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DIRECTA

SUMARIO.- 1.- LOS OBSTÁCULOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA FIGURA. 1. A.- EL EFECTO RELATIVO DE LOS CONTRATOS. 1.A.1.- Orígenes de la figura. 1.A.2.- Fundamento del efecto relativo de los contratos. 1.A.3.- Significado de la eficacia relativa del contrato. 1.A.4.- La crisis del principio de relatividad. 1.A.5.- Los efectos del contrato. 1.A.5.A.- La eficacia directa. 1.A.5.A.1.- El concepto de parte: herederos y causahabientes. 1.A.5.A.2.- Los terceros. 1.A.5.B.- La eficacia indirecta o refleja: la oponibilidad del contrato. 1.A.5.C.- Admisión de la existencia de algunos efectos para los terceros. 1. B.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS ACREEDORES. 2.- LA NECESIDAD DE UNA NUEVA TEORÍA SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DIRECTA. 3.- EL ANÁLISIS CLÁSICO DE LA ACCIÓN DIRECTA. 3.A.-LA CONSECUENCIA DE OTRO MECANISMO. 3.A.1.- Los mecanismos subjetivos. 3.A.1.1.- La estipulación por otro. 3.A.1.2.- La cesión de créditos. 3.A.1.3.- El mandato. 3.A.1.4.- La delegación. 3.A.1.5.- La subrogación personal. 3.A.1.6.- La gestión de negocios. 3.A.2.- Los mecanismos objetivos. 3.A.2.1.- La noción de accesorio. 3.A.2.2.- La subrogación real. 3.B.-LA SUSTITUCIÓN POR OTRO MECANISMO 3.B.1.- El privilegio. 3.B.2.- El enriquecimiento sin causa. 4.- EL ANÁLISIS CONTEMPORÁNEO. 4.A.- LA CRÍTICA DE LA TEORÍA DE LOS GRUPOS DE CONTRATOS. 4.A.1.- Un fundamento contestable. 4.A.2.- Los grupos de contratos deforman las nociones de causa y objeto. 4.A.3.- Los grupos de contratos desconocen el principio de la relatividad. 4.A.4.- Un alcance incierto. 4.A.5.- Los grupos contractuales tienen un valor meramente descriptivo. 4.A.6.- Los grupos de contratos no disponen de régimen jurídico. 4.B.- LA TEORÍA DE LA ACCIÓN DIRECTA COMO MECANISMO CORRECTOR DEL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD CONTRACTUAL. 4.B.1.- Un mecanismo corrector del principio de la relatividad de las convenciones 4.B.1.a.- La tesis de Demolombe. 4.B.1.b.- La tesis de Labbé. 4.B.1.c.- Incremento del valor del patrimonio y conexión de las obligaciones. 4.B.1.d.- Destino indemnizador y conexitud de las obligaciones. 4.B.1.e.- La acción directa como expresión técnica del principio de justicia conmutativa. 4.B.1.f.- Acción directa y grupos de contratos. 4.B.2.- Las aplicaciones residuales de la acción directa. 4.C.-LA REELABORACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS GRUPOS DE CONTRATOS. 4.C.1.- Rechazo parcial de la teoría de la unidad de culpa civil. 4.C.2.- Clases de grupos de contratos: homogéneos y heterogéneos. 4.C.3.- Ventajas de la noción de grupo contractual 4.C.4.- El principio de relatividad contractual y los grupos de contratos

1. LOS OBSTÁCULOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA FIGURA.

565.- El principio de relatividad contractual ha sido el principal obstáculo contra el que han tenido que luchar los defensores de la teoría de la acción directa; la historia de la acción directa, en realidad, no es sino la de la continua búsqueda de una justificación para sortear el efecto relativo de los contratos. En consecuencia, hay que fijar el significado y alcance del principio «*res inter alios*», para determinar si las acciones directas constituyen excepciones al mismo, tal como ha venido afirmando tradicionalmente la doctrina mayoritaria, o si por el contrario éstas constituyen mecanismos correctores de aquel principio¹.

1.A.- EL EFECTO RELATIVO DE LOS CONTRATOS

1.A.1.- Orígenes de la figura.

566.- El Derecho Romano, ya recoge el principio de la relatividad contractual, en el Código de Justiniano (7,60), donde aparece consagrado a través de la máxima «*res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest*»². Nuestro Derecho antiguo también lo recoge en las Partidas³ y en el Fuero Real⁴. Sin embargo, la actual

¹En la doctrina son partidarios de replantear el principio de relatividad contractual como consecuencia del fenómeno de la imbricación de contratos: PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, op. cit., págs.115 y ss; y LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...*, op. cit., págs.268 a 270.

²DIEZ-PICAZO, L.: «Comentario del art. 1257» en *Comentario del Código Civil*. T.,II, Madrid, 1.991, pág. 433 y ss..

³GARCÍA GOYENA, (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t.III, Madrid. 1852 (reimp. Barcelona, 1973), pág. 7) ubica el efecto relativo de la convenciones en la Partida 5º, tit. V, ley 26; tit. VIII, ley 2ª y tit. XI, leyes 1ª, 7ª y 10ª.

⁴SCAEVOLA, Q.M.: *Código Civil comentado*, t.XX, 1ª ed. 1904, pág. 530, sitúa este principio en el libro I, título XI, ley 3ª, del Fuero Real..

redacción de este principio, tal como aparece formulado en el artículo 1.257 del Código civil, no se debe a nuestra tradición histórica sino que tiene su antecedente en el artículo 1165 del Código napoleónico⁵; de donde pasó, como otras tantas instituciones, al Proyecto de Código de 1851, de cuyo artículo 977⁶ deriva el actual artículo 1257⁷ del Código civil, cuya redacción ha llegado inalterada hasta nuestros días.

1.A.2- Fundamento del efecto relativo de los contratos

567.- La doctrina mayoritaria fundamenta el principio «*res inter alios*» en la voluntad de los contratantes⁸, ésta constituye su fundamento mediato y, por

⁵ «Les conventions n'ont effet qu'entre les parties contractantes, elle ne misent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu para l'article 1.121»

⁶El art. 977 del Proyecto de Código dice que: «Los contratos sólo producen efecto respecto de las partes entre quienes se otorgan.

Sin embargo, si en el contrato se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiere aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada ».

⁷Establece el art. 1257-1 que: «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que procedan del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley ».

⁸DIEZ-PICAZO, L.: «Comentario del art. 1257», *op. cit.*, pág.433, estima que: El contrato es un acto de ejercicio del poder de la autonomía privada de la voluntad, de manera que si desplegase su eficacia respecto de terceros constituiría lo contrario, es decir heteroeficacia; todo ello porque la regla de la relatividad es una derivación del mismo concepto de contrato, y en consecuencia quienes se obligan y adquieren derechos como consecuencia de él son los contratantes.

En parecidos términos LACRUZ (*Elementos de Derecho civil*,II-2,Barcelona, 1.987, pág. 319) dice que: « el efecto vinculante se produce por *voluntad de las partes*, puesto que esto distingue al contrato del mero acto jurídico, si bien la fuerza obligatoria se impone por dos razones: una moral, el respeto a la palabra dada, la buena fe y, en su caso, la equidad que exige corresponder a la prestación de la otra parte; otra de orden económico, puesto que es indispensable un clima de seguridad en el cumplimiento de las transacciones y promesas para la existencia del crédito».

También estiman que este principio descansa en la principio de la autonomía de la voluntad: RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I.: *El principio de relatividad...*, *op. cit.*, págs. 31 a 36;

tanto, ambos deben ir en íntima conexión⁹. Desde este punto de vista, sólo la ley puede establecer excepciones al principio de relatividad haciendo derivar efectos a personas ajenas al contrato, ya que su consentimiento no contribuyó a la formación del mismo¹⁰.

568.- Otro sector doctrinal conecta el principio de relatividad contractual con la denominada eficacia normativa del contrato¹¹; de modo, que el artículo 1.257 es un complemento del art. 1.091, puesto que traza sus fronteras al eliminar el efecto vinculante frente a terceros, así como al modalizar el producido entre las partes¹². El rango de ley que el art. 1.091 atribuye al contrato se constriñe exclusivamente a las partes contratantes o, en su defecto, a sus herederos, de tal suerte que no puede afectar lo estipulado en un contrato a quien no intervino en su otorgamiento, y por ello los derechos y obligaciones que han de ser declarados en todo pleito promovido para el cumplimiento de un contrato sólo han de afectar a los litigantes conforme a las relaciones jurídicas contraídas entre ellos¹³.

569.- Finalmente un sector doctrinal, minoritario, al que nos adherimos, niega que el principio del efecto relativo sea exclusivamente consecuencia de la voluntad,

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: en *Curso de Derecho civil (II). Derecho de Obligaciones* (Coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Madrid, 2000, pag 403.;

⁹RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I.: *El principio de relatividad...*, *op. cit.*, pág. 31.

¹⁰RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad ...*, *op. cit.*, pág. 36; MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: en AAVV: *Curso de Derecho civil (II)*, ..., *op. cit.*, pág. 403.

¹¹LACRUZ BERDEJO, J.: *Elementos de Derecho civil ...*, *op. cit.*, pág. 320; PUIG BRUTAU, J.- *Fundamentos de Derecho Civil*, II, vol.2º, Barcelona, 1.986, pág. 246.; DE COSSIO Y CORRAL: *Instituciones de derecho civil, Tomo I: Parte General. Obligaciones y contratos.* (rev. De Cossio y Martínez y León-Castro Alonso); Madrid, 1991, pág. 413; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, t.I. 5ª ed, Madrid, 1996. pág. 126.

¹²LACRUZ BERDEJO, J.: *Elementos de Derecho civil ...*, *op. cit.*, pág. 320; PUIG BRUTAU, J.- *Fundamentos de Derecho Civil*, II, vol.2º, Barcelona, 1.986, pág. 246.

¹³En este sentido la STS de 6 febrero 1.981.

esta concepción permitirá ampliar el concepto de parte más allá de los que prestaron su consentimiento¹⁴.

1.A.3.- Significado de la eficacia relativa del contrato.

570.- El *principio de la eficacia relativa del contrato*, tal como aparece contemplado en el art. 1.257, ha sido uno de los pilares en los que, tradicionalmente, se ha sustentado la dogmática de la teoría general del contrato¹⁵, y lo ha hecho en un doble sentido:

571.- En primer lugar como *fuerza de obligaciones y derechos*, significa que quienes se obligan en virtud del contrato y quienes adquieren derechos como consecuencia de él, son única y exclusivamente las partes contratantes y sus sucesores; sólo estos pueden asumir la posición jurídica de deudor y acreedor, quedando excluidos quienes no han concurrido a la formación de la voluntad negocial¹⁶

572.- Finalmente el efecto relativo se contempla como una *característica de los derechos de crédito*, tengan o no su origen en un contrato, mientras que el carácter absoluto o *erga omnes*, es propio de los derechos reales¹⁷.

¹⁴GHESTIN, J.: *Traité du Droit civil. Les obligations, les effets du contrat*, Paris 1992. págs. 541 y 542 .

¹⁵GONZÁLEZ PACANOWSKA,I.: «Comentario del art. 1257 » en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. ALBALADEJO), t.XVII, vol 2º, pág 325

¹⁶CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*,T. III, Madrid, 1986, ed.14ª, pág. 632; GONZÁLEZ PACANOWSKA,I.: «Comentario del art. 1257», *op. cit.*, pág.325.

¹⁷GONZÁLEZ PACANOWSKA,I.: «Comentario del art. 1257 ..., *op. cit.*, pág.325.

1.A.4.- La crisis del principio de relatividad.

573.- Esta regla, que durante muchos años ha tenido la condición de dogma, ha empezado a ser cuestionada en diferentes ámbitos:

En primer lugar, por la doctrina¹⁸, que ha utilizado los siguientes argumentos: la quiebra del dogma por exigencias de equidad; la relajación del principio¹⁹ y, finalmente, se habla de una relativización del sentido de la regla *res inter alios acta*²⁰.

574.- En segundo lugar, también ha sido cuestionada por la propia *jurisprudencia*, que en los últimos tiempos viene matizando el sentido de la regla «*res inter alios*»²¹. En ocasiones, se observa en la jurisprudencia una posición favorable a la comunicación de derechos del contratante, cuando una de las partes se relaciona con un tercero ajeno al contrato y, según la buena fe, la otra parte debe de tener la posibilidad de servirse de los derechos contractuales así adquiridos²². Asimismo,

¹⁸DE ANGEL YÁGÜEZ, R.: *Los contratos derivados del contrato de obra*. Madrid, 1.969, págs. 41 y 42.

¹⁹GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: en «Comentario del art. 1257...*op. cit.*, pág. 325

²⁰LACRUZ BERDEJO, J.: *Elementos de Derecho civil*, II-2, Barcelona, 1.987, pág.321; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, ..., op. cit.*, pág. 632, dice que : «hay casos en que el contrato no surte efecto para los herederos, y otros en que los produce aún para terceros que no concurrieron al mismo»

²¹La STS de 7 diciembre 1973, dice que el principio de relatividad: «lejos de tener carácter absoluto presenta una serie de excepciones, entre las que destacan las consignadas en los arts. 480, 1.164, 1.176 y 1.597, y las establecidas en otros cuerpos legales como son el art. 4º de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de motor; y las normas sobre Convenios Colectivos, que los reputan obligatoriamente, incluso para quienes no los concertaron ni intervinieron en su elaboración»

La STS de 23 diciembre 1.975 se refiere a que «los acuerdos de comunidades de sociedades, que obligan, incluso a los que no contribuyeron a la formación de la mayoría y también a los que se opusieron a su adopción si no los impugnan judicialmente y con éxito».

²²Vid. STS 7 diciembre 1.973.

suele entenderse que los efectos del contrato dirigidos a añadir nuevos derechos, cualidades o ventajas a un objeto, se transfieren junto con tal objeto y forman parte de la posición del adquirente.²³

575.- Finalmente, la propia Ley establece numerosas matizaciones y excepciones a este principio; pudiendo encontrar una en el propio artículo 1.257, en su párrafo segundo al tratar el contrato celebrado en interés de tercero²⁴.

576.- No existe acuerdo en la doctrina, ni para enumerar tales excepciones ni para fijar el criterio con base al que establecerlas²⁵. Así pues para poder hablar de excepciones a la relatividad contractual, habrá que fijar que sentido y alcance que se quiere dar al concepto de relatividad; puesto que si entendemos por relatividad aquella situación que no deba afectar en absoluto a las de terceros, las excepciones y vulneraciones se multiplican, puesto que los contratos no son compartimentos estancos que aislen a los contratantes de la realidad exterior²⁶.

²³ En este sentido se pronuncia la STS de 2 noviembre 1.981: « la doctrina del art. 1.257-1º no es obstáculo para que, en otro aspecto, el contrato pueda producir determinados efectos para los causahabientes a título singular, de modo que el cumplimiento de lo pactado conforme a la buena fe, a que se refiere el art. 1.258 Cc. no sólo impone que la plaza de garaje que se entrega, por su forma y circunstancias, pueda ser utilizada según sus fines peculiares, sino que se entrega, por su forma y circunstancias para ser utilizada según sus fines peculiares, sino que esta obligación afecta al promotor-vendedor, a quien puede reclamar, en caso de imposibilidad de uso normal de la plaza, el subadquirente que compró al primer adquirente. Pues no otorgar esa acción sería contrario a los más elementales principios de equidad (art. 3º-2 Cc)»

²⁴ Según DE ANGEL YÁGÜEZ (*Los contratos derivados del contrato de obra, ...op. cit.*, págs. 41 y 42) la doctrina reiteradamente se refiere al contrato en favor de tercero (art. 1257.2), como una manifestación de la quiebra de la relatividad contractual.

²⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA, en «Comentario del art. 1257,...op. cit.», pág..333

²⁶ Los contratos no son unidades completamente independientes entre sí, sin ninguna posibilidad de encuentro o de colisión, puesto que ello sería contrario a una contemplación global del universo jurídico, donde diferentes contratos se enlazan, en ocasiones, en una trama compleja, de suerte que no puede decirse que resulten siempre indiferente para los terceros. *Vid.*, DIEZ-PICAZO; L.: *Fundamentos de Derecho Civil y Patrimonial*, Vol. I; pág. 434.

1.A.5.- Los efectos del contrato

577. - La doctrina viene distinguiendo entre eficacia directa e indirecta del contrato²⁷. La *eficacia directa* del contrato se desarrolla en la órbita de la relación jurídica contractual y, no es otra cosa, que el conjunto de derechos, deberes y obligaciones que surgen como consecuencia del mismo y que afectan únicamente a las partes²⁸. La *eficacia indirecta o refleja* del contrato, se refiere a aquellas repercusiones del contrato fuera del ámbito de la relación contractual, es decir, que opera respecto de los terceros, pero sin crear obligaciones ni derechos a su favor²⁹

1.A.5.A. - La eficacia directa.

578. - Entre ambos tipos de eficacia, el artículo 1.257 se refiere a la directa³⁰; entendiéndose por efecto directo la creación del deber de observar la regla contractual y la proyección del contrato sobre las relaciones o situaciones objetivamente contempladas por el propio contrato; así pues será la eficacia directa, la que constituya el punto de referencia para poder afirmar la crisis del dogma o por el contrario, su intangibilidad^{31 32}.

²⁷DIEZ-PICAZO; L.: *Fundamentos de Derecho Civil y Patrimonial*, Vol. I; pág., 434 y ss .

²⁸RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad...*, *op. cit.*, pág.148.

²⁹RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *ibidem* nota anterior págs. 148 y 151: la eficacia refleja del contrato, se refiere a la repercusión del contrato en el mundo exterior, respecto de los terceros.

LACRUZ, también dice que los efectos directos del negocio sólo se producen entre las partes; lo cual significa que si se produce un efecto directo entre quienes no son partes, nos encontramos ante una excepción al principio *res inter alios*..

³⁰GONZÁLEZ PACANOWSKA,I.: en «Comentario del art. 1257...», *op. cit.*, pág.. 328; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad...*, *op. cit.*, pág.148;

³¹GONZÁLEZ PACANOWSKA,I.: en «Comentario del art. 1257...», *op. cit.*, pág.. 328

³²El TS en varias sentencias se refiere la relatividad contractual en el sentido de eficacia directa. En la SSTTS 25 abril 1.975 se dice que: « El primer párrafo del art. 1.257 proclama en nuestro sistema el principio de la relatividad de los contratos o más exactamente de sus efectos, que no son sino las obligaciones que de ellos nacen, con lo que se quiere significar que su eficacia es meramente relativa, como relativas son las obligaciones, con sujetos concretos, específicos y determinados, rigiendo por lo tanto la vena máxima *res inter alios*

579.- El concepto de «efecto directo», debe ser precisado, ya que condiciona la noción de parte que, a su vez, constituirá el referente necesario para poder deslindar, entre quienes integran la posición contractual de «parte», y quienes son los «terceros» ajenos a la *lex privata* ³³. El efecto directo puede referirse: a la permanencia del vínculo, a su impugnación o a su ejecución.

580.- Cuando el efecto directo está referido a la permanencia del vínculo, se limita a las partes que han contribuido a su formación; sin que como regla general, la voluntad unilateral de uno de ellos pueda desligarse. Sólo la voluntad acorde de ambas partes podrá poner fin al vínculo.

581.- Si el efecto directo se relaciona con la impugnación del contrato, aumenta el número de personas que pueden considerarse parte, ya que la legitimación activa puede ampliarse, según la cual sea la causa de la ineficacia. La noción de parte incluye: a quienes adquieren la posición contractual de modo derivativo, a los terceros cuyos intereses pueden resultar injustamente lesionados por la celebración del contrato, (como sucede con los supuestos de nulidad radical del contrato). Desde este punto de vista se puede concluir que sólo las partes -o los que ocupan

acta..., principios y consecuencias que fueron escrupulosamente mantenidos por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, conocida por lo reiterada.»

La STS de 6 febrero de 1981 establece que: El rango de ley que el artículo 1.091 del Código civil atribuye a los derechos y obligaciones que nacen de todo contrato «se constriñen exclusivamente, según este precepto y el art. 1.257, a las partes contratantes o, en su defecto a sus herederos».

Finalmente la STS de 17 noviembre 1988 dice que : « Los terceros no han de cumplir la *lex privata* en cuya formación no han intervenido, ni pueden ser requeridos a la prestación concreta de determinadas obligaciones que están fuera de su posición jurídica.» .

³³GONZÁLEZ PACANOWSKA,I.: «Comentario del art. 1257», *op. cit.*, pág.329.

su posición como los herederos y los causahabientes a título particular- pueden poner fin al vínculo por causas relativas a la estricta observancia del mismo³⁴.

582.- Finalmente, si el efecto directo viene referido a la ejecución, éste significará una reducción drástica del número de partes, ya que sólo el acreedor y el deudor están legitimados activa o pasivamente para exigir o realizar tal prestación³⁵.

583.- Así pues cabe concluir que el término *efecto*, utilizado en el artículo 1257 del Código civil, se refiere al denominado efecto directo, y este además se refiere a la creación del vínculo. El efecto directo se refiere al establecimiento de una situación contractual, en la que las partes que han participado en el contrato, como negocio genético de la situación resultante, ocupan, cada una de ellas, una posición contractual integrada por un conjunto de facultades, deberes y cargas. Este efecto sólo puede darse entre las partes o entre quienes en virtud del correspondiente mecanismo (cesión de la posición contractual *mortis causa* o *inter vivos*) sustituyan en la misma posición a las partes originarias³⁶.

1.A.5.A.1.- El concepto de parte: herederos y causahabientes.

³⁴La STS de 23 Octubre 1.990 se ha pronunciado al respecto estableciendo que: «Cuando se trata de resolución sólo es preciso demandar a los que lo otorgaron y no a los que han obtenido personal intervención en él ni se ha estipulado nada a su favor. También en el sentido de excluir a tercero, la S.T.S de 16 de Enero de 1.964, 25 febrero 1984, 18 de marzo de 1.989. Y todo ello sin perjuicio de la llamada por el Tribunal Supremo «eficacia indirecta o refleja» de la resolución frente a terceros relacionados con las partes.

³⁵No obstante, en ocasiones, la ley permite la intervención de terceros y cualquiera de ellos puede realizar el pago siempre que satisfaga el interés del acreedor (arts. 1158 y 1159 Cc), incluso se contemplan supuestos en los que es válido y liberatorio para el deudor el cumplimiento frente a un tercero. (arts. 1163,2 y 1164 Cc).

³⁶*Ult loc cit.pág. 333*

584.- Si la eficacia directa del contrato solamente puede afectar a las partes y quienes ocupan su posición, es evidente que sólo se podrá hablar de excepción al principio «*res inter alios*» cuando el sujeto a quien afecte el contrato ostente la condición de tercero; de ahí que hubiere que establecer las diferencias entre parte, heredero y tercero.

585.- Son *parte* quienes otorgan el contrato, aunque sea mediante representante ³⁸.

586.- Los *herederos* únicamente llegan a ser parte cuando heredan y asumen el conjunto de relaciones del causante como un todo: los contratos concluidos por éste devienen contratos suyos³⁹. El artículo 1257 estima que para que los herederos sean considerados parte, los derechos y obligaciones que surjan del contrato habrán de ser transmisibles por herencia salvo que por su naturaleza, por pacto o disposición de la ley dejen de serlo⁴⁰.

³⁷Lacruz ...*op. cit.* pág. 33, Picazo, Castán, Puig Brutaur.

³⁸ La STS. de julio de 1.980 explica que las acciones pueden ejercitarse, tanto como por quien no ha sido parte en la relación jurídica discutida pero a quien el ordenamiento permite que en nombre propio puede hacer valer derechos que le son ajenos frente al obligado (supuesto éste al que la técnica procesal llama sustitución), como por quienes ostentan la representación legal o voluntaria de quienes fueron parte en el contrato, actuando en nombre de aquéllos. En el caso se trataba de la reclamación de honorarios de un ingeniero agrónomo, de los que el Colegio tiene estatutariamente la representación, mientras que los colegios de arquitectos litigan por sus colegiados como sustitutos procesales de los mismos. La STS de 15 de Noviembre de 1982, establece que: «Parte en el sentido contractual de término, es únicamente aquella que otorga, celebra o concierta un contrato, y por exclusión todos aquellos en quienes no concurra esa condición o la de ser heredero de alguno de los sujetos del contrato, tienen con relación al mismo la condición de terceros». Y tercero, dice la STS de 30 de marzo de 1990, es quien «no tuvo intervención, ni originariamente, ni por subrogación alguna que conste acreditada.»

³⁹En este sentido PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, II-1º, Barcelona, 1.978, pág.259, señala que los efectos del contrato sólo producirán efectos en relación con los herederos cuando estos se subroguen en la posición del causante en virtud de la *successio*.

⁴⁰LACRUZ, *ult. loc. cit.*, pág.33 sostiene que en realidad, los herederos siguen siendo parte aunque los derechos y/o las obligaciones deducidos del contrato sean intransmisibles, si bien entonces, parte en un contrato extinguido, obligados a soportar las consecuencias de la extinción.

587.- La expresión herederos incluye solamente a los sucesores a título universal, no a los legatarios, sin perjuicio de que un legado pueda tener como contenido la posición jurídica del causante derivada de contrato⁴¹.

588.- La referencia a que los causahabientes o herederos a título singular integran el concepto de parte no es pacífica en nuestra doctrina⁴². Un sector doctrinal estima que son *parte* ya que adquieren derivativamente la posición del anterior contratante, ya que el artículo 1.112 del Código civil permite que los derechos adquiridos en virtud un contrato pueden ser transmitidos a otra persona mediante un nuevo contrato que ésta celebre con una de las partes del contrato anterior⁴³, en consonancia con lo anterior está que estos derechos podrán ser ejercitados en la misma medida que su transmitente

589.- El Tribunal Supremo, en numerosas ocasiones, ha afirmado que, a pesar de la literalidad del art. 1257,1º del Código Civil los sucesores a título singular ostentan el mismo carácter que sus causantes y pueden ejercer «los derechos y

CASTÁN, (*op.cit.*, pág. 333.) junto con la mayoría de la doctrina, entiende el contrato no produce efecto para los herederos, de acuerdo con el art. 1.257 cuando los derechos y obligaciones que proceden del mismo no son transmisibles, o por su naturaleza (como sucede con el mandato que se haya fundado en la confianza que el mandante tenga en el mandatario).

⁴¹GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario del art. 1257», *.op. cit.*, pág. 335.

⁴²La dificultad proviene en que nuestro Código civil no hace referencia alguna a los causahabientes, ni en el art. 1257-1º, ni en el 1.091 al referirse a la fuerza de ley de los contratos. En Derecho francés la expresión causahabiente aparece en el art. 1122 del *Code*, como individuos distintos de los herederos a quienes afectará el consentimiento prestado por el contratante. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad...*, *op. cit.*, pág.40 y 41.

El art. 122 del *Code* establece que: «Se reputa haber estipulado para sí y para sus herederos y causahabientes, salvo que se haya expresado lo contrario o que resulte de la naturaleza del contrato».

⁴³PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil,II-1º*, *op.cit.*, pág. 260.

acciones que a los mismos competan respecto de los actos y contratos celebrados»^{44 45} -

1.A.5.A.2.- Los terceros.

590.- Una vez despejado el concepto de parte, sólo cabe delimitar a los terceros de forma negativa: es tercero aquel que no es parte, quien no ha contratado por sí o por medio de representante ni es sucesor a título universal ni singular⁴⁶. Lo que importa desde la perspectiva de quien no ha sido contratante no es su calificación como tercero, sino la medida en que la celebración del contrato y la situación que

⁴⁴Que el principio de relatividad no es tan absoluto que no puedan extenderse a personas no intervinientes en lo pactado los efectos del contrato (STS 9 Febrero 1965), que los causahabientes a título singular (legado, compraventa, donación) no son terceros (SSTS 1 abril 1977 y 24 octubre 1990) y que los «derechos y obligaciones dimanantes del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular que penetran en la situación creada mediante negocio celebrado con el primitivo contratante» (SSTS de 4 junio 1964 y 25 abril 1975). Como afirma la S. 2 noviembre 1.981,

⁴⁵«Por cuyas razones -añade- no puede considerarse tercero en el orden civil, consagrando la doctrina de esta propia Sala, en sus ss. 3 octubre 1.979 y 20 Febrero 1.981 que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular que penetran en la situación jurídica creada mediante negocio celebrado con el primitivo contratante, pues sería contrario a los más elementales criterios de equidad ...que la norma que obliga a cumplir lo pactado en los términos que define el art. 1.258 Cc no afectar al promotor-vendedor, si el que reclama por la imposibilidad de su uso es adquirente a título singular de aquel a quien originariamente se la transmitió, siendo además indudable que quien compró al promotor adquirió el derecho que representaba el uso de la plaza en cuestión, derecho que, exigible por él al referido promotor, era transmisible conforme autoriza la preceptiva contenida en el art. 1.112 del repetido Código sustantivo civil»

En el caso de la STS. 25 abril 1.975, Se plantea aquí dice la S.- el problema de la repercusión, respecto del segundo comprador, da las obligaciones contenidas en el primitivo contrato, y las obligaciones conforme al art. 1.906, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (no entre otros), principio de la relatividad de los contratos que se deduce del art. 1.257 y con arreglo al cual, «a diferencia de lo que ocurre con los derechos reales, cuya eficacia es frente a todos, *erga omnes*, aquí es meramente relativa, como relativas son las obligaciones»; y si bien es cierto que la regla no es absoluta no lo es menos que son excepcionales los casos en que los efectos obligacionales repercuten en persona que no intervino en la celebración del pacto», efectos que «deben analizarse con suma cautela y criterio restrictivo».

⁴⁶GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario del art. 1257», *op. cit.*, pág.358.

del mismo se derive le pueda alcanzar y pueda incidir en su propia situación jurídica⁴⁷.

591.- Del art. 1257 se puede deducir a contrario que el contrato no produce efecto para los terceros, pero aquí el efecto no es sino la imputación a un sujeto de derecho la regla de conducta surgida del contrato y que esa imputación es al menos, en principio consecuencia de una propia actuación consciente que el Ordenamiento valora en términos de declaración de voluntad.

592.- La doctrina ha contemplado desde distintos puntos de vista la repercusión que la celebración de un contrato tiene sobre la esfera de personas distintas a su autor:

593.- Son «terceros» todos los que no son parte contratante, no sólo los enteramente extraños al contrato y a los contratantes, sino también cuantas personas están presentes en el acto sin ser verdaderamente *partes*, es decir, sin asumir personalmente compromisos y sin estipular allí derechos en su favor: el autorizante, los testigos, los que concurren exclusivamente representando a una de las partes, los que asisten para dar una licencia o asentir en negocios que no son propios suyos⁴⁸. Frente a todos ellos rige la regla *res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest*: la vinculación la produce el contrato únicamente para las partes, y quienes en él no intervienen como tales no son acreedores ni deudores en virtud de tal contrato, ni reciben la propiedad o los derechos reales, etc.⁴⁹.

⁴⁷GONZÁLEZ PACANOWSKA,I.: *ibidem*, nota anterior.

⁴⁸LACRUZ, *ult. loc. cit.*, pág.333

⁴⁹Las últimas tendencias, consecuencia de la teoría de los grupos de contratos es la de aumentar el número de personas integrantes del concepto de parte, al aplicarse esta condición a todos los integrantes del grupo contractual, aunque se encuentren en el extremo del mismo.

1.A.5.B.- La eficacia indirecta o refleja: la oponibilidad del contrato

594.- Si bien se afirma que los terceros son unos extraños al contrato, sin embargo, esto no significa que puedan desconocer la realidad del contrato y los efectos que directamente produce en relación con los contratantes. El efecto vinculante, como hemos afirmado, sólo se da entre las partes, sin embargo, los terceros no pueden pretender ignorar que el contrato ha tenido lugar⁵⁰. Al tercero le será oponible, con todas sus consecuencias, la obligación que ha creado el contrato, el derecho real constituido, o la transmisión o extinción de cualquier otro derecho, etc

Decir que el efecto del contrato es relativo, *significa que el contrato no puede hacer nacer una obligación a cargo o en provecho de persona extraña a su conclusión*; pero esto no suprime el deber de los terceros de respetar las relaciones que la convención ha establecido entre las partes: cuando éstas la oponen al tercero, no pretenden vincularle sin su voluntad extendiéndole las deudas, sino hacerle respetar los efectos que dicho contrato ha producido entre ellos⁵¹. Todo ello es más visible cuando se transmite la propiedad o se constituye un usufructo o una servidumbre, ya que son derechos con efectos *erga omnes* y en cuanto tales (con independencia de si proceden del contrato o de otra fuente) se imponen a todos, pero también operan en materia de relaciones obligacionales, pues los terceros deben respetar todas las obligaciones validamente constituidas, y si causan un perjuicio injusto al crédito ajeno mediante negligencia, incurren en responsabilidad extracontractual.

⁵⁰La sistematización de estos efectos ha sido realizada por Díez-PICAZO, y cabe distinguir entre la *eficacia refleja* del contrato y la *oponibilidad* del contrato frente a terceros o lesión del derecho de crédito o responsabilidad aquiliana del derecho de crédito

⁵¹LACRUZ, (1995): págs. 322 y 323.

595.- Hay que distinguir entre el *efecto* y la *oponibilidad* de la obligación: esta última no vincula a los terceros, pero existe frente a ellos y les es oponible⁵². Como quiera que hablar de efectos directos e indirectos induce a confusión, cada vez más la doctrina se inclina por utilizar la expresión oponibilidad antes que la de efectos indirectos o reflejos⁵³. La distinción entre efectos obligatorios del contrato y oponibilidad permite centrar la distinción entre ambos, puesto que el efecto directo no alcanza nunca a los terceros, mientras que la oponibilidad existe *erga omnes*, asumiendo la consideración social de los derechos⁵⁴.

596.- Que los contratos aunque no vinculen a los terceros, les son *oponibles*, lo demuestran los artículos 1.281, 1.219, 1.227, 1.230, 1.322 y 1.865 del Código civil, que señalan precisamente las condiciones formales de oponibilidad, si bien pensando principalmente en los acreedores de un contratante que haya podido despojarse de bienes o empeorar la condición de su patrimonio mediante el contrato: interesa saber cuando las modificaciones patrimoniales producidas por ese contrato, que no vincula a los terceros acreedores del contratante pero perjudica sus esperanzas de cobrar, pueden serles opuestas.

⁵²VALPUESTA FERNÁNDEZ; M.R.: en *Derecho de obligaciones y contratos*, (Dir. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Valencia, 1994, pág.407, dice al respecto que: «se habla de oponibilidad del contrato, no para significar que los mismos vinculan a los que no fueron parte de él, sino para poner de manifiesto que esos terceros no pueden desconocer esa realidad que se ha instalado en el tráfico jurídico de bienes y servicios con todas sus consecuencias ».

⁵³RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad...*, *op. cit.*, pág.154.

⁵⁴RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *ult. loc. cit.*, pág. 155, refiere a la *eficacia directa*, como aquella que deriva del contrato como relación jurídica, es el negocio genético el que crea la relación entre las partes, y se polariza en el haz de derechos y correlativas obligaciones entre las partes. Por el contrario, la *eficacia indirecta*, se corresponde con la concepción del contrato como hecho jurídico que se instala en la realidad jurídica general, de modo que todo aquel que se aproxime al ámbito donde se encuentra el contrato, se verá afectado por el mismo, aunque sólo sea por mero respeto.

597.- Finalmente, el contrato que versa sobre una relación obligacional o real, puede afectar a algún tercero en la medida en que el contratante extraño se halle legitimado para interferirse en la relación: los casos más claros son el pago con subrogación, las diversas formas de asunción de deuda y la cesión del crédito, que afectan directamente al deudor (arts., 1.205, 1.210, 1.211 y 1.526 Cc); pero también se inciden sobre una relación obligacional ajena en los supuestos de fianza o los subcontratos.⁵⁵

598.- En los supuestos de comunidad de bienes, los contratos de uno de los comuneros en favor de todos pueden ser aprovechados por éstos, y en los de comunidad de acreedores frente un deudor insolvente, la decisión de la mayoría incide sobre los créditos de la minoría frente al deudor (concordato preventivo de la quiebra, etc.); pero en tales casos los afectados por la actuación de sus copartícipes o sus codeudores no son terceros.

1.A.5.C.- Admisión de la existencia de algunos efectos para los terceros.

599.- Tras haber fijado los conceptos de parte, heredero y tercero con relación al contrato, las excepciones al principio de la relatividad se pueden incluir en dos grupos^{56 57}:

⁵⁵Sirva de ejemplo el caso de la S. 16 febrero 1.983; una compañía aseguradora concierta una póliza relativa al riesgo de incumplimiento de un contrato de obra por el contratista: producido el incumplimiento, la aseguradora debe indemnizar al dueño de la obra por el contratista, pero no es parte en el contrato ni le afectan sus cláusulas.

⁵⁶GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario del art. 1257 ...op. cit.»; pág. 359.

⁵⁷ Hay otras clasificaciones como la que hace Castán en op. cit.; pág...: «El contrato produce efecto para los extraños, en los casos siguientes: 1º, cuando se transmiten por los contratantes los derechos en virtud del contrato. 2º Cuando el contrato contenga alguna estipulación a favor de un tercero. 3º Cuando se ejercite por terceros la acción subrogatoria o la acción pauliana e incluso se podría incluir en esta relación el contrato en daño de tercero»

1) Terceros que no han intervenido en la celebración del contrato y que ocupan la posición de parte en la situación contractual.

600.- Esta excepción se refiere a aquellos supuestos en que un tercero que no interviene en la formación del contrato, se encuentra, por razones ajenas a su voluntad, ocupando la posición de parte, bien como titular del crédito bien como obligado. Esta excepción atiende al origen del vínculo jurídico puesto que no descansa en la autonomía privada; pero en realidad no debería ser considerada como una excepción, por cuanto que se mantiene el postulado del art. 1.257.1º, es decir que se ha adquirido la condición de parte, con independencia de que se haya ocupado esta posición por imperativo legal y no por propia voluntad⁵⁸.

601.- Son varias los supuestos que podemos encontrar en nuestro ordenamiento:

a) *Las cesiones legales de posición contractual:* son aquellos supuestos en los cuales se dispone por ley que persista la vinculación contractual con el nuevo dueño de un bien, sería el caso de los artículos 57 y 58 de la LAU/1964⁵⁹, en los artículos 12 y siguientes de la LAU/1994⁶⁰ y el art. 74 de la LAR⁶¹; el supuesto del

⁵⁸GONZÁLEZ PACANOWSKA,I.: «Comentario del art. 1257 ...*op. cit.*; pág. 359.

⁵⁹Establece el art. 57 LAU/1962 que: « Cualquiera que sea la fecha de la ocupación de viviendas, con o sin mobiliario, y locales de negocio, llegado el día del vencimiento del plazo pactado, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones [...]». En el art 58 se contemplan varios supuestos de subrogación al fallecimiento del inquilino.

⁶⁰En estos preceptos se contemplan varios supuestos se subrogación, bien por muerte del inquilino o por desestimiento del contrato.

⁶¹El art. 74 de la LAR de 1980 establece que: «El adquirente de la finca, aun cuando estuviere amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador.»

art. 480 del Cc⁶², y la subsistencia del arrendamiento concertado por el usufructuario, y finalmente el art. 34 de la LCS también dispone, en principio, la subsistencia del contrato de seguro a pesar de la transmisión de la cosa asegurada⁶³.

602.- b) *La protección de la apariencia de los que hubieran confiado en los terceros de buena fe* y la sumisión del titular de los bienes a las consecuencias de contratos celebrados por quien tenía aparentemente legitimación para actuar, siempre que concurren los presupuestos para cada caso; como supuestos aplicables cabe citar las actuaciones del heredero o del mandatario aparente⁶⁴.

603.- c) *Los acuerdos en el seno de comunidades o sociedades*. Si bien es difícil de asignar a estos supuestos la condición de excepciones al principio de relatividad puesto que el contenido de dichos acuerdos no puede reputarse contrato en la mayoría de los casos, y porque aún si se les considerase contratos quedarían en su caso salvado el respeto a la voluntad de los afectados⁶⁵.

⁶²Establece el art. 480 del Código civil que: «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 considerará subsistente durante el año agrícola.»

⁶³El artículo 34 de la LCS dice que: «En caso de transmisión del objeto asegurado, el adquirente se subroga en el momento de la enajenación en los derechos y obligaciones que correspondían en el contrato de seguro al anterior titular. [...]»

⁶⁴ El Tribunal Supremo se ha referido al art. 1.164 como supuesto de excepción al principio de la relatividad, si bien lo ha hecho *obiter dicta* en las sentencias de 28 de Noviembre y 7 de Diciembre de 1.973.

⁶⁵La STS 23 Dic 75, cita como ejemplos de la extensión de los efectos del contrato a personas no intervinientes en ellos, el caso de los acuerdos de comunidades y sociedades que obligan incluso a los que no contribuyeron a la formación de la mayoría o incluso se opusieron; también cita el caso de los convenios colectivos en el Derecho laboral que vinculan a quienes ejercen las profesiones afectadas. Citada por citada por GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario del art. 1257 ...op. cit.; pág.. 364

2) Atribución del ejercicio de derechos contractuales a personas distintas de las partes.

604.- a) En alguna ocasión la doctrina se ha referido a la acción subrogatoria y a la pauliana como excepciones al principio de la relatividad⁶⁶. En el caso de la acción subrogatoria es demasiado amplio para que pueda explicarse por el principio de la relatividad, puesto que aún a pesar del nombre de la acción el acreedor no se subroga en el lugar del deudor ni revierten a él directamente las consecuencias del ejercicio de su deudor. En el supuesto de la acción pauliana si que puede explicarse mas claramente como una violación de la relatividad contractual; pues en caso de fraude los acreedores tienen la posibilidad de rescindir el contrato⁶⁷

605.- b). La segunda excepción al principio de relatividad, se encuentra, según la concepción clásica de aquel principio, en las acciones directas⁶⁸.

606.- c) . Finalmente también se configura como una excepción al principio de la relatividad la figura de los grupos de contratos⁶⁹, formados por contratos distintos pero conexos por razón de algunos de los sujetos o por razón del objeto, en los que se propugna la superación del principio de relatividad.

⁶⁶GONZÁLEZ PACANOWSKA,I.: *ibidem*, nota anterior, cita a título de ejemplo la STS 4 enero 1979.

⁶⁷GONZÁLEZ PACANOWSKA,I.: *ibidem*, nota anterior.

⁶⁸No obstante, esta explicación ha sido precisamente el principal inconveniente que la doctrina ha encontrado para oponerse a la concesión de acciones directas más allá de su reconocimiento expreso en un texto legal. La búsqueda de una explicación que concilie el principio de relatividad con la acción directa es precisamente lo que ha motivado la presente investigación. Por lo tanto no podemos admitir como válida esta afirmación.

⁶⁹En este sentido se manifiesta GONZÁLEZ PACANOWSKA («Comentario del art. 1257», *op. cit.*; pág.. 364.), si bien, utiliza el término de *conjuntos contractuales*.

607.- La doctrina, aún a pesar de no afirmar categóricamente que se ha producido una verdadera crisis de la regla de la eficacia de los contratos, si que habla de una relajación de la institución que se ha manifestado en los últimos tiempos por las decisiones judiciales principalmente acudiendo al principio de la equidad si bien matizando que aquella vulneración de la máxima «*res alios inter partes acta*» *solamente podía producirse con carácter excepcional.*

1. B.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS ACREEDORES.

608.- El principio de igualdad de los acreedores aparece reflejado en el artículo 1925 del Código civil⁷⁰ y no significa otra cosa que en presencia de un procedimiento de ejecución singular o universal de los bienes del deudor, y a la hora del reparto, todos los créditos concurrentes tienen el mismo rango, salvo los expresamente privilegiados por los artículos 1922 a 1924 del Código civil.

609.- En realidad no significa que salvo los créditos contemplados en los artículos mencionados todos sean iguales, puesto que nos encontramos las excepciones de la garantías reales y personales, con la compensación, la solidaridad pasiva, los créditos de los alimentistas con respecto de los bienes gananciales en fase de liquidación (art. 1399 del Cc), el derecho de retención y finalmente las acciones directas⁷¹

⁷⁰Establece el art. 1925 del Cc que :« No gozarán de preferencia los créditos de cualquiera otra clase , o por cualquiera otro título, no comprendido en los artículos anteriores ».

⁷¹PASQUAU LIAÑO, M.: «*La acción directa...op. cit.*; pág. 115.

610.- Desde ese punto de vista, no puede alegarse que la acción directa constituya una excepción a este principio como impedimento para el reconocimiento de acciones directas fuera de los supuestos expresamente reconocidos por la ley⁷².

2.- LA NECESIDAD DE UNA NUEVA TEORÍA SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DIRECTA.

611.- La teoría de la naturaleza exclusivamente legal de la acción directa ya hace tiempo que ha sido cuestionada por la doctrina, principalmente, por la existencia de numerosas acciones directas de origen jurisprudencial creadas al margen de la existencia de un texto legal previo⁷³. De ahí que se imponga la necesidad de buscar una nueva justificación que permita superar el rigor del artículo 1.257, en aquellos supuestos en la ley no haya creado un vínculo jurídico entre el titular de la acción directa y el subdeudor.

612.- La doctrina para sortear el obstáculo del principio *res inter alios* ha utilizado dos vías⁷⁴: El recurso a uno de los conceptos clásicos generalmente surgidos del Código civil, o al concepto de grupo de contratos, donde la acción directa se

⁷²PASQUAU LIAÑO, M.: «*La acción directa...op. cit.*; pág. 115.

⁷³ Nuestra doctrina empieza a cuestionarse la insuficiencia del recurso al *favor legis* para justificar la naturaleza jurídica de la acción directa con PASQUAU LIAÑO, *La acción directa ...*, *op.cit.*; pág. 112. Entre otros lo han seguido RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa...op.cit.*; pág. 121.LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos*, *op. cit.*; págs.307 a 312.

En Francia las primeras críticas a la teoría legalista las formula en 1.975 TEYSSIÉ (*Les groupes de contrats*, 1975, nº 476, pág. 239.) para quien el fundamento exclusivamente legal de la acción directa choca con una «jurisprudencia audaz» y con una «doctrina moderna» que desde el siglo anterior no había vacilado en reconocer acciones directas tanto de pago como de garantía «en ausencia o más allá de textos legales»; seguido en 1979 por NERET (*Le sous-contrat*, *op.cit.*; nº pág. 433, p.315.), para quien «invocar la voluntad del legislador, es en realidad recurrir a una nueva ficción . La crítica emitida por estos dos autores descansa así sobre la ausencia de adecuación entre la concepción exclusivamente legal de la acción directa y la realidad jurisprudencial de su desarrollo histórico.

⁷⁴GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil...*, *op.cit.*; nº.735 pág. 796.

explica como una manifestación de la denominada vinculación o conexión contractual.

613.- La doctrina francesa mantuvo un vivo debate, a lo largo del siglo XIX, sobre la pertinencia de los mecanismos surgidos del Código para la justificación de la acción directa. Aquella polémica, puede ser actualizada por dos vías: por el análisis de ciertos conceptos clásicos y por la aparición de nuevas manifestaciones de acciones directas⁷⁵. En cuanto al concepto de grupo de contratos, es conveniente mantener su vigencia puesto que éste conserva su todo su valor para justificar la mayor parte de acciones directas⁷⁶.

3- EL ANÁLISIS CLÁSICO DE LA ACCIÓN DIRECTA .

614.- En el siglo XIX la doctrina francesa quedó dividida entre quienes pensaban que la acción directa era la consecuencia de otro mecanismo y quienes lo sustituían por otro⁷⁷. Confrontando la acción directa con los mecanismos más clásicos, generalmente surgidos del Código civil, es posible actualizar la distinción efectuada por *Solus*⁷⁸, entre acciones directas *lato sensu*, que son aquellas que surgen de otro mecanismo, como la estipulación por otro, la cesión de crédito, etc. y las acciones *stricto sensu* que tienen caracteres propios y por tanto son irreductibles a otra figura jurídica conocida. Entre ambas categorías sólo tiene

⁷⁵GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil...*, *op.cit.*, nº735. pág. 796

⁷⁶GHESTIN, *ibidem* nota anterior, nº735. pág. 796. señala la vigencia de este concepto aun a pesar de a pesar de su condena por la Asamblea plenaria en el supuesto de la acción directa de responsabilidad.. Sentencia de la Cour de Cassation (Asamblea Plenaria) de 12 julio 1991 (J.C.P.; 1991, II, 21743).

⁷⁷*Ibidem* nº736, pág. 796.

⁷⁸SOLUS, *op. cit.* n^{os}. 29 a 30, págs, 32 y 33,.

interés la segunda puesto que sólo ella da cuenta de la especificidad de la acción directa⁷⁹.

3.A.- LA CONSECUENCIA DE OTRO MECANISMO.

615.- Los mecanismos jurídicos, que permiten crear un vínculo jurídico entre el titular de la acción directa y el subdeudor y, así evitar el obstáculo constituido por el artículo 1257 del Código civil se agrupan en dos categorías: en el primer grupo se encuentran aquellos que están fundados en la voluntad del deudor intermedio y en consecuencia reciben el nombre de mecanismos subjetivos. El otro grupo lo integran los denominados mecanismos objetivos que son aquellos que, prescindiendo de la voluntad, descansan bien en una cualidad de su crédito, en la relación con el subdeudor o bajo el derecho de propiedad del que se es titular⁸⁰.

3.A.1.- Los mecanismos subjetivos.

616.- La doctrina ha utilizado alguna de las figuras clásicas contempladas en el Código civil, tanto para justificar las acciones directas de pago como las de garantía; entre los mecanismos más utilizados se encuentra la *estipulación por otro, la cesión de créditos, el mandato, la delegación, la subrogación personal y la gestión de negocios*.

3.A.1.a.- La estipulación en favor de tercero.

⁷⁹ GHESTIN, TRAITÉ DE DROIT CIVIL..., OP.CIT.; n°736. pág. 796

⁸⁰ GHESTIN, TRAITÉ DE DROIT CIVIL..., OP.CIT.; n°737. pág. 797.

617.- La estipulación por otro ha sido invocada sobre todo para justificar la acción directa del perjudicado frente al asegurador⁸¹., así mismo ha sido utilizada para justificar aquella de la que dispone el subadquirente de bienes⁸². Según esta teoría, tanto al beneficiario de la estipulación como al titular de la acción directa se les atribuye directamente un derecho que contiene la facultad de exigir una prestación al obligado. Para salvar el inconveniente de que la facultad de ejercicio de la acción directa, no suele estar prevista en los contratos suscritos por el deudor principal y el subdeudor, se recurre a la «ficción de la voluntad» como expediente justificador de esta teoría. De ese modo, se afirma que en numerosos casos no son las partes quienes estipulan por otro, sino que son el legislador y la jurisprudencia quienes constatan la existencia de una estipulación en favor de tercero en

⁸¹Esta tesis ha encontrado cierto eco para justificar la acción directa contra el asegurador. Son partidarios de la misma: Así, entre otros, PUERTA LUIS, L.R.: *La solidaridad del responsable civil y de su Compañía aseguradora frente al perjudicado*, Madrid, 1.977, págs.55 y 56; SANTOS BRIZ, J: «La reforma del seguro de automóvil: repercusiones en dicha reforma de la ley 5/1980, de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro », *RDP*, nov. 1983, pág. 1003; CARRO DEL CASTILLO: «La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil en la Ley de Contrato de Seguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, (dir. VERDERA y TUELLS), II, Madrid, 1982, págs. 965 y 966. Vid. infra nº 448.

La jurisprudencia ha utilizado este argumento de forma muy aislada en la STS de 14 de octubre de 1969.

Esta tesis fue desarrollada en Francia por WEILL, *La relativité des conventions en droit privé français*, Estrasburgo, 1938. No obstante también son partidarios de la misma L.JOSSERAND , notas sobre Req., 30 noviembre 1926, *D.P.*, 1.928, 1, pág. 50 y sobre Cass.civ., 11 julio 1932, *D.P.* 1.933, 1, pág. 7.- Cass. Civ. 8 mayo 1935, *D.H.* 1935, pág. 364.- H. LALOU , nota sobre Paris, 22 Abril 1936, *D.P.*, pág. 56.SAVATIER, R.: « Le prétendu principe de l'effect relatif des contrats » , Paris, 1934, págs. 185 y 186

⁸²Vid. A.WEILL, *La relativité des conventions ...op.cit.*; nº 506, pág. 871. Este autor termina aplicando la tesis del contrato en favor de tercero a todo supuesto de acción directa, si bien pone especial énfasis en la justificación de las acciones directas clásicas surgidas del Código civil.

determinados contratos⁸³. Las acciones directas, concluyen los defensores de esta tesis, se justifican por la existencia de una estipulación por otro de origen legal⁸⁴.

618.- Esta tesis es criticable puesto que entre ambas figuras existe toda una serie de diferencias que impide su equiparación:

619.- a) La finalidad perseguida por cada uno de estos mecanismos es distinta: la acción directa constituye un mecanismo corrector del principio de relatividad contractual que establece un punto de equilibrio entre el rigor del principio responsabilidad *inter alios* y un imperativo de equidad, mientras que la estipulación por otro no es sino una excepción de origen legal al artículo 1.257 del Código civil⁸⁵. Además si la acción directa se opone al derecho común de la acción oblicua, no es ese el caso del derecho directo del tercero beneficiario contra el promitente que, al exigir la misma deuda que el deudor no supone una derogación del art 1257 Cc, puesto que el tercero beneficiario por ser acreedor del promitente, se beneficia naturalmente de una acción a su favor; de modo que el término «directo» aplicado a la estipulación por otro no es entonces sino una redundancia⁸⁶.

⁸³Vid. A.WEILL, *La relativité des conventions ...op.cit.*;nº 595, pág. 1.017.Según este autor la ley y la jurisprudencia “refrendan de autoridad una estipulación por otro en ciertos contratos.”

⁸⁴PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa ...op. cit.*; pág. 108 señala que lo artificioso de esta figura conduce a su fracaso, asimismo remarca que generalmente se ha recurrido a la ficción de la existencia de una estipulación tácita en favor de tercero para justificar una acción directa no provista de texto legal. Asimismo RODRÍGUEZ MORATA, F.A.: *La acción directa como garantía ...op. cit.*; pág. 117, rechaza esta tesis presentar un fundamento excesivamente forzado y artificial, estima que el recurso que se hace a la ficción de la voluntad no tiene otro objeto que extraer al estipulante (contratista principal) su derecho de revocación que es requisito esencial en todo supuesto de contrato en favor de tercero.

⁸⁵ COZIAN, *L'action directe, op.cit.*; nº 26, pág. 19

⁸⁶COZIAN, *op.cit.*; nº 26..

620.- b) Otra diferencia consiste en que ambas figuras tienen fundamentos jurídicos diferentes⁸⁷. La estipulación a favor de tercero tiene una base estrictamente contractual, ya que tiene su origen en el pacto entre estipulante y del promitente para conferir un derecho al tercero, mientras que el nacimiento de la acción directa es ajena a la voluntad de las partes⁸⁸. Se ha intentado incluso una aproximación entre ambos mecanismos, acudiendo a la teoría de la estipulación por otro tácita. Así cabría mantener que el adquirente al contratar con su vendedor, o el asegurado con su asegurador, han estipulado tácitamente en beneficio del subadquirente y de la víctima; sin embargo, se hace todavía necesario demostrar la existencia de una voluntad, aunque tácitamente expresada, puesto que la acción directa excluye la necesidad misma de toda voluntad⁸⁹.

621.- c) Otro obstáculo lo constituye el diferente régimen jurídico con que cuentan ambas figuras⁹⁰; ya que la estipulación por otro no permite dar cuenta del régimen de inoponibilidad de las excepciones que tiene lugar en las acciones directas de pago⁹¹.

622.- d) Además ni el deudor intermediario ni el subdeudor pueden perjudicar la acción directa ejercida por el acreedor, puesto que ésta constituye una prerrogativa

⁸⁷Vid. COZIAN, *op.cit.*; n° 197, pag.126, GHESTIN, *Traité de Droit Civil...,op.cit.*; n°739. pág. 798.

⁸⁸RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad..., op. cit.*; pág.252.

⁸⁹Esa falta de intencionalidad no puede suplirse, además el hecho de que el perjudicado tenga un derecho propio contra el asegurador no significa que el seguro se transforme en un contrato a favor de tercero. Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: « Líneas generales de la evolución de la responsabilidad civil y su seguro», en *Homenaje a Ruiz Vadillo*, Madrid, 1999, pág. 556; BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio, op.cit.*; pág.53.

⁹⁰GHESTIN, *Traité de Droit Civil...,op.cit.*; n°739. pág. 798.

⁹¹BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio, op.cit.*; págs. 56 y 57.

que se le reconoce por encima de la voluntad de aquellos⁹². Sin embargo, en el caso de la estipulación por otro al tratarse de un mecanismo contractual, creado por la voluntad de las partes, éstas, estipulante y promitente, pueden modificar el derecho del tercero antes de que este haya aceptado la estipulación⁹³.

623.- e) En el caso de la estipulación por otro el estipulante puede dirigirse contra el promitente para constreñirle a ejecutar la obligación. En la acción directa el deudor intermedio no dispone de una posibilidad de actuación similar, puesto que no tiene acción contra el subdeudor que no ejecuta la obligación que corre a su cargo, habida cuenta la acción directa no está generada por el contrato que les une⁹⁴. Es decir que como beneficio que se confiere al acreedor, la acción directa no puede en ningún caso contribuir a la formación de un contrato sinalagmático por cuenta de otro al contrario de lo que sucede en la estipulación por otro⁹⁵.

624.- f) Finalmente la doctrina también rechaza la justificación de la acción directa mediante la noción de estipulación por otro⁹⁶, ya .que este mecanismo supone la aceptación del tercero que siempre puede no aceptarla⁹⁷.

3.A.1.b.- La cesión de créditos

⁹² COZIAN, L'action directe, *op.cit.*; nº 320 pág. 198. GHESTIN, *Traité de Droit Civil...*,*op.cit.*; nº739. pág. 799.

⁹³ GHESTIN, *Traité de Droit Civil...*,*op.cit.*; nº739, pág. 799.

⁹⁴ GHESTIN, *op.cit.*; nº739, pág. 799.

⁹⁵ *Ibidem* nº739, pág. 799.

⁹⁶ *Ibidem* nº739, pág. 799.

⁹⁷ La aceptación por el beneficiario de la prestación es una « *condictio iuris* » para su adquisición. Así se manifiesta la mayoría de la doctrina. Si bien algún sector ha estimado que el derecho se adquiere por el tercero directamente sin necesidad de aceptación, ya que esta última tiene como único efecto evitar la posible revocación de la estipulación. Vid. DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil y patrimonial* vol. II, ...*op. cit.*; pág. 441 . En parecidos términos se manifiesta GONZÁLEZ PACANOWSKA,I.: «Comentario del art. 1257» *op. cit.*, pág. 378.

625.- El artículo 1112 del Código civil permite la transmisión de créditos⁹⁸, de modo que la doctrina, en ocasiones, ha recurrido a la noción de cesión de créditos^{99 100} para explicar la acción directa de pago y la acción directa de garantía¹⁰¹.

⁹⁸ La doctrina admite la cesión de créditos en nuestro ordenamiento en virtud de lo establecido en el art. 1112 Código civil: « Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario»

Según LACRUZ y SANCHO (*Elementos de Derecho civil, II, vol.1º*, Barcelona, 1.984 ...*op. cit.*; pág. 292) del anterior precepto se deduce que la relación jurídica obligacional puede irrumpir en el tráfico desde su titularidad activa, de modo los créditos (no las deudas) son transmisibles sin que pierda identidad la relación obligatoria, subsistiendo, por tanto las relaciones accesorias, el rango o antigüedad de aquella, las objeciones oponibles, etc.

⁹⁹ Este precepto, según LACRUZ y SANCHO (*ibidem*. pág. 295) es criticable en el sentido de que se limita a señalar las excepciones a la transmisibilidad de las obligaciones, pero no señala los mecanismos en virtud de los cuales se puede efectuar la transmisión, de modo que el acreedor originario desaparezca y lo sustituya un nuevo sujeto activo. Para ello hay que acudir a los arts. 1.209 y ss. C.C., del primero de los cuales se deduce que las causas que pueden determinar el cambio de acreedor son la ley (los casos expresamente mencionados en este código), y de otra, el pacto (estableciéndola con claridad).

De acuerdo con la ley dentro de los supuestos que por subrogación producen la transmisión del crédito se encuentran: aquellos actos jurídicos voluntarios, aunque su efecto sea legal (art. 1210, 1211, 1897) y aquellos otros que son actos debidos (art. 1145, en relación con el 1144, 1838 y 1839 en relación con el 1822) y finalmente aquellos supuestos que no pasan de ser hechos jurídicos art. 1186), finalmente hay que tener en cuenta los supuestos de sucesión mortis causa, en los cuales la atribución se produce en virtud de lo establecido por la ley en la dirección marcada por el causante.

El pacto, fuera de los supuestos en que se produce la subrogación por virtud de la ley, sólo producirá efectos si se establece de forma inequívoca (art. 1.209-2º). Es decir que se exige la existencia de un convenio entre el antiguo y el nuevo acreedor dirigido precisamente a provocar ese resultado. La ley regula la transmisión voluntaria de los créditos en el título dedicado a la compraventa. (arts. 1526 a 1536 Cc)

¹⁰⁰ No hay que confundir esta figura con la cercana cesión de contratos, para esta última tendremos en cuenta el concepto formulado por DIEZ-PICAZO (*Fundamentos del derecho civil y patrimonial vol. II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1.993, pág. 859): «La cesión de contrato se trata, en suma de que circule y se transmita una relación contractual en su complejo o en su unidad, con el conjunto de derechos y obligaciones que contiene, sin necesidad de escindir el fenómeno en una serie de transmisiones separadas de los elementos activos (cesión de créditos) y de los elementos pasivos (asunción de deuda)».

¹⁰¹ Esta justificación se ha utilizado sobre todo para justificar la acción directa ex. art. 1591 CC, al respecto señala DEL ARCO Torres, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M.(2000): *Derecho de la Construcción, op. cit.*; pág .X, toda una serie de resoluciones que aluden a que el que el adquirente del edificio recibe - por transmisión- todas las acciones que garantizan su dominio, y

626.- Si bien existe un cierto parecido, entre la acción directa y la acción de la que dispone el cesionario en contra del deudor del crédito cedido, sin embargo, son numerosas las diferencias que existen entre ambas figuras:.

627.- a) En la cesión, una vez que ésta ha sido realizada, el cedente desaparece de la relación contractual siendo sustituido por el cesionario, de modo que el cesionario ya no puede dirigirse contra el cedente puesto que éste queda totalmente desligado del negocio jurídico originario¹⁰². La acción directa, por el contrario, es una acción que sólo tiene razón de ser en situaciones jurídicas triangulares. En la cesión de contrato, la desaparición del deudor intermedio, supone que el titular de la acción ya sólo dispone de un patrimonio contra el que dirigirse y, por tanto, ya

defienden los derechos inherentes a la propiedad. (SSTS, 5 mayo 1961, 17 octubre 1974, 2 noviembre 1981, 20 junio 1985, y 27 mayo 1995.).

La STS 20-2-81 dice: «que los derechos y obligaciones del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular que penetran en la situación jurídica mediante negocio celebrado con el primitivo contratante, según señalan las SS. de 12-11-1960, 27-6-61...y por lo que concierne al contrato de ejecución de obra, la legitimación activa del subadquirente de un piso en régimen de propiedad horizontal para entablar acciones por prestación defectuosa o vicios en la cosa viene reconocida, con diverso fundamento, por la doctrina de los autores y ha sido sancionada por la S. de 5-5-61.» en el idéntico sentido STS 1-4-77.

PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa ...op. cit.*; pág.55 y 56 , al referirse a la acción directa *ex art.* 1591 comenta que el TS, si bien de forma aislada, ha entendido que el adquirente de un inmueble adquiere también, aun cuando no se pacte expresamente, las acciones contractuales de su causahabiente. Menciona las STS de 28-junio -1982 (RJA ,) y 22- abril -1988 (RJA ,). Critica estas sentencias en el sentido en que ninguna de ellas justifica la transmisión de las acciones, si bien deduce al autor que puede tratarse de una voluntad presunta, puesto que ya nada interesan esas acciones al promotor o considerar tales acciones como accesoria al derecho de propiedad..

En Francia se refieren a la cesión de créditos como una de las justificaciones utilizadas por la doctrina: COZIAN, *L'action directe, op.cit.*; nº 94 pág.60. SAVATIER, R. Note sous Cass.com.,17 diciembre 1973, *J.C.P.* 1975 ed.G.II, 17912.GHESTIN, :*Traité de Droit Civil...*, *op.cit.*; nº740. pág. 799

¹⁰²En este sentido se manifiestan al referirse a la cesión de contrato, en el ámbito del subarriendo PUIG BRUTAU, J.- *Fundamentos de Derecho Civil*, II, vol.2º, Barcelona, 1.986, pág. 276; REGLERO CAMPOS, L.F.: «Comentario del art. 8 » en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (Coord. Bercovitz, R.) Pamplona 1997, pág. 140 y CLEMENTE MEORO, M.: «Comentario del art. 8» *...op. cit.*; pág. 86.

no estaremos en presencia de una acción directa. El ejercicio de la acción directa, constituye una garantía suplementaria para su titular, precisamente porque puede dirigirse contra el deudor intermediario, que responde *in solidum* junto con el subdeudor¹⁰³.

628.- b) Por otra parte, la cesión de créditos tiene una naturaleza contractual, el acuerdo de las partes se presume, mientras que la acción directa es una prerrogativa ajena a la voluntad del deudor intermediario y del subdeudor¹⁰⁴.

629.- c) El recurso a una voluntad presunta de las partes, para explicar la transmisión de la garantía por la cesión de créditos, para algún autor choca con serias objeciones. El adquirente que después de haber constatado el vicio de la cosa, la revende por un precio reducido quiere conservar ciertamente el beneficio de su garantía para ser indemnizado por su vendedor¹⁰⁵.

630.- d) Otras diferencias se refieren al régimen de ambos mecanismos. Así, el principio de oponibilidad de las excepciones aplicable en la cesión de créditos, no

¹⁰³ GHESTIN, TRAITÉ DE DROIT CIVIL....OP.CIT.; n°739. pág. 800.

¹⁰⁴BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos..op.cit.*;, pág. 681.) al referirse a la cesión de contrato en el ámbito arrendaticio, estima que no cabe la cesión sin consentimiento del arrendador por impedirlo el art. 1205 del Cc. que exige el consentimiento del acreedor en aquellos supuestos de novación subjetiva. en los que hay un cambio del deudor. Estimamos que si cabe la cesión tácita cuando el cambio es de acreedor, en CAVANILLAS MÚGICA, *La concurrencia de responsabilidad...., op. cit.*, págs. 15 y 16, se menciona la cesión de créditos tácita como un expediente utilizado por la jurisprudencia, sobre todo en materia de subadquirentes de cosa, para ampliar subjetivamente el contrato.

¹⁰⁵LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos, ...op. cit.*; pág. 185, señala que esta justificación de la acción directa mediante la cesión de créditos presenta el inconveniente de que tanto en compraventa venta de bienes muebles como en la de inmuebles el transmitente continúa estando legitimado para dirigirse contra el vendedor inicial.. Son numerosas las SSTs en que se admite que el promotor o el comitente, aún a pesar de haber transmitido la vivienda continúa conservando su acción de incumplimiento contractual. Vid .las STS 29-enero-1991 y 10 julio-1992.

da cuenta del régimen de la acción directa, que al conferir a su titular un derecho autónomo, le permite excepcionar más derechos que al deudor intermedio en contra del subdeudor¹⁰⁶. Por otra parte la transmisión produce efectos entre las partes desde el instante en que manifiestan su consentimiento sobre la cesión de crédito, desde ese momento el cedente ya no puede reclamar los daños causados en los derechos que ya forman parte del patrimonio del cesionario. En el caso de acciones directas imperfectas, el deudor intermediario puede lícitamente dirigirse contra su deudor y reclamar el pago hasta el ejercicio de la acción por el acreedor¹⁰⁷.

3.A.1.c.-El mandato.

631.- El recurso al mandato para intentar justificar la acción directa ha sido utilizado en contadas ocasiones¹⁰⁸. Los motivos principales para rechazar esta tesis son dos¹⁰⁹: en primer lugar, esta figura no permite justificar ni la acción directa de pago ni la de garantía, puesto que el acreedor no puede ser asimilado a un mandatario que se dirige contra los deudores de su deudor al que habría que calificar como mandante suyo y, finalmente, el recurso al mandato resulta excesivamente artificioso.

¹⁰⁶ GHESTIN, *Traité de Droit Civil...*, *op.cit.*; n°739. pág. 799.

¹⁰⁷ GHESTIN, *Traité de Droit Civil...*, *op.cit.*; n°739. pág. 799.

¹⁰⁸ Una de las escasas ocasiones en que se utiliza el recurso a esta figura los podemos encontrar en MANRESA («Comentarios al Código Civil Español », ...*op. cit.*; págs. 102 y 103.), éste al comentar los artículos 1551 y 1552 del Código civil, tras señalar el carácter especial de estos preceptos los justifica mediante el recurso a la representación tácita. Estima que el arrendador ha sido representado por el arrendatario en la conclusión del contrato y que de ahí nace su derecho a reclamar directamente al subarrendatario en las condiciones reseñadas en el Código

¹⁰⁹ JAMIN, CH, *La notion d'action directe*, *op.cit.*; n° 242 y ss. GHESTIN, *Traité de Droit Civil...*, *op.cit.*; n°741. pág. 801.

3.A.1.d.- La delegación.

632.- En algunas ocasiones, se ha mantenido que la acción directa no es sino un efecto de la delegación de créditos^{110 111}, sin embargo, las diferencias entre ambos mecanismos impide que esta teoría prospere:

633.- a) En primer lugar la delegación o novación por cambio de deudor dispone de un fundamento contractual que necesita del consentimiento como requisito para su nacimiento¹¹², por el contrario la acción directa tiene lugar con independencia de la voluntad de las partes¹¹³. Es más, el término «directo» que generalmente va

¹¹⁰Podemos encontrar una explicación de este mecanismo en STARCK, B.: «Action directe», en *Repertoire Dalloz Droit Civil, ...op. cit.*; nº 18 : dice este autor, que sin embargo se opone a esta justificación de la acción directa, que en caso de delegación, así como en caso de acción directa, un acreedor, el delegatario, adquiere un derecho directo contra un tercero, el delegado, en general deudor de su deudor el delegante.

¹¹¹SANCHO REBULLIDA, F.A.: en *Elementos de Derecho civil, II. Derecho de obligaciones*. Vol.1º. Parte general. Teoría general del contrato, Barcelona, 1994, pág. 337, proporciona un concepto así como un esquema a del funcionamiento de la delegación: «En su concepto más general , por *delegación* se entiende hoy aquella combinación de obligaciones, prestaciones y causas en las que intervienen tres partes: en el esquema más usual, una (delegante) da orden a otra (delegado) de (o le autoriza para) prestar o prometer algo por su cuenta y en nombre propio, a un tercero conocedor del trasfondo de la operación (delegatario). Se contemplan, entonces, tres relaciones : una entre el delegante que ordena o invita y el delegado destinatario de la orden o invitación (relación de cobertura) ; otra entre el delegante y el delegatario que recibirá la prestación o promesa ordenada por aquél (relación de valuta); otra, finalmente , entre el delegado que presta o promete y el delegatario que recibe.

¹¹²En el caso del derecho francés es más clara exigencia del consentimiento puesto en el caso de la delegación perfecta deben prestar el consentimiento las tres partes implicadas. En los supuestos de hecho en los que se generan las acciones directas excepcionalmente prestan el consentimiento todas las partes. Para superar este escollo algún autor ha planteado el recurso de la voluntad ficticia y presumir la intención de las partes de proceder a tal operación, y particularmente el compromiso (obligación) del delegado (aquí el subdeudor) contra el delegatario (el titular del derecho directo).En este sentido, lo pone de manifiesto IZORCHE, M.L («Action directe » en *Encyclopédie Juridique Dalloz, ...op. cit.*; nº 35 pág. 5:), pero para terminar rechazando la utilización de esta teoría.

¹¹³En nuestro país el TS se manifestó en alguna ocasión exigiendo el consentimiento del acreedor. La S. 8 octubre 1984 reconoce que « la asunción de deuda -admitida por un sector de la doctrina únicamente mediante la necesaria novación extintiva, con extinción de la *prior*

unido al derecho del que dispone el delegatario contra el delegado no tiene otro que el de enfatizar la autonomía de su relación pero no la originalidad del vínculo que les une, puesto que este no se distingue de aquel que se establece entre todo acreedor con su deudor¹¹⁴.

634.- b) La segunda cuestión se refiere al diferente régimen de las excepciones El delegado puede oponer al delegatario la nulidad de la obligación primitiva que ha sido sustituida (art. 1208). También podrá oponer aquellas excepciones del delegante frente al delegatario que aquel desea que se expongan y no las otras. Podrá oponer también sin limitación las excepciones personales suyas que tenga con el delegatario; y aquellas cuyo origen esté su la relación con el delegante. Por el contrario en materia de acción directa el régimen de oponibilidad de excepciones está mucho más limitado.

635.- c) La actuación del delegado produce sus efectos, a la vez que en el patrimonio del delegante en el suyo propio¹¹⁵, por el contrario la acción directa se ejercita en beneficio único del titular de la misma, de ahí que el producto de la misma pase directamente al patrimonio de éste.

obligatio- requiere indispensablemente el consentimiento expreso o tácito del acreedor (art. 1205) »

Asimismo la mayoría de la doctrina se manifiesta favorable a la eficacia extintiva de la novación por cambio de deudor: DE BUEN (Derecho civil, I, pág. 495 y ss), DE CASTRO (RGLJ, 1930, pág. 143 y ss); ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU (Estudios, I, p.294 y ss).

Con relación al supuesto más concreto de la delegación, la doctrina estima que este supuesto es el que contempla el art. 1206 del cc: « la insolvencia del nuevo deudor , que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo , salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar la deuda»

SANCHO REBULLIDA, F.A.: «Comentario del art. 1206» en Comentario del Código civil, Mº de Justicia, 1991, pág. 304 dice: « La delegación -se ha dicho- es sólo el posible impulso de la novación; cuando existe una previa relación obligatoria y el deudor designa a un tercero para que ocupe su posición y el tercero lo admite ».

¹¹⁴ GHESTIN, *Traité de Droit Civil...*, *op.cit.*; nº742. pág. 801.

¹¹⁵ SANCHO REBULLIDA, F.A.: en *Elementos de Derecho civil, II. ...op. cit.*; pág.342.

3.A.1.e.- La subrogación personal.

636.- La justificación de la acción directa por la subrogación personal no ha tenido apenas éxito, ya que ambos mecanismos están demasiado alejados el uno del otro^{116, 117}.

637.- a) En primer lugar, la admisión de la acción directa fuera de las condiciones señaladas en el Código para la subrogación convencional, imposibilita la confusión entre ambas figuras¹¹⁸. Por otra parte, el pago previo o concomitante que exige la jurisprudencia para admitir la subrogación de pleno derecho no se corresponde con las diferentes manifestaciones de la acción directa.

638.- b) A la cuestión concerniente al carecer subrogatorio de la acción directa de garantía- el pago del precio por el subadquirente subrogándose dentro de los derechos de su causante- conviene responderlo de forma negativa. De un lado, ese

¹¹⁶JAMIN, CH, *La notion d'action directe, op.cit.*; n° 144 y ss.; GHESTIN, *Traité de Droit Civil...*, *op.cit.*; n°743. pág. 802.

¹¹⁷En virtud de lo establecido en el art. 1112 C.C. un crédito sin extinguirse y conservando todas sus cualidades, puede pasar del antiguo titular a otro que lo recibe sin que se produzcan cambios. La causa de la transmisión puede ser la ley, que establece o presume la sucesión en el crédito de algunos supuestos en los que un tercero paga la deuda al acreedor, concediendo entonces la ley a ese tercero la misma posición que tenía el acreedor pagado. El pago por el tercero (solvens) no libera al deudor pero provoca la transmisión del crédito del patrimonio del acreedor pagado (accipiens) al del tercero, manteniéndose el mismo crédito, sin que se produzca novación. A este supuesto se le denomina subrogación legal por pago. *Vid. LACRUZ y SANCHO: Elementos de Derecho civil, II, vol.1º*, Barcelona, 1.984 ...*op. cit.*; pág. 306.

¹¹⁸Así se manifiesta GHESTIN (.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.*; n° 743 pág. 802) al referirse a los requisitos exigidos en el art. 1250 del *Code* para la subrogación convencional. Este precepto es equivalente a nuestros art. 1209, 1211 y 1212 del Cc. El requisito al que se hace referencia no es otro que se exprese la voluntad de subrogarse, lo cual queda perfectamente establecido en el art. 1250 del *Code*, pero que en el caso español puede ser expresa o presunta tal como manifiestan LACRUZ y SANCHO: *Elementos de Derecho civil, II, vol.1º*, Barcelona, 1.984 ...*op. cit.*; pág. 309..

pago no constituye, al contrario de la venta de la cosa, el hecho generador de la acción directa: el subadquirente puede dirigirse en contra de un vendedor anterior aun cuando el no haya todavía ordenado el precio.

639.- c) Por otra parte los regímenes de la subrogación y de la acción directa son distintos: el subrogado, a diferencia del titular de la acción directa, entraría en concurso con los acreedores del subrogado, de modo que el deudor podría oponerle todas aquellas de excepciones que éste podía oponer al subrogante¹¹⁹.

3.A.1.f.- La gestión de negocios.

640.- En ocasiones, se ha recurrido a la gestión de negocios para justificar la admisión de una acción directa¹²⁰: la gestión de negocios ha sido invocada para justificar, de una parte la acción directa del obrero contra el dueño de la obra¹²¹ y de otra, las acciones reconocidas en beneficio de las víctimas en materia de seguro de responsabilidad.¹²²

641.- El obstáculo principal para la admisión de esta figura se encuentra en que, en el conjunto de la hipótesis reseñadas, el deudor intermedio está desprovisto de

¹¹⁹ GHESTIN, *Traité de Droit Civil...*, *op.cit.*; n°. 743 pág. 803.

¹²⁰ La *negotiorum gestio* tal como viene contemplada en el Código civil constituye un supuesto en el que un tercero resulta autorizado para invadir la esfera jurídica ajena. En este sentido se manifiestan DE LA CÁMARA, M.: «La revocación del negocio y del poder», AAMN, 1948, pág. 573; GARCÍA VALDECASAS, G.: «La gestión de negocios ajenos (aportación a una teoría general)», RDP. 1.957, pág. 625 y BADENAS CARPIO, J.M.: *Apoderamiento y representación voluntaria*, ...*op. cit.*; pág.195.

¹²¹ DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t.II, n° 139, pág. 144 y 145; TROPLONG: *Traité de l'échange et du louage*, T.III, 1840, n° 538, p. 322 y t.III, n° 1049, pág. 259. Según este último autor la obligación nace de una convención tácita: el comitente se obliga por medio de un cuasicontrato de negotiorum gestio frente a los obreros del contratista que, con su contrato, contribuyeron a ejecutar la obra.

¹²² PLANCQUEEL: *Contribution à l'étude des actions directes*; ...*op. cit.*; pág. 72 y 73.

animus gerandi, de intención de administrar¹²³, mientras que ésta es un requisito esencial en la gestión de negocios¹²⁴. Por otra parte, la especificidad del régimen jurídico de este cuasicontrato no permite dar cuenta de soluciones admitidas en materia de acción directa¹²⁵

642.- La aplicación del sistema de la gestión de negocios, podría llevar a resultados ilógicos como que en el seguro de responsabilidad la víctima, una vez indemnizada, debería rembolsar al asegurador las primas dirigidas al asegurado¹²⁶.

No obstante la inidoneidad de la figura de la gestión de negocios como fundamento de la acción directa, nos encontramos con una acción directa aplicable

¹²³ GHESTIN, TRAITÉ DE DROIT CIVIL....OP.CIT.; n°. 744 pág. 803.

¹²⁴ Los requisitos de la gestión de negocios aparecen perfectamente reflejados en la STS 2-febrero-1954 : «los actos que se realizan con esta finalidad respecto a bienes que están, de hecho, abandonados, lo sean espontáneamente y sin mandato ni conocimiento del dueño de los bienes, obrando, por tanto, sin su autorización expresa ni tácita ni su oposición, con desinteresada voluntad, pero si el propósito de realizar un acto de mera liberalidad; no siendo admisible tampoco que se haga por codicia de ganancia»

¹²⁵ Estimamos que la utilización de la gestión de negocios para justificar la concesión de la acción directa resulta extremadamente forzado, puesto que la mayoría de supuestos en los que se desenvuelven las acciones directas, como la realización de las obras del art. 1597 cc, o los casos del subarrendamiento encajan dentro de esta institución. Al respecto hay que tener en cuenta que esta figura, tal como señala LACRUZ BERDEJO («La gestión de negocios sin mandato », *RCDI*, 1975, págs.245 y ss.), consiste en la realización de actos impulsados por motivos altruistas, generalmente en supuestos de necesidad apremiante, en favor del sujeto cuyos asuntos se gestionan. Los motivos de solidaridad o de liberalidad no los podemos ver en la actuación de los titulares de ninguna acción directa.

Asimismo DÍEZ-PICAZO al comentar el art. 1.888 Cc. (vid. *Comentario del Código civil*, M° de Justicia, ...*op. cit.*; pág. 1944) dice que la gestión contemplada en ese precepto es voluntaria, y por lo tanto el *animus gerandi* significa que no se dan los requisitos del precepto cuando existe obligación legal o de otro tipo de llevarla a cabo. Tampoco debe existir entre gestor y el dominus un contrato de mandato puesto que en ese caso el régimen jurídico aplicable sería el de aquel contrato. Tampoco debe de existir ninguna otra relación jurídica que imponga el deber de actuación. Finalmente tampoco existe la figura estudiada si el *animus* del actor es de liberalidad o si, al contrario, es *animus depraedandi* o codicia de ganancia, como decían las Partidas. .

¹²⁶ En parecidos términos se manifiesta SOLUS, *L'action directe et l'interpretation des articles*. ...*op. cit.*; pág. 214.

dentro de los supuestos de gestión de negocios ajenos, aquella de la que dispone el dueño de los bienes frente al delegado de quien gestione un negocio de aquél sin mandato ni representación alguna (art. 1890 cc)¹²⁷.

3.A.2.- Los mecanismos objetivos.

643.- Para justificar ciertas manifestaciones de la acción directa se ha recurrido en ocasiones a dos mecanismos que prescinden totalmente de tanto de la voluntad del deudor intermediario como la del subdeudor. Se trata del principio *accessorium sequitur principale* y de la *subrogación real*.

3.A.2.a.-La noción de accesorio.

644.- La máxima jurídica *accessorium sequitur principale* evita la utilización de los acuerdos ficticios de voluntad¹²⁸ y encuentra su apoyo en el artículo 1121 del

¹²⁷Vid. *per omnia* PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op.cit.*; pág.36.

¹²⁸En Francia, para justificar la acción directa de garantía de la que disponen los subadquirentes de bienes, que es el ámbito donde se ha aplicado la máxima *accessorium sequitur principales*, también se ha recurrido a la estipulación por otro tácita o incluso a las cesiones de créditos tácitas.. Vid. GHESTIN, TRAITÉ DE DROIT CIVIL..., OP.CIT.; n°. 746 pág. 805.

Código civil¹²⁹. La teoría de la accesoriedad se ha utilizado en tres tipos de situaciones para justificar la acción directa¹³⁰:

645.- a) La noción de accesorio se utiliza para justificar la acción directa de garantía, en los supuestos de transmisiones sucesivas de bienes muebles o inmuebles, en el seno de una cadena heterogénea de contratos. Cuando se produce una venta de un piso, por ejemplo, la acción se transmite accesoriamente a la cosa cuya propiedad ha sido transferida¹³¹.

¹²⁹ El artículo 1.097 del Código civil establece esa misma posibilidad: «La obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido entregados »

Según BADOSA COLL, al comentar el art. 1.097 CC (*Comentario del Código civil*, Mº de Justicia, Madrid, 1991, pág. 26) , dice que el mencionado precepto no define lo que son accesorios de una cosa. Para ello hay que acudir a la «relación de accesoriedad» descrita en una serie de artículos del CC. como relación de subordinación funcional de la cosa «accesoria» a la «principal » y que según el CC. puede darse en varios sentidos. El primero es el de mueble a inmueble (art. 346); el segundo es de mueble a mueble (art. 376) y finalmente el tercer supuesto es el de derecho a derecho en que la función de accesoriedad es la garantía del crédito (arts. 1212, 1528 y 1852).

¹³⁰En Francia fue la importante sentencia de la Asamblea Plenaria de 12 de julio 1991 (J.C.P., 1991, II, 21743) recurre a la noción de accesorio en las tres series de hipótesis reseñadas.

¹³¹Un importante sector en la doctrina francesa admite que el causahabiente a título particular adquiere o se beneficia de los derechos relativos a la cosa transmitida cuando, por tener una íntima y estrecha relación pueda considerarse como un accesorio de la misma. *Vid.* WEIL; *Le principe de la relativité ...op. cit.*; págs.111 y ss. CARBONNIER, J: *Derecho civil*, t.II, vol..2 (trad. Zorrill Ruiz), Barcelona, 1971, págs. 458 y ss. ; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, (rev. Manuel Batlle), Madrid, 1960, págs. 679 y 680; MANLIVAUD, PH.: «L'action directe du maître de l'ouvrage contre les fabricants et fournisseurs de matériaux et composants», *Chronique Dalloz*, 1984, págs. 41 a 50; WEILL y TERRE: *Droit Civil, Les obligations*, Paris, 1986; págs. 530 y ss; VOIRIN, P.: *Droit Civil*, t.I, 23 ed, París, 1991, pág. 387

En nuestro país ha seguido esa posición .NART, «*Contrato de obra y empresa*», *RDP*, 1951, pág. 823. y las STS de 5 mayo 1961 y 17 octubre 1974; DE LA CÁMARA MINGO, F.: *Tratado práctico del Derecho referente a la Construcción y a la arquitectura..* T.II; Madrid 1964, T.II, pág..548 .

En Italia RUBINO, D.: « *Appalto privato* », *Novissimo Digesto Italiano*, pág.697.

646.- b) La noción de accesorio permite también explicar las acciones de garantía de los adquirentes sucesivos del inmueble contra los constructores y fabricantes de materiales.

647.- La acción de responsabilidad de los adquirentes contra el dueño de la obra en el caso de que se haya incurrido en supuesto que haga surgir la responsabilidad *ex art. 1591*, permite justificar tanto la acción directa de responsabilidad contractual de derecho común fundada sobre la no conformidad y como la acción en garantía de los vicios ocultos que ejerce el dueño de la obra contra el fabricante¹³².

648.- El Tribunal Supremo ha utilizado tres clases de argumentos para justificar la cesión derechos junto a la cosa transmitida^{133 134}:

a) Sentencias que consideran que los derechos y obligaciones relativos a la cosa transmitida le alcanzan por su carácter de adquirente particular, estas decisiones le vienen a equiparar, en cierto modo a la parte contractual o le niegan el carácter de tercero civil respecto de los contratos de su causante.

b) Resoluciones que combinan el principio de relatividad con el de «*nemo plus iuris transfert quam habet* » y considera transmitido el derecho de la obligación al causahabiente¹³⁵.

¹³² GHESTIN, TRAITÉ DE DROIT CIVIL..., OP.CIT.; n°. 746 pág. 805, se refiere a los preceptos equivalentes a nuestra garantía decenal en el *Code*, los arts. 1792 y ss.

¹³³ Vid. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad...*, op. cit.; págs. 224 a 230, este autor no sólo efectúa un exhaustivo análisis de la jurisprudencia del T.S. relativa a la cesión de derechos junto con la cosa transmitida sino que también realiza un profundo estudio sobre el causahabiente a título particular en la doctrina francesa.

¹³⁴ En nuestro país la transmisión de derechos al causahabiente a título particular solamente ha gozado de éxito para justificar la acción directa en garantía por vicios ruínógenos *ex art. 1591*.

c) Sentencias que aplican los principio generales relativos a la transmisibilidad de los derechos y obligaciones: según sea su carácter real o personal¹³⁶.

649.- La tesis de la accesoriedad ha sido criticada por la doctrina ¹³⁷, en concreto se le ha objetado:

a).- En principio, si la acción del deudor intermediario ha sido transferida al subadquirente, aquel ya no puede tener acción contra el vendedor inicial, puesto que no una acción no puede ser cedida y retenida a un mismo tiempo. Ahora bien la jurisprudencia, al menos en materia de ventas sucesivas, aprecia la acción del deudor intermedio como si hubiera conservado la acción que él tenía del contrato inicial¹³⁸.

¹³⁵Entre otras las SSTs de 29 septiembre 1997 (RJA 1997,6665); 27 abril 1984 (RJA 1984, 1438), 2 noviembre 1981 (RJA 1981,4412) y 1 abril 1977 (RJA 1977,1510). Esta última sentencia fue comentada por CABANILLAS SÁNCHEZ, A.:« La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal » (Comentario a la STS de 1 de Abril de 1977), A.D.C., 1978, págs. 667 a 680.

¹³⁶En este sentido la STS 25 de abril 1975 (RJA 1975, 2095) y 5 marzo 1992 (RJA 1992, 2162).

¹³⁷Se oponen a la teoría de la accesoriedad LÓPEZ FRÍAS (Los contratos conexos ...*op. cit.*; pág. 157), que además de suscribir las críticas de la doctrina francesa, estima que resulta difícil de entender que un crédito sea accesorio del objeto comprado en el sentido en que se establece en el art. 1097 del Código civil. ROJO FERNANDEZ-RIO, A: *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974, pág. 151.

En Francia critican esta teoría JAMIN, CH: *La notion d'action directe, ...op. cit.*; pág. 204 y ss.; GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.*; n°. 747 pág. 805.

¹³⁸ GHESTIN, TRAITÉ DE DROIT CIVIL..., OP.CIT.; n°. 747 pág. 805 comenta que la jurisprudencia francesa admite que el deudor intermedio, aunque haya transmitido la propiedad de la cosa a su causahabiente, pueda dirigirse contra su causante si conserva un interés directo y cierto. Ahora bien la mayor parte de las resoluciones que han afirmado este principio lo han hecho dentro de situaciones en las que el beneficiario de la acción había preferido dirigirse contra el deudor intermedio antes que contra el subdeudor. Critica este autor la contrariedad que supone mantener de un lado, que la acción se transmite accesoriamente con la transmisión de la

b) Por otra parte, la transmisión de la acción implicaría lógicamente que el acreedor no pudiese prevalerse de derechos que no poseía su causante, no obstante la jurisprudencia en ocasiones si que lo ha permitido¹³⁹.

c) - Asimismo las soluciones a las que abocaba la transmisión de la acción contradicen la jurisprudencia que únicamente da validez a las cláusulas limitativas de responsabilidad entre los vendedores de la misma especialidad¹⁴⁰.

3.B.2.b- La subrogación real.

650.- Antiguamente invocada para justificar la acción directa de pago de los acreedores hipotecarios y privilegiados, el argumento consiste en mantener que la indemnización del seguro sustituye a la cosa asegurada.¹⁴¹

cosa, es decir automáticamente, y de otra, que esta subsiste a título de subsidiaria en beneficio del deudor intermedio- puesto que ésta no ha sido transmitida- si el beneficiario de la acción no desea utilizarla.

¹³⁹En Francia la Camara comercial de la *Cour de Cassation*, (24 noviembre 1987, Bull. civ. IV, , n° 250, pág. 186), ha admitido que el subadquirente puede dirigirse contra el vendedor anterior sin que sea necesario probar que el vicio tenga la consideración de oculto para el vendedor intermedio GHESTIN, TRAITÉ DE DROIT CIVIL..., OP. CIT.; n°. 747 pág. 806.

¹⁴⁰GHESTIN, TRAITÉ DE DROIT CIVIL..., OP. CIT.; n°. 747 pág. 806. Esta es la enseñanza que se puede extraer de un fallo de la 3ª Camara civil de la *Cour de Cassation* 26 de Mayo 1992. En concreto, un establecimiento hospitalario había hecho instalar una caldera para un apartamento, los generadores a vapor estaban suministrados a este último por su fabricante. Seguidamente a la aparición de problemas, la sociedad Sochan, subrogada en los derechos del hospital, dueño de la obra, había emplazado al empresario y al fabricante. Después de haber constatado un incumplimiento contractual de parte de este último, la jurisdicción de fondo había estimado que la sociedad Sochan podía prevalerse para demandarle directamente reparación «sin que le sea oponible la cláusula limitando a un año de la que no podría haberse prevalido inicialmente contra el hospital»

¹⁴¹GHESTIN, TRAITÉ DE DROIT CIVIL..., OP. CIT.; n°. 748 pág. 807

651.- No puede mantenerse esta tesis puesto que si la indemnización del seguro estaba subrogada al bien desaparecido, los créditos privilegiados e hipotecarios podrían como mucho dirigirse contra el asegurado pero no contra su asegurador¹⁴².

3.B.- LA SUSTITUCIÓN POR OTRO MECANISMO

652.- La justificación de la acción directa mediante el recurso a un mecanismo clásico, no ha sido la única utilizada puesto que otro sector doctrinal ha negado que la acción directa sea una figura con caracteres propios y por ello han tratado de sustituirla por otro mecanismo como el *privilegio*, *el enriquecimiento sin causa*, y en menor medida por la *novación*¹⁴³.

3.B.1.- El privilegio.

653.- Los autores que intentan justificar la concesión de acciones directas mediante el recurso a esta figura utilizan el siguiente argumento¹⁴⁴: la persona que ha dado origen al nacimiento de un crédito en favor de su deudor debe tener un privilegio, es decir, un derecho de preferencia para el cobro del producto de la acción que su deudor tenga frente a un tercero. El titular de la acción directa al ejercitarla contra el subdeudor se beneficia de una condición privilegiada, puesto que saltándose el principio de la relatividad contractual se está dirigiendo contra una persona con la que no ha contratado, lo cual supone una preferencia puesto que además está evitando la concurrencia con el resto de acreedores del deudor

¹⁴²COZIAN, L'action directe, *op.cit.*; n°222 pág.139. GHESTIN, TRAITÉ DE DROIT CIVIL..., OP.CIT.; n°. 748 pág. 807.

¹⁴³GHESTIN, TRAITÉ DE DROIT CIVIL..., OP.CIT.; n°. 749 pág. 807.

¹⁴⁴En Francia siguen esta tesis LAURENT: *Principes du Droit Civil*, XXVI, num 81., 8ª ed Paris, Bruselas, 1.878. LABBÈ: «Des privilèges sur les créances », *Rev. crit. leg. et jur.* 1876, págs. 571 y ss. DEBRAY, V.R.: *Privilèges sur les creances et actions directes*, París, 1928, pág. 80 y ss..

principal¹⁴⁵. De modo que las acciones directas no serían sino ejemplos de privilegios sobre créditos que coexistirían junto con los privilegios especiales previstos en el Código civil para los bienes muebles e inmuebles.

654.- Sin duda alguna, tanto el privilegio como la acción directa permiten un reforzamiento de los derechos del acreedor, y hasta tal punto se parecen ambas figuras, que algunos autores no han vacilado en confundirlos¹⁴⁶. Sin embargo, esta confusión es criticable puesto que ambos mecanismos no sólo presentan profundas diferencias técnicas sino que se aplican en situaciones distintas¹⁴⁷.

a) El privilegio presupone la existencia de un conflicto entre varios acreedores de un mismo deudor entre los que uno es preferido a los otros. La acción directa permite al acreedor dirigirse contra el patrimonio del subdeudor ahorrándole la eventualidad misma de un concurso con los acreedores del deudor intermediario¹⁴⁸

b) El privilegio sólo puede ejercitarse dentro de un procedimiento ejecutivo universal o singular. Por el contrario el ejercicio de la acción directa de pago no

¹⁴⁵LABBÈ: «Des privilèges sur les créances », *Rev. crit. leg. et jur.* 1876, pág. 679. Estima que el carácter privilegiado de la acción directa se deduce de dos circunstancias: en primer lugar el acreedor tiene privilegio sobre el crédito de su deudor puesto que promovió a sus expensas y de forma voluntaria las condiciones de su existencia y finalmente porque la concesión legal de las ventajas que nacen del ejercicio de una acción personal, como la directa, debe aprovechar exclusivamente a su titular .

¹⁴⁶Un gran esfuerzo por delimitar la diferencia entre ambas figuras se debe a DE ANGEL YÁGÜEZ, R.: *Los contratos derivados del contrato de obra*. Madrid, 1.969.

¹⁴⁷GHESTIN, *TRAITÉ DE DROIT CIVIL....OP.CIT.*; nº. 750 pág. 807.

¹⁴⁸SOLUS, *L'action directeop.cit.*; nº 77, pág.102. DE ANGEL YÁGÜEZ, R.: *Los contratos derivados del contrato de obra*. Madrid, 1.969, págs., PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa ...op. cit.*; pág.75.

implica intervención judicial previa, puesto que esta puede ser ejercitada extrajudicialmente ¹⁴⁹.

c) La acción directa, a diferencia del privilegio cuyo efecto es menos enérgico, confiere a su titular un derecho propio que impide al subdeudor oponerle ciertas excepciones que podría invocar en contra de su acreedor

d) En fin, el privilegio preexiste a su utilización, al contrario de las acciones directas imperfectas, puesto que éstas no implican una inmovilización del crédito en favor del titular hasta que no se ejercitan ¹⁵⁰.

e) La acción directa provoca una inmovilización del crédito que no puede provocar el privilegio por sí sólo ¹⁵¹.

f) Finalmente la acción directa corresponde a un mecanismo original que une a tres personas renovando la forma de concebir el ámbito de los efectos del contrato y permite pensar que al contrario del privilegio su admisión es posible más allá de los textos legales ¹⁵².

3.B.2.- El enriquecimiento sin causa.

¹⁴⁹COZIAN, L'action directe, *op.cit.*; nº476 pág.288. PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa ...op. cit.*; pág.75. GHESTIN, TRAITÉ DE DROIT CIVIL..., OP.CIT.; nº. 750 pág. 807.

¹⁵⁰GHESTIN, TRAITÉ DE DROIT CIVIL..., OP.CIT.; nº. 750 pág. 808.

¹⁵¹PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa ...op. cit.*; pág.75.

¹⁵²RODRÍGUEZ MORATA, F.A.: *La acción directa como garantía ...op. cit.*; pág. 106, señala que la acción directa se articula de forma triangular y en el caso de la acción directa ex art. 1.597 está integrada por el titular de la acción (acreedor directo), el contratista (deudor principal) y el dueño de la obra o comitente (subdeudor). Si estos últimos se confunden en una sola persona, el crédito en este caso si que tendrá carácter privilegiado pero al reducirse a dos los integrantes de la relación jurídica habrá desaparecido la acción directa y con ella las ventajas que reporta.

655.- En ocasiones se ha justificado la acción directa a través de la regla del enriquecimiento sin causa¹⁵³. Si bien la noción de equidad aproxima los dos mecanismos, sin embargo sus condiciones de ejercicio establecen las diferencias entre ellos¹⁵⁴.

656 a) El enriquecimiento del demandado es una condición de la acción de *in rem verso*, puesto que ésta se dirige en su contra. Ahora bien el subdeudor no se enriquece en absoluto, puesto que si el se beneficia de un incremento del valor de su patrimonio, es a cambio de una contrapartida y por lo tanto la causa del enriquecimiento es justa¹⁵⁵. Si por ejemplo, el dueño la obra se beneficia de los trabajos que son efectuados en su beneficio, debe correlativamente el precio al empresario principal¹⁵⁶. Únicamente se enriquecen los otros acreedores del deudor intermediario, puesto que estos encuentran en el patrimonio de este último un valor que no se encuentra sino que en razón de un empobrecimiento del acreedor originario impagado¹⁵⁷. Aún a pesar de ello no se puede admitir una acción contra aquellos puesto que su enriquecimiento no es injusto, puesto que está justificado

¹⁵³ El primer autor en utilizar este fundamento para las acciones directas fue SOLUS, (*vid. L'action directe et l'interpretation des articles 1.753, 1.798 et 1.994 du Code civil*; París, 1.914, págs. 170, 227 y 238.) para este autor aquellos los preceptos del Code en los que la doctrina y jurisprudencia veían la existencia de acciones directas, no constituían sino manifestaciones de la *actio in rem verso*

En nuestro país siguen este planteamiento NART, «*Contrato de obra y empresa*», RDP, 1951, págs. 814 y ss. Q. M. SCAEVOLA, *Código civil...op.cit.*, pág.159, si bien parte de la equidad como criterio justificador de la acción *ex art. 1597*, dice que: « no es lícito que el dueño o empresario, o ambos, hasta por fraudulenta confabulación, se enriquezcan dañinamente con el esfuerzo o la aportación impagada de operarios y materialistas »; siguen esta opinión CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t.IV, pág. 517; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, t.II, vol.2º, pág. 474..

¹⁵⁴ GHESTIN J.: *Traité de Droit Civil, op.cit.*; nº. 751 pág. 809.

¹⁵⁵ RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa...*, *op. cit.*; pág. 113.

¹⁵⁶ GHESTIN J.: *Traité de Droit Civil...*, *op.cit.*; nº. 751 pág. 809.

¹⁵⁷ Algunos autores estiman que es necesario conferirles una acción contra aquellos. *Vid. SOLUS, L'action directeop.cit.*; nº 173 , pág. 245.

por su derecho de garantía universal sobre el patrimonio del deudor intermediario¹⁵⁸.

657 b) El segundo elemento para negar la viabilidad a esta teoría es que la acción de enriquecimiento sin causa no puede ser ejercitada sino cumple la condición de subsidiariedad. Pero como quiera que al deudor, en los supuestos de hecho que constituyen las acciones directas clásicas del Código civil, siempre le cabe el recurso a la utilización de la utilización de la acción subrogatoria para la satisfacción de su crédito por lo tanto no cabe hablar de subsidiariedad.¹⁵⁹

4.- EL ANÁLISIS CONTEMPORÁNEO

658.- En la actualidad se impone buscar una nueva explicación al mecanismo de la acción directa por varios motivos:

En primer lugar, puesto que ha quedado superado el fundamento exclusivamente legal de la acción directa, ya que el estudio histórico de su proceso de admisión ha puesto de relieve que algunas acciones directas han sido creadas por la jurisprudencia mucho antes de que un texto legal que las sancionase de forma expresa.

Finalmente, por la insuficiencia de los conceptos jurídicos clásicos para la justificación de la acción directa, ya que ninguno de los analizados es irrefutable para explicar esta figura. Por todo ello, se hace necesario buscar una explicación al mecanismo que vaya más allá de los argumentos tradicionalmente utilizados por la

¹⁵⁸PLANCQUEEL, *Contribution a l'étude des actions directes*, *op.cit.*;pág. 30; GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, *op.cit.*; n°. 751 pág. 810.

¹⁵⁹RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa...*,*op. cit.*; pág. 113.

doctrina ¹⁶⁰. La tendencia más reciente ha sido justificar la acción directa a través de los denominados «los grupos de contratos o contratos conexos»¹⁶¹ de los que las acciones directas de pago y de garantía no serían sino una de sus manifestaciones en el derecho positivo¹⁶². Por lo tanto es necesario replantear la naturaleza jurídica de la acción directa, descartando el recurso a la comparación con cualquier mecanismo clásico, por ello recurriremos a la noción de los grupos de contratos¹⁶³.

¹⁶⁰GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.*, n°. 754 pág. 813.

¹⁶¹En nuestro país se adscriben a esta corriente doctrinal PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa...*,*op. cit.*, pág. 120; RODRÍGUEZ MORATA, F.A.: *La acción directa como garantía...*, *op. cit.*, pág.. 128 a 131; LÓPEZ FRÍAS, A.: Los contratos conexos..., *op. cit.*, pág. 48.

¹⁶²En Francia el recurso a la noción del grupo de contratos para justificar la acción directa se ha visto seriamente obstaculizado por una resolución de la asamblea plenaria 12 de julio de 1991. No obstante afectar a las acciones directas en el ámbito de la responsabilidad civil sin embargo ha forzado a la doctrina a buscar otro fundamento a la acción directa.

¹⁶³Estos argumentos han llevado a la doctrina Francesa ha proponer dos nuevas explicaciones de la figura:GHESTIN, (*Traité de Droit Civil, op.cit.*) plantea retomar el análisis efectuado por un sector de la doctrina francesa del siglo XIX, para fundamentar la acción directa en el principio de justicia conmutativa en materia contractual, partiendo del fracaso de la teoría de los grupos de contratos para explicar las acciones directas de garantía. BACACHE-GIBEILI (*La relativité des conventions...*, *op. cit.*) opta por la vía más audaz y reelabora la teoría de los grupos de contratos, a pesar del fallo de la *Cour de Cassation*, (12 de julio de 1991) que parecía haber condenado esta teoría al ostracismo.

4.A. - LA CRÍTICA DE LA TEORÍA DE LOS GRUPOS DE CONTRATOS.

659. - La teoría de los grupos de contratos ha sido objeto de reconocimiento por la doctrina moderna^{1 2}, sin embargo suscita ciertos interrogantes³, sobre todo en Francia ha sido muy cuestionada su aplicación en materia de responsabilidad⁴. La existencia de tales críticas exige la revisión del concepto de grupo contractual y que se compare con el de acción directa, ya que el primero ha constituido la más reciente justificación de éste mecanismo, de este modo se podrá establecer su fundamento y alcance⁵.

¹En Francia vid. Las obras generales de MALAURIE y AYNÉS, 4ª ed, nº 691 y 874, pág. 496, J.MOUSERON, *Technique contractuelle*, 1989, nº 370 y ss.- Add J. Carbonnier GHESTIN J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* nº. 754 pág. 813., op. cit, 16 ed. §20, pág. 54.

²En España la expresión de grupos de contratos no ha encontrado excesivo eco, prefiriéndose la de conexión contractual, contratos conexos o incluso la de vinculación contractual. Entre los autores que han estudiado el tema están: PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa ...*, op.cit., pág. 120. LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos, op. cit.*, pág.48; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa...*, .op. cit., pág. 129; NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.: «Comentario del art. 1550 » ...op. cit. pág. 2770. La vinculación o conexión contractual ha vuelto a recuperar auge en nuestra doctrina, como ya comentamos en *supra* nº 55 con ocasión de la de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de Crédito al Consumo, ha originado un gran número de obras en las que se trata con detenimiento la problemática de la vinculación contractual: GAVIDIA SÁNCHEZ, J.L.: *El crédito al consumo (cesión y contratos vinculados)*, Valencia 1996; MUÑOZ CERVERA, M.: «La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo », CDC, 1995, nº 7, págs. 199 y ss; MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Pamplona, 2000; NAVÁS NAVARRO, S.: « Notas sobre la financiación por un tercero y el crédito al consumo (“Los derechos ejercitables por el consumidor frente al financiador en los contratos vinculados”, art. 15 Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo), EC, nº 53, año 2000, págs.33 a 46; VERDERA Server, R.: «Liquidación de relaciones contractuales derivadas de crédito al consumo: notas sobre el art. 9 LCCon », ADC, 1996, II, págs. 607 y ss. También podemos encontrar referencias a la vinculación contractual entre los autores que han estudiado el leasing como GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Pamplona, 2001.

³V.F.TERRÉ, Ph, SIMLER y LEQUETTE, op. cit. 2ª ed., nº 480, p.371.- Ph. DELEBECQUE, La notion de groupes de contrats: quels critères?. Cah. dr.ent. 1989/2, p.25; La transmission de la clause compromissoire, Rev, arb. 1991, p.19 y ss.

⁴V.H.L. y J.MAZEAUD y CHABAS, op.cit.8º, por F.CHABAS, nº 756, p.888 y ss.- Ph.CONTE, note sous Agen, 7 diciembre 1988, *Gaz, Pal*, 1989, 2,pág. 899.

⁵GHESTIN J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* nº. 755 pág. 814.

660. - La doctrina francesa ha efectuado dos propuestas, para superar la situación de punto muerto que han supuesto las resoluciones de la Asamblea Plenaria en materia de acciones directas de garantía. En primer lugar, GHESTIN⁶ plantea una vuelta al análisis efectuado por la doctrina francesa del siglo XIX, para así basar el fundamento de la acción directa en el principio de justicia conmutativa. El punto de partida para esta nueva tesis lo constituye el fracaso de la teoría de los grupos de contratos para explicar las acciones directas de garantía. La otra teoría, se debe a BACACHE-GIBEILI⁷ y opta por una vía más audaz, consistente en la reelaboración de la teoría de los grupos de contratos, justamente cuando la Asamblea Plenaria de la *Cour de Cassation*, en la tantas veces citada sentencia de 12 de julio de 1991 parecía haber levantado el acta de defunción de los grupos de contratos, en materia de responsabilidad.

661. - Las principales críticas a la teoría de los grupos de contratos son: la existencia de un fundamento contestable, la deformación de las nociones de causa y objeto, el alcance incierto de los grupos de contratos y la ausencia de régimen jurídico específico.

4.A.1. - Un fundamento contestable

662. - Los detractores de esta tesis estiman que los grupos de contratos no son la traducción de la realidad económica, tal como pretenden los

⁶La tesis de GHESTIN aparece en la 2ª edición de: *Traité du Droit civil. Les effets du contrat*, Paris 1994. Respecto de esta obra hemos de reseñar que si bien está escrita con el concurso de CHRISTOPHE JAMIN y MARC BILLIAU, en todas las referencias a la misma en la doctrina francesa se omite la mención a los otros dos autores. Nosotros seguiremos la tendencia que hemos observado en los autores franceses y citaremos tan sólo al director de la obra, si bien en el capítulo dedicado a la acción directa se percibe, aunque no se diga explícitamente, la obra de JAMIN.

⁷Esta teoría se expone en *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, París, 1996.

defensores de esta teoría que en parte debió su éxito a su «realismo económico». Sus valedores habían venido afirmando que la creciente diversidad y complejidad creciente de las operaciones económicas, debía ser correspondida con reglas jurídicas que evolucionasen al ritmo de las transformaciones económicas de la sociedad⁸. Esta afirmación de que han de ser los hechos económicos los que deben dictar las mutaciones jurídicas, ha sido objeto criticado, en el sentido de que el Derecho no puede reducirse a una ciencia de hechos⁹.

663. - Aquella afirmación, sin embargo, si que es cierta en materia de acciones directas de responsabilidad, ya que fue la observación de la realidad de los hechos, la que permitió a la doctrina el reconocimiento de dos acciones directas¹⁰; una en materia de responsabilidad para favorecer a la víctima, así como aquella que se otorga en favor de los subadquirentes de cosas^{11 12}. Ahora bien en estos supuestos el otorgamiento de la acción directa se debió, no tanto al hecho de tomar en consideración una realidad económica, que no era en aquella época de una extrema complejidad, sino a la voluntad de favorecer a sus titulares que sufrían un perjuicio al sólo poder disponer del ejercicio de la acción oblicua para la defensa de sus intereses¹³

664. - También se critica la afirmación de que el desarrollo de las acciones directas sea la traducción de una realidad económica cada vez más compleja que se traduce en la creación de vínculos contractuales dentro de

⁸TEYSSIE *Les groupes de contrats, op.cit.* n.º, 16 pág. 8.

⁹M. VILLEY, *Filosofía del derecho*, t.I. definiciones y fines del derecho, 4ª, ed. 1986, n.º 112, pág. 172.

¹⁰GHESTIN J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º. 756 pág. 814.

¹¹Vid. Req., 8 marzo 1937, *D.P.* 1938, 1, p.76. nota R.SAVATIER.

¹²GHESTIN J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º. 756 pág. 815.

¹³GHESTIN J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º. 756 pág. 815. *Vid. supra* Ghestin n.º 719.

los grupos de contratos¹⁴. Para ello hay que tener en cuenta que la mayor parte de las acciones directas, aún cuando estén situadas en el seno de grupos contractuales, son creaciones tan antiguas que se hace difícil admitir que en el espíritu sus creadores se encontrase la idea de transformar la concepción individualista del contrato vigente en aquella época^{15 16}. Todo ello hace que el concepto doctrinal de grupo contractual, según sus detractores, descansa sobre fundamentos jurídicos inciertos que no permiten su conciliación con otra serie de análisis comúnmente admitidos por la doctrina.

4.A.2. - Los grupos de contratos deforman las nociones de causa y objeto.

665. - Las nociones de objeto y causa, han permitido que la doctrina haya distinguido entre las cadenas y los conjuntos de contratos. Las «cadenas de contratos» están unidas por una identidad de objeto, ya que varios contratos se organizan por su vinculación con una misma cosa, alrededor de una misma prestación esencial, lo que ha motivado que hayan sido concluidos sucesivamente¹⁷. Los «conjuntos de contratos» están integrados por varios

¹⁴TEYSSIE *Les groupes de contrats, op.cit.* n.º 476. Cit. X GHESTIN J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º 756 pág. 815.

¹⁵Hay que tener presente que en Francia fue bajo la presidencia del primer presidente de la Cour de Cassation, Troplong, cuando se admitieron por primera vez admitidas las acciones directas en pago del arrendador contra el subarrendatario (Cass.civ., 24 junio 1853, *D.P.*53,1p.124; *S.* 53,1, p.321. y del obrero contra el dueño de la obra (Req., 18 enero 1854, *S.*54,1, p.441; *D.P.*54,1, pág.121.). Vid. GHESTIN J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º 756 pág. 815.

¹⁶Estimamos que entre el criterio hermenéutico de la *voluntas legislatoris* y el de la interpretación de la normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, ha de prevalecer éste último. De modo que si en las últimas décadas ha ido perdiendo fuerza la concepción individualista del contrato, siendo sustituida por una concepción dinámica, en la que difícilmente el contrato es un hecho aislado, desde este punto de vista se tendrán que estudiar y actualizar nuestras instituciones.

¹⁷TEYSSIE *Les groupes de contrats, op.cit.* n.º 69, p.39

negocios que al perseguir un objetivo común, disponen de una identidad, al menos parcial, de causa^{18 19}.

666. - La primera categoría de grupos concibe el objeto como la cosa que a su vez hace de objeto de la prestación prometida. Esta concepción del objeto es admisible, al menos, para las llamadas «cadenas homogéneas» que establecen sucesiones de contratos que disponen de una naturaleza jurídica idéntica; así acontece en las ventas sucesivas donde la cosa vendida, objeto del contrato, será siempre la misma²⁰. Por el contrario no será aplicable a las «cadenas heterogéneas» de contratos que encadenan contratos cuya naturaleza jurídica es distinta, salvo que se quiera difuminar la idea de objeto. A título de ejemplo, difícilmente se puede establecer un objeto común a las prestaciones de un fabricante, un empresario, de un vendedor y de un transportista cuyos contratos se suceden, salvo que se mantenga que la «prestación esencial» de cada uno de entre ellos consiste en la entrega de una cosa al dueño de la obra. Pero este denominador común tan forzado no da cuenta del contenido y de la especificidad de cada una de las prestaciones efectuadas²¹.

667. - Los conjuntos de contratos descansan sobre una concepción particularmente extensa de la causa. Para TEYSSIÉ, aquella comprende una

¹⁸TEYSSIÉ *Les groupes de contrats, op.cit.* n° 174, p.95.

¹⁹No hemos encontrado en ninguna de las obras de nuestra doctrina referencia alguna a la distinción entre cadenas de contratos y conjuntos de contratos. Únicamente en LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...., op. cit.* pág. 299, al estudiar la propagación de la ineficacia en los supuestos de conexión contractual, distingue entre contratos que se encuentran en situación de dependencia unilateral y aquellos que no lo están. También encontramos alguna referencia en MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo,...op. cit.* págs. 384 a 386.

²⁰GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 757 pág. 815.

²¹GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 757 pág. 816., además alega que: « Por otra parte la noción de objeto idéntico no permite en absoluto, desde un punto de vista jurídico, conferir a quienes se encuentran en los extremos de la cadena la cualidad de partes: la sola identidad de objeto entre los contratos no basta para otorgarles esa cualidad ».

noción psicológica que recubre los objetivos inmediatos y mediatos que determinan los contratantes^{22, 23}. Este último mantenía, sin embargo, que es el acuerdo de las voluntades la que delimita el campo contractual. Ahora bien, tal acuerdo falta entre aquellas personas que, aún a pesar de participar en una operación económica común, no han contratado entre ellas. Por lo tanto, la determinación del objetivo perseguido y conocido por cada una de las partes descansa sobre una presunción que sólo cabe deducir de la existencia de una operación global de la que ellas participan y no de la expresión de sus voluntades. El sólo hecho de una participación conjunta no es criterio suficiente como para poder determinar la extensión de la voluntad de los miembros del conjunto contractual, puesto que con ello únicamente se está estableciendo una ficción. De otro modo, se puede afirmar que así como el promotor del conjunto si que está determinado por su realización, ninguna certeza existe en relación con la multitud de los intervinientes en el seno del grupo: estos generalmente están determinados por la sola ejecución de su propia prestación²⁴

668. - A veces, comparada con la causa²⁵, la noción de indivisibilidad también se invoca para caracterizar la existencia del grupo de contratos²⁶. Se podría pensar en una indivisibilidad objetiva que resultase de la imbricación natural de los contratos²⁷, sin embargo, es difícil presumir tal indivisibilidad, en la medida en la que los distintos contratos que integrados

²²TEYSSIE *Les groupes de contrats, op.cit.* n° 65 y ss., parece haber seguido la concepción amplia de la causa mantenida por CAPITANT, según el cual, la operación económica global constituye un objetivo común a todas las partes, conocido y querido por ellas. Así lo hace ver GHESTIN J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 757 pág. 816.

²³TEYSSIE *Les groupes de contrats, op.cit.* n° 67.

²⁴GHESTIN J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 757 pág. 816.

²⁵TEYSSIE *Les groupes de contrats, op.cit.* n° 315, p.164.

²⁶GHESTIN J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 757 pág. 816.

²⁷TEYSSIE *Les groupes de contrats, op.cit.* n°316 p.164.

en el seno de los grupos existen por si mismo, sin que tengan necesidad del soporte jurídico de los otros. La autonomía de cada uno de los diferentes negocios jurídicos debe prevalecer como regla general. La prueba de indivisibilidad no puede continuar apoyándose en criterios fácticos y económicos cuyos contornos son demasiados imprecisos, únicamente cabe su delimitación por el legislador²⁸.

669. - En su defecto, se puede volver hacia una indivisibilidad subjetiva. Esta es con todo muy difícil de probar, puesto que sería un hecho excepcional el que las partes de los diversos contratos que forman el grupo expresasen de forma explícita su voluntad de volverlos inseparables²⁹.

4.A.3. -Los grupos de contratos desconocen el principio de la relatividad.

670. - El principio de relatividad contractual sería el segundo obstáculo que impediría a la noción de los grupos de contratos explicar la acción directa, La teoría de los grupos de contratos se apoya en una crítica a la percepción individualista del efecto relativo³⁰ que permite ampliar sus límites más allá de las partes alcanzando a todas las personas que son miembros del grupo. En ese sentido, el desarrollo de las acciones directas de pago y de garantía pondría en evidencia la existencia de vínculos contractuales entre las partes de un mismo grupo; de este modo se evitaría que aquellas, en sus relaciones recíprocas, fuesen consideradas como

²⁸En ese sentido MOURY, *De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats Rev.trim.dr.civ.*, 1994, p.255 y ss ; spéc.nº 10, pág. 261

²⁹GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* nº. 757 pág. 817.

³⁰TEYSSIÉ *Les groupes de contrats,op.cit.*nº 54 y ss.

terceros, con lo cual quedaría salvado el obstáculo constituido por el principio de la relatividad en el seno de los grupos de contratos³¹.

671. - De este modo, se respeta el principio del efecto relativo. Pero para ello hay que proceder a una extensión de la noción de parte en el contrato. En ese sentido, se ha dicho que tal concepción rompe «el cordón umbilical que ha unido siempre los artículos 1165 y 1134 del Code (Cfr. 1257 y 1091 Cc) ³²» en la medida en que extiende la cualidad de parte a una persona que no ha concluido todos los contratos y que no tiene el poder de modificarlos ni de ponerles fin por un procedimiento contractual ³³. La teoría de los grupos de contratos, al descansar sobre una concepción objetiva de la noción de parte, fundada únicamente sobre el intercambio económico, entra en contradicción con el criterio «subjetivo» que se funda en el papel de la voluntad en el procedimiento contractual. Al no permitir ningún acuerdo esa concepción es una fuente de incertidumbre que debilita el fundamento jurídico de concepto doctrinal de grupo³⁴.

672. - El concepto de grupo contractual, en vez de ser una traducción de la realidad económica debería de serlo de la voluntad de asegurar la previsibilidad contractual. Además la mencionada concepción parte, perturba numerosos principios rectores del contrato, por todo ello cabe afirmar que dispone de fundamento excesivamente frágil³⁵. Sin embargo el

³¹TEYSSIE *Les groupes de contrats, op.cit.* n° 584 p.292.

³²CONTE, precitado, pág. 902 (buscar).- *Adda. J.MESTRE. Du principe de l'effet relatif et de sa relativité...*; Rev.trim.dr.civ., 1988, n° 10, p.125 y ss.

³³La Asamblea Plenaria de la *Cour de Cassation* basándose en tal concepción del art. 1165, en la citada resolución de 12 de julio 1991, rechazó el derecho del dueño de la obra a ejercitar una acción en responsabilidad contractual contra un subcontratista Cit. GHESTIN, *op cit.* 758.

³⁴GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.*, n°. 758, pág. 818.

³⁵GHESTIN, *ibidem*, n°. 759, pág. 818.

estudio de su alcance no es posible sin que previamente se despejen toda una serie de interrogantes.

4.A.4. - Un alcance incierto.

673. - Los grupos de contratos provocan una división injustificada de las acciones directas, entre las que se encuentran en el seno de grupos contractuales y las que no lo están. Aplicado al estudio de la acción directa, el concepto de grupo contractual manifiesta toda una serie de limitaciones³⁶. Los defensores de la esta concepción de los grupos de contratos mantienen la necesidad de distinguir entre las acciones directas que se insertan en un grupo contractual y las que no se integran³⁷. Las primeras pueden admitirse por los tribunales fuera de un texto legal en la medida en que no contradicen el principio de la relatividad contractual, se trataría de acciones directas imperfectas³⁸. Por el contrario, las segundas, es decir las acciones directas perfectas, constituirían excepciones a ese principio y no cabría su admisión de modo excepcional, a no ser que tuviesen un fundamento legal³⁹.

674. - La anterior distinción es inexacta desde un punto de vista histórico⁴⁰, ya que ciertas acciones directas perfectas fueron admitidas por los tribunales, antes de que el legislador las hubiese reconocido expresamente⁴¹. El ejemplo más característico lo constituye la acción

³⁶GHESTIN J. *ibidem*, nº. 759, pág. 818.

³⁷TEYSSIÉ *Les groupes de contrats, op.cit.*, nº 560, pág.280.; NERÉT, J. *Le sous-contrat*, *op.cit.*, nº 433, pág. 316.

³⁸NERÉT, J. *Le sous-contrat*, *op.cit.* nº 440 pág. 319.

³⁹GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* nº. 759 pág. 818.

⁴⁰GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* nº. 759 pág. 818.

⁴¹ El Tribunal Supremo históricamente ha admitido la acción directa más allá de la existencia de textos legales.

directa de pago de la víctima contra el asegurador del causante del daño⁴². Sin embargo, esta creación jurisprudencial de acciones directas perfectas, aún a pesar del obstáculo constituido por el principio de la relatividad, no impide afirmar que el criterio de distinción entre las acciones directas no lo constituye necesariamente esa noción de «grupo contractual⁴³»

4.A.5. - Los grupos contractuales tienen un valor meramente descriptivo.

675. - El hecho de que las acciones directas no dispongan de ningún fundamento clásico satisfactorio⁴⁴ y que su actual desarrollo se inscriba mayoritariamente en el seno de series de contratos no significa que necesariamente que éstas constituyan «grupos» coherentes que expliquen ese desarrollo⁴⁵. Es decir, que la mera superposición de acciones directas y de grupos de contratos no implica que los segundos expliquen las primeras ni que las acciones directas sean una manifestación de la existencia de aquellos. Hay que tener en cuenta que el concepto de grupo de contrato constituye un intento de justificación doctrinal interviniente a posteriori, ya que la mayor parte de las acciones directas, fueron admitidas por la doctrina y la jurisprudencia muchísimo antes de la invención del concepto de grupo contractual y por motivos que le eran ajenos⁴⁶.

4.A.6. - Los grupos de contratos carecen de régimen jurídico específico.

⁴²Vid. *supra* GHESTIN n° 718.

⁴³GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 759 pág. 819.

⁴⁴Vid. *supra* GHESTIN n° 736 y ss.

⁴⁵GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 760 pág. 819.

⁴⁶GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 760 pág. 819.

Vid. *supra* GHESTIN n° 715 y ss.

676. - La cuestión del régimen jurídico se planteó en Francia en materia de responsabilidad de derecho común, antes de la sentencia de la Asamblea plenaria del 12 de julio de 1991⁴⁷. Mantener que en el seno de los grupos de contratos, la acción de responsabilidad es «necesariamente contractual» no implica a priori la puesta en marcha de ningún régimen jurídico específico, salvo la exclusión de aquél de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, esa calificación recubre en realidad la voluntad de privilegiar la previsibilidad contractual del subdeudor⁴⁸; Por ese motivo la 1ª Cámara civil admitió que el acreedor pudiese dirigirse contra el subdeudor «dentro del doble límite de sus derechos y de la extensión de la obligación de ese deudor⁴⁹». Sin embargo, la existencia de ese doble límite ha suscitado numerosos interrogantes, lo que disminuye el recurso al concepto de grupo contractual⁵⁰.

677. - Las principales dudas han surgido en materia inmobiliaria⁵¹. Fuera del ámbito inmobiliario, parece difícil fijar una solución puesto que uno de

⁴⁷Varias tentativas se han producido para establecer un régimen coherente, G.VINEY, « *L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats* », en *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, París, 1990, págs. 399 a 424.. R.DE QUÉNAUDON, note sous Cass. civ. 1ª, 31 Octubre 1989, *J.C.P.* 1990, ed. G.II, 21568, nº 9 y ss

⁴⁸*Vid.* GHESTIN nº 732.

⁴⁹8 de marzo de 1988. Precitada

⁵⁰GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* nº. 761 pág. 820.

⁵¹Según GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* nº. 761 pág. 820: El sistema parecía primero contrario a la disposición de la ley de 4 de enero de 1978 relativa a la responsabilidad de los constructores. Lo que excluyó de su campo la aplicación al subcontratante, salvo en la hipótesis apuntada por el art. 1792.4 del *Code* puesto que éste es también un fabricante de componentes. Desde entonces, permitir al subcontratista prevalerse del contrato concluido entre el empresario principal y el dueño de la obra permite indirectamente su reintegración en el campo de aplicación de la ley y de dejar sin objeto el art. 1792-4 que aplica al fabricante de componentes, que puede ser el subcontratista, la única responsabilidad puesta «al cargo del arrendatario de obra que a puesto en marcha, sin modificación (...) la obra, la parte de obra o elemento de equipamiento». Por otra parte, el sistema puede engendrar situaciones inextinguibles. Así el dueño de la obra actuando dentro del límite de sus derechos, puede invocar los términos de la garantía legal puesta a cargo de su

los contratos determina una obligación de medios y el otro una obligación de resultados. Es más, desde el instante en que los dos contratos no se someten a un régimen jurídico idéntico, el ejercicio de la acción necesariamente suscita dificultades⁵².

678. - Por otra parte, la suerte de privilegio que el concepto de grupo contractual instituye contra el subdeudor, al favorecer al titular de la acción directa acentuando el alcance del derecho propio del que dispone en contra del subdeudor, no da cuenta del régimen de las acciones directas en pago.⁵³

679. - En principio, compartimos con Ghestin la opinión de que la teoría de los grupos de contratos, tal como ha sido formulada originariamente dispone de un fundamento frágil y de un alcance incierto, y por ello no puede constituir una explicación satisfactoria de la acción directa⁵⁴. La doctrina francesa, si bien es consciente de la insuficiencia de la teoría de los grupos para explicar la acción directa, no ha logrado una justificación unitaria: un sector propugna la vuelta a los orígenes doctrinales del mecanismo para construir una teoría autónoma⁵⁵ y otro sector estima conveniente reformular la teoría de los grupos de contratos⁵⁶.

4.B. - LA TEORÍA DE LA ACCIÓN DIRECTA COMO MECANISMO CORRECTOR DEL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD.

constructor puesto que el subcontratista que le opone la extensión de su obligación, puede replicar que no está en absoluto sometido a ese régimen

⁵²GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 761 pág. 820.

⁵³*Vid. infra* GHESTIN n° 813 y ss.

⁵⁴GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 762 pág. 820.

⁵⁵GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 761 pág. 820.

⁵⁶Exponemos ambas teorías, sin perjuicio de adelantar que nos adherimos a la teoría de BACACHE-GIBEILI, que es la que propugna la superación, y en consecuencia mantenimiento de la teoría de los grupos de contratos o contratos conexos.

680. - Un primer sector doctrinal, encabezado por GHESTIN, propone la recuperación de algunos de los argumentos utilizados por la doctrina de la escuela exegética para explicar la acción directa. Se estima que el recurso a la equidad para evitar el perjuicio, utilizado por los representantes de la escuela de la exégesis, es insuficiente para justificar la admisión de la acción directa. Se estima que la primera cuestión que es necesario resolver para establecer una nueva teoría de la acción directa es la de saber como la doctrina y jurisprudencia establecieron en el siglo XIX el concepto de acción directa; y de que argumentos se valieron para justificar los obstáculos de los principios de relatividad contractual y de igualdad de los acreedores, así como el superar la general de actuación que estaba constituida por la acción oblicua⁵⁷.

681. - El análisis de la literatura jurídica aparecida entre 1.821 y 1.914, período que marca la «teoría exegética» de la acción directa, pone de manifiesto que la mayor parte de los juristas de la época, lejos de ajustarse al tenor literal de los artículos del *Code*, en los que vieron acciones directas, quisieron sobrepasarlos. El argumento generalmente utilizado para la justificación de las acciones directas fue el del recurso a la equidad para evitar el perjuicio⁵⁸.

El recurso a la equidad para evitar un daño ha sido constantemente invocado por la doctrina francesa^{59 60}, si bien solamente podría justificar la

⁵⁷GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º. 763 pág. 821.

⁵⁸GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º. 763 pág. 821.

⁵⁹ Nuestro Tribunal Supremo no nos ha proporcionado un concepto riguroso de equidad, si bien como señala BADENAS CARPIO («La noción de equidad en la doctrina del Tribunal Supremo español», *RDP*, ene. 1998, págs. 3 a 39.), la mayoría de sus resoluciones pueden agruparse en varios criterios:

-La equidad utilizada como instrumento corrector de la generalidad de la ley

-La equidad como medio de moderación del rigor de determinadas cláusulas contractuales.

admisión de un privilegio sobre determinados créditos, pero bajo ningún concepto podría justificar el ejercicio de una acción directa sobre el patrimonio de un tercero⁶¹.

682. - La principal dificultad para encontrar un fundamento a la acción directa siguiendo a los autores del siglo XIX, se encuentra en que la mayoría de aquellos sólo se manifestaron de forma parcial sobre aquel mecanismo; a excepción de DEMOLOMBE y LABBÉ. El estudio de la obra de ambos juristas permite determinar las razones de ser las acciones directas y distinguir, en su seno entre las acciones directas que corresponden a un mecanismo corrector del principio de relatividad contractual y aquellas que se identifican con modos de pago simplificados⁶².

-La equidad como único fundamento de la decisión en determinados casos.

-La equidad como fuente subsidiaria aplicable en caso de vacío legal.

-La *equidad como medio para alcanzar la equivalencia de las prestaciones* entre las partes (la cursiva es nuestra).

-La equidad como fórmula para trascender la ley en busca de la auténtica justicia.

De entre todas las aplicaciones generales de la equidad que señala el autor, nos interesa en particular la referente a la equidad como medio para alcanzar la equivalencia de las prestaciones entre las partes. Este argumento ha sido utilizado por el TS en las sentencias de 3 de febrero de 1986 (RJA, 1986, 410), de 18 de mayo de 1987 (RJA 1987, 3532) y 8 de octubre de 1992 (RJA 1992, 7539).

⁶⁰El recurso a la equidad ha sido utilizado para justificar la acción directa *ex art.* 1597 Código civil por el T.S. en reiteradas ocasiones, es de destacar la Sentencia de 6-6-2000 (RJA 2000\4402) que en su fundamento segundo recoge la doctrina jurisprudencial al respecto, cuando establece que: «Compendio de esa jurisprudencia complementaria del art. 1597 CC es la sentencia de esta Sala de 2 de julio de 1997 (RJ 1997, 5474): “que, [...] la acción directa la concede el artículo 1597 al tercero frente al dueño de la obra, pero la razón de ser de esta norma y su fundamento (que, como dice la sentencia de 11 de octubre de 1994 es: «razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción, especie de subrogación general derivada del principio de que "el deudor de mi deudor es también deudor mío", etc.) hacen que alcance también a los contratistas anteriores; es decir, si el dueño de la obra celebra contrato de obra con un contratista, éste subcontrata y éste a otro, etc., cualquiera de los subcontratistas tiene la acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente a un subcontratista anterior».

⁶¹JAMIN, CH, *La notion d'action directe*, *op.cit.* n° 299 pág. 268.

⁶²GHESTIN J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, *op.cit.* n°. 763 pág. 821.

4.B.1. - Un mecanismo corrector del principio de la relatividad contractual.

683. - DEMOLOMBE y LABBÉ ponen de relieve la claridad de pensamiento de los autores del siglo XIX, ya que sus textos que fueron redactados varios años después de la admisión jurisprudencial de la mayor parte de las acciones directas, suponen una recuperación y nueva discusión sobre aquellas explicaciones que previamente habían sido utilizadas por los Tribunales para justificarlas.⁶³.

4.B.1.a. - La tesis de DEMOLOMBE.

684. - Este autor mantiene que las acciones directas se justifican por el recurso a la equidad puesto que sus titulares son acreedores del valor puesto en el patrimonio de su deudor. El autor deduce que «los otros acreedores se enriquecerían verdaderamente a sus expensas, si fueran pagados sobre ese valor, antes que los otros⁶⁴. Pero ese análisis en realidad lo que está justificando es la existencia de un privilegio. Ahora bien, el autor mantiene la diferencia entre ambas figuras y para ello estima que la gestión de negocios del subdeudor por el mandato, el obrero y el procurador justifican la existencia de una acción directa y personal a su beneficio⁶⁵. Y que, lo mismo, la ocupación por el subarrendatario de los lugares arrendados por el arrendador justifica la acción directa de éste último. Esta se distingue técnicamente del privilegio puesto que sus titulares, al dirigirse directamente contra el patrimonio del subdeudor, no

⁶³GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 764 pág.

⁶⁴DEMOLOMBE, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. XXV, 2º ed, 1871. n° 139, pág. 144.

⁶⁵DEMOLOMBE, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général, op.cit.*n° 139, p-144-45.

entran en concurrencia con los otros acreedores del deudor intermedio⁶⁶. Más allá, está el vínculo jurídico que expresan la gestión de negocios ajenos y la ocupación de los lugares arrendados que, justificando la existencia de una acción directa, han permitido al legislador, enfrentar a estos acreedores preferentes con el verdadero deudor, del que aquellos son en realidad sus verdaderos acreedores⁶⁷

Del texto de Demolombe, cabe extraer una doble enseñanza: De una parte el autor confunde los argumentos económicos y jurídicos puesto que explica la acción directa del arrendador por la ocupación de los lugares ocupados, manifestando aquí el hecho de que del subarrendador se enriquecía en detrimento del arrendador, por el hecho de esa ocupación, si este no podía recobrar directamente dirigiéndose a él el montante de su alquiler. En otros términos, el acrecimiento del valor del patrimonio del subarrendatario sería injusto si el arrendador, que está en su origen, no pudiese cobrar la contrapartida⁶⁸. Por otra parte, el recurso a la gestión de negocios, que el autor únicamente desarrolla para el obrero sugiere un incremento patrimonial para el dueño de la obra por el trabajo del primero. Una vez más, este aumento de valor no puede permanecer conforme a los términos del artículo 1375 del Código civil sin contrapartida. La acción directa se correspondería así con un principio de justicia conmutativa, puesto que en el origen del incremento de valor del patrimonio del subdeudor se encuentra el acreedor (el titular de la acción directa), todo ello

⁶⁶DEMOLOMBE, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, op.cit.nº 140, p.146.

⁶⁷DEMOLOMBE, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, op.cit.nº 140, p.146: «El privilegio implica necesariamente que los acreedores, de los que unos son preferibles a los otros, están en presencia de un deudor común, de un solo y mismo deudor»

⁶⁸GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, op.cit. nº. 765 pág. 822.

implica que este último recibiría el equivalente del aumento de valor del patrimonio del subdeudor.⁶⁹.

4.B.1.b. - La tesis de LABBÉ

685. - Este autor se basa en DEMOLOMBE⁷⁰, aunque discrepa con la explicación jurídica de las acciones directas, que su predecesor basaba en las nociones de gestión de negocios y de ocupación de los lugares arrendados. Esta es la razón por la que cree que los artículos citados instituyen auténticos *privilegios sobre créditos*⁷¹.

686. - LABBÉ, se basa en un doble criterio. Aunque el privilegio descansa sobre la idea de que «se tiene privilegio sobre un crédito a cuya existencia se ha colaborado voluntariamente y a costa del patrimonio propio⁷² » lo que abarca esencialmente las situaciones relativas a los obreros y a los suministradores de material contempladas por el decreto de 26 pluvioso año II, a los obreros por el artículo 1798 del Código civil así como al arrendador sobre el fundamento de su artículo 1753. O aunque el privilegio descansa sobre la idea de que «un recurso que nace de una acción personal ejercitada por nosotros debe aprovecharnos exclusivamente⁷³». Se trata de hipótesis dirigidas por la garantía de evicción, el seguro de riesgos locativos y contra el recurso de los vecinos y por la atribución a los acreedores hipotecarios de la indemnización debida por el seguro de un inmueble incendiado.

⁶⁹GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 765 pág. 823.

⁷⁰Labbé, *Des privilèges spéciaux sur les créances*, Rev.crit.dr.et lég. 1876, n°2, p.572 y n° 3, pág. 573-574.

⁷¹LABBÉ, *Des privilèges spéciaux sur les créances, op.cit.* n°3, p.574 y 575.

⁷²LABBÉ, *Des privilèges spéciaux sur les créances, op.cit.* n°28, p.675.

⁷³LABBÉ, *Des privilèges spéciaux sur les créances, op.cit.* n°30, p.679.

687.- Acotada de esta forma, la tesis de LABBÉ sólo justifica la creación de un privilegio basándose en la introducción de un valor en el patrimonio del deudor⁷⁴. Sin embargo, aún a pesar de que LABBÉ niega la existencia de una acción directa ante la ausencia de vínculo jurídico entre acreedor y deudor⁷⁵, por el contrario si que tiene en cuenta la existencia de ese vínculo. Tras haber estudiado el Decreto de 26 pluvioso año II para compararlo con el artículo 1798 del Código civil, concluye que los acreedores «al ejecutar las ordenes o dando una forma al pensamiento de otros, han contribuido al nacimiento de la construcción cuyo precio les es debido⁷⁶», de donde deduce que «los acreedores que han participado en la obra tienen un acción calificada como directa⁷⁷». Por otro lado, el autor niega a los que no han tenido participación efectiva en la construcción de la obra el derecho a disponer un privilegio⁷⁸, como sucede con el suministrador de materiales puesto que «el vínculo que une ese crédito a la obra es más laxo⁷⁹». Al utilizar esos términos, LABBÉ fija los dos criterios que podrían ser los de una eventual acción directa: *la transferencia de valor* que opera el obrero incrementando el valor del patrimonio del dueño por su participación efectiva a la construcción de la obra y el vínculo jurídico de conexión que existe entre el trabajo suministrado y el resultado obtenido.

En el segundo caso de privilegio, el autor no se limita a mantener que la acción nacida dentro del patrimonio del acreedor debe aprovecharle a él exclusivamente, sino que lo completa recordando las numerosas sentencias en que se establece que el daño sufrido no debería quedar sin

⁷⁴V.M.Cabrillac er Ch Mouly, op.cit.2ª ed, n°646 y ss.

⁷⁵LABBÉ, *Des privilèges spéciaux sur les créances*, op.cit. n°2, p.572.

⁷⁶LABBÉ, *Des privilèges spéciaux sur les créances*, op.cit. n°4, p.576.

⁷⁷LABBÉ, *Des privilèges spéciaux...*, op.cit. n°6, p.576.

⁷⁸Ibídem, n°13, p.583.

⁷⁹Ibídem, op.cit. n°12, p.583.

reparación⁸⁰. Así sucede en materia de seguro contra el recurso de los vecinos, donde este autor estima que al permitirse a estos últimos tener prelación a los otros acreedores del asegurado los magistrados «han conducido por esa vía al seguro hasta su fin último natural⁸¹». Desde entonces, se puede pensar que esta *finalidad de garantía* es la que justifica la situación de preferencia otorgada a los acreedores indemnizados.

El citado autor aún a pesar de que defiende la idea de un privilegio, sin embargo, pone de manifiesto los criterios que históricamente pudieron justificar las acciones directas. Estos argumentos no han perdido en absoluto vigencia y permiten explicar la mayor parte de las acciones directas admitidas hoy en día⁸².

La determinación de la razón de ser de la acción directa, el establecimiento de su fundamento es lo que permite salir de la alternativa en la que la doctrina tradicionalmente había encerrado a la acción directa⁸³. El estudio histórico de la admisión y posterior desarrollo de la acción directa pone de manifiesto el dinamismo constante de ese mecanismo, aún a pesar de los corsés teóricos en que las sucesivas, y a la vez contradictorias, corrientes doctrinales han intentado encerrarla. Así pues los juristas del siglo XIX sólo quisieron admitir la acción directa en presencia de un vínculo jurídico entre su titular y el subdeudor. Sin embargo, desde principios del siglo XX la doctrina invierte su análisis para calificar solamente como acciones directas a aquellas cuyo vínculo tenía un fundamento exclusivamente legal. Sin embargo la tesis legalista ha sido

⁸⁰JAMIN, CH, *La notion d'action directe*, op.cit.nº pág. 305, pág. 273. GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, op.cit. nº. 766 pág. 824.

⁸¹LABBÉ, *loc.ult,cit.* nº33, pág.681.

⁸²GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, op.cit. nº. 766 pág. 824.

⁸³GHESTIN *ibidem* nota anterior, nº 766 pág. 824.

revisada en los últimos años, de modo que determinados autores han mantenido que numerosas acciones directas pretendidamente legales, en realidad evidencian la existencia de grupos contractuales que están caracterizados por el hecho de que los titulares de tales acciones tienen un vínculo con el contrato inicial⁸⁴. Todas estas sucesivas doctrinas, a pesar de sus contradicciones, encierran a la acción directa en una alternativa: o bien su titular dispone de un vínculo jurídico con el subdeudor y en ese caso la acción directa no tiene ninguna necesidad del auxilio de la ley; o bien ese vínculo es inexistente y entonces la acción directa sólo puede tener un fundamento legal⁸⁵. Sin embargo, ninguna de esas dos proposiciones da cuenta de la acción directa, ni desde un plano histórico⁸⁶, ni tampoco desde un punto de vista teórico, en la medida en que ninguna de entre ellas explica su razón de ser, puesto que se limitan a justificar su compatibilidad con los principios surgidos de los arts 1165 y 2092 del Código civil (Cfr. 1257 y 1911 Cc)⁸⁷.

El remontarse hasta el origen de la acción directa es tarea harto difícil puesto que es prácticamente imposible establecer una fecha, de ahí que nos hayamos limitado a indagar sobre sus primeras conceptualizaciones para averiguar la razón de ser de esta figura⁸⁸. Ésta responde a dos categorías de situaciones que son expresiones de un principio común: el de la justicia conmutativa⁸⁹.

4.B.1.c. - Incremento del valor del patrimonio y conexión de las obligaciones.

⁸⁴*Ibidem* n°. 766 pág. 824.

⁸⁵*Ibidem* n° 767 pág. 824.

⁸⁶Vid. N° 715 y ss.

⁸⁷GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 767 pág. 824.

⁸⁸Vid. n° 719 y 763.

⁸⁹GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 767 pág. 825.

689. - Según una primera categoría establecida por DEMOLOMBÉ Y LABBÉ, la acción directa sanciona un incremento del valor del patrimonio del subdeudor por el titular de la acción directa en aquellos casos en los que existe un vínculo de conexitud entre el objeto de la prestación de este último y el objeto de la del deudor intermediario (Ej. realización de trabajos concurrentes a la edificación por el deudor intermediario de un inmueble)⁹⁰.

690. - Este doble criterio incluye la hipótesis del subcontrato⁹¹, a excepción del caso en el que el vínculo que uniese éste con el objeto del contrato principal fuese demasiado laxo (Ej. suministro de materiales fungibles, informes que pudiesen ser utilizados en diferentes tareas). Esta categoría pone de manifiesto la presencia de una concepción de contrato, habitualmente rechazada por el lugar de preponderancia que se le concede a la voluntad, que insiste más sobre una noción de cambio caracterizado por un desplazamiento recíproco de valor⁹². De este modo el acreedor originario, al haber aumentado con su contribución el valor del patrimonio del subdeudor sin recibir nada en contrapartida, en el supuesto de que su deudor inmediato sea insolvente, dispone de un mecanismo jurídico que le permite recobrar la contrapartida del incremento de aquel valor a cuyo origen él ha colaborado. De este modo la acción directa permite a la noción de contrato cubrir su función de intercambio fuera de toda expresión de voluntad, aquél se convierte en un instrumento al servicio de la justicia conmutativa⁹³, puesto que la acción directa favorece el restablecimiento de

⁹⁰GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 768 pág. 825.

⁹¹GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 768 pág. 825

⁹²*Vid. La formation du contrat, n° 231 y ss.*

⁹³GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 768 pág. 825

un equilibrio económico roto entre los patrimonios del acreedor y del subdeudor^{94 95}

4.B.1.d. - Destino indemnizador y conexitud de las obligaciones.

691. - Otras manifestaciones de la acción directa son la traducción de un *imperativo de indemnización* que de otro modo no podría aplicarse por impedirlo el principio «*res inter alios*»⁹⁶. Este es el caso de la acción directa de pago ejercitada por la víctima contra el asegurador del

⁹⁴Siguiendo a BADENAS CARPIO («La noción de equidad en la doctrina del Tribunal Supremo español», *op. cit.* págs. 19 y 20.), podemos afirmar que la equivalencia de las prestaciones es un principio que se deduce de preceptos generales del Código civil, como el artículo 1124, el artículo 1256, el artículo 1274 y en especial el artículo 1289 cuando se establece que «si el contrato fuese oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses ».

El citado autor destaca la sentencia de 8 de octubre de 1992 (R.J.A. 1992,7539) en la que el TS establece que: «La equidad en sentido estricto no es fuente de derecho, antes bien como está configurada en el Código civil, es simplemente una regla de interpretación y en su caso de aplicación de las leyes y sólo tiene virtualidad y eficacia ante la existencia de vacío legal, que aquí no acontece (Sentencia 10-3-1983); y en cuanto a su consideración ponderativa como es el caso a que ha de entenderse se refiere la recurrente en su punto concomitante con el artículo 1103, del mismo Código, es sabido que es facultad soberana del Tribunal de Instancia que con rigor ha estimado lo que puede representar de perjuicio para el recurrido el incumplimiento contractual por parte de la recurrente comportando una frustración de sus intereses y derechos legítimos produciendo un desequilibrio de prestaciones de las partes que ha de ser corregido precisamente por equidad, como elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensibles a las particularidades de los casos.»

⁹⁵Con relación a la conmutatividad de las prestaciones vid. ARECHEDERA ARANZADI, L.I.: *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, Madrid, 1978. En las págs. 27 y 28 , nos dice este autor que en una materia como la contractual, donde el respeto a la autonomía privada tiene carácter prioritario y la injerencia del Derecho es mínimo, parece lógico que las previsiones del ordenamiento se orienten mayoritariamente a la protección de la seguridad jurídica a través del principio «*pacta sunt servanda*». Asimismo , en la misma obra pág. 350, comenta que el equilibrio en el intercambio de bienes se presenta como una exigencia de la justicia, en concreto de la justicia conmutativa

Asimismo, al referirse a la equivalencia de las prestaciones y como esta puede trascender a tercero, cita a DE CASTRO (*El negocio jurídico* pág. 167) que al referirse al tema de causa dice que: «la figura de la causa despliega su eficacia más allá del ámbito estrictamente «*inter partes*» de la relación causal. A través de ella se tienen en cuenta intereses que no son exclusivos de las partes del negocio.»

⁹⁶GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 767 pág. 825

responsable del daño⁹⁷. En efecto, si la función contractual del seguro de responsabilidad consiste en cubrir los riesgos de insolvencia del asegurado, su función social responde a una preocupación de indemnización de las víctimas, situación esta que se ha visto ampliada por el desarrollo de los seguros obligatorios⁹⁸. La acción directa supone una traducción de esa función sobre un plano técnico, al conducir al seguro hasta su fin último natural⁹⁹. Dejando atrás el recurso a la equidad en el que pudo estar en su origen, la acción directa constituye desde entonces «un perfeccionamiento técnico del análisis contractual» en materia de seguro, lo que explica su desarrollo¹⁰⁰.

692. - Un segundo supuesto es el de la acción directa de garantía ejercida por el subadquirente contra un vendedor anterior, o por el adquirente o el subadquirente de un inmueble contra el constructor o, incluso, por el dueño de la obra contra un fabricante de materiales. Si desde un punto de vista técnico, la noción de accesorio permite hoy en día justificar la admisión de la acción directa, ésta sin embargo se funda sobre el hecho de que «la garantía está establecida únicamente en interés del comprador¹⁰¹».

693. - Los inconvenientes nacidos del ejercicio de la acción oblicua han influenciado sobre la jurisprudencia para otorgado al subadquirente el beneficio de la acción directa. Ahora bien, desde el instante, en que este último puede dirigirse por la vía de la responsabilidad extracontractual, los dos inconvenientes que comporta el ejercicio de una acción oblicua (reparto de los frutos de su acción con los otros acreedores del deudor

⁹⁷Vid. *supra* n°782 Ghestin.

⁹⁸GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 769 pág. 825

⁹⁹J.E, LABBÉ, n°33, p.681.COZIAN, *L'action directe, op.cit.* n°453 pág. 275.GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 769 pág. 825.

¹⁰⁰JESTAZ, Rép.civ. (1972), v° *Equité*, n° 26. GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 769 pág. 826.

¹⁰¹GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 769 pág. 826.

intermedio e imposibilidad de ejercitar la garantía de este último si está no se debe al subdeudor), se difuminan. Esta por tanto la razón de ser de la acción directa de garantía. Esta situación podría eventualmente incitar al rechazo de tal mecanismo en materia de ventas sucesivas¹⁰².

694. - En este ámbito la acción directa todavía se admite por qué existe un vínculo de conexión entre el crédito del titular de la acción en contra de su deudor y el que detenta este último en contra del subdeudor. Así el crédito del asegurado contra el asegurador no existe sino por la deuda del asegurado con respecto de la víctima que el primero tiene como objeto garantizar. En idéntico sentido la deuda del vendedor originario contra el vendedor intermedio no existe sino en virtud de la deuda de este último contra el subadquirente, como consecuencia de la venta de un bien afectado por un vicio o una falta de conformidad con las condiciones pactadas¹⁰³. A la finalidad indemnizatoria, es necesario unir ese vínculo que actúa como conexión¹⁰⁴. La primera Cámara civil se ha basado, el 4 de octubre de 1988, en la idea de conexitud para otorgar una acción directa de pago¹⁰⁵».

¹⁰²GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 769 pág. 826.

¹⁰³GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 769, pág. 826.

¹⁰⁴GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil..., op.cit.* n°. 769, pág. 826.

¹⁰⁵GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 769 pág. 826 y 827. En concreto, el adquirente de un apartamento afectado por desperfectos que impedían habitarlo, había demandado a su vendedor solicitando la resolución del contrato de venta, este último llamando en garantía al arquitecto y al empresario. Admitiendo el conjunto de demandas del adquirente, la corte de apelación declaró al arquitecto y al empresario responsables in solidum de los desperfectos y los condenó a indemnizar al demandante hasta el 50% de la condena al vendedor, a excepción de la restitución del precio de venta. Esta decisión era irrevocable, el antiguo adquirente, después de haber hecho entrega de una orden de pago al empresario, la había asignado en pago. La jurisdicción de fondo habiendo acogido su demanda, el empresario basó en la violación de las reglas propias de la acción directa. En una resolución desestimatoria, la Corte de casación, desautorizó a la Corte de apelación, para estimar que «las sumas era debidas por la sociedad R...[el empresario], condenado a garantizar a M.P. [el vendedor] en virtud de una decisión devenida irrevocable, solamente en razón de la deuda de esta en contra de M.G.B. [el comprador], este último disponía de un derecho directo sobre estas sumas

4.B.1.e. - La acción directa como expresión técnica del principio de justicia conmutativa.

695. - La mayoría de acciones directas tradicionalmente se han fundado en el recurso a la equidad para evitar un perjuicio¹⁰⁶. La equidad permite atenuar la «rigidez de las leyes» y constituye una «una excepción a su rigor¹⁰⁷». De este modo la acción directa, en la medida en que constituye una sus numerosas expresiones técnicas constituiría una excepción a los principios de la relatividad contractual e igualdad de los acreedores¹⁰⁸.

Sin embargo el recurso a la equidad, aunque sea modo subsidiario apenas permite sobrepasar el ámbito de los casos particulares. La acción directa, por su desarrollo constante y el lugar creciente que ocupa en derecho positivo, se ha convertido en una auténtica regla jurídica, cuyo fundamento ya no puede continuar basándose en un futuro en la equidad¹⁰⁹.

696.- En realidad la acción directa constituye la expresión técnica del principio de justicia conmutativa¹¹⁰. Esto ultimo aparece con evidencia tratándose del primer criterio que establecen los defensores de esta nueva tesis sobre el fundamento de la acción directa: «quien ha transferido un

¹⁰⁶GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 770, pág. 827

¹⁰⁷E.AGOSTINI, *L'equité*, D.S.1978, Chron.,p.8, n°3.

¹⁰⁸Dice GHESTIN (*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 770, pág. 827.) Que :«Conviene señalar que esta percepción de la acción directa contiene ya en germen una concepción restrictiva del mecanismo, (Vid. DURANTÓN , t.II, pág. 34) que no ha podido sino facilitar la transmisión de la 'teoría exgética' de la acción directa a su 'teoría legal'».

¹⁰⁹GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 770, pág. 827.

¹¹⁰GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 770, pág. 827.

valor al patrimonio de otro debe recobrar el equivalente». Este principio, también se impone en el caso del segundo criterio: «algunas acciones directas son la traducción de un imperativo indemnizador. La realidad es que la función indemnizadora puede manifestar un principio de utilidad social (del asegurador, por ejemplo, del que la acción directa estimula la lógica indemnizadora hasta sus últimas consecuencias). Sin embargo, en realidad la acción directa en este ámbito no es sino una manifestación de la voluntad jurídica de restablecer un equilibrio roto por la sobrevenida del daño.¹¹¹

697. - Así pues hay que dejar atrás aquel el fundamento de la acción directa basado en razones de equidad, para establecer que ésta constituye «una auténtica regla jurídica que, al poner en marcha el principio de justicia conmutativa, tiene por objeto corregir el rigor de los principios relatividad de las convenciones y el de igualdad de los acreedores, manifestando la existencia de otro imperativo que contraría la puesta en marcha»¹¹².

La acción directa lejos de ser una excepción al principio de la relatividad de las convenciones vendría a corregir el alcance corrigiendo el exceso¹¹³.

698. - En definitiva, la acción directa tiene por objeto corregir, en ciertas situaciones, el rigor de los principios de la relatividad contractual y de la responsabilidad patrimonial universal. Esta figura no debe no constituir por

¹¹¹Equilibrio roto entre el asegurado y el responsable que la acción directa contra el asegurador permite restablecer mejor; equilibrio roto entre el subadquirente y el vendedor que solamente la acción directa contra un vendedor anterior permite restablecer. Comp- INTRODUCTION GENERALE, n° 192, pág. 152. --Cit por GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 770, pág. 827.

¹¹²GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 770, pág. 827.

¹¹³GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 770, pág. 828

lo tanto una excepción que deba ser interpretada de forma restrictiva, sino por el contrario debe considerarse como el complemento necesario que puede admitirse desde el instante en que se encuentre en uno de los dos casos de situaciones descritos: *incremento del valor del patrimonio del subdeudor, de una parte y finalidad indemnizatoria del crédito*¹¹⁴.

Así es como sus iniciadores concibieron la acción directa. El abandono de la reflexión sobre el fundamento del mecanismo con la llegada de la «teoría legalista» permitió usar la única técnica que podía funcionar sin tener que preocuparse por su fundamento, hasta el punto que se ha llegado a confundir la acción directa con una garantía que constituye un principio propio en el derecho de los contratos¹¹⁵.

699. - Por lo tanto se puede concluir que al lado de los mecanismos correctores del sistema jurídico que tienen alcance general, tales como el abuso de derecho, el fraude o la apariencia¹¹⁶ existen otros mecanismos correctores particulares que, de forma idéntica, corrigen el rigor de la técnica jurídica a fin de que ella no se vuelva contra «los fines que pretende servir»¹¹⁷. Así sucede también con la acción directa que, sin que cuestionar el principio de la relatividad contractual, lo somete, dentro de ciertas hipótesis, al principio de justicia conmutativa¹¹⁸.

Este principio parecería menos cuestionado si el obstáculo técnico constituido por el principio de la relatividad contractual pudiese ser

¹¹⁴GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 770, pág. 828. *Vid. supra* GHESTIN n° 768 y 769.

¹¹⁵M.CABRILLAC et CH.MOULY , *op. cit.* n° 568 y s.. pág 439 ss. GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 770, pág. 828.

¹¹⁶INTRODUCCION GENERAL, N° 692, Pág. 673.

¹¹⁷INTRODUCCION GENERAL, N° 692, Pág. 673.

¹¹⁸GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 770, pág. 828.

fácilmente sobrepasado. En los dos casos de situaciones expuestos¹¹⁹, existe una relación de conexión entre la obligación que une al subdeudor y al deudor intermedio, de un lado, y aquella que une a este último con el titular de la acción directa de otro. Este vínculo jurídico, a semejanza con la noción de accesorio en materia de transmisión de la propiedad de una cosa, permite afirmar que el subdeudor y titular de la acción no son extraños el uno del otro¹²⁰.

4.B.1.f. - Acción directa y grupos de contratos.

700. Al configurarse las acciones directas como mecanismos correctores del principio de relatividad de los contratos, es posible una cierta aproximación a la noción de grupos de contratos. Para ello hay que tener en cuenta que la acción directa es la expresión, no tanto un pretendido realismo económico, sino una concepción más antigua de la noción de contrato que insistía, no en la voluntad de las partes sino en la idea del intercambio. Y parece que fue sea la noción tuvieron en cuenta los autores del siglo XIX puesto que ellos se basaron en la idea de una transferencia de valor de un patrimonio a otro para deducir la existencia de acciones directas entre personas que no habían contratado entre sí. Esta noción económica de transferencia de valor, de la que el contrato es el instrumento privilegiado, no encuentra posiblemente su expresión jurídica más apropiada en la escurridiza noción de grupo de contratos. Pero aún a pesar de su rechazo por la Asamblea plenaria, la jurisprudencia parece tenerlo en cuenta, aún de forma indirecta. Esto es así, parece ser, ya que la Corte de casación mantiene que «la resolución del contrato de venta entraña necesariamente la realización del contrato de leasing», que la anulación de

¹¹⁹GHESTIN, *op.cit.*, n° 768-769.

¹²⁰GHESTIN J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 770, pág. 828.

un contrato de construcción de casa individual debe entrañar el aniquilamiento retroactivo de las obligaciones contractuales resultante de los contratos de préstamo o, todavía, que la resolución judicial del contrato de venta entraña la resolución de pleno derecho del contrato de préstamo en materia de crédito inmobiliario.

701. - La noción de transferencia de valor constituye el punto de reencuentro entre los grupos de contratos y las acciones directas, sin embargo estas últimas deberían ser excluidas de las cadenas de contratos, en el supuesto de que estas no fuesen reflejo de esa transferencia. Así pues las acciones directas de responsabilidad «necesariamente contractual» no han sido admitidas en las ventas sucesivas excepto para ofrecer al subadquirente una indemnización de la que había sido privado. Estas acciones directas tienen una función que se podría clasificar de «coyuntural», y deberían suprimirse desde el instante en que un sistema más ventajoso, como la acción de responsabilidad extracontractual, fuese admitida, a instancia de la evolución de la estipulación por otro en beneficio de los parientes del pasajero transportado. Por el contrario, el dueño de la obra que ha introducido un valor en el patrimonio del subcontratista, si que ha de ser remunerado por haberle enriquecido a expensas de su propio patrimonio y debería poder disponer de la acción directa.

4.B.2. - Un modo de pago simplificado.

702. - Los dos primeros casos de situaciones tenidas en cuenta por los autores del siglo XIX para justificar la admisión de la acción directa, y deducidos del principio de justicia conmutativa, no agotan sin embargo el conjunto de sus manifestaciones. Algunas de entre ellas recompensan una

cierta forma de altruismo mientras que el orden público de dirección se impone en otras. Pero no se trata sino que de aplicaciones particulares o residuales que no se explican sino por una supervivencia histórica de la figura o por la comodidad técnica del mecanismo, sin deducirse de su fundamento lógico. Al emparentarse con modos de pago simplificado, las acciones directas se identifican entonces no tanto a mecanismos correctores sino a verdaderas garantías¹²¹

4.C. - LA REELABORACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS GRUPOS DE CONTRATOS

703. - La segunda vía utilizada por la doctrina para superar la crisis de la noción de grupo de contratos, ha sido la redefinición del concepto.

4.C.1. - Rechazo parcial de la teoría de la unidad de culpa civil.

704. - Como punto de partida, se estima que con el objetivo de favorecer la indemnización de las víctimas de los daños resultantes de un incumplimiento contractual, la jurisprudencia (en Francia) ha procedido a la adopción de la teoría de la unidad de culpa contractual y extracontractual. Los terceros perjudicados por la inejecución de una obligación contractual están legitimados para invocar el incumplimiento del deudor, para ello, se establece la ficción de que se está ante una obligación contractual cuando en realidad se está ante es una acción extracontractual¹²².

¹²¹GHESTIN J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 772, pág. 830.

¹²²BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions...op. cit.*, pág. 328.

705. - Este tratamiento conjunto de las culpas, aparentemente presenta una gran utilidad, ya que el tercero perjudicado puede reclamar la reparación de un daño contractual, que se identifica con la inexistencia de prestación prometida en el contrato del deudor incumplidor. En efecto, de la definición de ese daño resulta la imposibilidad de vincularlo a una falta de cumplimiento de un deber de alcance general ¹²³. El incumplimiento que origina el daño contractual no puede recibir sino una calificación exclusivamente contractual. El incumplimiento del deudor que origina un daño representa la ausencia de prestación prometida en el contrato, y por ello es inhábil para desdoblarse en culpa extracontractual. Es doblemente relativo, en ese sentido que, no sólo esta no puede ser invocada por un tercero en virtud del principio de relatividad contractual, sino principalmente porque no puede coincidir con la violación de un deber de alcance general.

706. - El incumplimiento contractual no puede generar al mismo tiempo una responsabilidad extracontractual, salvo el caso de que se tratase de una violación de una obligación legal determinada o del deber general de prudencia y diligencia. Esta doble calificación que se viene efectuando al comportamiento del deudor contractual, únicamente sería posible en el caso de que los daños sufridos por el tercero sí que fueran extracontractuales, como sucedería si la falta supusiera la violación de la seguridad de las personas y de sus bienes, como consecuencia de una inobservancia de un deber general de prudencia y diligencia ¹²⁴. La práctica jurisprudencial de la

¹²³BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions...op. cit.*, pág.328.

¹²⁴CAVANILLAS MUGICA en :*La concurrencia de responsabilidad...*, *op. cit.*,pág.6 dice que para que se produzca la concurrencia de responsabilidades: « será necesario que entre el causante del daño y la víctima medie una relación obligacional - requisito sine qua non para que pueda originarse una responsabilidad contractual -y por otra parte, que eliminada hipotéticamente la relación obligacional que une a los sujetos

unidad de las culpas está destinada a superar la naturaleza exclusivamente contractual de la falta que origina el daño contractual sufrido por el tercero¹²⁵.

707. - La voluntad de favorecer la indemnización de las víctimas por la vía de la unificación de las culpas, sin embargo, presenta graves inconvenientes: en primer lugar, transtorna las previsiones contractuales del deudor incumplidor y atenta contra los principios del efecto relativo de los contratos y de la oponibilidad¹²⁶. En realidad, permitir al tercero reclamar la

implicados, los solos hechos ocurridos sean suficientes para originar responsabilidad extracontractual.»

¹²⁵DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños, op.cit.*,pág.264, se muestra contrario al uso abusivo de la teoría de la unidad de la culpa civil, para ello manifiesta que: « a nuestro juicio, el llamado principio de la unidad de la culpa civil es una falacia. Evidentemente no es la misma situación en que se encuentra quien ha comprometido su actividad o resultado de ella frente a otro y que, como consecuencia de este compromiso aceptado, se encuentra en una situación que le coloca notoriamente ante un tipo de deberes , frene a quien causa daños a otro sin previa relación jurídica, ni especial compromiso. El contrato, además de ser una reglamentación de intereses que las partes efectúan, puede contener no sólo reglas sobre la diligencia a prestar (art.1.104 *in fine*), sino lo que es más importante, especial distribución de los riesgos y especiales definiciones de la responsabilidad. Por ello se puede decir que quien después de adoptar y aceptar este tipo de compromisos y las formas de distribuir el riesgo y la responsabilidad, acude, para fundar su demanda, a las reglas de la responsabilidad extracontractual, está haciendo algún tipo de trampas en el juego, que deben determinar la inadecuación de dicha demanda.

¹²⁶CAVANILLAS MUGICA en *:La concurrencia de responsabilidad..., op. cit.*,pág.29 comenta que en: «responsabilidad contractual la existencia de prestaciones recíprocas, al contrario de lo que sucede en materia extracontractual, típicamente unilateral permite adjudicar de muy diversas maneras los riesgos, tanto por parte del legislador como de los propios contratantes, sin que la equivalencia o equilibrio de las prestaciones se altere, es decir, sin producir injusticia.». En la misma obra, págs. 37 y 38 dice que. « Un sector de la doctrina española, se ha levantado contra la aplicación relajada del art. 1107, defendiendon, por el contrario, que el tono restrictivo de dicho precepto obedece a «lo que el derecho considera una adecuada distribución de los riesgos de incumplimiento, a la luz del principio de la autonomía de la voluntad».

El anterior autor, cita a su vez a Pantaleón Prieto, F.: «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate) », ADC, págs 1019 y ss , (pág. 1027) quien estima que: «La decisión de celebrar un contrato descansa en un cálculo de costes- beneficios, más o menos consciente, de cada una de las partes contratantes, siendo uno de los costes a tener en cuenta el relativo al riesgo a que se produzcan una serie de daños a consecuencia de un eventual incumplimiento. No tendría buen sentido

reparación del daño contractual que sufre, es concederle la posibilidad de exigir la ejecución indirecta de la obligación contractual creada en beneficio exclusivo del acreedor del cocontratante. La asimilación de culpas contractuales y extracontractuales conlleva a conceder al tercero, el derecho de reclamar la ejecución por equivalente del contrato y a consagrar una excepción al principio de la relatividad contractual bajo el pretexto de la oponibilidad. La unificación de culpas permite a la oponibilidad incidir sobre el efecto relativo¹²⁷.

708. - No obstante, la calificación exclusiva de la falta que origina el daño contractual sufrido por el tercero, combinada con el total rechazo de la unidad las culpas¹²⁸, conduciría a privar a la culpa extracontractual de toda acción de reparación contra el deudor incumplidor. Es cierto que la exclusión de la responsabilidad extracontractual, es más respetuosa con el principio de oponibilidad y de los intereses del deudor incumplidor, pero presenta el inconveniente de que choca contra el objetivo de protección de las víctimas de los daños contractuales¹²⁹.

709. - La existencia del vacío jurídico que supone la falta de toda acción de reparación, inaceptable a la vista de las necesidades de indemnización de las víctimas, requiere la construcción de una nueva noción jurídica capaz

que el contratante que resulta incumplidor debiera responder de aquellos resultados dañosos que, ni contempló como posibles al tiempo de contratar, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando, en su caso, con los especiales conocimientos de aquél, habría previsto que podrían producirse a consecuencia de tal incumplimiento.».

¹²⁷BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions...op. cit.*, pág. 328, nº 356.

¹²⁸YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad...*, *op. cit.*,pág.102 al referirse a la “teoría de la absorción o incompatibilidad“estima que le parece la teoría dogmáticamente correcta, si bien su uso no reporta a la víctima un resarcimiento tan amplio como el que obtendría de utilizar las normas extracontractuales. Siendo ésta la explicación del abuso del art. 1902 para reclamaciones derivadas de incumplimientos contractuales al socaire de un mal entendido carácter general.

¹²⁹BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions...op. cit.*, pág. 329 nº 357.

de ofrecer a las víctimas, de los daños derivados de un incumplimiento contractual, una acción de reparación, dentro del respeto de los intereses de previsión del deudor incumplidor^{130 131}.

710. - La elaboración de esta noción exige identificar que terceros son susceptibles de sufrir un daño contractual consecuencia del incumplimiento del deudor. La búsqueda de estos terceros permitirá constatar que se benefician de una obligación contractual idéntica, en cuanto a su objeto, a aquella a la que está sujeto el deudor incumplidor. Estos terceros han de pertenecer a un mismo grupo de contratos unidos por una identidad de obligaciones. Esta definición unitaria, en principio, recubre diferentes variedades de grupos de contratos según el lugar, accesorio o principal, que ocupa la obligación común dentro de la estructura de cada contrato.

4.C.2. - Clases de grupos de contratos: homogéneos y heterogéneos.

711. - Dos contratos de la misma naturaleza que recaen sobre el mismo objeto forman necesariamente un grupo de contratos puesto que estos

¹³⁰CAVANILLAS MUGICA en *:La concurrencia de responsabilidad..., op. cit.*, págs.56 y 57, incide en la previsión el juego de la autonomía de la voluntad permite que las partes contratantes modifiquen el régimen jurídico de la responsabilidad, no sólo mediante el establecimiento de cláusulas de exoneración de la responsabilidad, sino mediante la estipulación de cláusulas penales, reglas sobre la prueba, fianzas, intereses de demora, pactos de sumisión judicial o respecto de la ley aplicable, y un largo etcétera que sólo encuentra un límite en la moral, el orden público y las reglas imperativas,. Establecido en un contrato un régimen especial, el mismo no es aplicable a la hipotética responsabilidad extracontractual que pueda mediar entre ambos contratantes.

¹³¹También es cierto que el régimen de la responsabilidad extracontractual favorece al perjudicado puesto que el deudor incumplidor no el podrá oponer la cláusulas de exoneración de responsabilidad que hayan sido pactadas en su caso. LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.* pág.224.

tienen en común la obligación principal característica. El grupo se llama entonces homogéneo¹³².

Dos contratos de naturaleza diferente también pueden formar un grupo contractual. Podemos encontrar dos supuestos distintos: en primer lugar está el caso en que dos contratos tienen en común una obligación accesoria, que ocupa invariablemente dentro todo contrato el rango de accesoria, tal como sucede con la obligación de garantía. Este grupo de contratos se llama *heterogéneo simétrico*. En el segundo supuesto, la obligación principal de uno de los contratos es idéntica a una obligación accesoria de otro: este grupo está formado por un contrato mixto y por un contrato simple, el segundo de los cuales toma prestado al primero su obligación accesoria para elevarla al rango de una obligación principal característica, el grupo se llama entonces *heterogéneo asimétrico*.

712. - La consagración jurídica de la noción de grupos de contratos o, dicho de otro modo, la admisión de la acción directa en responsabilidad contractual en el seno de los grupos de contratos responde a las necesidades de indemnización de los terceros víctimas dentro del respeto a los intereses del deudor incumplidor¹³³. El grupo contractual aparece como el único medio que permite a los terceros, víctimas de un incumplimiento exclusivamente contractual, obtener la reparación del deudor incumplidor dentro de las previsiones contractuales de este último. La noción de grupo tiene por objetivo reemplazar la total ausencia de acción de naturaleza contractual para el tercero, sin tener que recurrir a la utilización de la vía extracontractual¹³⁴.

¹³²Los conceptos de « cadenas » y « conjuntos de contratos », ya han sido objeto de análisis en nuestro trabajo, vid. *supra* n^{os}. 54, 55, 665, 666 y 667.

¹³³BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions...op. cit.*, pág. 330, n^o 358.

¹³⁴BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions...op. cit.*, pág. 330, n^o 358.

4.C.3. - Ventajas de la noción de grupo contractual

713. - El grupo contractual permite realizar un compromiso entre los intereses del deudor incumplidor y los de los terceros víctimas de la inejecución contractual, al asegurar a estos últimos una indemnización a la que no habrían tenido acceso y al mismo tiempo respetando las previsiones contractuales del primero. Esta nueva aproximación a los grupos de contratos, consecuencia del rechazo del postulado erróneo de la asimilación de responsabilidad contractual y extracontractual, se distingue de la aproximación clásica a través de la que el grupo sólo se percibía como un medio para sustituir a una acción extracontractual ya existente por una acción contractual con el único interés del deudor incumplidor.

714. - Esta nueva función del grupo contractual, más interesante a la vista del conflicto de intereses entre la víctima y el deudor incumplidor, ha podido establecerse merced al rechazo de la teoría de la unidad de culpa contractual y extracontractual.

Sin embargo, el papel de grupo contractual sólo es necesario en la medida en que precisamente permite colmar el vacío jurídico dejado por el restablecimiento de la distinción entre culpas contractuales y extracontractual, dentro del respeto a los principios de oponibilidad y del efecto relativo.

En consecuencia los miembros de un grupo contractual deberían de beneficiarse de la acción responsabilidad extracontractual cada vez que el incumplimiento del deudor constituya al mismo tiempo la violación de un

deber de alcance general¹³⁵. Esta doble calificación sólo es concebible en presencia de un daño extracontractual sufrido por el miembro del grupo, que se tratase de un daño contra su persona o sus bienes. El grupo sólo desempeña una función: conceder a sus miembros una acción de reparación a la que no podían acceder por su condición de terceros; no tiene la función de sustituir una acción extracontractual ya existente por una acción contractual.

715. - En resumen, la naturaleza de la acción directa en el seno de los grupos de contratos no es uniforme. Es extracontractual cuando el miembro del grupo sufre un daño contractual, pero el incumplimiento del deudor constituye al mismo tiempo una violación de un deber de alcance general; es contractual cuando el miembro del grupo sufre un daño estrictamente contractual. En ese último caso, el incumplimiento del deudor resulta impropio para desdoblarse en una culpa extracontractual, de modo que sólo la noción de grupo permite a la víctima reclamar la reparación de su daño dentro de las previsiones del deudor. La cualidad de la víctima, no es el único criterio de delimitación de las responsabilidades. Esta se combina con la naturaleza de la culpa que está en el origen del daño.

716. - Los resultados obtenidos como resultado del estudio de la responsabilidad en el seno de los grupos de contratos conduce además a ampliar la función de esta noción a los ámbitos de ejecución directa «in natura» de una parte y de la acción directa en pago o «por equivalente» por otra¹³⁶. En efecto la responsabilidad contractual no tiene sólo por función, la de reparación del daño contractual, mediante su papel de pago, es decir

¹³⁵Ya hemos mencionada anteriormente la queja al respecto de YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad...*, op. cit.,pág.102.

¹³⁶BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions...*op. cit., pág. 331, n° 359.

una ejecución por equivalente de la obligación contractual, sino que el miembro del grupo también debería poder instar la ejecución la ejecución directa de la obligación común a los dos contratos que forman el grupo, puesto que ésta posibilidad es viable. Además sería más equitativo permitir al deudor de la acción directa en responsabilidad reclamar el precio de la prestación que él ejecuta, no sólo a su cocontratante sino también al beneficiario final de la prestación.

Por ello es necesario que los dos contratos que forman parte del contrato estén unidos por una identidad de causa. Esta circunstancia tiene lugar en los grupos homogéneos así como en los grupos heterogéneos asimétricos. Por el contrario, escapan a la identidad de causa los grupos heterogéneos simétricos.

717. - En resumen, los grupos homogéneos y heterogéneos asimétricos son grupos recíprocos en el sentido que implican acciones directas en pago y en responsabilidad. Estos tienen por función, no sólo permitir al miembro del grupo invocar la culpa exclusivamente contractual de deudor incumplidor, sino también habilitar a éste último, en la hipótesis en la que ejecuta la prestación a su cargo, de reclamar el precio al primero.

Por el contrario, los grupos heterogéneos simétricos, son grupos unilaterales en el sentido en que el deudor de la acción en responsabilidad no se beneficia de una acción recíproca en pago.

4.C.4. - El principio de relatividad contractual y los grupos de contratos

718. - El grupo contractual sólo puede acceder a la vida jurídica si es legítimo. Es decir que habrá que fundamentar la acción contractual en responsabilidad en el seno de los grupos de contratos, con relación al principio de relatividad contractual¹³⁷.

719. - El principio de relatividad contractual, si continúa interpretándose a la luz del principio de autonomía de la voluntad, constituye un grave obstáculo para el reconocimiento jurídico de los grupos de contratos¹³⁸. En efecto, si únicamente es la voluntad el fundamento de la fuerza obligatoria, sólo pueden considerarse como partes las personas cuya voluntad ha contribuido a la formación del contrato; cualquier otra persona es considerada como tercero al contrato y no puede reclamar la ejecución directa o por equivalente de las obligaciones surgidas del contrato. Así sucedería también con los miembros del grupo contractual¹³⁹. El principio de relatividad contractual representa un obstáculo para el establecimiento de la noción jurídica de grupos de contratos. La mera existencia del grupo no sería suficiente para dar nacimiento a la acción contractual directa. El grupo tendría necesidad del soporte de una otra noción jurídica conciliable con el principio del efecto relativo de los contratos.

720. - El recurso a los «contrapesos clásicos», para superar el artículo 1257 del Código civil nos ha parecido criticable¹⁴⁰. En efecto, algunos como la estipulación por otro o la cesión de créditos, están basados en una interpretación que diviniza la voluntad. Otros son insuficientes en el sentido de que sólo permiten el desarrollo de las acciones directas en

¹³⁷BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions...op. cit.*, pág. 331, nº 360.

¹³⁸BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions...op. cit.*, pág. 331, nº 361.

¹³⁹Vid. *supra* nº 569, donde se recoge como parte de nuestra doctrina propone superar la concepción voluntarista del principio de la relatividad contractual.

¹⁴⁰BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions...op. cit.*, pág. 332, nº 362.

ciertos grupos de contratos con exclusión de otros. Sucede lo mismo con la teoría de la accesoriedad que sólo puede desarrollar sus efectos en el seno de los grupos traslativos. La insuficiencia de la regla de la accesoriedad para fundar la acción directa en el seno de todos los grupos, o dicho de otra forma de acordar una acción de reparación a todas las víctimas potenciales consecuencia del incumplimiento de un deudor, obliga a la búsqueda de otro medio jurídico que permita ofrecer los miembros de grupo no traslativos una acción directa de responsabilidad.

721. - El mecanismo que supere el principio relatividad contractual, tampoco puede ser el de la responsabilidad extracontractual. Puesto que la concurrencia de responsabilidades, destinada a superar la naturaleza exclusivamente legal de la culpa que origina el daño contractual, no puede fundamentarse en la oponibilidad del contrato, por los terceros a las partes. Este remedio para paliar la insuficiencia de la teoría de la accesoriedad, desafortunadamente ha sido utilizado por la jurisprudencia en innumerables ocasiones. Esto conduce a la coexistencia en Derecho positivo del principio de la unidad de culpas y de la regla *accessorium sequitur principale*, coexistencia incoherente e ilógica puesto que realiza la persecución de dos objetivos diferentes y contradictorios.

722. - En efecto, la acción de responsabilidad contractual, sólo es posible en el seno de grupos contractuales traslativos; en los demás el daño sufrido sea contractual o extracontractual, sólo tiene como razón de ser la previsión contractual del deudor incumplidor, con el consiguiente desprecio de los intereses de los miembros del grupo. Esta preocupación desaparece en el caso de los grupos de contratos no traslativos, donde sólo importa la necesidad de indemnización de las víctimas de los daños contractuales. Ahora bien, la acción en responsabilidad contractual debería perseguir

dentro de todos los grupos, traslativos o no, el mismo objetivo: asegurar la indemnización de los terceros víctimas de un perjuicio pero combinado con el respeto a las previsiones del deudor incumplidor. El examen de las imperfecciones de las excepciones clásicas al principio de relatividad contractual conduce a preguntarse si el significado del principio del efecto relativo de los contratos impide la consagración jurídica de los grupos de contratos.

723. - La evolución económica y social ha puesto en evidencia las insuficiencias del principio de relatividad contractual. Con el fin de responder a las nuevas necesidades sociales, el legislador y la jurisprudencia no han vacilado en atacar los colorarios del principio de autonomía, es decir el consensualismo, la libertad de contratar, de determinar libremente el contenido contractual... El principio autonomía voluntad ya no permite explicar el derecho positivo actual. Es la ley la que concede al contrato su fuerza obligatoria con el doble objetivo de realizar la justicia conmutativa y asegurar en ese acto de previsión a que se ve emprendido sobre la seguridad jurídica suficiente^{141 142}.

Ese nuevo principio debería permitir considerar como partes, a todos los que estén afectados por el contrato, entendido como un instrumento de empresa sobre el futuro y de justicia conmutativa, es decir, los miembros del grupo de contratos. Esto es así, ya que es posible constatar que, la fuerza obligatoria de un contrato permite asegurar el respeto a las previsiones no sólo de los cocontratantes sino también de las personas cuya

¹⁴¹BACACHE-GIBEILL; *La relativité des conventions...op. cit.*, pág. 333, nº 363.

¹⁴²En este sentido se manifiestan los defensores de la eficacia normativa del contrato: LACRUZ BERDEJO, J.: *Elementos de Derecho civil ...*, *op. cit.*, pág. 320; PUIG BRUTAU, J.- *Fundamentos de Derecho Civil*, II, vol.2º, Barcelona, 1.986, pág. 246.; DE COSSIO Y CORRAL: *Instituciones de derecho civil, Tomo I: Parte General. Obligaciones y contratos.* (rev. De Cossio y Martínez y León-Castro Alonso); Madrid, 1991, pág. 413; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, t.I. 5ª ed, Madrid, 1996. pág. 126.

voluntad ha participado en la formación de otro contrato que contiene previsiones idénticas. Esa identidad de previsión existe cuando los dos contratos están unidos por una identidad de objeto en una de sus obligaciones, dicho de otro modo, puesto que los dos contratos forman un grupo contractual.

En segundo lugar, podemos constatar que la fuerza obligatoria de un contrato permite realizar la justicia conmutativa en beneficio de otra persona distinta al cocontratante. Este es el caso de la acción directa de pago concedida al deudor que ha ejecutado una prestación en contra del beneficiario real de éste, acreedor de una obligación idéntica en virtud de otro contrato. Es asimismo, el supuesto de la acción directa de responsabilidad contractual destinada a restablecer el equilibrio roto por la culpa del deudor y para reparar el daño contractual que sólo se puede sufrir si se es miembro de un grupo de contratos.

724. - Desembarazado del juego del principio autonomía voluntad e interpretado a la luz del principio según el cual la ley atribuye al contrato su fuerza obligatoria, el artículo 1257 sirve de fundamento a la noción de grupo contractual. Lejos de constituir una excepción al artículo 1257, la acción contractual en el seno de los grupos de contratos, es la aplicación misma de ese artículo interpretado a la luz del nuevo principio que justifica la fuerza obligatoria de los contratos. Al lado de los contratantes, dicho de otro modo, de las personas cuya manifestación de voluntad ha formado un único y mismo contrato, existen las simples partes cocontratantes cuyas manifestaciones de voluntad han formado dos contratos distintos unidos por una identidad de obligaciones. El principio del efecto relativo de los contratos no es un obstáculo para la consagración de la noción jurídica de los grupos.

725. - La noción de grupos de contratos, al ser constituir un fundamento suficiente para la acción directa en responsabilidad o de pago, permite establecer el régimen de esa acción¹⁴³.

El miembro del grupo, parte simple del contrato concluido por el deudor, puede exigir la ejecución directa o por equivalente de la obligación que ha surgido del contrato concluido por el deudor perseguido. La pertenencia al grupo constituye la causa eficiente de la obligación de la que el titular de la acción directa reclama su ejecución. La acción directa está en consecuencia sometida al régimen previsto en ese contrato¹⁴⁴.

Es decir que la cualidad de parte en el contrato del deudor deriva de la pertenencia del acreedor a un grupo contractual. De otro modo, esta condición se le ha reconocido a aquel que se beneficia de una obligación contractual, idéntica a aquella a la que está sujeto el deudor, en virtud de su propio contrato. La cualidad de acreedor de una obligación idéntica es la causa eficiente de la acción directa contra el deudor. El deudor puede entonces prevalerse del contrato concluido por el acreedor titular de la acción, pero únicamente en tanto que hecho, con el fin de establecer la ausencia de causa eficiente, es decir, la falta de identidad entre las dos obligaciones surgidas de los dos contratos a la formación de los cuales, estas han contribuido.

726. - El derecho del titular de la acción, tiene por consecuencia una doble causa eficiente que está constituida no sólo por el contrato del deudor perseguido, sino también por la existencia de una obligación idéntica a

¹⁴³BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions...op. cit.*, pág. 334, n° 364.

¹⁴⁴*Ibidem* pág. 334, n° 364.

Capítulo XIII: La naturaleza jurídica de la acción directa.

aquella cuya ejecución se reclama que surge del contrato del acreedor perseguidor¹⁴⁵.

Con todo ello es posible concluir que la noción de grupos de contratos merece ser consagrada jurídicamente.

¹⁴⁵BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions ...op. cit.*, pág. 334, nº 364. Esta no tiene por causa eficiente los dos contratos que forma el grupo y no está por lo tanto sometida a la regla del doble límite que en Francia desarrolló la sentencia de la 1ª cámara civil en marzo de 1988.

Capítulo XIV.-

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACCIÓN DIRECTA

SUMARIO.-1.- EL CONFLICTO ENTRE UN DERECHO PROPIO Y UN DERECHO DERIVADO. 2.- REQUISITOS DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA. 2.A. -EL CRÉDITO DEL TITULAR DE LA ACCIÓN. 2.A.1.- La existencia del crédito. 2.A.2.- Los caracteres del crédito. 2.B.- LA SITUACIÓN DEL DEUDOR INTERMEDIO. 2.C. -LA DEUDA DEL SUBDEUDOR. 2.C.1.- La extensión y los caracteres de la deuda. 2.C.2.- La naturaleza de la deuda. 2.C.3.- La carga de la prueba de la deuda. 3.- LA EFICACIA PROCESAL DE LA ACCIÓN DIRECTA. 3.A.- LA FASE EXTRAJUDICIAL. 3.A.1.- La innecesariedad de la intimación al deudor intermedio. 3.A.2.- La intimación al subdeudor. 3.B.- LA FASE JUDICIAL 3.B.1.- La demanda contra el deudor intermedio. 3.B.1.a.- *La demanda al deudor intermedio en las acciones directas de pago.* 3.B.1.b.- *La demanda al deudor intermedio en las acciones directas de responsabilidad.* 3.C.- LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL -3.C.1.- La competencia funcional 3.C.2.- La competencia territorial. 3.C.3.- Las cláusulas atributivas de competencia son oponibles al titular de la acción directa. .- LOS RESULTADOS Y LA INOPONIBILIDAD DE LAS EXCEPCIONES. 4.A.-LA EFICACIA CONSERVATIVA Y EJECUTIVA DE LA ACCIÓN DIRECTA. 4.A.1.-El titular de una acción directa supera al acreedor que ejerce una acción oblicua. 4.A.2.-El titular de un acción directa imperfecta concurre con el acreedor que ejerce un embargo. 4.A.3.- El titular de una acción directa supera a los acreedores de un deudor intermedio en el supuesto de quiebra o suspensión de pagos. 4.A.4.- El titular de una acción directa no concurre con los acreedores del subdeudor. 4.A.5.- El conflicto entre titulares de acciones directas. 4.B.- LA INOPONIBILIDAD DE LAS EXCEPCIONES.5.- CREACIÓN DE ACCIONES DIRECTAS NO PREVISTAS

EXPRESAMENTE POR LA LEY. 5.A.- CREACIÓN JURISPRUDENCIAL DE ACCIONES DIRECTAS. 5.A.1.- La admisión de la acción directa del perjudicado contra el asegurador antes de la aparición del art. 76 LCS. 5.A.2.- La acción directa del subadquirente de viviendas contra el constructor. 5.A.3.- La ampliación de la legitimación pasiva al subcontratista. 5.B.- CREACIÓN DOCTRINAL DE ACCIONES DIRECTAS. 5.B.1.- La acción directa en el leasing inmobiliario

1. EL CONFLICTO ENTRE UN DERECHO PROPIO Y UN DERECHO DERIVADO.

726.- Es difícil el establecimiento de un régimen general que organice el ejercicio de la acción directa, ya que se ve dificultado por la existencia de numerosas manifestaciones de este mecanismo en nuestro Derecho positivo. La falta de regulación legal de la mayoría de estas acciones exige que se fije un régimen general de ejercicio de la acción directa, para de ese modo paliar las numerosas lagunas legales que presenta esta figura¹. Este régimen legal general puede establecerse sin perjuicio de mantener vigentes los escasos regímenes particulares para determinadas manifestaciones de la acción directa.²

727.- El establecimiento de un régimen común es posible, habida cuenta que ciertas constantes se reiteran en la gran mayoría de acciones directas; este es el caso de la naturaleza específica de las diferentes categorías de las acciones directas, bien sean de pago o de responsabilidad. En ese sentido, cabe afirmar que todas las acciones directas concilian el ejercicio de un derecho propio conferido a sus titulares y un derecho derivado de la relación obligatoria que les une con los deudores intermedios, y sobre todo

¹PASQUAU LIAÑO, («*La acción directa...op. cit.*, pág. 79) estima que a esta falta casi absoluta de regulación legal hay que añadir que en la mayoría de supuestos legalmente reconocidos, la ley se limita a conceder una acción directa, pero sin especificar en que consiste ésta.

²Generalmente es la propia ley la que establece un régimen particular para una determinada clase de acción directa, este el caso de la acción directa *ex art. 76 LCS*

del vínculo que existe entre estos últimos y los subdeudores ³. Esta conciliación dirige el conjunto del régimen de la acción directa, aún cuando el ejercicio del derecho propio tiende a primar sobre el derecho derivado, en la medida en que la acción directa tiende, no solamente a constituir una ventaja en beneficio de su titular, sino también a instituir una relación directa e independiente entre este último y el subdeudor⁴.

728.- La conciliación que rige el régimen de la acción directa se manifiesta en las tres fases en que se puede ordenar el régimen de la acción directa: las condiciones previas, ejecución y los resultados.

*** 2.- REQUISITOS DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA.**

729.- La puesta en funcionamiento del mecanismo en que consiste la acción directa, exige que se cumplan toda una serie de condiciones previas que unen a las personas del *titular de la acción* (la existencia y los caracteres de su crédito), del *deudor intermedio* (su posibilidad de insolvencia) y del *subdeudor* (la existencia y la naturaleza de su deuda)⁵.

*** 2. A.- EL CRÉDITO DEL TITULAR DE LA ACCIÓN.**

*** 2.A.1. La existencia del crédito.**

730.- En el supuesto de las acciones directas de pago sus titulares deben ser acreedores de sus propios deudores⁶. La acción directa seguirá la suerte

³GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º.813 pág. 864.

⁴JAMIN, CH.: *La notion d'action directe, ...op. cit.*, n.º 335 y ss.; GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º 813. pág. 864.

⁵GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º. 814 pág. 865.

⁶GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º. 815 pág. 865

del crédito de cuyo pago ella misma es garantía, en la medida en que ésta es accesorio del mismo⁷. La extinción del crédito comportará asimismo el de la acción directa⁸. Este sistema es el que corresponde a las manifestaciones legales de la acción directa, sin embargo, la jurisprudencia, confiere una cierta autonomía a la acción ejercida por el acreedor con relación al contrato que une a su deudor inmediato^{9 10}.

***2.A.2.- Los caracteres del crédito.**

731.- En la medida en que se reclama un pago, el titular de una acción directa de pago debe, en principio, probar que su crédito es cierto y exigible¹¹. Sin embargo, con relación a las acciones directas imperfectas, en las que el crédito no está inmovilizado desde el origen, y teniendo en cuenta el hecho que los primeros efectos de la acción son simplemente conservativos, es posible matizar la condición de exigibilidad del crédito, ya que es necesaria su existencia en el preciso momento en que la acción

⁷No hay que olvidar, como señala PASQUAU LIAÑO, M.: «*La acción directa...op. cit.*, pág. 85, que el crédito entre el acreedor directo y el deudor intermedio establece el límite de la extensión de la acción directa que no puede ir más allá del mismo.

⁸ M. COZIAN, *L'action directe*, *op.cit.* n° 322 y ss.

⁹GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, *op.cit.* n°. 815 pág. 865

¹⁰Son numerosas las SSTs que establecen la inoponibilidad de las cláusulas limitativas al perjudicado, no sólo para las acciones directas perfectas como la del art 76 LCS, sino también en otros ámbitos como en el de la acción directa *ex art.* 1591 Código civil. Cuestionan la validez de las cláusulas limitativas en el ámbito de la adquisición de viviendas, entre otras las SSTs de 27 junio 1994 (RJA 1994, 6505), 2 octubre 1992 (RJA 1992, 7516) y 12 febrero 1988 (RJA 1988, 941).

En Francia en materia de seguro de responsabilidad civil, la Corte de casación ha manifestado que una clausula limitativa de responsabilidad que el asegurado habría podido oponer a la víctima no podía serlo por el asegurador una vez que aquella hubiese ejercitado la acción directa Cass. com., 7 diciembre 1982, *Bull. civ.*, n° 400, pág. 334.

¹¹La mayoría de la doctrina es pacífica en relación a la exigencia de estos dos requisitos. Vid. GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, *op.cit.* n°. 816 pág. 866.

PASQUAU LIAÑO, («*La acción directa...op. cit.*, pág. 85) dice que el que crédito del titular de la acción directa sea cierto y exigible, proviene del carácter ejecutivo que concurre tanto en la acción directa como en la acción subrogatoria. En consecuencia no podrán ejercitar la acción directa ni los acreedores condicionales ni a término.

opera su efecto traslativo¹².

La mayoría de la doctrina, inspirándose en la solución admitida en materia de seguro de responsabilidad¹³, exige que se demuestre el carácter líquido del crédito como requisito previo al ejercicio de la acción¹⁴

732.- En el caso de las acciones directas de garantía, el tema es diferente, ya que en algunos supuestos basta con ser propietario de la cosa para disponer de una eventual acción directa contra el subdeudor.¹⁵

*** 2. B.- LA SITUACIÓN DEL DEUDOR INTERMEDIO.**

733.- Una cuestión que se plantea es la necesidad de la insolvencia o no del deudor intermedio como requisito para la admisibilidad de la acción directa, tal como se exige en el caso del artículo 1111 para el ejercicio de la acción subrogatoria. Las soluciones en derecho positivo sin embargo son contradictorias¹⁶.

734.- La acción directa constituye una garantía de pago en beneficio de su titular, puesto que puede ejercerla conjuntamente con la acción de la que dispone contra su propio deudor, lo que le permite obtener una condena *in*

¹²GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º. 816 pág. 866.

¹³Cass. civ. 1ª, 30 octubre 1984, *Bull. civ.*, I, n.º 288, pág. 245.

¹⁴M.COZIAN, *L'action directe*, Paris, 1969., n.º 337 y ss. - B. STARCK, STARCK, «*Action directe*» en Encyclopédie Dalloz, *op.cit.*, n.º 57. GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º. 816 pág. 866.

Por el contrario no considera necesaria la exigibilidad del crédito PASQUAU LIAÑO, M.: «*La acción directa...op. cit.*», pág. 85, puesto que ello disminuiría la eficacia de la institución, puesto que retardaría su ejercicio y dejaría al acreedor expuesto a los actos de disposición sobre el crédito entre el deudor intermedio y el subdeudor. .

¹⁵GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º. 817 pág. 866

¹⁶GHESTIN, *ibídem*, n.º. 818 pág. 866

solidum de éste último y del subdeudor¹⁷; por ello no hay razón, salvo excepciones, para exigir que el deudor intermedio sea insolvente. Esta misma solución es válida tanto para las acciones directas de pago como de responsabilidad¹⁸.

*** 2.C. -LA DEUDA DEL SUBDEUDOR.**

*** 2.C.1.- La extensión y los caracteres de la deuda.**

735.- El subdeudor no está vinculado con el acreedor directo como podría serlo un responsable por hecho ajeno (art. 1903 CC) o un garante; sino que lo es porque es deudor de su acreedor¹⁹. De ello se derivan importantes consecuencias:

a) El subdeudor solo está obligado con respecto al titular de la acción directa en concurrencia de lo que todavía adeude a su propio acreedor, en el

¹⁷Vid. JAMIN, CH, *La notion d'action directe*, *op.cit.*, nº412, pág. 361.

En la jurisprudencia del T.S. es reiterada la doctrina que establece la solidaridad entre deudor principal y subdeudor.

La solidaridad en el ámbito de la acción directa ha sido reconocida por el T.S. es numerosas sentencias. Como la de 19 abril de 2001 (RJA 2001\6884) que reconoce la subrogación de la aseguradora que pagó la indemnización al cargador en la acción directa de éste frente al subcontratista, estableciendo la responsabilidad solidaria tácita del comisionista y del subcontratista. Con relación al art. 1597 la STS de 6-junio-2000 (RJ 2000,4402): dice que cuando : «se ejercita la acción directa, en general y en esta concreta del artículo 1597 del Código Civil, no se excluye la reclamación al deudor directo y en tal caso, la responsabilidad de ambos es solidaria ». En parecidos términos la STS 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999,9358): «al no resultar excluidos los subcontratistas de la aplicación del artículo 1597, la acción de reclamación de deuda que les asiste opera en forma directa y la pueden dirigir tanto contra el dueño de la obra como contra el contratista o subcontratista anterior, y asimismo frente a todos ellos simultáneamente al estar afectados y obligados en la relación contractual instaurada, que de esta manera se proyecta al comitente, y, en tal caso, la responsabilidad de éste y del contratista es solidaria. De forma similar se manifestaron las SSTS de 17-Julio-1997 (RJA 1998,216); 2-julio -1997 (RJA 1997,5474) y la de 11 octubre 1994 (RJA 1994,7479). Todas ellas no hacen sino seguir la vía iniciada por la STS de 13 Abril 1926.

¹⁸GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, *op.cit.* nº. 818 pág. 867.

¹⁹COZIAN, *L'action directe*, *op.cit.* nº 344 pág. 210.

momento del nacimiento del crédito del primero, en el caso de las acciones directas perfectas o del ejercicio de la acción en el de las acciones directas imperfectas. Es decir que el titular de la acción directa no puede exigir del subdeudor más de lo que a éste podría reclamarle el deudor intermedio²⁰, puesto que este crédito actúa como límite de la acción directa²¹

b) Habida cuenta que los primeros efectos de la acción directa son conservativos, importa poco, en principio que la deuda del subdeudor en contra del deudor intermedio sea cierta, líquida y exigible²² Esto permite un reforzamiento incontestable de la eficacia de las acciones directas en pago. habida cuenta de su condición de imperfectas²³ .

c) La oponibilidad de la extinción de la deuda entre el subdeudor y el deudor intermedio depende de la naturaleza de la acción directa y del momento en que tenga lugar esa extinción. Tratándose de acciones directas imperfectas, todas las causas de extinción de la deuda posteriores al ejercicio de la acción son inoponibles al acreedor, puesto que el crédito está inmovilizado desde ese instante en el patrimonio del subdeudor. En el caso de acciones directas perfectas, la inmovilización de la deuda en el

²⁰ En la jurisprudencia francesa podemos encontrar dos fallos que reconocen a los beneficiarios de la acción directa el derecho de obtener del asegurador una indemnización superior a la que el asegurado podría reclamar. Vid. Cass. com., 7 diciembre 1982, *Bull. civ.*, IV, 400, pág. 334 ; Cass. Ass. plén. 3 enero 1983, *Bull. Ass. pl.*, no 6, pág. 10.

²¹ Así se manifiestan en relación a la acción directa *ex art. 1597: DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M (2.000): Derecho de la construcción...op.cit. pág. 306. SALVADOR CODERCH, P.: «Comentario del artículo 1.597» op.cit. pág. 1208. Así lo exigen las SSTs de 2-febrero- 1968 (RJA 1968,826); 15-marzo-1990 (RJA 1990,1698) y 11 octubre 1.994 (RJA 1994,7479).*

²² B. STARCK, «*Action directe*» en Encyclopédie Dalloz, *op.cit.*, nº 66. -GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* nº. 819 pág. 868.- V. En materia de sub-arrendamiento : Cass. Civ., 2 julio 1873.

²³ Nos dice GHESTIN que estos principios no son aplicables a las acciones directas de garantía y de responsabilidad. En la medida en que es normalmente al juez a quien corresponde fijar la extensión de la responsabilidad o de la garantía debida por el subdeudor, la acción directa puede ser puesta que la deuda de este último ni es cierta, ni líquida ni exigible.

patrimonio del subdeudor, en beneficio del acreedor, tiene lugar desde el origen del crédito del titular de la acción directa. Por lo tanto desde el momento del nacimiento de su deuda las causas de extinción de la deuda del subdeudor ya le son inoponibles²⁴.

*** 2.C.2. - La naturaleza de la deuda.**

736.- Mientras que las acciones directas de pago solamente pueden tener por objeto una reclamación de cantidad, no sucede el mismo tratándose de acciones directas de responsabilidad o de garantía²⁵.

*** 2.C.3. - La carga de la prueba de la deuda.**

737.- En virtud el principio de la carga de la prueba, que tradicionalmente estaba recogido en el artículo 1214 del Código civil²⁶, al titular de la acción directa le corresponde la prueba de la existencia de su crédito así como la existencia de la deuda entre el subdeudor y deudor intermedio. Pero como al titular de la acción directa puede serle imposible tal prueba, puesto que no conoce ni puede conocer las relaciones internas entre subdeudor y deudor intermedio, y además éstos pueden confabular contra el acreedor directo, el Tribunal Supremo ha establecido en ocasiones la inversión de la carga de la prueba en favor del titular de la acción directa²⁷

²⁴COZIAN, M.: *L'action directe*, *op.cit.* n°346 y ss. - Adde, JAMIN, CH.: *La notion d'action directe*, *op.cit.* n° 385 y ss.

²⁵GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, *op.cit.* n° 820 pág. 868.

²⁶El tantas veces citado art. 1214 Cc ha quedado sin contenido tras su derogación por la LEC/2000, en cuyo art. 217 se regula la carga de la prueba.

²⁷En el supuesto de la acción directa *ex art.* 1597 del Código civil el TS ha flexibilizado la exigencia de la prueba, habiendo establecido la inversión de la carga de la prueba en las STS 22 diciembre 1992 (RJA 1992,1064) y 2 julio de 1997 (RJA 1997, 5474), de modo que es el dueño de la obra (o contratista anterior) el que sufre las consecuencias de la falta de prueba de que ha pagado y, por tanto, de que no concurre este presupuesto. *Vid. infra* n° 98.

En materia de subarriendo, también se ha aplicado la inversión de la carga de la

738.- Como la prueba es en ocasiones difícil de relacionar, varios tribunales han admitido, en materia de seguro de responsabilidad, que el juez puede ordenar al asegurador que presente la póliza de seguro que le une con el causante del daño²⁸. Es más, fundándose en el principio de la carga de la prueba de las obligaciones la jurisprudencia ha manifestado que incumbe a la compañía de seguros del causante de un daño la carga de la prueba de las limitaciones o extinción de garantía que aquella pretende oponer a la víctima²⁹

*** 3. - LA EFICACIA PROCESAL DE LA ACCIÓN DIRECTA.**

739.- El ejercicio de la acción directa es *facultativo y cumulativo*, ya que el otorgamiento de una acción directa, en pago o en responsabilidad, no supone una novación de la obligación que vincula al titular de la misma con su deudor inmediato, de modo que el acreedor directo continúa conservando aquella acción, hasta que se consumen los efectos del ejercicio

prueba en favor del arrendador habida cuenta de la dificultad de prueba para establecer la condición de subarrendatario del ocupante de la vivienda. En este sentido se manifiesta la STS 26 de Diciembre 1997 (RJA 1997,9662) establece que «.. es doctrina reiterada y constante que, llámese subarriendo, cesión o traspaso, lo que se prohíbe es el subingreso o la sustitución del arrendatario por un tercero en el goce o uso de la cosa arrendada, sin dar cumplimiento a los requisitos que la Ley previene para su validez, ocurriendo lo mismo con la convivencia de ese tercero con el arrendatario, sin que sea preciso demostrar los elementos que constituyen cada una de las formas contractuales aludidas. » En parecidos términos a la citada STS se pronuncian las de 25 de mayo 1993 (RJA 1993,3731), 19 de noviembre 1992 (RJA 1992,9418), 25 de enero 1988;17 de julio de 1988, 8 de mayo de 1987, 13 de diciembre 1974 (RJA 1974,4675), 30 de mayo de 1972, 16 de febrero 1968 (RJA 1968,1106) ,6 diciembre 1967 (RJA 1968\158), 4 julio de 1967 (RJA 1967,3551), 18 de diciembre 1959 (RJA 1959,4888), 4 de abril 1955 y 24 de abril 1953. *Vid. infra* nº 161.

²⁸ Rennes, 14 enero 1928, *Rev. trim. dr. civ.* 1928, pág. 898, nº 3, obs. R. DEMOGUE.- Paris, 26 diciembre 1929, D. 1930, 2, pág. 1, nota L. JOSSERAND; *Rev. gén. ass. terr.* 1930, pág. 337, note M. Picard.

El TS ha exigido en numerosas ocasiones a la compañía aseguradora la exhibición de la póliza de seguro.

²⁹En Francia así lo han manifestado toda una serie de resoluciones, al interpretar el art 1315 del Code, que es el equivalente a nuestro 1214. Entre otras vid. Cass. civ., 3 diciembre 1963, *J.C.P.* 1964, ed. G., II, 13489, concl. R. LINDON ; D. 1964, pág. 409, note A. BESSON ; *Rev. trim. dr. civ.* 1964, pág. 570, obs. A. TUNC. - 24 juin. 1970,

de la acción directa. Esto significa que la acción directa otorga a su titular un aumento de su garantía al disponer de un deudor suplementario. De ahí se desprende que al titular de la acción directa le asisten dos posibilidades de actuación: puede renunciar a dirigirse contra su deudor inmediato sin por ello privarse del beneficio de la acción directa³⁰ o puede dirigirse contra este último sólo³¹ o incluso podría dirigirse contra todos a un mismo tiempo³². Todas estas posibilidades se admiten por la doctrina y la jurisprudencia, si bien con el límite de la prohibición del doble pago que le procuraría un enriquecimiento injusto³³.

3.A. - LA FASE EXTRAJUDICIAL.

Bull. civ., I, nº 222, pág. 179.

³⁰Cass. civ. 1ª, 26 mayo 1993, *Bull. civ.*, I, nº 186, pág. 127. - Cass. civ. 3ª, 17 diciembre 1986, *D.S.* 1987, *inf. rap.*, pág. 12. - Cass. civ. 1ª, 20 julio 1988, *Bull. civ.*, I, nº 254, pág. 176. - *Adde*, Cass. com. 19 mars 1991, *Bull. civ.*, IV, nº 102, pág. 71, esta última dice que « la negligencia del sustituto del mandatario en reclamar el montante de los gastos y adelantos no puede privarle de la acción directa que el tiene derecho a ejercer contra el mandante».

³¹ Cass. civ. 1ª, 12 mayo 1987, *Bull. civ.*, I, nº 146, pág. 114 (seguros). - Cass. civ. 3ª, 16 noviembre 1988, *Bull. civ.*, III, nº 164, pág. 89 (ventas sucesivas). - La acción directa se trata de una ventaja instituida en beneficio del acreedor fuera de toda voluntad, por lo que la renuncia al derecho de invocar la acción directa debe ser prohibido.

³²El T.S. en el supuesto de la acción directa *ex art.* 1597 ha establecido en favor del titular de la acción directa la posibilidad de dirigir la acción directa contra el dueño de la obra, contra el contratista o subcontratista anterior o frente a todos ellos simultáneamente: responsabilidad solidaria. Este el caso de las SSTs de 6-6-2000, (RJA 2000\4402) y de 22-12-1999 (RJA 1999\9358).

En el caso de la acción directa *ex art.* 76 LCS el Tribunal supremo mantiene idéntica postura. La STS de 7 marzo de 2001 (RJA 2001\3974) establece que es innecesario demandar a la compañía aseguradora de la responsabilidad habida cuenta del carácter facultativo de la acción directa. Cita esta sentencia la 12 de julio de 1996 (RJ 1996\5671) que a su vez dice que: «Tal acción directa es una facultad procesal que la ley concede al perjudicado y da lugar a responsabilidad solidaria de causante del daño y compañía aseguradora. Ambos extremos excluyen la aplicación del litisconsorcio pasivo necesario: aquella acción la puede ejercer el perjudicado o no, pero nunca se le impone como deber; la solidaridad de obligados impide la apreciación del litisconsorcio, en aplicación del artículo 1144 del Código Civil.»

³³Vid en materia de subcontrato, Cass. civ. 3ª, 15 enero 1992, *Bull. civ.*, IV, nº 20, pág. 12. - Cass. com., 10 mayo 1991, *Bull. civ.*, IV, nº 131, pág. 77 ; *D.S.* 1992, *somm.*, pág. 115, obs A.BÉNABENT.

740.- La doctrina mayoritaria admite la posibilidad del ejercicio extrajudicial de la acción directa³⁴. La admisibilidad del ejercicio extrajudicial de la acción directa se explica, no sólo porque constituye una garantía legal frente al incumplimiento del deudor principal, sino también porque este mecanismo dejaría de ser útil si su efecto característico y principal, que es la retención del crédito del contratista solamente pudiese actuar a partir del momento de su ejercicio procesal³⁵. En contra de esta posibilidad se manifiestan quienes estiman que la acción directa no es un derecho subjetivo sino que se trata de un fenómeno de legitimación pasiva excepcional o de sustitución procesal pasiva, mediante el cual el acreedor ejercita contra un tercero el mismo crédito que ostenta contra el deudor intermedio³⁶.

741.- Cualquiera que sea la naturaleza de la acción directa ejercitada, hay que señalar que, tanto dentro de la fase extrajudicial como de la judicial, la acción directa ejercida contra la persona del subdeudor, no significa la total liberación del deudor intermedio, puesto que será necesario que el ejercicio de la acción no sea infructuoso. En ese caso podría el titular del derecho directo dirigirse contra el deudor intermedio³⁷.

³⁴GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro terrestre*,...*op. cit.*, pág.428; PASQUAU LIAÑO, M.: «*La acción directa*...*op. cit.*, págs. 80 a 83; RODRIGUEZ MORATA, F.: *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, *op.cit.*, pág. 81; COZIAN, *L'action directe*, *op.cit.* Págs. 191 a 195; STARCK, B.: «*Action directe*», ...*op. cit.*, ns. 16 y 60; TEYSSIÉ, B.: *Les groupes de contrats*,...*op. cit.*, págs.262 a 264 y BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio*, *op.cit.* pág. 38 .

³⁵PASQUAU LIAÑO, *La acción directa*...*op. cit.*, págs.80 a 81; RODRÍGUEZ MORATA, F.A.: *La acción directa como garantía personal*...*op.cit.* pág. 169.Cita este autor como seguidoras de esta tesis las STS 28 mayo 1908 y 30 enero de 1974, si bien referidas al artículo 1597 del Código civil .

³⁶Así se explica DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (*Los créditos derivados del contrato de obra*...*op.cit.* pág. 66 a70 ss) al negar el ejercicio extrajudicial de la acción directa, al estimar que ésta no es más que un supuesto de sustitución procesal pasiva, es decir un supuesto de legitimación pasiva excepcional, surgida *ope legis* a favor de ciertos acreedores, que provoca una resolución de condena al pago por un tercero del crédito que aquéllos tuvieran frente al deudor principal.

³⁷GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, *op.cit.* n.º. 822 pág. 870.

*** 3.A.1. - La innecesidad de la intimación al deudor intermedio.**

742.- El acreedor no tiene en principio necesidad de constituir en mora a su deudor directo, al contrario de lo que sucede en el caso de la acción oblicua^{38 39}. En el caso de las acciones directas imperfectas la intimación al deudor, aún a pesar de no tener carácter obligatorio, es conveniente efectuarla puesto que aumenta la eficacia del mecanismo, ya que en este tipo de acciones la inmovilización del crédito no tiene lugar hasta el momento de su ejercicio⁴⁰. Si el acreedor directo no es diligente y no requiere rápidamente de pago al deudor inmediato, puede encontrarse con que durante ese lapso de tiempo, el segundo patrimonio que tenía como garantía, se ha vaciado por haberse adelantado otros acreedores en presentar reclamación o simplemente por que el subdeudor pagaba su deuda al deudor principal con lo que desaparecía uno de los requisitos para

³⁸Con carácter general admiten la innecesidad de la constitución en mora del deudor directo: PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa...op.cit.*, pág. 83 y 84; y ATAZ LÓPEZ, J. (*Ejercicio por los acreedores...*, *op. cit.*, pág. 63). Este último autor sostiene que la acción directa es una facultad similar a la subrogatoria de la que difiere en su resultado y en la no exigencia previa de la persecución de los bienes del deudor.

En la doctrina extranjera defienden esta postura BENATTI, F.: «Appunti in tema di azione diretta», *...op. cit.*, pág. 649; STARCK, B.: «Action directe», *...op. cit.*, pág. 63 y 64; COZIAN, *L'action directe, op.cit.* 229.

³⁹Partidarios de la innecesidad de solicitar la insolvencia del deudor directo en relación a la acción directa ex art 1597: *Vid.* DE ANGEL YAGÜEZ, R.: «Los créditos derivados del contrato de obra *...op. cit.*, págs.52 y 54»; DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A.: *Sistema de Derecho civil*, II, 8ª ed., Madrid, 1.999, pág. 387; LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, t.II, Derecho de Obligaciones, v.2º. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito. (edición revisada por RIVERO HERNÁNDEZ) Ed.Dykinson, Madrid, 1.999; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.:«Los contratos de obras y servicios » *...op. cit.*, pág.603.

No obstante algún autor, de forma aislada, exige la previa excusión de los bienes del contratista para interponer la acción directa contra el deudor de éste, alega que admitir el ejercicio simultáneo de ambas acciones daría lugar a todos los inconvenientes que lleva aparejados una doble condena. *Vid.* DE COSSIO Y CORRAL: *Instituciones de derecho civil, op.cit.*, pág. 599.

La STS de 16 marzo de 1998 (RJA 1998\1570) estima que la acción directa ex art. 1597 no requiere la previa reclamación al contratista.

el ejercicio de la acción directa: la existencia de un crédito entre el subdeudor y el deudor intermedio en el momento del ejercicio de la acción directa.

* 3.A.2- La intimación al subdeudor.

743.- El acreedor debe advertir al subdeudor su voluntad de dirigirse directamente en su contra. Esta advertencia es fundamental tratándose de acciones directas imperfectas, puesto que el crédito del titular de la acción únicamente podrá ser inmovilizado dentro del patrimonio del subdeudor a partir del momento de la notificación⁴¹. En caso contrario el subdeudor podría disponer perfectamente de su crédito y pagar al deudor directo, con lo que cual ya no cabría el ejercicio de la acción directa. No se establece ningún requisito en cuanto a la forma de la notificación, siendo suficiente que esta sea fehaciente⁴².

* 3.B. - LA FASE JUDICIAL

744.- El subdeudor a quien el acreedor ha manifestado su voluntad de dirigirse en su contra para exigirle el pago puede oponerse al mismo, comenzando entonces la fase judicial. En el caso de las acciones directas de pago y de responsabilidad se plantean varias cuestiones comunes: en primer lugar que sucede si el acreedor demanda al deudor intermedio en caso de quiebra o suspensión de pagos⁴³ Señala el comentarista (pág.

⁴⁰GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º. 823 pág. 870.

⁴¹GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º. 824, pág. 870.

⁴²*Ibidem* nota anterior, n.º. 824, pág. 871.

⁴³En la STS de 9 de mayo de 1989. Comentada por PASQUAU LIAÑO, M.: «Comentario a la sentencia de 9 de mayo de 1989. Acción directa ex artículo 1.597 C.C. Excepciones oponibles por el dueño de la obra. Declaración de suspensión de pagos del contratista. Compensación. Intereses moratorios.», CCJC, n.º 20, Abr- Ago, 1.989, págs. 547 a 558..

554) que además «la acción directa se ejercita contra persona distinta del declarado suspenso, y por tanto su ejecución también es inmune a la suspensión de pagos, de la misma manera que lo sería la acción del acreedor contra el fiador solidario, cuando el deudor se declarase en suspensión de pagos y, finalmente ante que jurisdicción hay que emplazar al subdeudor.⁴⁴

*** 3.B.1. - La demanda contra el deudor intermedio.**

*** 3.B.1.a. - La demanda al deudor intermedio en las acciones de pago.**

745.- La jurisprudencia no exige que para el ejercicio de las acciones directas de pago se demande al deudor intermedio⁴⁵; por el contrario en Francia ⁴⁶, se ha suscitado una viva controversia en materia de seguro de

En esta sentencia se establece que la acción directa iniciada antes del auto que declara la suspensión de pagos no queda obstaculizada por tal circunstancia.

⁴⁴*Ibidem* n.º. 825, pág. 871.

⁴⁵El TS se ha pronunciado en numerosas ocasiones en contra de la existencia de litisconsorcio pasivo necesario entre el arrendatario-subarrendador y el subarrendatario en materia de arrendamientos urbanos. Así se señala en la SSTS de 31 de Mayo 1999 (RJA 1999,4283), que es continuación de la línea jurisprudencial establecida entre otras muchas, por las STS de 14 de Junio de 1994 (RJA 1994,4815), STS 7 de Junio de 1993 (RJA 1993,4486), 9 junio 1992 (RJA 1992,5177), 22 abril 1991 (RJA 1991,3016), Sala de 11 junio 1991 (RJA 1991,4445) .7 julio 1989 (RJA 1989,5410), 14 abril 1988 (RJA 1988,3148), 25-5-1993.(RJA 1993\3731), 28 febrero 1986 (RJA 1986,64) y la de 9 octubre 1985 (RJA 1985,4632); 4 de marzo de 1952 [RJA 1952,492]), 8 de julio de 1948 [RJA 1948,976] y 9 de octubre de 1907.

Destacamos entre todas ellas la de 30 de Octubre 1997 (RJA 1997,7345) que establece: «...no puede existir el litisconsorcio que se defiende, al no existir con el subarriendo una sucesión a título particular con sustitución de la persona del arrendatario, cuyas relaciones con el arrendador continúan, por lo que ningún precepto obliga a éste a demandar al subarrendatario para la reclamación de rentas.»

⁴⁶ En principio no se tendría por que demandar al deudor intermedio, habida cuenta que una de las características de toda acción directa la de establecer la responsabilidad solidaria del deudor y del subdeudor en favor del titular de la misma. El régimen de la solidaridad excluye el litisconsorcio pasivo-necesario y por consiguiente la acción dirigida contra uno sólo de aquellos sería impecable desde el punto de vista procesal. Sin embargo desde el punto de vista positivo, si no se demanda al deudor inmediato

responsabilidad⁴⁷. El origen de la polémica se encuentra en que el ejercicio de la acción directa por la víctima exige en principio la reclamación al asegurado, ya que la responsabilidad del este último no ha sido previamente establecida ni tampoco la cuantía de su deuda⁴⁸. Esta exigencia, que hacemos extensiva a todas las acciones directas de garantía, tiene por objeto, determinar los caracteres ciertos y líquidos de la deuda del titular de la acción y debe aplicarse a todas las acciones directas de pago. No cabe suponer que el acreedor pueda obtener el pago de una deuda que no presente al menos estos dos caracteres. En caso contrario, habría que solicitar la llamada al juicio del asegurado o al causante directo del daño⁴⁹

746.- La finalidad de la llamada al juicio comporta varias consecuencias⁵⁰: Primero, el acreedor no está obligado a poner en causa a su deudor si dispone de un título ejecutivo⁵¹.

difícilmente se podrá determinar la existencia de la deuda.

⁴⁷JAMIN, CH, *La notion d'action directe*, op.cit.nº 108 pág. 79.

⁴⁸La jurisprudencia es constante después de la sentencia Cass. civ., 13 diciembre 1938, (3 fallos), D.P. 1939, pág. 33, nota M. PICARD. - Esta exigencia está descartada puesto que la interposición de la demanda es imposible. (V. Cass. civ. I-, 13 noviembre 1991, *Bull. civ.*, I, nº 309, pág. 202) por razones de hecho. (V. Cass. civ., 28 junio 1939, *Rev. gén. ass. terr.* 1939, pág. 509, A. BESSON. - Aix-en- provence, 6 junio 1950, *J. C.P.* 1950, 11, 5736, obs. R. RODIÉRE) o de derecho (V. Cass. civ. Ire, 17,julio 1965, *J.C.P.* 1966, II, 14488 y J. BIGOT, *La mise en cause de l'assuré par la victime exervant l'action directe contre l'assureur*, J.C.P. 1966, éd. G., 1, 1970).

⁴⁹En el art. 14 de la LEC/2000 al contemplarse la intervención provocada, se contempla la denominada la «llamada en causa» o «llamada en garantía» (*litis denuntiatio*) cuando establece que: «1. En caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado, la solicitud de intervención deberá de realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero , éste dispondrña de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes.

2. Cuando la ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso, se procederá conforme a las siguientes reglas [...]».

⁵⁰GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, op.cit. nº. 826 pág. 871.

⁵¹Así sucede en Francia tratandose del *avis à tiers détenteur* , puesto que el crédito está constatado en un título ejecutivo, y en el procedimiento de pago directo de las pensiones alimenticias (Art. 1º de la Ley de 2 de enero de 1973).

747.- En segundo lugar, en materia de seguro de responsabilidad, hay que distinguir entre la cuestión de la determinación de la responsabilidad y la de la condena pecuniaria que podía eventualmente derivar. Estimamos que el que el deudor intermedio, el causante del daño, debe necesariamente ser llamado en causa para que se decida sobre su responsabilidad⁵²

3.B.1.b. - La demanda al deudor intermedio en las acciones de responsabilidad.

748.- En el caso de acciones directas en responsabilidad, es en la persona del subdeudor donde se cristalizan las cuestiones concernientes al carácter que debe presentar el crédito del titular de la acción, de ahí que la demanda contra el deudor intermedio no parece necesaria⁵³.

*** 3.C. - LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL**

***3.C.1.- La competencia objetiva.**

749.- Los procesos concernientes a las acciones directas en pago o en responsabilidad, por referirse por norma general a personas privadas, son en principio competencia de la jurisdicción civil⁵⁴, con independencia de la

⁵²En Francia la Cámara mixta se ha pronunciado en ese sentido el 15 junio 1979 (2 resoluciones), D.S. 1979, pág. 561, nota. F. Derrida y obs. A. HONORAT; *Rev. gén. ass. terr.* 1979, pág. 364, concl. TOUBAS, note A. BESSON; *J. C.P.* 1979, ed. G., II, 19197, obs. A. BESSON y J.BIGOT; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Fondement et portée de la mise en cause d'un assuré en faillite dans l'action directe exercée par la victime conire l'assureur du responsable*, D.S. 1979, Chron., pág. 243 y s. - V. En el mismo sentido, Cass. com., 15 junio 1981, *Bull. civ.*, IV, n° 269, pág. 213. - 22 septiembre 1981, *Bull. civ.*, IV, n°328, pág. 26 l.

⁵³JAMIN, CH, *La notion d'action directe*, *op.cit.*n° pág. 322. En ese sentido la Corte de Casación a propósito de la acción directa en garantía de los vicios ocultos en las ventas sucesivas ha manifestado que su éxito no depende de que se demande al vendedor intermedio. Cass. civ. 3ª, 7 junio 1989, *Bull. civ.*, III, n° 133, pág. 74.

⁵⁴Sin perjuicio de la vía penal cuando la responsabilidad civil tenga su origen en un delito o una falta.

cualidad del deudor intermedio^{55 56}. La aplicación de ese principio es cierto en materia de seguro de responsabilidad incluso cuando el asegurado se trate de una persona pública.

***3.C.2.- La competencia territorial.**

750.- Al ejercer una acción personal, el titular de una acción directa en pago o en responsabilidad deberá emplazar al subdeudor en el lugar de su domicilio, tal como se deduce del art. 50 de la Lec/2000. Puesto que éste, en principio, deber ser demandado en su domicilio. Si bien en el artículo 52 de la Ley Rituaria se establecen toda una serie de excepciones, como resulta en el caso de que se pida una indemnización por daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor será competente el tribunal del lugar en que se causaron los daños (art. 52.9º).

En el artículo 53 se establece la competencia territorial en caso de acumulación de acciones y caso de pluralidad de demandados. Es decir que en el caso de que se demandase conjuntamente al deudor principal y al subdeudor, habría que plantear la demanda ante el domicilio del deudor directo⁵⁷.

3.C.3.- Las cláusulas de sumisión de competencia son oponibles al titular de la acción directa.

⁵⁵En virtud del art. 45 Lec/2000 corresponde a los Juzgados de Primera instancia el conocimiento de todos los asuntos civiles.

⁵⁶GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º. 829 pág. 875.

⁵⁷El art. 53 Lec establece que : « cuando se ejerciten conjuntamente varias acciones frente a una o varias personas será tribunal competente el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás [...] »

751.- Las reglas que acabamos de enunciar se aplican en el caso de no existir alguna cláusula de sumisión territorial⁵⁸, de modo que en principio al titular de la acción directa le afectarían las cláusulas sumisión expresa pactadas entre el deudor y el subdeudor⁵⁹. En favor de la inoponibilidad, se puede esgrimir que el acreedor demandante no ha sido parte de ese contrato. Sin embargo, esta opinión no es convincente. La acción directa al permitir a su titular prevalerse del contrato concluido entre su deudor y el subdeudor, no parece posible que pueda prevalerse del principio del efecto relativo del contrato únicamente en un sentido que le sea beneficioso⁶⁰. Hay que tener presente que aún cuando el acreedor no haya sido parte del contrato originario, su acción directa encuentra su fuente en ese contrato y que las únicas excepciones que no le son oponibles son las que toman cuerpo después del ejercicio de la acción (acciones directas imperfectas) o el nacimiento del crédito (acciones directas perfectas)⁶¹.

*** 4.- LOS RESULTADOS Y LA INOPONIBILIDAD DE LAS EXCEPCIONES.**

*** 4.A. -LA EFICACIA CONSERVATIVA Y EJECUTIVA DE LA ACCIÓN DIRECTA.**

752.- Las acciones directas, tal como hemos venido manteniendo,

⁵⁸En materia de competencia territorial el art. 54 de la Lec establece el carácter dispositivo de estas normas. Salvo que se tratase de la «sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios».

⁵⁹Este era uno de los argumentos utilizados para justificar el carácter contractual de la acción directa, la previsibilidad de los efectos del incumplimiento del contrato. *Vid. supra* n° 707.

⁶⁰GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 831 pág. 876.

⁶¹GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 831 pág. 876. *Vid. infra* GHESTIN n° 841.

presentan una doble ventaja, por una parte permiten a sus titulares evitar todo concurso con los acreedores del deudor intermedio y, por otra impiden que al titular se le opongan ciertas excepciones que el subdeudor habría podido oponer al deudor directo⁶². Sin embargo el alcance del derecho de preferencia y de la inoponibilidad de las excepciones depende del carácter de la acción directa.

753.- En el caso de las acciones directas en pago, el alcance de esa doble ventaja depende sin embargo del carácter perfecto o imperfecto de la acción ejercitada⁶³. Si se trata de una acción directa perfecta, el crédito de su titular queda inmovilizado en el patrimonio del subdeudor y afectado al pago del acreedor desde su origen⁶⁴. En consecuencia, el subdeudor no puede en ningún caso transferir el montante (salvo exponerse a un doble pago) al deudor intermedio y puesto que la ley lo prevé, a sus otros acreedores: en este último caso, el derecho de preferencia es absoluto⁶⁵. Por otra parte, estas son las únicas excepciones que teniendo su origen antes del nacimiento del crédito que son oponibles al titular de la acción⁶⁶.

754.- Si se trata de una acción directa imperfecta, el crédito del titular queda inmovilizado en el patrimonio del subdeudor y afectado en una misma medida, al pago del acreedor al momento del ejercicio de la acción directa⁶⁷. Desde ese momento, el subdeudor puede libremente disponer antes de que esta sea ejercitada; durante este lapso de tiempo puede pagar tanto al deudor intermedio como a los otros acreedores de este último: el

⁶² Sobre la eventual condena *in solidum* del deudor intermedio y del subdeudor, vid. COZIAN, L'action directe, *op.cit.* n° 456 y ss.

⁶³ GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n° 833 pág. 878.

⁶⁴ *Vid. infra* GHESTIN n° 839

⁶⁵ *Vid.* en materia de seguro de responsabilidad, Cass. civ. 3ª, 11 diciembre 1991, *Bull. Civ.* III, n° 314, pág. 184.

⁶⁶ GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n° 833 pág. 879.

derecho de preferencia es relativo. Además, todas las excepciones anteriores al momento del ejercicio de la acción son oponibles a su titular⁶⁸.

755.- En consecuencia, solamente es posible extender la comparación desde un doble punto de vista. De una parte, el derecho de preferencia se limita aquí al hecho de que su crédito al no transitar por el patrimonio del deudor intermedio, el titular de la acción no viene en concurso con los otros acreedores de este último lo que presenta una ventaja puesto que este hace objeto de un procedimiento colectivo. Por otra parte, es posible mantener que todas las cláusulas que toman cuerpo después del ejercicio de la acción son inoponibles al acreedor. Es necesario sin embargo admitir que tal principio, que no está adquirido⁶⁹, no parece apenas tener alcance práctico.

*** 3. -El derecho de preferencia**

756.- La inmovilización del crédito en el patrimonio del subdeudor, su afectación al pago del acreedor y el hecho de que esta no transite por el patrimonio del deudor intermedio justifican el derecho de preferencia que es «la esencia de la acción directa⁷⁰»

*** 4.A.2. - El titular de una acción directa supera al acreedor que ejerce**

⁶⁷GHESTIN, *ibidem*, n.º 833 pág. 879.

⁶⁸GHESTIN, *ibidem*, n.º 833 pág. 879.

⁶⁹La 3ª Cámara civil establece que el vendedor anterior puede oponer al titular de la acción directa el conjunto de los medios de defensa que podría oponer a su cocontratante. (26 mayo 1992, *Bull. civ.*, IV, n.º 176, pág. 107.- 9 enero 1991, *Bull. civ.*, III, n.º 10, pág. 6). Sin embargo, las incertidumbres que existen en la materia (ver sobre las cláusulas atributivas de competencia, *supra*, n.º 831) permiten pensar que la Corte de Casación no ha tomado todavía la medida de la acción directa que ella reconoce. Así pues se puede esperar una evolución respecto a ese punto. GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º 833 pág. 879.

⁷⁰COZIAN, L'action directe, *op.cit.* n.º52 pág.36.JAMIN, CH.:, *La notion d'action directe, op.cit.*n.º 365 y ss. GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n.º 833 pág. 879.

una acción oblicua.

757.- Estos principios explican que el titular de una acción directa deba siempre superar a otro acreedor del deudor intermedio que ejerce una acción oblicua. De una parte, el primero ve su crédito inmovilizado en el patrimonio del subdeudor y afectado a su pago, mientras que el segundo no dispone de más derechos que su deudor: la inmovilización resultante del ejercicio de la acción directa le es igualmente oponible⁷¹. De otra parte, parece que el ejercicio de una acción oblicua, que no es sino una medida conservativa, no pueda paralizar el ejercicio de una acción directa que dispone también de un efecto traslativo. Sin embargo no se ha dictado sentencia alguna que se manifieste al respecto⁷².

***4.A.3. - El titular de una acción directa supera a los acreedores de un deudor intermedio sometido a procedimiento concursal.**

758.- El titular de una acción directa, al intervenir directamente en el patrimonio del subdeudor, no entra concurso con los otros acreedores del deudor intermedio sometido a un procedimiento de reparación o de liquidación judiciales⁷³. Este se beneficia de un pago preferencial, bajo la reserva, que vale solamente para las acciones directas imperfectas⁷⁴, que el administrador judicial o el representante de los acreedores no hayan

⁷¹COZIAN, L'action directe, *op.cit.* n°468 pág.284. STARCK, «Action directe» en Encyclopédie Dalloz, *op.cit.*, n° 102.

⁷²GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 836 pág. 880.

⁷³ *Vid.* Como primera resolución, la de Paris, 9 de Agosto de 1.859, S, 59,2, pág.589 (en un asunto en el que un obrero había ejercido la acción directa del art. 1.798 del Code, contra...Offenbach entonces director del teatro de los *Bouffes Parisiens*.- Adde, M. COZIAN, L'action directe, *op.cit.* n° 483 y ss. Ch. JAMIN, *La notion d'action directe, op.cit.*n° 367, pág. 322 y ss.

⁷⁴Tratándose de acciones directas perfectas, el crédito está afectado desde su nacimiento al pago del titular de la acción directa. En consecuencia, el subdeudor no puede solucionar el montante con un tercero.GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 837 pág. 881.

ingresado las sumas dirigiéndose al subdeudor en el momento del ejercicio de la acción⁷⁵

*** 4.A.4. - El titular de una acción directa no concurre con los acreedores del subdeudor.**

759.- Los mismos principios no son una aplicación cierta tratándose del conflicto que puede oponer el titular de la acción directa a los acreedores del subdeudor. Los textos relativos a la inmovilización de su crédito en el patrimonio de este último no tienen todos el mismo alcance⁷⁶.

760.- Puesto que ningún texto prevé la afectación del crédito del deudor intermedio en beneficio del titular de la acción, es necesario admitir que este último no puede adelantar a los acreedores del subdeudor. Esta solución, es en efecto la más conforme al espíritu de mismo de las acciones directas de derecho común. Estas tienen por objeto principal suprimir el obstáculo constituido por el deudor intermedio con el fin de situar al subdeudor frente de su «verdadero» acreedor que es el titular de la acción directa⁷⁷, sin ser reducidas a no ser sino que un procedimiento de afectación del crédito en único beneficio de éste último. Toda otra solución tendría por otra parte por efecto otorgarle, sin texto expreso, un privilegio que le permitiese sobrepasar a los acreedores del subdeudor⁷⁸.

*** 4.A.5. -El conflicto entre titulares de acciones directas.**

761.- Habiendo reservado la situación de los acreedores que disponen, bien

⁷⁵GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n° 838 pág. 881.

⁷⁶GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n° 839, pág. 881.

⁷⁷*Vid. supra* Ghestin n° 763 y ss.

⁷⁸GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n° 839 pág. 882.

de una acción directa, de un privilegio unido a su crédito y para los cuales la resolución del conflicto se opera en función del rango del privilegio⁷⁹, se distingue clásicamente entre el conflicto que opone a los titulares de acciones directas de naturaleza diferente⁸⁰.

En la primera hipótesis, la partición debe operarse a prorrata, al menos puesto que los diferentes titulares de acciones directas las han ejercido simultáneamente. No existe en efecto entre ellas ningún motivo de preferencia⁸¹.

762.- Esto es lo que por otra parte ha resuelto la Corte de casación en materia de subcontrato, después de haber dicho que «el fallo mantiene exactamente que la ley de 31 de diciembre de 1975 no ha establecido ni derecho de prioridad ni privilegio en beneficio de uno de los subcontratistas, en caso de concurso entre ellos, y decide justamente que debían ser tratados en igualdad, en cuanto se habían manifestado antes del pago por el dueño de la obra de ciertos de entre ellos o por decisión judicial consagrando el ejercicio en su beneficio de la acción directa⁸² ». En estas dos últimas hipótesis, todo conflicto se vuelve, en efecto, imposible en la medida en que el crédito del subcontratista es transferido en su patrimonio⁸³.

763.- Tratándose de acciones directas perfectas no existe conflicto posible puesto éstas entrañan una inmovilización inmediata del crédito del deudor

⁷⁹Vid.. M. COZIAN, *L'action directe, op.cit.* n° 507 y ss. - Adde, sobre el conflicto, marginal pero posible, entre el titular de una acción directa y aquel que se ha subrogado en sus derechos. Vid.. M. COZIAN, *L'action directe, op.cit.* n° 506, pág. 302.

⁸⁰GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n° 840 pág. 882.

⁸¹GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n° 840 pág. 882.

⁸²Cass. civ. 3^a, 11 enero 1987, *Bull. civ.*, III, n° 26, pág. 16 ; D.S. 1987, pág. 256, nota A.BÉNABENT.

⁸³GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n° 840 pág. 882.

intermedio dentro del patrimonio del subdeudor en beneficio del titular de la acción directa.

764.- En la hipótesis inversa, aparecía lógico mantener que desde el instante en que se ejercitan simultáneamente las diferentes acciones directas, hay que proceder a un reparto a prorrata el que debe operar desde cuando la base de la deuda inmovilizada dentro del patrimonio del subdeudor es insuficiente para indemnizarles íntegramente.

En el segundo caso, el conflicto entre acciones directas generales y especiales sólo es posible en el caso de oponer a los titulares de acciones directas imperfectas. Es de idéntico modo la anterioridad de ejercicio de la acción la que debe determinar la preferencia. Si los ejercicios son simultáneos, es necesario operar un reparto igualitario, puesto que no existe ningún motivo para extender a las acciones directas los principios que presiden el conflicto entre privilegios mobiliarios generales y especiales ⁸⁴.

***4.B. - LA INOPONIBILIDAD DE LAS EXCEPCIONES.**

765.- La regla de la inoponibilidad de las excepciones constituye una de las características de la acción directa⁸⁵, habida cuenta de la peculiar conexión entre las dos deudas propias de la acción directa⁸⁶: la deuda originaria del deudor intermedio, que actúa como fundamento y límite del segundo crédito, el que se dispone en contra del subdeudor. La regla de la inoponibilidad de las excepciones supone que ciertos de los modos de defensa que el subdeudor podía oponer al deudor intermedio no podrán ser

⁸⁴M. COZIAN, *L'action directe*, op.cit. n° 513 y ss. GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, op.cit. n° 840 pág. 883.

⁸⁵M. COZIAN, *L'action directe*, op.cit. n°30 y 53 y ss.

⁸⁶PASQUAU LIAÑO, M.: «*La acción directa...op. cit.*», pág. 89.

utilizados en contra del titular de la acción directa⁸⁷.

766.- La extensión de la inoponibilidad puede ser más o menos amplio según el fundamento que se le asigne. En un primer momento la doctrina mantuvo que, desde el instante en que se ejerce una acción directa, su titular, que dispone de un derecho propio, puede desconocer los actos que han tenido lugar entre el subdeudor y el deudor intermedio prevaleciéndose del principio de relatividad de las convenciones⁸⁸.

Esta explicación ha sido abandonada, la doctrina mayoritaria ha mantenido que la regla de la inoponibilidad de los excepciones se explica por la inmovilización que realiza la acción directa⁸⁹. El momento en que se produce la inmovilización varía según que se trate de acciones directas perfectas o imperfectas; en la primeras aquella tiene lugar desde el nacimiento del crédito, mientras que en las imperfectas la inmovilización no tiene lugar hasta que se ejercita el derecho⁹⁰.

767.- Fundar la regla de la inoponibilidad sobre la inmovilización del crédito únicamente permite dar cuenta completa de la inoponibilidad de los actos de disposición efectuados posteriormente a su nacimiento o al ejercicio de la acción, pero no permite explicar la eventual «inoponibilidad de los vicios que afectan al crédito⁹¹» puesto que estos son anteriores a esta inmovilización, en particular a la inoponibilidad a la víctima de la

⁸⁷GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n° 841 pág. 883.

⁸⁸Vid. SOLUS, *L'action directeop.cit.*, n°69, pág. 91.

⁸⁹COZIAN, *L'action directe, op.cit.* n°55. STARCK, «*Action directe*» en Encyclopédie Dalloz, *op.cit.*, n° 82.GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n° 841 pág. 884.

⁹⁰COZIAN, *L'action directe, op.cit.* n°55, pág.38.GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n° 837 pág. 880.

⁹¹COZIAN, *L'action directe, op.cit.* n°57 y ss..38.GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n° 837 pág. 880.

caducidad posterior al daño⁹², y de las cláusulas dentro del tiempo del otorgamiento de la garantía⁹³ en materia de seguro de⁹⁴ responsabilidad.

768.- Favoreciendo la autonomía del derecho que ejerce el acreedor con relación al contrato que le une con el deudor intermedio, estas soluciones se corresponden con la evolución de la acción directa. Esta se ha impuesto en contra del derecho común de la acción oblicua, que copia [calque] el derecho del acreedor sobre aquel de su deudor, confiriendo en una cierta medida un «derecho propio» a su titular⁹⁵. Parece pues que sea necesario volver parcialmente a la explicación originaria de la inoponibilidad de las excepciones. Desde el nacimiento de su crédito (acciones directas perfectas) o desde el instante en que él la ejerce (acciones directas imperfectas), el titular de la acción directa dispone de un derecho propio, es decir, autónomo con relación al derecho de que dispone su deudor. Esta situación lo sitúa al abrigo de todos los acontecimientos que pueden afectarle por continuación, que operen o no retroactivamente. Así pues las cláusulas que estipulan, por ejemplo, que la garantía del asegurador cubre las reclamaciones de las víctimas durante la duración del contrato y un año después no les son oponibles, puesto que ellas dependen de sucesos posteriores al nacimiento de su crédito⁹⁶.

Por el contrario, todas las excepciones cuyo origen sea anterior, bien

⁹²Vid. Cass. civ., 15 junio 1931, *Rev. gén. ass. terr.* 1931, pág. 801, note M. PICARD; S. 1932, 1, pág. 169, nota P. ESMEIN. - Esta solución pretoriana ha sido posteriormente confirmada por el art. R. 124-1 *C. ass.*

⁹³ Vid. Cass. civ. 1^a, 22 enero 1985, *Bull. civ.*, I, n° 28, pág. 28 ; *D.S.* 1985, pág. 216, nota Y. D.- 23 enero 1985, *Bull. civ.*, I, n° 36, pág. 34 ; *J.C.P.*, 1985, ed. G., II, 20509, obs. G. DURRY. La 3^a Cámara civile, después de haber mantenido su jurisprudencia tradicional (14 mayo 1985, *D. S.* 1985, pág. 507, nota M. SFEZ), ha terminado por unirse a la posición de la 1^a Cámara : 8 abril 1987, *Bull. civ.*, III, n° 80, pág. 48 ; *D.S.* 1988, somm., pág. 153, obs. H. GROUDEL.

⁹⁴GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n° 841 pág. 883.

⁹⁵Vid. *supra* GHESTIN n° 717 y 813.

al momento del nacimiento del crédito, bien al del ejercicio de la acción, y de los que su puesta en funcionamiento depende de sucesos que le son posteriores, son oponibles al acreedor, puesto que ellas son la expresión de su «derecho derivado»⁹⁷.

769.-En principio el régimen de las excepciones es igual para todas las acciones directas, la única diferencia entre el propio de las acciones directas perfectas y el de las imperfectas estriba en el momento a partir del cual las excepciones devienen inoponibles. Sin embargo, nuestro legislador por cuestiones de política jurídica, ha creído conveniente dotar a la única acción directa perfecta de nuestro ordenamiento jurídico, la acción directa *ex art. 76 LCS*, de un especial régimen en materia de excepciones que se aparta de la regla general⁹⁸

770.- El régimen general de las excepciones que se pueden oponer a los titulares de acciones directas se divide en dos grupos: las excepciones derivadas de la relación entre el titular de la acción directa y el deudor intermedio y las derivadas de la relación entre deudor intermedio y el subdeudor.

771.- A) EXCEPCIONES DERIVADAS DE LA RELACIÓN ENTRE EL TITULAR DE LA ACCIÓN DIRECTA Y EL DEUDOR INTERMEDIO .

En principio cabe afirmar que estas excepciones afectan tan sólo a la relación jurídica entre acreedor directo y deudor intermedio y que por lo

⁹⁶JAMIN, CH, *La notion d'action directe*, *op.cit.*nº357 pág.813.

⁹⁷JAMIN, CH, *La notion d'action directe*, *op.cit.*nº401 pág.884.

⁹⁸PASQUAU LIAÑO, M.: «*La acción directa...op. cit.*, pág. 90, es de la opinión que el régimen del art. 76 LCS constituye la excepción que se aparta de la regla general.

El estudio de las excepciones en el seno de las acciones directas propias de los seguros de responsabilidad civil, ya han sido objeto previo de un amplio estudio. Vid. *infra* núms. 466 a 514.

tanto no son oponibles por el subdeudor⁹⁹. Sin embargo como quiera que la acción directa confiere un derecho contra el subdeudor, distinto e independiente del que el acreedor directo tiene contra el deudor intermedio, esto significa que aquel tiene como presupuesto la subsistencia de éste último, puesto que su extinción haría desaparecer la dualidad de patrimonios que sirven de garantía al acreedor directo, y en consecuencia desaparecería la acción directa¹⁰⁰.

772.- Sólo las excepciones personales cuya efectividad dependa de la voluntad del deudor estarán vedadas para el subdeudor¹⁰¹

b) EXCEPCIONES DERIVADAS DE LA RELACIÓN ENTRE DEUDOR INTERMEDIO Y EL SUBDEUDOR .

773.- El crédito entre el deudor y el subdeudor señala el límite que no puede ser traspasado por el titular de la acción directa. En consecuencia el acreedor directo no puede exigirle al subdeudor más de lo que a éste le podría exigir el deudor intermedio. De ello a su vez se deduce que el subdeudor sí que puede oponer al titular de la acción directa (imperfecta) aquellas excepciones que le corresponden en su relación jurídica con el deudor intermedio, incluidas las personales¹⁰². A partir del justo momento en que se ejercite la acción directa ya no pueden oponerse las excepciones que se produzcan en adelante, puesto que el crédito del subdeudor queda inmovilizado, afectado al pago del crédito de que titular el acreedor directo¹⁰³.

⁹⁹Esta es la postura DE ANGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra ...*, op. cit., pág.83.

¹⁰⁰En este sentido se manifiesta PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...op. cit.*, pág. 90.

¹⁰¹PASQUAU LIAÑO, M.: «*La acción directa...op. cit.*», pág.90.

¹⁰²*Ibidem*, pág. 91.

¹⁰³*Ibidem*, pág. 91.

774.- En consecuencia habrá que distinguir entre los actos dispositivos sobre el crédito realizados con anterioridad al ejercicio de la acción que si son oponibles y aquellos efectuados con posterioridad al ejercicio judicial o extrajudicial de la acción directa, que ya no son oponibles¹⁰⁴

***5. - RECONOCIMIENTO DE ACCIONES DIRECTAS NO PREVISTAS EXPRESAMENTE EN LA LEY.**

***5.A. - Creación jurisprudencial de acciones directas.**

775.- Al efectuar el análisis histórico de la acción directa, vimos como los defensores de la teoría no supieron o quisieron explicar el porqué de la existencia de acciones directas más allá de un texto previo que las reconociera de forma expresa¹⁰⁵. En la parte de este trabajo correspondiente a la naturaleza jurídica también hemos visto como dentro de los grupos de contratos, es posible la concesión de acciones directas contractuales aunque estos sujetos no hayan contratado entre sí, siempre que además se respete como mínimo que el número de sujetos que integren el grupo de contratos sea tres. Por debajo de las estructuras trilaterales no hay acción directa, en los supuestos en que sólo intervengan dos sujetos la relación jurídica que se establezca entre ellos nunca podrá ser calificada como acción directa¹⁰⁶.

¹⁰⁴*Ibidem*, pág. 91.

¹⁰⁵*Vid. supra* nº 51.

¹⁰⁶En parecidos términos LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.*, pág.305.

775.- En nuestro país son varios los autores, a los que nos adherimos, que admiten la posibilidad de crear acciones legales más allá de la existencia de un texto legal, siempre y cuando se cumplan toda una serie de presupuestos y requisitos comunes a todas las acciones directas ¹⁰⁷.

La creación de acciones directas a través del recurso analógico es posible, si se considera que las acciones directas responden a una *ratio* común y que, en consecuencia son la expresión de un principio general complementario o corrector al del «efecto relativo». La *ratio* sería la conexión de relaciones jurídicas, y el principio general la relevancia jurídica de esa conexión en lo referente a los sujetos intervinientes¹⁰⁸.

777.- En consecuencia cabría admitir la acción directa en supuestos semejantes a las acciones directas expresamente previstas por la ley, haciendo uso de la analogía *iuris*. Se trataría de reconocer la existencia de éste mecanismo cuando se produzca una conexión entre contratos distintos, pero una conexión similar a la que se da en las hipótesis para las que expresamente se ha consagrado la acción directa¹⁰⁹. La extensión analógica de la acción directa será posible cuando concurren los siguientes requisitos:

778.- a) La procedencia de la acción directa estará condicionada a que el contrato concluido por quien ejercita la acción y el contrato (conexo), en el que éste no ha participado, generen obligaciones de la misma naturaleza o de contenido muy próximo. Esta característica está presente en las acciones directas «legales» (en el subarriendo, submandato, contrato de seguro, etc.)

¹⁰⁷Entre los autores partidarios de esta posibilidad están PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa*, pág. 104; RODRÍGUEZ MORATA, F.A. : *La acción directa como garantía personal...op.cit.* pág. 140; LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....op. cit.*, págs.304 y ss.

¹⁰⁸ PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op. cit.*, pag. 125; LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....., op. cit.*, págs.309.

¹⁰⁹ PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *op. cit.*, pag. 125; LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los*

hay una correspondencia entre la obligación (incumplida) del verdadero autor y la obligación (también incumplida) del que ha contratado con éste. Y lo mismo ocurre en el caso de la acción directa «jurisprudencial» que se reconoce al subcontratista contra el dueño de la obra, y al comprador de un inmueble frente al contratista y los técnicos de la construcción.

779.- b) Además del anterior requisito, la acción directa concedida sin previsión legal expresa exigirá *una razón de política jurídica que la justifique*. Esa razón deberá ser semejante a la que concurre en los casos en que dicha acción ya esté consolidada por vía legal o jurisprudencial. Así, habrá que comprobar que consecuencias se derivan –en el supuesto cuestionado del reconocimiento de la acción directa, y particularmente; si con ella se corrige una clara inadecuación entre los intereses en juego y su regulación jurídica. A la vista de las situaciones dotadas con el mencionado mecanismo, la inadecuación entre lo fáctico y lo jurídico habrá de estar fundada en la ocupación por un sujeto de una posición intermedia entre los legitimados activa y pasivamente para el ejercicio de la acción directa.

780.- En el supuesto de no admitirse la acción directa conforme a los criterios apuntados, el régimen de la responsabilidad aplicable a las relaciones entre las partes extremas de un grupo de contratos o contratos conexos, únicamente podrá ser extracontractual, siempre que concurren los requisitos para el ejercicio del artículo 1.902 del Cc. Sistema que rechazamos, por todas las razones expuestas en el capítulo anterior, entre las que destacamos que mientras que a la responsabilidad extracontractual representa un daño causado con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes, la contractual presupone una «relación preexistente» entre el autor del daño y el que lo ha sufrido, relación que suele ser, aunque no necesariamente un contrato.

781.- De estas afirmaciones se desprende que la jurisprudencia para calificar un daño como contractual atiende a dos circunstancias: la naturaleza del daño, que debe proceder de la vulneración del contenido de un negocio y la concurrencia de una relación preexistente entre el causante del daño y la víctima. El Tribunal Supremo, con relación al primero de los aspectos, ha declarado en numerosas ocasiones que: «no es bastante que haya un contrato entre las partes, para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de los pactado y como desarrollo del contenido negocial».

782.- Queda claro, por tanto, que el Tribunal Supremo da una gran importancia al origen y a las características del hecho dañoso para distinguir entre la responsabilidad contractual y extracontractual. Pues bien, atendiendo a este criterio de la naturaleza del daño, si se produce el incumplimiento sucesivo de dos contratos que forman parte del mismo grupo contractual, no sería adecuado someter la reclamación al régimen de la responsabilidad extracontractual, tal como ya hemos mantenido al estudiar la naturaleza jurídica de la acción directa. Sin embargo, sigue existiendo un inconveniente para estimar aplicable la responsabilidad contractual en los casos de conexión entre contratos. Y es la falta de un contrato que vincule al autor del daño con el perjudicado por el mismo. Pero hay que tener presente que nuestra jurisprudencia no exige ineludiblemente, a estos efectos, la celebración de un verdadero contrato; le basta que se acredite una «relación preexistente» entre los sujetos activo y pasivo del hecho dañoso. Ello quiere decir que podría salvarse el obstáculo apuntado, entendiendo que entre las partes extremas del grupo contractual no hay contrato, pero sí una «relación preexistente» derivada de la conexión contractual y de la correlación entre el crédito de un sujeto y la

deuda del otro¹¹⁰.

783.- Varias son las acciones directas creadas por el Tribunal Supremo sin estar amparadas por ningún tipo de norma; no obstante las trayectorias argumentales seguidas por éste son imprecisas y poco definidas

***5.A.1. -La admisión de la acción directa del perjudicado contra el asegurador antes de la aparición del art. 76 L.C.S.**

784.- El caso más significativo de acción directa creada por el Tribunal Supremo¹¹¹ al margen de una previa disposición legal es el de la acción directa en favor del perjudicado contra el asegurador; el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro vino a recoger y a condensar la doctrina jurisprudencial que ya se había consolidado plenamente a través de las sentencias de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo en materia del seguro obligatorio automovilístico.

Los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo hasta reconocer la acción directa al perjudicado fueron los siguientes:

a). -En un primer momento se acude a buscar soluciones a través del Derecho de obligaciones, principalmente acudiendo a la figura de la acción subrogatoria: (SSTS. 3 nov. 1966, 18 feb 1.967, 14 oct y 25 dic . 1969, 15 y 26 de abril de 1.977, 27 de noviembre de 1.981 y 25 y 31 de marzo de 1.982)

b). - Otra solución es a través de la solidaridad pasiva (STS 1ª 26 de

¹¹⁰ ; LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos....., op. cit.*, págs.309.

¹¹¹PASQUAU LIAÑO, *La acción directa, op. cit.*, pag. 125 .

marzo de 1.977, 28 de marzo de 1983, 11 de junio de 1.984 y 16 de julio de 1.984)

C).- Finalmente se admite plenamente la acción directa, tanto en la Sala de lo Civil, STS 28 de enero de 1.985 y 21 de Septiembre de 1.987 como en la de lo Penal 18 de marzo de 1.987.

*** 5.A.2. - La acción directa del subadquirente de viviendas contra el constructor.**

783.- La jurisprudencia, tradicionalmente ha otorgado acciones directas fuera de los supuestos en que el Derecho positivo reconoce este tipo de acciones, ha sido decisiva en relación con la acción directa del perjudicado contra el asegurador, antes de su reconocimiento legal. Hoy en día la jurisprudencia otorga una acción directa al subadquirente de inmuebles afectado por vicios ruinógenos contra los profesionales de la construcción, con quienes no ha contratado directamente la adquisición, para la reparación de los vicios de la construcción¹¹². La jurisprudencia incluso ha ampliado al segundo adquirente de inmuebles la acción decenal prevista en el artículo 1.591¹¹³. Finalmente, la LOE ha consagrado la acción directa del subadquirente de inmuebles en su artículo 17.1º.

***5.A.3. - La ampliación de la legitimación pasiva al subcontratista.**

784.- Hoy en día en la complejidad de la mayoría de las obras hace que el

¹¹²PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa en el Derecho español, op.cit.* pág. 182. LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos, op.cit.*, pág. 55.

¹¹³Establece el artículo 1.591 que:«El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años contados desde que se concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las

contratista tenga que auxiliarse de otras empresas constructoras (subcontratistas), a las que se encarga la ejecución de una o varias partes de la obra principal. Para ello se celebra un contrato de obra que pertenece a la categoría de los subcontratos y que se encuentra en relación de conexión y subordinación con respecto al contrato principal¹¹⁴.

La posibilidad del adquirente de un inmueble de dirigirse contra el subcontratista en caso de construcción defectuosa no es doctrina pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia¹¹⁵. La jurisprudencia ha sido vacilante; en ocasiones ha negado la legitimación pasiva del subcontratista por no existir vínculo contractual entre él y el demandante-comprador¹¹⁶, y en otras ha aceptado la reclamación del adquirente de inmuebles contra el subcontratista¹¹⁷.

La condena al subcontratista se funda diferentes explicaciones muchas de las cuales resultan ambiguas puesto que el Tribunal Supremo no ha analizado en ellas previamente la naturaleza jurídica que se atribuye a la responsabilidad derivada del artículo 1. 591 y por lo tanto no puede saberse a ciencia que tipo de acción es la que se está admitiendo¹¹⁸.

Todos estos casos también pueden fundamentarse en la conexión de contratos celebrados; la única diferencia con respecto a cuando se reclama contra el contratista se encuentra en que ahora a los contratos de obra y compraventa hay que añadir un contrato de subcontrato de obra. El hecho de su función y dependencia respecto del contrato principal hacen que se

condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años»

¹¹⁴GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R.: *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por defectos de la construcción*. (Estudio del artículo 1.591 y su problemática actual), Barcelona 1.991., pág. 166.

¹¹⁵LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos*, *op.cit*, pág. 191.

¹¹⁶SSTS 24 febrero 1974 (RJA 816), 27 octubre de 1987 (RJA 7476) y 21 de marzo de 198 (RJA 2.222).

¹¹⁷SSTS 23 noviembre 1.985 (RJA 5634), 22 marzo de 1986 (RJA 1468), 14 noviembre 1988 y 22 junio 1990 (Rep. AC 862)

¹¹⁸LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos*, *op.cit*, pág. 194.

integre en la operación económica global relativa a la construcción y venta del inmueble¹¹⁹.

*** 5.B. - CREACIÓN DOCTRINAL DE ACCIONES DIRECTAS.**

5.B.1. La acción directa en el leasing inmobiliaria.

785.- La ley no solo no reconoce la acción directa al usuario-arrendatario frente al vendedor en el contrato de leasing, sino que a pesar de que el contrato de leasing posee una indudable tipicidad social¹²⁰ no ha ido acompañada de la necesaria regulación legal, tal como hemos expuesto en anteriores capítulos.

La jurisprudencia menor, si bien admite la responsabilidad del vendedor frente al usuario-arrendatario, lo hace a través de la figura de la subrogación y no mediante la acción directa (Sentencias de la Audiencia Territorial de Valencia de 2 de Diciembre de 1.986 y 6 de octubre de 1.987).

La doctrina está dividida en cuanto la admisión de la acción directa del arrendatario usuario

Un sector doctrinal es favorable a la tesis mantenida por la jurisprudencia, de acudir a la vía de la acción subrogatoria (, en cambio un sector de la misma (ROJO AJURIA, PASQUAU LIAÑO y O'CALLAGHAN),es partidario de la declaración de la responsabilidad del vendedor pero mediante la vía de la acción directa.

¹¹⁹LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos*, *op.cit*, pág. 194.

¹²⁰EMBID IRUJO, J.M: «Sobre la naturaleza jurídica del contrato de leasing. Comentario a la STS de 28 de Mayo de 1.990 » en *La Ley*, 1.990-4, pág 710.

Algún autor¹²¹ admite como solución generalizada:

1º.- Que hay que partir del carácter de "intermedio financiero " de la sociedad de leasing lo que impide una aplicación simétrica de la normativa arrendaticia.

2º. - Se admite la validez de las cláusulas exoneratorias de la sociedad del leasing, siempre que se acompañe de una transmisión al usuario de sus créditos y acciones. Tal transmisión quedará

3º. - Se establece un sistema muy flexible de legitimación activa y pasiva, no se trata de una transmisión de acciones, puesto que la sociedad de leasing conserva las propias.

4º. - Estima que el tema deberá de recibir un tratamiento que pase por la consideración de «imbricación de contratos» que supere la total separación de contratos que se deriva de una aplicación estricta del principio de relatividad del art. 1.257, ya que ésta favorece, en principio, al financiador. Si es realmente equiparable a una financiación al comprador, nada cabe objetar a que, mediante una exoneración de responsabilidades y una transmisión de acciones, las relaciones se establezcan entre los verdaderos interesados: vendedor y usuario (comprador oculto). No es posible ni un enriquecimiento injusto de la sociedad de leasing ni una indefensión del usuario.

La jurisprudencia actuaría correctamente si concediese la acción directa al usuario con independencia de que se haya estipulado así o no en el contrato¹²².

¹²¹ROJO AJURIA, L.: « La responsabilidad por la entrega, vicios ocultos y pérdida de la cosa en el Arrendamiento-Financiero (Leasing)» en *Actualidad Civil*, 1.986, pag. 2021 y s.s..

¹²²PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa...op.cit.*, pág. 143.

Finalmente ¹²³para, después de afirmar que la jurisprudencia no ha dado a luz para aclarar contra quien debe dirigirse el usuario, con la cláusula de exoneración -que será lo habitual- o sin ella, viene a insinuar que debiera de consolidarse doctrina jurisprudencial de la de la responsabilidad de todos los intervinientes en el proceso, al igual que sucedió en nuestro país tras las indecisiones jurisprudenciales de la década de los setenta, cuando empezaron los casos de aplicación del art. 1591 CC. (acción directa) tras el "boom" de la construcción de los sesenta.

La postura contraria, favorable a la tesis de la subrogación, es mantenida entre otros por GARCIA SOLE¹²⁴ ¹²⁵ para quien aún cuando el contrato de Arrendamiento financiero-leasing carezca en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación sustantiva, existen una serie de condiciones generales conocidas y admitidas en la práctica mercantil no sólo nacional sino también internacional que configuran el contenido mínimo del contrato de leasing que adoptan las entidades de Arrendamiento financiero.

Entre estas condiciones generales se encuentra la cláusula de exoneración de la compañía de leasing por vicios ocultos o mal funcionamiento del material y de subrogación en los derechos que asisten a dicha compañía de leasing frente al proveedor, fabricante o vendedor a favor del usuario. Se pacta entonces una estipulación mediante la cual el Arrendamiento financiero libera a la sociedad financiera de toda responsabilidad por el funcionamiento, el estado o por cualquier otra

¹²³O'CALLAGHAN, X.: «Jurisprudencia sobre el leasing» en *Actualidad civil*, 1.991-1

¹²⁴GARCIA SOLE, F.: "La Subrogación en los derechos de la Compañía de Leasing frente al Proveedor o vendedor", en *Actualidad Civil*, 1.989-1, pag, 1057.

¹²⁵A pesar de defender la vía de la acción subrogatoria, este autor tiene un trabajo titulado «Leasing. Acción directa del usuario frente al vendedor», en *La Ley*, 1991-4, pág. 535 en el que se utiliza indebidamente la expresión acción directa puesto que se utiliza como sinónimo de acción subrogatoria.

circunstancia o condición predicable de los bienes adquiridos por la sociedad arrendadora financiera y cedidos en arrendamiento financiero. Para GARCIA SOLE la razón de ser de esta cláusula se encuentra en que en el contrato de Arrendamiento financiero-leasing es el usuario quien elige tanto el proveedor, fabricante o vendedor, como el bien concreto y determinado objeto del contrato. Otros autores¹²⁶, se limitan a reconocer como válidas las cláusulas exoneratorias y la validez de la subrogación del arrendatario en la posición del comprador.

¹²⁶BELTRAN ALANDETE ...*op. cit.*, pág. 28

jueves, 28 de febrero de 2002 (10:02 h.)

Conclusiones

Primera.- Conveniencia del estudio histórico, principalmente del Derecho francés de donde importamos la figura, para la comprensión del mecanismo de la acción directa.

Al principio de este trabajo nos habíamos fijado como objetivo, no tanto el describir la acción directa sino el comprender su mecanismo de funcionamiento. Para ello ha sido necesario realizar un profundo estudio de su historia; nos hemos visto obligados a analizar detenidamente el Derecho francés, de donde nuestro Derecho importa esta figura.

El estudio histórico nos ha permitido demostrar que las acciones directas no tienen carácter necesariamente legal de la acción directa. El análisis de cada una de las formas que esta puede revestir la acción directa evidencia los diferentes modos de formación de ésta: hay acciones cuyo origen resulta de una práctica judicial antigua, otras derivan de una interpretación audaz de un texto oscuro. Finalmente las acciones directas más recientes han sido las que en realidad han recibido un verdadero fundamento legal.

Este estudio histórico nos ha permitido sobretodo verificar el vigor creativo de los jurisconsultos franceses del siglo XIX. También que ha permitido recuperar los trabajos de tres eminentes juristas que marcaron cada una de las épocas de lo que se denomina escuela de la exégesis; DURANTON, DEMOLOMBE y LABBÉ . El primero por haber inventado desde 1.810 la noción de acción directa. El segundo por haberla extendido más allá de los textos del Código civil y haber añadido la acción directa en garantía . El último, por haber intentado, y conseguido explicar su razón de ser. Estos tres autores utilizaron todos los recursos que les ofrecían los principios contenidos en el Código civil para defender un imperativo de justicia, que de forma más precisa hay que denominar de *justicia conmutativa* y a ello es a lo que responden las diferentes manifestaciones de acciones directas. Con ello mostramos nuestro rechazo a la tesis legalista, que ha sido la predominante desde el primer tercio del siglo XX.

Segunda.- La acción directa obedece a un imperativo de justicia.

El principio general contenido en el art 1257 del Código civil, es de

la *relatividad contractual*. Pero hay ciertas situaciones particulares, descritas en su día por LABBÉ, en las que su aplicación choca con el sentido común de la equidad:

La primera tiene lugar desde el momento en que una persona, que está en una situación de hecho caracterizada por la conexitud, transfiere un valor al patrimonio a un subdeudor, es decir al deudor de su deudor.

En el otro supuesto, se encuentra aquel individuo que es el destinatario objetivo de una garantía aún cuando desde un punto de vista subjetivo, esta se dirige a otro

Dentro de cada una de estos supuestos de hecho, la persona que ha perdido o se ha despojado de un activo de su patrimonio debería poder recobrar el mismo de un tercero que se ha beneficiado del mismo, aún a pesar de que no les une ningún vínculo jurídico. La acción directa constituye el expediente técnico, que al corregir, en determinadas situaciones, el rigor del principio de relatividad contractual permite conseguir un objetivo de justicia conmutativa.

Los tribunales no han vacilado a la hora de conferir esta justicia conmutativa. En Francia, los tribunales actuaron en ese sentido durante el período que precedió a la redacción del *Code*; y durante todo el siglo XIX, la necesidad de fundamentarse sobre un concepto general que contiene el Código civil no constituyendo un obstáculo insalvable. Esta finalidad de consecución de la justicia conmutativa, hoy en día continúa siendo cierta, aun a pesar de que la doctrina mayoritaria es partidaria del fundamento exclusivamente legal de la acción directa.

Si bien es cierto que la jurisprudencia y la doctrina rechazan admitir ciertas formas de acciones directas más allá de un texto legal que las reconozca, hay otras situaciones en las que esta ausencia está superada, en particular porque se forma una cadena de contratos. Pero esta fuerza predominante de la justicia conmutativa sobre el rigor de los conceptos surgidos del Código civil y después las disposiciones de leyes especiales condujo a los enfrentamientos teóricos que hemos intentado describir.

Tercera.- La teoría de la acción directa consiste en una superación del positivismo jurídico.

En un primer momento, situado en el siglo XIX, la doctrina entiende que la acción directa, al chocar con el principio de la relatividad de las convenciones, constituye un enigma que hace falta resolver. El medio de conseguirlo consistió entonces en confundir este mecanismo con cualquiera otro concepto de los incluidos en el Código civil. Sin embargo, al final de numerosos años de controversias, ese procedimiento se considera inoperante. Del estatuto de enigma, la acción directa pasa a ser considerada como una anomalía. La situación podría haber quedado ahí si, de no haberse producido en ese mismo momento en la doctrina civil una crisis en la que participa la reflexión sobre la acción directa. El primer tercio del siglo XX marca el paso de la escuela exegetica, no a una escuela de libre búsqueda científica, sino a una escuela en la que el positivismo está muy reforzado. En adelante, el paradigma lo constituirá la voluntad soberana del legislador, de la que la anomalía constituida por la acción directa no será sino una manifestación más. De modo que, al constituir esta figura una excepción al principio de relatividad de las convenciones, ésta no puede ser tolerada salvo a condición de que disponga de un origen legal. Este punto es el nuevo punto de vista que finalmente se va a imponer en la doctrina.

Esta exigencia conoció su máximo apogeo con la tesis de Cozian, pero ha sido progresivamente cuestionada, tanto por el hecho de su inexactitud histórica, ya que las acciones directas son anteriores a su consagración legal, como por las críticas teóricas concernientes a las acciones directas en materia de garantía (que no tienen origen legal y de las que su explicación más clásica, la noción de accesoriedad ha sido objeto de fuertes críticas) y, por otra parte, de una evolución jurisprudencial que reconoce un número creciente de acciones directas sin ningún fundamento legal. Una nueva crisis de la acción directa surgió con posterioridad, ya que los enigmas que constituyen estas nuevas manifestaciones de este mecanismo constituyen auténticas anomalías que chocan con el paradigma legalista del mecanismo. Un sector de la doctrina francesa, que fue seguido por la jurisprudencia de la Corte de casación, propone entonces una explicación renovada de las acciones directas fundada sobre la noción de grupo contractual, lo que se habría formado un nuevo paradigma.

Cuarta.- El recurso a la noción de grupo contractual no es suficiente para

explicar todos los supuestos de acción directa.

Tal vez el método que hemos seguido para intentar comprender la historia de la acción directa puede ser criticable, pero no obstante evidencia el dinamismo de un mecanismo que se ha ido imponiendo a los diferentes corsés teóricos con los que se le ha querido limitar. También hemos intentado comprender el funcionamiento de los sucesivos paradigmas en que ha sido encuadrada esta figura.

Los criterios para la puesta en marcha del mecanismo de la acción directa nos parecen compatibles con la revisada noción de grupo de contractual, que pretende reconocer dentro de la acción directa la manifestación de una complejidad económica creciente. No obstante, algunas de las acciones directas tienen lugar más allá de los grupos de contratos, como es el caso de las acciones directas en los seguros de responsabilidad civil, donde también la jurisprudencia las ha reconocido al margen de cualquier texto legal. En parecidos términos, tampoco la teoría de la conexión contractual se agota con la cuestión de las acciones directas, que se refieren sólo a uno de sus aspectos.

La existencia de acciones directas más allá de los grupos de contratos no es, sin embargo, argumento suficiente para admitir la validez de esta teoría para explicar la mayoría de las acciones directas. Puesto que es posible encontrar estrechos vínculos entre la acción directa en pago de la víctima en materia de seguro de responsabilidad y la acción directa en garantía en el ámbito de las cadenas contractuales, ya que unas y otras pueden explicarse por la noción de *finalidad indemnizatoria*

Asimismo el concepto de *transferencia de valor*, sirve para aproximar nuestro punto de vista frente a quienes critican la noción de grupo.

Si no negamos los puntos de reencuentro posible de dos formas de explicación, pensamos sin embargo que la nuestra es menos descriptiva y nos aproxima más a autores antiguos que veían en la noción del intercambio económico el criterio esencial del contrato. Sin embargo, esta noción de transferencia de valor desembocaba en la paradoja actual de la acción directa en materia de garantía y, sobre todo, de responsabilidad, a saber que ella limita la extensión de los derechos de su

titular , puesto que el mecanismo, al tener por objeto el restablecimiento de la situación ante de su patrimonio, debe sin interrupción favorecerle con vistas de alcanzar ese objetivo. En otros términos, esta forma de acción directa toma prestado hoy en día menos del espíritu fundador del mecanismo que de su técnica. Todavía hemos querido subrayar que si era necesario limitarse a esa única técnica , la comparación de las acciones directas en pago y en garantía, que parece todavía legítima teniendo en cuenta su origen común, debe permitir reconocer a este última (y a la de responsabilidad) un modo de ejercicio equilibrado que no sacrifica los intereses de su titular a los del subdeudor, lo mismo si el estudio de los principios generales del ejercicio del mecanismo muestra una tendencia jurisprudencial constante a hacer prevalecer el derecho propio del titular de la acción sobre su derecho derivado.

Quinta.- La no necesidad de un texto legal que recoja una definición de acción directa.

Estimamos que no sería necesario que el legislador redactase un art 1111-bis del Código civil que viniese a consagrar una acción directa al lado de la acción oblicua. No lo creemos necesario, en primer lugar, por la dificultad técnica que supondría redactar una disposición legislativa, a la vez suficientemente general y precisa para comprender la diversidad de formas de acciones directas existentes. Finalmente, porque el estudio del ejercicio de la acción nos muestra que al lado de ciertas reglas comunes que hacen de la acción directa un mecanismo a la vez traslativo (derecho derivado) y adquisitivo (derecho propio) de un derecho, existen numerosas reglas particulares en cada una de sus diferentes manifestaciones. Pero sobre todo porque la historia de la acción directa constituye esa rebelión de la Justicia contra la relativa rigidez de un Código o de la leyes especiales.

Sexta.- Esquema común a las acciones directas.

En cualquiera de las diferentes manifestaciones de acción directa, bien sean de pago o de responsabilidad, nos encontramos ante una sola situación jurídica en la que intervienen, como mínimo tres sujetos: el titular de la acción, el deudor intermediario y el subdeudor.

En esta situación jurídica nos encontramos con tres relaciones jurídicas: la primera, que une al titular de la acción directa con el deudor directo o

intermediario, que tiene naturaleza obligacional y puede tener su origen en un contrato o en la responsabilidad extracontractual, como es el caso de las acciones directas en materia de seguro de responsabilidad civil. La segunda relación jurídica es la que une al deudor directo con el subdeudor y que necesariamente tiene carácter contractual. Finalmente está la relación jurídica que se establece entre el titular de la acción directa y el subdeudor que sólo puede tener carácter contractual, habida cuenta de nuestro rechazo a la teoría de la unidad de la culpa.

En todo caso, dos de estas relaciones jurídicas tienen en común que uno de los sujetos, el titular de la acción directa interviene simultáneamente en ellas.

Séptima.- A su vez, las dos primera relaciones jurídicas, las que unen al titular de la acción directa con el deudor intermediario y la que une a éste con el subdeudor tienen como causa, a la vez que como soporte económico un mismo objeto: la obra construida, que en una primera fase incorpora el trabajo del auxiliar, los materiales del suministrador o el riesgo empresarial de subcontratista, y en una segunda, es entregada físicamente al comitente, es decir al beneficiario final de las prestaciones ejecutadas por los acreedores directos. Es decir que el objeto del contrato suscrito por los titulares de la acción *ex* artículo 1597 se reduce a la actividad, que debiendo ser ejecutada por el contratista principal (deudor intermediario) deviene obligación a cumplir, o prestación a realizar por los acreedores directos. Naturalmente ese objeto inmediato representado por la obligación o prestación que asume el acreedor directo se concreta sobre un bien (la obra) o sobre una específica actividad (trabajo, riesgo empresarial) que es común al contrato principal de ejecución de obra, lo que determina una íntima conexión o imbricación entre ambos contratos: la función o finalidad económica de los dos contratos es la misma, esto es la ejecución de la obra, cuyo beneficiario último es su propietario¹

¹RODRÍGUEZ MORATA, :

Conclusiones

Conclusiones

1

Esta finalidad económica es la que, tanto en el caso de las acciones directas reconocidas legalmente, como en el de aquellas que se manifiestan dentro de los grupos de contratos, con independencia de su reconocimiento o no legal, la que permite unir triangularmente a los tres (o más) sujetos intervinientes y consecuentemente, otorgarles una legitimación excepcional que les permita hacer efectivos sus créditos pendientes por impago del deudor intermediario sobre el patrimonio del subdeudor, aunque sólo en la medida en que éste último deba todavía al deudor directo.

Es esta finalidad económica, o vinculación contractual, la que, habida cuenta la independencia de las dos relaciones obligatorias, y de la existencia o no de una norma legal, la que concede acción directa, por razón de la conexión funcional de ambos contratos en la consecución de una finalidad exclusivamente económica.

Octava.- El nacimiento de la acción directa es ajeno a la voluntad de las partes, a diferencia de otras situaciones similares, como la de la estipulación a favor de tercero, que sí que tienen una base estrictamente contractual, ya que el origen del derecho del tercero está en el pacto entre estipulante y del promitente.

Novena.- La acción directa, no constituye una excepción al principio relatividad contractual, sino que es un mecanismo corrector del mismo, ya que establece un punto de equilibrio entre el rigor del principio «*res inter res inter alios acta*» y un imperativo de equidad, que exige la realización de la justicia conmutativa o de la justicia

¹La acción directa como garantía personal...*op.cit.* pág. 128.

Esta idea aparece formulada en parecidos términos por SCIALOIA (citado por Abello y a su vez por DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Los créditos derivados del contrato de obra...op.cit.* pág. 40) este autor estima que la acción directa que consideramos es consecuencia de una compenetración o conexión que se verifica entre dos relaciones obligatorias: la que surge entre el contratista y sus cooperadores, y la existente entre contratista y propietario. Cuando existen dos relaciones obligatorias en las cuales la prestación que es objeto de una de ellas sólo es posible gracias a la prestación objeto de la otra, como en el caso presente, se verifica una especie de compenetración de las dos prestaciones. Es natural que cuando alguno, satisfaciendo su propia obligación haya satisfecho al mismo tiempo la de otro, y no haya recibido su contraprestación, pueda actuar directamente contra el tercero, que es también deudor de la retribución de aquella prestación.

distributiva, en el caso de las acciones directas en materia de responsabilidad civil.

Décima.- La acción directa ¹tiende a establecer un vínculo de derecho, directo y autónomo, entre su titular y el subdeudor. El primero deviene en cualquier manera el acreedor del segundo que su «verdadero» deudor. Desde ese punto de vista, la persona del deudor intermediario pasa a segundo plano; ya que el ejercicio de la acción directa supone la puesta en marcha de un derecho propio del acreedor contra el subdeudor.²

Undécima.- Las acciones directas presentan una doble ventaja, por una parte permiten a sus titulares evitar todo concurso con los acreedores del deudor intermedio y, por otra impiden que al titular se le opongan ciertas excepciones que el subdeudor habría podido oponer al deudor directo³.

Duodécima.- La acción directa supone siempre la existencia de una doble garantía, que está constituida por los patrimonios del deudor directo y del subdeudor. En aquellos casos en que sólo se dispone la garantía de un patrimonio, ya no estaremos en presencia de una acción directa sin ante otra figura.

La posibilidad que en ocasiones la jurisprudencia ha reconocido a dos personas que no están unidas por un vínculo jurídico de dirigirse unas contra otras, tampoco debe confundirse con la acción directa, en ese caso se trataría de una exigencia directa. Ya que no todo mecanismo que permita superar la relatividad contractual estableciendo una relación jurídica entre dos sujetos que eran terceros constituye una acción directa. Este es el caso de las cesiones de contrato, o en cualquier tipo de subrogación, aunque en su virtud se haya superado el principio de relatividad, si no hay varios patrimonios contra los que podamos dirigirnos, no hay acción directa. Es

¹ *Vid. supra* n°776 y ss Ghest

² GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n°. 827 pág. 872.

³ Sobre la eventual condena *in solidum* del deudor intermedio y del subdeudor, vid. COZIAN, L' *action directe, op.cit.* n° 456 y ss. En materia de ventas sucesivas es necesario añadir la resolución, Cass. civ. 1ª, 6 julio 1988, *Bull civ.*, I, n° 231, pág. 161. Cit Ghest n° 833

decir que la acción directa sólo tiene razón de ser en situaciones jurídicas triangulares. En la cesión de contrato al desaparecer el deudor intermedio el titular de la acción solamente dispone de un patrimonio contra el que dirigirse, por lo tanto ya no estaremos en presencia de una acción directa.

Decimotercera.- El concepto de acción directa que más se ajusta a nuestra tesis, es aquel que estima que se trata de una:«Acción contractual que pone en contacto a dos grupos de personas que, no siendo contratantes entre sí, forman parte de un mismo grupo de contratos o, si se quiere, de dos relación jurídicas conexas, integrantes de una misma relación económica, ajustando, así la legitimación jurídico-formal a los verdaderos interesados económicamente y, en suma, evitando una cadena de acciones entre todos los eslabones de la cadena de contratos⁴»

Decimocuarta.- La acción directa es presupuesto de la solidaridad.

Duodécima.- Las acciones directas propias del subcontrato son bilaterales.

Decimoquinta.- La acción directa debe de someterse al doble límite de los derechos del acreedor y de la extensión de la obligación del subdeudor. No obstante, en ocasiones, la acción directa de origen legal, por razones de política legislativa, concede a su titular más derechos de los que gozaba el acreedor directo, contra el subdeudor. Este es el caso de la acción directa ex art. 76 LCS, donde determinadas cláusulas no son oponibles al titular de la acción directa.

Decimosexta.- La acción directa supone una modificación del concepto de parte y una actualización del principio de relatividad.

Decimoséptima.- La consagración jurídica de la noción de grupos de contratos, dicho de otro modo la admisión de la acción directa en responsabilidad contractual en el seno de los grupos de contratos responde a las necesidades de indemnización de los terceros víctimas dentro del respeto a los intereses o previsiones contractuales del deudor incumplidor.

Vigésimo primera.- -La consagración jurídica de la noción de grupos de

⁴PASQUAU LIAÑO, M.: en «Comentario a la STS 9 junio 1989; Legitimación activa del promotor para ejercitar la acción de responsabilidad por ruina de la obra contra el contratista », Revista de la Universidad de Granada, nº. 15, pág. 106, 1998.

contratos, dicho de otro modo la admisión de la acción directa en responsabilidad contractual en el seno de los grupos de contratos responde a las necesidades de indemnización de los terceros víctimas dentro del respeto a los intereses del deudor incumplidor.

El grupo contractual aparece como el único medio que permite a los terceros víctimas de un incumplimiento exclusivamente contractual obtener la reparación del deudor incumplidor dentro de las previsiones contractuales de este último. La noción de grupo tiene por objetivo reemplazar la total ausencia de acción para una acción de naturaleza contractual sin tener que sustituir la acción contractual por la acción extracontractual ya existente

El grupo contractual permite realizar un compromiso entre los intereses del deudor incumplidor y los de los terceros víctimas de la inejecución contractual al asegurar a estos últimos una indemnización a la que no habrían tenido acceso, en el respeto a las previsiones del primero.

Esta nueva función de los grupos de contratos, es consecuencia del cuestionamiento del postulado erróneo de la unidad de culpa civil, se distingue de la noción clásica de grupo de contratos en que el grupo sólo se percibe como un medio para sustituir a una acción extracontractual ya existente por una acción contractual con el único interés del deudor incumplidor.

Esta nueva función del grupo contractual, más interesante a la vista del conflicto de intereses que enfrenta a la víctima con el deudor incumplidor, ha podido establecerse merced al cuestionamiento de las culpas contractuales y extracontractuales.

Sin embargo, el papel de grupo contractual solo es necesario en la medida en que precisamente permite colmar el vacío jurídico dejado por el restablecimiento de la distinción entre culpas contractuales y extracontractual, dentro del respeto a los principios de oponibilidad y del efecto relativo.

En consecuencia los miembros de un grupo contractual también deberían de beneficiarse de la acción responsabilidad extracontractual cada vez que el incumplimiento del deudor constituya al mismo tiempo la

violación de un deber de alcance general. Esta doble calificación sólo es concebible en presencia de un daño extracontractual sufrido por el miembro del grupo, de otro modo de un daño contra su persona o sus bienes. El grupo sólo desempeña una función : conceder a sus miembros una acción de reparación a la que no podían acceder por su condición de terceros; no tiene la función de sustituir una acción extracontractual ya existente por una acción contractual.

Decimoctava.- Los grupos homogéneos y heterogéneos asimétricos son grupos recíprocos en el sentido que implican acciones directas en pago y en responsabilidad. Estos tienen por función, no sólo permitir al miembro del grupo invocar la culpa exclusivamente contractual de deudor incumplidor, sino también habilitar a éste último, en la hipótesis en la que el ejecuta la prestación a su cargo, de reclamar el precio al primero.

Por el contrario, los grupos heterogéneos simétricos, son grupos unilaterales en el sentido en que el deudor de la acción en responsabilidad no se beneficia de una acción recíproca en pago.

** *Decimonovena.*- El ejercicio de la acción directa, constituye una garantía suplementaria para su titular, precisamente porque puede dirigirse contra el deudor intermediario, que responde *in solidum* junto con el subdeudor⁵. El acreedor directo dispone de dos acciones, puesto que de forma paralela a la acción directa conserva el derecho de dirigirse contra su propio deudor⁶. En relación a la acción directa *ex art. 76 LCS* SÁNCHEZ CALERO, F.(*Ley de Contrato de Seguro..op.cit.*; , pág. 1219), estima que el tercero perjudicado tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones: la del asegurado-causante del daño y la del asegurador. Es decir que la acción directa le confiere una garantía suplementaria, al deudor intermediario y subdeudor están considerados *in solidum* a su respecto⁷.« la acción directa permite a su titular dirigirse

⁵GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.*; n°739. pág. 800.

⁶Así se refiere PASQUAU LIAÑO («*La acción directa...op. cit.*; pág. 101) al referirse a la acción directa en general . En parecidos términos ATAZ LÓPEZ, J.: *Ejercicio por los acreedores de los derechos...op.cit.*; , pág. 65.

⁷*Vid. infra* GHESTIN n° 818.

indistintamente contra el propio deudor o contra un deudor de este, lo que además de la simplificación procedimental que entraña , genera, por virtud de este encadenamiento de relaciones jurídicas, una especie de solidaridad pasiva (obligación in solidum) entre ambos deudores lo que amplía considerablemente la base patrimonial de garantía del crédito como si de una fianza solidaria se tratase

** *Vigésima.*- Todas las acciones directas concilian el ejercicio de un derecho propio conferido a sus titulares y un derecho derivado de la relación obligatoria que les une con los deudores intermediarios, y sobre todo del vínculo que existe entre estos últimos y los subdeudores⁸. Esta conciliación dirige el conjunto del régimen de la acción directa, aún cuando el ejercicio del derecho propio tiende a primar sobre el derecho derivado, en la medida en que la acción directa tiende, no solamente a constituir una ventaja en beneficio de su titular, sino también a instituir una relación directa e independiente entre este último y el subdeudor⁹.

⁸GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n° 813 pág. 864.

⁹JAMIN, CH.: *La notion d'action directe, ...op. cit.* n° 335 y ss.; GHESTIN, J.:*Traité de Droit Civil, Les effets du contrat, op.cit.* n° 813. pág. 864.

Conclusiones

BIBLIOGRAFÍA

jueves 17 de julio de 2003

AAVV *Comentarios al Código civil*. (Coord. Bercovitz, R.) Pamplona 2001.

AAVV: *Comentarios a la ley de ordenación de la edificación: régimen jurídico y técnico*, Madrid, 2000 .

AAVV: *Curso de Derecho civil (II). Derecho de Obligaciones* (Coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Madrid, 2000.

AAVV: *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*. Comares. (Dir. PASQUAU LIAÑO, M., Coord. ALBIEZ DOHRMAN, K.J, y LÓPEZ FRÍAS, A) Granada. 2000.

AAVV, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, (coord. Moreno Martínez), Madrid, 2000.

AAVV: *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia 1999,

AAVV: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (Coord. Bercovitz, R.) Pamplona 1997.

AAVV: *Derecho de obligaciones y contratos*, (Coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Valencia, 1994.

AAVV: *Comentario del Código civil, T. I y II*, Madrid, 1991.

AAVV: *Traité de Droit Civil. Les effets du contrat*. (Dir. Ghestin), París, 2001.

ABRIL CAMPOY, J.M.: *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, (Dir. PASQUAU LIAÑO, M., Coord. ALBIEZ DOHRMAN, K.J, y LÓPEZ FRÍAS, A) Granada. 2000.

ABRIL CAMPOY, J.M.: «comentario del art. 1591» en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*. Comares. (Dir. PASQUAU LIAÑO, M., Coord. ALBIEZ DOHRMAN, K.J, y LÓPEZ FRÍAS, A) Granada. 2000, pág. 2837.

ALBACAR LOPEZ, J. L.: «Los daños derivados del tráfico ante la Jurisdicción Civil», *La Ley* , 1992-3, pág.1036.

ALBACAR LOPEZ, J. L.: *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, (coord. MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M.), t.V., Madrid, 1992, pág. 1267.

ALBACAR LOPEZ, J. L.: *Ley de Arrendamientos Urbanos. (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1986

ALBALADEJO, M.: *Derecho civil, II*, vol. 2º, 7ª ed., Barcelona, 1.982.

Bibliografía

ALCOVER GARAU, G: *La responsabilidad civil del fabricante (Derecho comunitario y adaptación al derecho español)*, Civitas, Madrid, 1990.

ALONSO PRIETO, L: «La responsabilidad directa de los aseguradores voluntarios en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo », *R.D. Circ*, 1.978.

ALONSO PRIETO, L: « La responsabilidad directa de los aseguradores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo », *R.D.Circ*, 1.975, pag. 429.

ALONSO PRIETO, L.: «Las acciones de saneamiento en la compraventa de edificios » : *RDP*, 1971, t, 55, pág. 2255 y ss.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: «Comentario del art. 1721 » en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*. (Dir. PASQUAU LIAÑO, M., Coord. ALBIEZ DOHRMAN, K.J, y LÓPEZ FRÍAS, A) Granada. 2000, T.II, pág. 2991.

AMORÓS GUARDIOLA, M: «El “leasing” inmobiliario y su inscripción registral », *RCDI*, 1985, nº 569, págs. 863 a 926.

ARECHEDERA ARANZADI, L..I.: *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, Madrid, 1978

ATAZ LÓPEZ, J.: «La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil », *Iniuria*, nº 5, enero-marzo 1995, págs. 59 a 80

ATAZ LÓPEZ, J. *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*, Madrid, 1988

ATIENZA NAVARRO, M.L.:«Daños causados dolosamente y seguro de responsabilidad civil» *RES*, enero-marzo 1998, nº 93.

ATIENZA NAVARRO, M.L.: «La acción directa », en AAVV, *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, 1999, págs. 779 a 790.

AYNÈS, L.: *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, París 1984.

BACACHE-GIBEILI, M.: *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, París, 1996.

BACCIGALUPI, M.: « Apunti per una teoria del subcontratto » en *Rivista Trimestrale di Diritto Commerciale*, I; 1943, págs. 181 y ss.

BADENAS CARPIO, J.M.:«Comentarios de los artículos1542 a 1582», en *Comentarios al Código*

Bibliografía

civil. (Coord. Bercovitz, R.) Pamplona 2001.

BADENAS CARPIO, J.M.: «La noción de equidad en la doctrina del Tribunal Supremo español», *RDP*, ene.1998, págs. 3 a 39.

BADENAS CARPIO, J.M.: *Apoderamiento y representación voluntaria*, Pamplona,1998.

BADENAS CARPIO, J.M.: *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 32, Abril-Agosto 1993, pág.577 y ss. [Sentencia 7 mayo 1993 Reclamación de cantidad. Solidaridad impropia]

BADOSA COLL, F.: «Comentario del art. 1.097 Código civil » en *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, pág. 26.

BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística*. Zaragoza, 2000.

BARBERO GARCIA, A.: « La acción directa perjudicado /asegurador en la jurisdicción de orden penal. Ámbito de intervención del asegurador en el proceso penal»;*R.G.D.* 1.987, nº512, págs, 2263-2288.

BELTRAN ALANDETE, T.: «La responsabilidad por vicios ocultos en los contratos de leasing » , *La Ley*, 1.987, pp 661 y ss"

BELTRAN ALANDETE, T.: « Sobre la responsabilidad por vicios ocultos en los contratos de leasing», *La Ley*, 1.989-1, pg. 1065.

BENATTI, F.: «Appunti in tema di azione diretta», *Riv.dir.proc.civ.*, 1964, nº 2, págs. 624 a 651.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A: « Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios », *EC*, nº, 3.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A Y R.: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1.987.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios*, Madrid, 1.992.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la ley de venta a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1.977.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Compraventa a plazos y leasing o arrendamiento financiero:

Bibliografía

distinción, tercería de dominio. Simulación relativa. Interpretación de los contratos. Reserva de dominio no inscrita », *CCJC*, núm. 23, Abr.- Ago, 1990, 693.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: « Dos casos judiciales de responsabilidad derivada de daños causados por productos defectuosos », *Revista Poder Judicial (PJ)*, num 20, Dic. 1.990, 69.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: « La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios » en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1.987, págs. 222 a 247.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: « Vicios en edificios: contrato de obra; contrato de compraventa. Propiedad horizontal: legitimación activa de los presidentes de comunidad (Comentario a la STS 29 de enero de 1983) » en *CCJC* 1, 1983, §12, pág. 129.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: « Contrato de obra: ruina de edificio. Responsabilidad solidaria de constructor y arquitecto. Legitimación de la comunidad de propietarios. Elementos comunes y privativos (Comentario a la STS 9 de mayo de 1983) » en *CCJC*, nº 1983

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: « Contrato de obra: responsabilidad por vicios en la construcción; responsabilidad del promotor; culpa “in eligendo”; cuestión de hecho. (Comentario a la STS de 29 de junio de 1987) » en *CCJC*, nº 14, 1987, pág. 4716.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: « La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios » en *Estudios Jurídicos sobre protección de los Consumidores y Usuarios*, de A. y R. BERCOVITZ págs.361 a 362

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: « Comentario a la STS de 28 de mayo de 1990 » *CCJC*, 1990, nº 23, ref.615, págs. 701 y ss..

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: « La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios » en *Estudios Jurídicos sobre protección de los Consumidores y Usuarios*, de A. y R. BERCOVITZ.

BLANCO GIRALDO, F.L.: *La ley de contrato de seguro en la jurisprudencia y en la doctrina judicial*. Madrid, 1996

BONEL Y SÁNCHEZ,, *Código civil comentado*, Barcelona, 1891, artículo. 1597.

BONET NAVARRO, A: « Comentario del art. 40 » en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (Coord. Bercovitz, R.) Pamplona 1997, págs. 800 a 803.

BONET RAMON y BONET BONET, « Responsabilidad civil nuclear », en *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, Pamplona. 1969, págs. 51-56.

Bibliografía

BOQUERA OLIVER, V.: «Nota al artículo 76 de la nueva Ley de Contrato de Seguro», n° 453, *RGD*, 1.982, pp. 863 y ss.

BOUBLI, B.: «Soliloque sur la transmission de l'action en garantie » *J.C.P.*; 1974, I, 2646.

BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1987.

BUITRAGO RUBIRA, J.R.: *El leasing financiero mobiliario y su jurisprudencia*, Pamplona, 1998.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, (coord. Moreno Martínez), Madrid, 2000, págs. 97 a 128. .

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: « La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal » (Comentario a la STS 1 Abril de 1977) , A.D.C., 1978, págs. 667 a 680.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «El leasing financiero y la ley de ventas a plazos de bienes muebles (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1978) », *ADC*, 1980, págs. 759 a 785.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La naturaleza del “leasing” o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», *ADC*, 1.982, fasc.I, págs. 41 a 120.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La configuración del arrendamiento financiero (leasing) por la Ley de 29 de Julio de 1.988, en la Jurisprudencia y en el Convenio sobre leasing internacional», *ADC*, 1.991, Tomo XLIV, Vol III págs. 961 a 1018.

CABANILLAS SÁNCHEZ: «Responsabilidad por vicios que determinan la ruina de la obra inmobiliaria cuando ha transcurrido el plazo de diez años. Plazos de garantía y prescripción. Equiparación del promotor al contratista (Comentario a la STS de 17 de septiembre de 1996)», en *CCJC*, n° 43, pág. 159

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La resolución del *leasing* o arrendamiento financiero por presentar vicios los bienes entregados al usuario (comentario a la STS de 26 de febrero de 1996) , *ADC*, 1998, I, págs. 327 y ss.

CADARSO PALAU, J.: *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976.

CALESTRENG, S. : *La relativité des conventions. Etude de l'article 1165 du Code civil*, Paris, 1939.

Bibliografía

CALZADA CONDE, M.A.: *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Madrid, 1983.

CAPILLA RONCERO, F.: *Derecho de obligaciones y contratos*, (Coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Valencia, 1994.

CARBONNIER, J: *Derecho civil*, t.II, vol..2 (trad. Zorrill Ruiz), Barcelona, 1971,

CARRASCO PERERA, A.: *Fianza, accesoriadad y contrato de garantía*, Madrid, 1992.

CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E Y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: *Derecho de la construcción y la vivienda.*, Madrid 1.997

CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E Y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*; Pamplona, 2000.

CARRO DEL CASTILLO, J.A.: «La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil en la Ley de Contrato de Seguro» en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, vol. I, CUNEF, 1.982.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español. Común y foral. Tomo IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias.* (Rev. FERRANDIS VILELLA), Madrid, 1988.

CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Las causas de exoneración de la responsabilidad en la ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos » *Iniuria*, nº 5, enero-marzo 1995,págs.41 a 57.

CAVANILLAS MUGICA,S y TAPIA FERNÁNDEZ, I.:*La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual , Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1992..

CAVANILLAS MUGICA,S.: «La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos », *EC*, num 18.

CAVANILLAS MUGICA,S: *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, 1.985.

CHULIÁ VICENT, E. Y BELTRÁN ALANDETE, T.: *Aspectos jurídicos de los contratos de leasing* Barcelona, 1989.

CLAVERO TERNERO, M.F.: *La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad*, Madrid, 1995.

Bibliografía

CLEMENTE MEORO, M.: «Comentario del art. 8» en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, (Dir. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Valencia, 1994, págs. 85 a 94..

COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, (rev. Manuel Batlle), Madrid, 1960.

COZIAN, M.: *L'action directe*, Paris, 1.969.

DE COSSIO Y CORRAL: *Instituciones de derecho civil, Tomo I: Parte General. Obligaciones y contratos.* (rev. De Cossio y Martínez y León-Castro Alonso); Madrid, 1991

DELVINCOURT: *Cours de Droit civil*, T.III, París, 1819.

DE ANGEL YAGÜEZ, R.: *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, 1.995.

DE ANGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993.

DE ANGEL YAGÜEZ, R.: *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección en la legislación civil*, Madrid, 1.969

DE CASTRO, F.: « Cesión de arrendamiento y subarrendamiento », *R.G.L.J.*, 1930, págs. 130 a 169.

DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1.985

DE LA CÁMARA, M.: «La revocación del negocio y del poder », *AAMN*, 1948,

DE LA CÁMARA MINGO, F.: *Tratado práctico del Derecho referente a la Construcción y a la arquitectura..* T.II; Madrid 1964.

DE LA CUESTA, J.M.: «Reflexiones entorno al leasing », *RDM*, 1.971, pag. 73 y ss.

DE LA CUESTA, J.M.: «Jurisprudencia sobre el leasing », *RDBB*, 1.987, pag. 647 y ss.

DE LA OLIVA, A. Y FERNÁNDEZ M.A.: en *Derecho Procesal Civil II. Objeto, actos y recursos del proceso civil. El proceso civil de declaración*. Madrid, 1996.

DEL ARCO Torres, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M.: *Derecho de la Construcción*, Madrid, 1987, p. 233.

DEL ARCO Torres, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M.: *Derecho de la Construcción. (Aspectos administrativos, civiles y penales)*, Granada, 2000.

Bibliografía

DELMAS SAINT-HILARIE, P.: *Le tiers à l'acte juridique*, París, 2000.

DE MIGUEL MARTÍN, P.J.: « Procesos arrendaticios sobre finca urbana en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil » Ar. civil. (Boletín mensual nº 26 abril 2001).

DEMOLOMBE: *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t.II, nº 139, pág. 144 y 145.

DE QUENAUDON: Comentario a la sentencia de la *Cour Cassation* (1ª Sala civil) de 31 de octubre de 1989, J.C.P., 1990, II, 21.568.

DÍAZ ALABART, S.: «Comentario a la STS 11 noviembre 1989 » *CCJC*, 1989, pág. 954.

DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M.: *Obligaciones del arrendador. Artículo 1.554 del Código civil*, Madrid, 1997.

DÍEZ-PICAZO L.: *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979.

DÍEZ-PICAZO «Comentarios de los arts. 1.888 a 1892 » en *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, pág. 1947.

DÍEZ-PICAZO, L.: «Comentario del art. 1257» en *Comentario del Código Civil*. T.,II, Madrid, 1.991, pág, 433 y ss..

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil y patrimonial*, vol..I, *Introducción. Teoría del contrato*, y vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1.993 .

DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A.: *Sistema de Derecho civil*, II, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 1.999.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*;Madrid,1999.

DÍAZ MUYOR, M.: «Arrendamiento financiero y vinculación de contratos (Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996) » en DEL POZO CARRASCOSA, P. y DÍAZ MUYOR, M. (coord.): *Contratación bancaria*. Barcelona 1998, págs. 383 y ss.

DUQUE, J.F: «Acción directa del tercero y solidaridad de las obligaciones del asegurador responsable », *R.D.Circ*, 1.967, nº 6, pags. 589-597.

DURANTON, *Traité des contrats et des obligations*, t.II, París, 1819.

EMBID IRUJO, J.M: «Sobre la naturaleza jurídica del contrato de leasing. Comentario a la STS de

Bibliografía

28 de Mayo de 1.990 », *La Ley*, 1.990-4, págs. 710 a 714.

EMBED IRUJO, J.M: «Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados en las condiciones generales del seguro. (Comentario a la STS de 4 noviembre de 1991), en AAVV, *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia 1999, págs. 569 a 575.

FALCÓN, *Derecho civil español, común y foral*, t.IV, Madrid, 1902.

FELIU LLANSA: « La responsabilidad civil directa afectante al Consorcio de Compensación de Seguros en supuestos de disolución forzosa , quiebra o suspensión de pagos de entidades aseguradoras », *La Ley*, -IV, págs. 830 y s.s.

FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.: «El accidente de trabajo y el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil del automóvil », en *Coloquios sobre la responsabilidad civil del automóvil*, Madrid, 1995, pág. 355 a 366.

FERNÁNDEZ COSTALES., J.: *El contrato del arquitecto en la edificación*, Jaén, 1977.

FERNÁNDEZ HIERRO, J.M.: *La responsabilidad civil por vicios de construcción*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1976.

FERRANDO: *I contratti collegati . Struttuta e funzione*, Génova, 1986.

FIGA FAURA, L: «La acción subrogatoria », *AAMN*, 1.957, págs 271 a 231.

FONT SERRA, E.: «La oposición del asegurador a la acción directa del artículo 76 de La Ley 50/1980, del Contrato de Seguro» *RGD*, nº 552 (1990), pp.6309 ss.

FONTSTAD PORTALÉS, L., «Procedimiento civil verbal para hacer efectiva la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación», *R.G.D.* Mayo 1999 (núm. 656), pág. 5926.

FUENTES LOJO, J.V.: *Suma de arrendamientos urbanos*. T. I y II; Barcelona, 1986,

GARCIA AMIGO, « Ley para la defensa de los consumidores y usuarios. Responsabilidad civil extracontractual », *AC*, 1.986, págs 1.209 y ss.

GARCÍA CANTERO, G.: «La responsabilidad por ruina de los edificios *ex* artículo 1.591 del Código civil» en *A.D.C.*, 1.963, págs. 1053 a 1.113.

GARCÍA CANTERO, G.: «Comentario al art. 11 » en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuario*, (coords. Bercovitz, Salas), Madrid, Civitas, 1992.

Bibliografía

GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Pamplona, 2001.

GARCÍA GOYENA, G.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t.III, Madrid. 1852 (reimp. Barcelona, 1973).

GARCIA SOLE, F.: «La Subrogación en los Derechos de la Compañía de Leasing, frente al proveedor o Vendedor », *AC*, nº, 15, 1.989, pag 1060.

GARCIA SOLE, F.: «Leasing, acción directa del usuario frente al vendedor. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 23 de Abril de 1.991». *La Ley*, 1991-4, págs. 535 a 543.

GARCÍA VALDECASAS, G.: «La esencia del mandato », *RDP*, tomo XXVII, octubre 1944.

GARCÍA VALDECASAS, G.: «La gestión de negocios ajenos (aportación a una teoría general)», *RDP*, 1.957, pág. 625.

GARCÍA VILLAVERDE «Tipicidad contractual y contratos de financiación » en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990.

GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro terrestre*. 2ª Ed. Madrid, 1.982.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.L.: *El crédito al consumo (cesión y contratos vinculados)*, Valencia 1996;

GHESTIN, J.: *Traité du Droit civil. Les effets du contrat*, Paris 1994.

GHESTIN, J.: *Traité du Droit civil. Les effets du contrat*, Paris 2001.

GIORGIANI, M.: «Negozzi giuridici collegati » , *Riv, it, scienz, giur.*, 1937, págs. 275 a 352.

GÓMEZ CALERO, J.: *La responsabilidad civil. Productos defectuosos*, Dykinson, Madrid 1.996.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R.: *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*. (Estudio del artículo 1.591 del Código civil y su problemática actual), Barcelona 1.993.

GÓMEZ LAPLAZA, M.C y DÍAZ ALABART, S.: «Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos» en *Actualidad Civil*, 1995-2, págs. 519 a 544.

GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, F.: *La responsabilidad en el uso de vehículos a motor*, Oviedo, 1.992.

Bibliografía

GONZÁLEZ PACANOWSKA,I.: «Comentario del art. 1257 » en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.ALBALADEJO,) T.XVII, vol 2º, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ PÉREZ,: *Comentarios a la Ley de la Ordenación de la Edificación*, Civitas, 2000

GROSS, B.: *La notion de garantie dans le droit des contrats*, París 1964, pág. 185 y 186.

GUILARTE ZAPATERO, V: «Comentario del art 1148 » en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir ALBALADEJO), tomo XV, Vol 2º, pág. 388 y ss, Madrid, 1980

GULLÓN BALLESTEROS,A: « El crédito privilegiado en el Código Civil », *ADC*, 1.958, pág. 435 y ss.

GULLÓN BALLESTEROS,A: « La acción subrogatoria », *RDP*, 1.959, págs.102 a 120.

GULLÓN BALLESTEROS,A: *La prelación de créditos en el Código Civil*, Barcelona, 1.962.

GULLÓN BALLESTEROS,A: *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968.

GUTIERREZ.-ALVIZ Y ARMARIO, F.: *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 1982.

HERRERA CATENA, J.: « Legitimación (activa y pasiva) al ejercitar las acciones derivadas de los artículos 1.591 y 1.909 del C.c.», *Revista profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada*, nº 78 y 79, Granada, 1969.

HERRERA CATENA, J: *Responsabilidades en la construcción*, T.I, vol.I, Granada (1977).

HILL PRADOS, M.C.: «Reflexiones en torno a la acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil» en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, T.II, Valencia 1995, pág. 1730 y ss.

HUPKA, JOSEF: *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, (trad. Sancho Seral), Madrid, 1930

ILLESCAS ORTIZ, R.: «El leasing: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato», *RDM*, 1971, págs. 73 a 114.

IZORCHE, M.L: «Action directe » en *Encyclopédie Juridique Dalloz*, 1994

JAMIN, CH: « Une restauration de l'effet relatif du contrat (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 12 juill. Besse) », *Dalloz*, 1991, chronique, págs. 257 a 264.

Bibliografía

JAMIN, CH.: *La notion d'action directe*, París, 1991

JIMÉNEZ LIÉBANA, D.: *Responsabilidad civil: daños causados por productos defectuosos*, MacGraw Hill, Madrid, 1998.

JORDANO BAREA, J.B.: «Contratos mixtos y unión de contratos » (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1950), *ADC.*,1951, págs. 321 a 339;

JORDANO BAREA, J.B.: « Los contratos atípicos », *R.G.L.J.*: t. 195 (1953), págs. 51 a 59.

LABBÈ: «Des privilèges sur les créances », *Rev. crit. leg. et jur.* 1876, págs. 571 y ss.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, II, « Derecho de obligaciones»vol 3º, «Contratos y cuasicontratos»2ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1.986.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, II, « Derecho de obligaciones»vol 3º, «Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito » (revisada por RIVERO HERNÁNDEZ, F. :) Dykinson, Madrid, 1999.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: «La gestión de negocios sin mandato », *RCDI*, 1975, págs.245 y ss.

1 LABBÈ: «Des privilèges sur les créances », *Rev. crit. leg. et jur.* 1876, págs. 571 y ss.

LARROUMET, CH : «L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité dans les ensembles contractuels », *J.C.P.*, 1988, I, 3.357.

LARROUMET, CH : «L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels » *J.C.P.*, 1991, I, 3531, págs. 313 a 315.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, t.I. 5ª ed, Madrid, 1996.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Curso de Derecho civil patrimonial. Introducción al derecho*, Madrid, 1995.

LAURENT: *Principes du Droit Civil*, XXVI, num 81., 8ª ed Paris, Bruselas, 1.878.

LEÓN ALONSO, J.: «Comentarios a los artículos 1.709 a 1.726» en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t.,XX vol. 1º,(dir.ALBALADEJO) Madrid, 1.980.

-«Comentarios a los artículos 1.709 a 1.726» en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.991.

Bibliografía

LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1998.

LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*.
Barcelona, 1994.

LOPEZ VILAS, R.: «Concepto y naturaleza jurídica del subcontrato», *RDP*, 1.964, págs. 615 y ss.

LOPEZ VILAS, R.: *El subcontrato*, Madrid, 1.973.

LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentarios a los artículos 1.542 a 1.582» en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t.,XX vol. 1º,(dir.ALBALADEJO) Madrid, 1.980.

LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentarios a los artículos 1.542 a 1.574» en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.991.

LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentarios a los artículos 1.583 a 1.603» *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t.,XX vol. 2º,(dir.ALBALADEJO) Madrid, 1.986.

MANLIVAUD, PH.: «L'action directe du maître de l'ouvrage contre les fabricants et fournisseurs de matériaux et composants», *Chronique Dalloz*, 1984, págs. 41 a 50.

MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, t. X, vol.2º, 6ª ed. Revisada por J.Mª. BLOCH, Madrid, 1.969.

MANZANO SOLANO, A.: «Sobre la naturaleza jurídica del "leasing" o arrendamiento financiero.», *RCDI*, 1992-II, nº 611, 1783-1814.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Sustituto, subapoderado y auxiliar: una interpretación de los arts. 1721 y 1722 del Código civil » *R.Jca. Not.*, octubre-diciembre, 1993, págs. 65 a 155.

MARÍN LÓPEZ, M..J.: «Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996 », *CCJC*, 1996, nº 41, págs.758 y ss.

MARÍN LÓPEZ, M..J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Pamplona, 2000.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: «Comentario al artículo 17» en *Comentarios a la ley de ordenación de la edificación: régimen jurídico y técnico*, Madrid, 2000, págs. 93 a 130. .

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: en *Curso de Derecho civil (II). Derecho de Obligaciones* (Coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Madrid, 2000.

Bibliografía

MATILLA ALEGRE: «Evolución de la normativa aplicable al seguro de responsabilidad civil» RGLJ, 1987, PÁG. 545 Y SS.

MEDINA CRESPO, M.: « El asegurador de la responsabilidad civil y los daños intencionados. Definición de bases para aproximarse al tema », en *El nuevo Código Penal y el contrato de seguro* (dir. SOTO NIETO), Madrid, 1998, págs, 16 a 33.

MORILLAS JARILLO, M.J.: *El seguro del Automóvil: el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil automovilística*, Barcelona, 1992.

MUÑOZ DE DIOS, G: «Artículo 1.591 del Código Civil en la construcción. Responsabilidad y legitimación activa para exigirla », *La Ley*, 1.990-1, pág. 1.081.

NART, «*Contrato de obra y empresa*», *RDP*, 1951, págs. 814 y ss.

NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.: «Comentario del art. 1550 » en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*. Comares. (Dir. PASQUAU LIAÑO, M., Coord. ALBIEZ DOHRMAN, K.J, y LÓPEZ FRÍAS, A) Granada. 2000, T.II, pág. 2770.

NAVÁS NAVARRO, S.: « Notas sobre la financiación por un tercero y el crédito al consumo (“Los derechos ejercitables por el consumidor frente al financiador en los contratos vinculados”, art. 15 Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo), *EC*, nº 53, año 2000, págs.33 a 46.

NERÉT ,J.: *Le sous-contrat*, Paris, 1979.

O'CALLAGHAN, X:« Jurisprudencia sobre el leasing », *AC*, nº 1, 1991, págs 1 a 19.

O'CALLAGHAN, X: *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, .Madrid, 1996.

OLIVENCIA RUIZ, M.: «La acción directa contra el asegurador. Subrogación y derecho de repetición», Ponencia nº3 presentada en Coloquios sobre el Seguro Obligatorio de Automóviles, SEAIDA , Madrid, 1.963.

OLIVENCIA RUIZ, M.: «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de seguro* (dir. VERDERA y TUELLS), T.II, Madrid, 1982, págs. 865 a 914.

OLIVENCIA RUIZ, M.: «El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima , en especial en los daños causados por la gran empresa: la acción directa y las excepciones oponibles» en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*. (dir SÁNCHEZ CALERO), Madrid, 1994, págs. 189 a 209.

ORTÍ VALLEJO, A.: « El nuevo régimen de los defectos de la cosa vendida en la Directiva 1999/44: criterios generales para su transposición. », *Aranzadi Civil núm. 9/2001*.

Bibliografía

ORTÍ VALLEJO, A.: « Los vicios en la compraventa y su diferencia con el “aliud por alio”: jurisprudencia reciente »
Ar.Civ., 1996, t. I, págs. 41 a 60.

ORTÍ VALLEJO, A.: *La protección del comprador por el defecto de la cosa vendida*. Granada, 1.987.

PANTALEÓN PRIETO, F.: «Como repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas)» en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. (coord. MORENO MARTÍNEZ), Madrid, 2000, págs.439 a 463.

PANTALEÓN PRIETO, F.: «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate) » ,ADC, págs 1019 y ss ,

PARRA LUCÁN, M.A.: en AAVV, *Curso de Derecho civil (II). Derecho de Obligaciones* (Coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Madrid, 2000.

PARRA LUCÁN, M.A.: «Comentario a la STS de 28 de noviembre de 1997 », CCJC, 1998, nº 46, ref. 1260, pág.344.

PARRA LUCÁN, M.A.: « Ámbito de protección de los daños por productos», *Iniuria*, nº 5, enero-marzo 1995, págs. 13 a 39.

PARRA LUCÁN, M.A.: *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona. 1.990

PARRA LUCÁN, M.A.: « La Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios bajo la óptica de los derechos de la personalidad », AC, 1.988, pág. 401 y ss.

PASQUAU LIAÑO, M.: «Comentario a la Sentencia de 2 julio 1997. Acción directa del artículo 1597 CC: legitimación de los subcontratistas sucesivos frente al comitente y contratistas», CCJC, nº 45,Sept.-Dic., págs. 1223 a 1234

PASQUAU LIAÑO, M.: « La noción de defecto a efectos de la responsabilidad civil del fabricante por daños ocasionados por productos », *Iniuria*, nº 5, enero-marzo 1995,pág. 81 a 128.

PASQUAU LIAÑO, «La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo», AC, 1990, rcf. XXIX, págs.419 a 428.

PASQUAU LIAÑO, M.: «Comentario a la sentencia de 9 de mayo de 1989. Acción directa ex artículo 1.597 C.C. Excepciones oponibles por el dueño de la obra. Declaración de suspensión de pagos del contratista. Compensación. Intereses moratorios.», CCJC, nº 20, Abr- Ago, 1.989, págs. 547 a 558.

PASQUAU LIAÑO, M.: «Comentario a la STS 9 junio 1989; Legitimación activa del promotor para ejercitar la acción de responsabilidad por ruina de la obra contra el contratista », *Revista de la Universidad de Granada*, nº. 15, pág. 106, 1998.

PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa en el derecho español*. Madrid, 1.989.

PASQUAU LIAÑO, M.: *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 1.986.

PERÉ y RODRIGUEZ AGUILERA: « La acción directa del arrendador contra el subarrendatario en la L.AU », *RJC*, Julio-Agosto1958, págs. 495 y ss.

Bibliografía

- PLANCQUEEL: *Contribution à l'étude des actions directes*; Lille, 1935.
- POLO SÁNCHEZ, E: *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Madrid, 1.980.
- PORPETA CLÉRIGO, F: « *Sustitución de poder* » en *AAMN*, 1943, t.I, págs. 147 y ss..
- PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de Derecho Procesal civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*. Pamplona, 1985, pág. 490.
- PUERTA LUIS, L.R.: *La solidaridad del responsable civil y de su Compañía aseguradora frente al perjudicado*, Madrid, 1.977.
- PUIG BRUTAU, J.: *Diccionario de acciones en Derecho Civil español*, Barcelona, 1.984.
- PUIG BRUTAU, J.- *Fundamentos de Derecho Civil*, II, vol.2º, Barcelona, 1.986.
- PUIG BRUTAU, J.: «Voz mandato» en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T.XV, Barcelona, 1981, págs. 833 a 840.
- PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil español*, Madrid, 1946, IV, vol.2,
- QUINTANA CARLO, I: « La responsabilidad del empresario de servicios en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios » , *EC*, núm.extraordinario. Noviembre de 1.987.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F: *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*. Valencia, 1.994.
- REAL PÉREZ, A.: «El incumplimiento del proveedor en el marco de la relación jurídica de leasing . Comentario a la STS (Sala 1ª) 26 de febrero de 1996 », *RDP*, 1998, págs. 386 y ss.
- REGLERO CAMPOS, L.F.: «Comentario del art. 8 » en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (Coord. Bercovitz, R.) Pamplona 1997.
- REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *La acción directa con el asegurador en el proceso civil*, Madrid, 1996.
- RIBO DURAN, L: *Diccionario de Derecho*, Barcelona, 1.987.
- RÍOS MORENO, J.: « La figura del tercero en el seguro voluntario de responsabilidad civil sobre vehículos de motor », *La ley*, 1991-4, 1117.

Bibliografía

ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, «La revocación y la sustitución del poder y del mandato», en *Estudios de Derecho privado*, T.I. Obligaciones y contratos, Madrid, 1.948.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I.: *El principio de relatividad de los contratos en el derecho español*, Colex, Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ MORATA, F.A.: *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, Madrid, 1.992.

ROGEL VIDE, C.: « Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la jurisprudencia en la mano» en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. (coord. MORENO MARTÍNEZ), Madrid, 2000, págs.567 a 583.

ROJO AJURIA, L.: « La responsabilidad por la entrega, vicios ocultos y pérdida de la cosa en el Arrendamiento-Financiero (Leasing) », A..C, 1.986, pág. 2021 y ss.»

ROJO AJURIA, L.: : *Leasing Mobiliario*, Madrid, 1.987.

ROJO AJURIA, L.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989», *CCJC*, nº 20, Abr-Ago. 1.989, págs. 595 a 609.

ROJO FERNANDEZ-RÍO, A: *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974.

RUBINO, D.: « Appalto privato », *Novissimo Digesto Italiano*, 3ª ed, 1957, t.I, págs. 686 a 701.

RUBIO SAN ROMAN, J.I: *La responsabilidad civil en la construcción*, Madrid, 1.987.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M.: *Las garantías del contratista de inmuebles*. Ed. Universidad de Jaén, Jaén 1.995.

SALVADOR CODERCH, P.: «Comentario del artículo 1.597 » en *Comentario del Código civil*, t.II, Madrid, 1991.

SALVADOR CODERCH, P.: «Comentario del artículo 1.591 » en *Comentario del Código civil*, t.II, Madrid, 1991, págs. 1189 a 1196.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978

SÁNCHEZ CALERO, F.:« Ley de Contrato de Seguro» en *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, (dir.MOTOS y ALBALADEJO), T.XXIV, vol.2, Madrid, 1985 pp.. 619 y ss..Comentario al art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro.

Bibliografía

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980 y sus modificaciones* (dir. SÁNCHEZ CALERO), Pamplona, 1999.

SÁNCHEZ CALERO, F.: « Líneas generales de la evolución de la responsabilidad civil y su seguro», en *Homenaje a Ruiz Vardillo*, Madrid, 1999, pág. 556.

SÁNCHEZ CALERO, F Y DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F: «Derechos de los terceros frente al asegurador» 3er. Congreso Mundial de la AIDA, París, 1.970.

SÁNCHEZ CALERO, F Y TIRADO SUAREZ, F.J.: *Ley de Contrato de Seguro*, vol.I, Madrid, 1.984.

SÁNCHEZ LERMA, G.A.: «Los instrumentos cambiarios y la defensa de los consumidores; el artículo 12 de la Ley de Crédito al Consumo », *Act. Civ.*, 1997, núm. 16, págs. 343 y ss;

SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L.: *Leasing financiero mobiliario*, Madrid, 1.989.

SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t.IV, Madrid, 1.910

SCHULZ, F.: *Derecho romano clásico*. (trad. Santa Cruz Teigeiro) Barcelona, 1960.

SANTOS BRIZ, J.:*La responsabilidad civil. Temas actuales*, Madrid, 2001.

SANTOS BRIZ, J.:*La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid, 1993.

SANTOS BRIZ, J.: «Los contratos civiles, Nuevas perspectivas » Granada, 1992.

SANTOS BRIZ, J.:*La responsabilidad civil*, Madrid, 1989.

SANTOS BRIZ, J: «La reforma del seguro del automóvil : repercusiones en dicha reforma de la ley 5/1980, de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro» en *RDP*, nov. 1983, pág. 997

SANTOS BRIZ, J.: «Contratos fácticos y atípicos. El contrato como objeto de otro contrato.» *A.A.M.M.*, t, XX (1976), págs. 299-330.

SANTOS BRIZ, J.: «La responsabilidad del fabricante frente a terceros en el derecho moderno», en *Estudios de Derecho civil en Honor del Profesor Castán*, vol,2, Pamplona, 1.969,pp 525 a 545.

SANTOS BRIZ, J.: «El contrato de obra y su problemática jurídica » en *R.D.P.* 1.972, págs.379 a 419.

SAVATIER, R.: « Le prétendu principe de l'effect relatif des contrats » , Paris, 1934, págs. 525 a

Bibliografía

545.

SCHIZZEROTTO: *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983.

SEQUEIRA MARTIN: « El derecho a la indemnización de daños y perjuicios en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios », *RCDI*, 1986, pag. 1.443.

SOLUS, H.: *L'action directe et l'interpretation des articles 1.753, 1.798 et 1.994 du Code civil*; París, 1.914.

SOTO NIETO, F: *Subarriendo y hospedaje. Su repercusión en la relación de arrendamiento*, Alcoy, 1962..

SOTO NIETO, F.: « La acción directa del perjudicado contra el asegurador voluntario conforme a la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1.980 », *R.D.Circulación*, 1.981, pag. 457 y s.s.

SOTO NIETO, F.: *El seguro voluntario y el procedimiento penal*. Madrid, 1986.

SOTO NIETO, F.: «Reclamación en vía civil de indemnización de daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículos a motor », *La Ley*, 1.991-3, pag 1066 y s.s.

SOTO NIETO, F.: «Daños dolosamente causados con vehículos de motor.» *La Ley*, 1997-3, *pág.*1888 y 1889.

SOTO NIETO, F.: «El seguro de responsabilidad civil general y el dolo. Solución a un conflicto.» *Revista Española de Seguros*, octubre-diciembre 1997, nº 92.

SOTO NIETO, F.: «Daños dolosamente causados por la conducción.. Una polémica que perdura.», *La Ley*, nº 5318, 29 mayo 2001, págs. 14 a 16.

SCAEVOLA, *Código civil*, T. XXIV, Primera Parte, Madrid, 1.952, ed. Revisada por Rodríguez-Arias Bustamante, p.486 y 487.

STARCK, B.: «Action directe», en *Repertoire Dalloz Droit Civil*, V bis, 1.970, págs. 1 a 12. num 11 a 25.

STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J.G: «Contratos de seguro de responsabilidad civil » en *La Ley*, 1985-2, *pág.* 510.

STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J.G: «De nuevo acerca de la acción directa del tercero perjudicado frente a la compañía aseguradora y sus límites» en *La Ley*, 1987-3, *pág* 587 y ss.

TERRÉ, SIMLER Y LEQUETTE: *Droit civil. Les obligations.*, 5 ed. 1993

TEYSSIÉ, B.: *Les groupes de contrats*, Paris, 1975

Bibliografía

- TIRADO SUAREZ, F.J.: «Conveniente -o necesaria- reforma de la Ley de Contrato de Seguro» en Derecho de los Negocios, nº113, febrero 2000, pág. 1 a 19.
- TRENCART: « De l'action directe accordée aux ouvriers par l'article 1798 du Code civil », en Rev. crit. leg.jur, 1872-1873, págs. 411 y ss
- TROPLONG: *Traité de l'échange et du louage*, T.II, 1840, nº 538, p. 322 y t.III, nº 1049.
- URÍA, R.: *Derecho mercantil*, 24ª ed, Madrid, Marcial Pons, 1997
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R.: en AAVV, *Derecho de obligaciones y contratos*, (Dir, VALPUESTA FERNÁNDEZ), Valencia, 1994.
- VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t.III, Valladolid, 1.932
- VECCHI, P.M.: *L'azione diretta*, Padova, 1990.
- VERDERA SERVER, R.: «Liquidación de relaciones contractuales derivadas de crédito al consumo: notas sobre el art. 9 LCCon », *ADC*, 1996, II, págs. 607 y ss.
- VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Barcelona, 1990.
- VINEY, G.: « *L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats* », en Mélanges dédiés à D. Holleaux, París, 1990, págs. 399 a 424.
- VISINTINI, *La responsabilità contrattuale perjudicado fatto degli auxiliari*, Padua, 1965.
- VOIRIN, P.: *Droit Civil*, t. I, 23 ed, París, 1991
- WEIL, A.: *Le principe de la relativité des conventions en droit français*, Estrasburgo, 1938
- WEILL y TERRE: *Droit Civil, Les obligations*, Paris, 1986; págs. 530 y ss
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid, 2001.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Aspectos civiles del nuevo código penal*, Madrid, 1997.

INDICE

| | |
|--|---------|
| Abreviaturas | 1 |
| Introducción..... | 5 |
| 1.- EXPOSICIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL TEMA DE LA TESIS..... | 5 |
| 2. -PLAN DE LA OBRA.. | 8 |
| 3.-ESTADO DE LA CUESTIÓN: OBJETIVOS | 11..... |

PRIMERA PARTE.

Las manifestaciones de la acción directa en Derecho positivo.

Capítulo I: CONSIDERACIONES PRELIMINARES

| | |
|---|----|
| 1. A.- EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO: ACCIÓN O DERECHO . | 17 |
| 1.B.- EL CONCEPTO DE ACCIÓN DIRECTA. | 22 |
| 1.C.- LA INDISCRIMINADA UTILIZACIÓN DE LA EXPRESIÓN ACCIÓN DIRECTA. | 26 |
| 1. D.- LA NECESIDAD DE UN CONCEPTO DE ACCIÓN DIRECTA | 33 |

Capítulo II: ANTECEDENTES HISTÓRICOS: LA APARICIÓN Y EL DESARROLLO DE LA ACCIÓN DIRECTA.

| | |
|--|----|
| 1.- INTRODUCCIÓN. | 43 |
| 2.- LAS ACCIONES DIRECTAS EN EL DERECHO ROMANO. | 44 |
| 3.- LA TEORÍA EXEGÉTICA DE LA ACCIÓN DIRECTA. . | 46 |
| 3.A.- La admisión de la acción directa. | 46 |
| 3.B.- Las justificaciones de la acción directa. | 50 |
| 3.C.- La superación de la teoría clásica. | 53 |
| 4.- LA TEORÍA LEGALISTA DE LA ACCIÓN DIRECTA. . | 55 |
| 4.A.- Exposición de la teoría legalista. | 55 |
| 4.B.- Crítica de la teoría legalista. .. | 56 |
| 5.- LA TEORÍA DE LOS GRUPOS DE CONTRATOS. | 58 |
| 5.A.- Exposición de la teoría de los grupos de contratos..... | 58 |
| 5.B.- Rechazo de la teoría de los grupos de contratos en materia | |

de responsabilidad.62

Capítulo III: LA ACCIÓN DIRECTA DE TRABAJADORES Y SUMINISTRADORES DE OBRA

1.- CLASES DE ACCIONES DIRECTAS. ... 67

2.- LAS ACCIONES DIRECTAS DEL CÓDIGO CIVIL. 74

3.- LA ACCIÓN DIRECTA DE LOS QUE PONEN SU TRABAJO Y MATERIALES CONTRA EL DUEÑO DE LA OBRA. 75

3.A.- Antecedentes históricos..... 76

3.B.- Naturaleza jurídica 78

 3.B.1.- Tesis de la acción subrogatoria. 79

 3.B.2.- Tesis de la acción directa. ... 80

3.C.- Fundamento82

3.D- Titulares de la acción directa.. 91

 3.D.1.-Legitimación activa.....91

 3.D.2.- Legitimación pasiva.93

3.E.- Requisitos de la acción ex art. 1597..... 94

3.F.- Efectos100

4.- LA ACCIÓN DIRECTA DEL SUBCONTRATISTA DE OBRA..... 104

4.A.- La extensión de la acción directa *ex art.* 1.597 al subcontratista. 104

4.B.- Condiciones de ejercicio..... 107

4.C.- Requisitos para su ejercicio. .. 108

4.D.- Efectos de la acción directa del subcontratista. .. 113

 4.D.1.- La eficacia conservativa. 114

 4.D.1.a.- La inmovilización del crédito..... 114

 4.D.1.b.-Inoponibilidad de excepciones..... 116

 4.D.2.- La eficacia ejecutiva.116

 4.D.2.a.- Ingreso directo del crédito en el patrimonio del subcontratista. 117

 4.D.2.b.-La preferencia de cobro del subcontratista ... 118

Capítulo IV: LA ACCIÓN DIRECTA EN LOS ARRENDAMIENTOS.

1.- LA ACCIÓN DIRECTA DEL ARRENDADOR CONTRA EL SUBARRENDATARIO EN EL CÓDIGO CIVIL. 119

1.A.- Introducción.119

1.B.- Origen histórico del subarrendamiento. 121

Indice

| | |
|---|-----|
| 1.C.- Concepto y características del contrato de subarrendamiento. | 123 |
| 1.D.- Naturaleza jurídica de las acciones <i>ex</i> artículos 1.551 y 1.552. | 126 |
| 1.E.- Ámbito de aplicación..... | 128 |
| 1.F.- Características de las acciones directas <i>ex</i> artículos 1.551 y 1.552 | 129 |
| 1.G.- Fundamento de las acciones directas <i>ex</i> artículos. 1551 y 1552..... | 130 |
| 1.H.- La acción directa del art. 1.560 del C.c. | 131 |
| 2. -LA ACCIÓN DIRECTA EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS. | 132 |
| 2.A.- EL SUBARRIENDO EN LA LAU/64. | 132 |
| 2.A.1.- Regulación del subarrendamiento. | 132 |
| 2.A.2.- Las acciones directas en la LAU/64. | 134 |
| 2.A.3.- La acción directa del artículo 15 de la LAU /64. | 135 |
| 2.A.4.- La acción directa del artículo 16 LAU /64..... | 136 |
| 2.A.5.- La acción directa del artículo 17 LAU /64..... | 138 |
| 2.B.- EL SUBARRIENDO EN LA LAU/94. | 139 |
| 2.B.1.- El subarriendo de vivienda. | 140 |
| 2.B.2.- El subarriendo de finca para uso distinto al de vivienda. | 141 |
| 2.B.3.- Las acciones directas en la LAU/94. | 143 |
| 2.B.4.- Diferencias entre subarriendo y cesión del contrato..... | 146 |

Capítulo V: LA ACCIÓN DIRECTA DEL MANDANTE CONTRA EL SUSTITUTO DEL MANDATARIO.

| | |
|---|-----|
| 1.A- Origen histórico de la sustitución en el mandato. | 151 |
| 1.B.- Principios que inspiran la sustitución del mandatario..... | 154 |
| 1.C.- Aspectos generales de la figura. | 155 |
| 1.D.- La naturaleza jurídica de la sustitución: formas de sustitución. | 157 |
| 1.E. - La acción directa <i>ex</i> art. 1722. | 160 |
| 1.F. Presupuestos para el ejercicio de la acción directa <i>ex</i> art. 1722..... | 162 |
| 1.G.- Caracteres de la acción directa contra el sustituto del mandatario. | 163 |
| 1.H.-La acción directa en la gestión de negocios ajenos | 165 |

Capítulo VI: LAS ACCIONES DIRECTAS DE GARANTÍA EN LA CONSTRUCCIÓN

| | |
|--|-----|
| 1.- LAS ACCIONES DIRECTAS EX ARTÍCULO 1.591 C.c. | 167 |
| 1.A.- Antecedentes históricos del art. 1591. | 168 |
| 1.B.- Naturaleza de las responsabilidades establecidas en el artículo 1591. | 169 |
| 1.B.1.- La naturaleza de la responsabilidad del art. 1591.1º. | 170 |

Indice

| | |
|---|----------|
| 1.B.1.a.-Tesis de la naturaleza contractual. | 170 |
| 1.B.1.b.- Tesis de la naturaleza extracontractual o aquiliana. | 171 |
| 1.B.1.c.- Tesis de la naturaleza legal. | 172 |
| 1.B.1.d.- Tesis de la naturaleza civil especial. | 173 |
| 1.B.2.- La naturaleza de la responsabilidad del art. 1591.2º. | 174 |
| 1.C.- Requisitos para la aplicación del art. 1591.1º. .. | 174 |
| 1.C.1.- El concepto de edificio. | 174 |
| 1.C.2.- La noción de ruina. | 176 |
| 1.C.2.a.- Los vicios ruinógenos. | 176 |
| 1.C.2.b.- Los vicios no ruinógenos. | 178 |
| 1.C.3.- El requisito temporal. | 179 |
| 1.C.4.- Existencia de daños y perjuicios. | 179 |
| 1.C.5.- Los criterios de imputación. | 180 |
| 1.D.- Legitimación activa y pasiva. | 180 |
| 1.D.1.- La acción directa del comitente de la obra. | 183 |
| 1.D.2.- La acción directa del subadquirente de inmueble. | 183 |
| 1.D.2.a.- Teoría contractual de la responsabilidad decenal. ... | 184 |
| 1.D.2.b.- Teoría legalista de la responsabilidad decenal. | 187 |
| 1.D.2.c.- Teoría de la responsabilidad extracontractual | 188 |
| 1.D.2.d.- La teoría del crédito «propter rem ». | 188..... |
| 1.D.2.e.- La tesis de | |
| subcontratista. | 191 |
| 1.E.- Efectos y contenido de las acciones directas ex art.1591. | 194 |
| 2.- LAS ACCIONES DIRECTAS EN LA LOE. | 197 |
| 2.A.- Introducción. | 197 |
| 2.B.- Inmuebles comprendidos dentro de la LOE. | 197 |
| 2.C.- La naturaleza de la responsabilidad contemplada en la LOE. | 198 |
| 2.D.- Daños indemnizables según la LOE. | 199 |
| 2.D.1.- Clases de daños. .. | 200 |
| 2.D.2.- La responsabilidad decenal. | 201 |
| 2.D.3.- Responsabilidad trienal. | 202 |
| 2.D.4.- Responsabilidad anual. | 203 |
| 2.E.- La imputación de la responsabilidad. ... | 203 |
| 2.E.1.-Criterios de imputación | 204 |
| 2.E.2.- Los concretos supuestos de imputación de responsabilidad | 205 |
| 2.F.- Legitimación activa y pasiva | 208 |
| 2.F.1.- La legitimación activa de los subadquirentes. | 208 |
| 2.F.2.- Legitimación pasiva de agentes y responsables de los vicios y defectos constructivos. .. | 209 |
| 2.G.- La responsabilidad solidaria. | 213 |

| | |
|--|-----|
| 2.H.- La acción de regreso..... | 213 |
| 2.I.- Contenido de la acción directa en la LOE | 214 |

Capítulo VII: LA ACCIÓN DIRECTA DEL ADQUIRENTE DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS.

| | |
|--|-----|
| 1.- ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS. | 215 |
| 1.A.- Laconexión entre ventas sucesivas y la responsabilidad del fabricante. | 215 |
| 1.B.- Distinción entre el derecho a la indemnidad y derecho a la utilidad..... | 219 |
| 1.C.- La responsabilidad civil por daños en el ordenamiento jurídico español. ... | 220 |
| 1.C.1. <i>La responsabilidad por productos defectuosos en el Código Civil.</i> | 221 |
| 1.C.1.a.- La responsabilidad contractual del vendedor. | 221 |
| 1.C.1.b.-La responsabilidad extracontractual del fabricante. ... | 228 |
| 1.C.2. <i>La responsabilidad del fabricante en la L G D C U.</i> | 231 |
| 1.C.2.a.-La acción directa del titular de la garantía contra el fabricante <i>ex art. 11</i> | |
| LGDCU. | 232 |
| 1.C.2.b.- El capítulo VIII de la LGDCU. | 241 |
| 1.C.2.c.-El artículo 25 LGDCU | 242 |
| 1.C.2.d.- El artículo 26 LGDCU .. | 243 |
| 1.C.2.e.- El artículo 27 LGDCU | 244 |
| 1.C.2.f.- El artículo 28 LGDCU..... | 247 |
| 1.C.2.g.- La responsabilidad en la prestación | |
| de servicios en la LGDCU. | 249 |
| 1.C.2.h.- Recapitulación... .. | 250 |
| 2.-LA PROTECCIÓN DEL TERCERO EN LA LRDP..... | 251 |
| 2.A.- Introducción. | 251 |
| 2.B.- Caracteres de la LRDP. | 251 |
| 2.C.- Ventajas aportadas por la Ley 22/1994. | 253 |
| 2.D.-Diferencias con el Capítulo VIII de la LGDCU. | 254 |
| 2.E.- Delimitación objetiva de la Ley 22/1994: la noción de producto ... | 255 |
| 2.F.- Fundamento de la responsabilidad: la noción de defecto. | 256 |
| 2.G.- Sujetos responsables. | 258 |
| 2.H.- Causas de exoneración de la responsabilidad. ... | 260 |
| 2.I.- Limitación en el tiempo a la reparación. | 262 |
| 2.J.- Daños indemnizables. | 263 |
| 2.K.- Recapitulación. | 264 |
| 2.K.1.- Aplicación de la LGDCU tras la publicación de Ley 22/1994 ... | 264 |
| 2.K.2.- Aplicación alternativa de la Ley 22/1994 y de las reglas | |

Indice

| | |
|---|-----|
| tradicionales de responsabilidad civil. | 265 |
| 2.K.3.- Aplicación exclusiva de las reglas de responsabilidad civil. | 265 |
| 2.K.4.- Aplicación de las reglas de responsabilidad civil y las normas de la LGDCU. | 266 |

Capítulo VIII: LA ACCIÓN DIRECTA EN LOS CRÉDITOS AL CONSUMO

| | |
|---|-----|
| 1.- LAS MANIFESTACIONES DE LOS GRUPOS DE CONTRATOS EN LA LEY. | 267 |
| 2.- LOS DIFERENTES SISTEMAS DE FINANCIACIÓN DE LAS COMPRAVENTAS..... | 269 |
| 3.- EL CRÉDITO AL CONSUMO. | 271 |
| 3.A.- Estructura jurídica de la operación económica... .. | 271 |
| 3.B.- Fundamento jurídico de la vinculación. | 272 |
| 4.- LA CONEXIÓN CONTRACTUAL Y EL CRÉDITO AL CONSUMO ANTES DE LA LEY 7/1995. | 274 |
| 4.A.- La regulación legal. | 274 |
| 4.B.- La doctrina jurisprudencial. | 275 |
| 5.- LA CONEXIÓN CONTRACTUAL EN LA LCCON. | 278 |
| 5.A.- Preceptos que regulan la vinculación contractual..... | 278 |
| 5.B.- El concepto de contratos vinculados. | 280 |
| 5.C.- El art. 15 LCCCon.: contrato de crédito vinculado al de crédito..... | 281 |
| 5.D.- La responsabilidad del prestamista por incumplimiento del vendedor..... | 283 |
| 5.E.- Derechos ejercitables <i>ex art.</i> 15 LCCCon..... | 285 |
| 5.F.- Naturaleza de las obligaciones asumidas por el prestamista. | 287 |
| 5.G.- Derecho de repetición del prestamista contra el vendedor | 288 |
| 5.H.- El art. 14 LCCCon: La ineficacia del contrato de compraventa..... | 288 |
| 5.I.- Presupuestos para la aplicación del artículo 14.2 LCCCon. | 289 |
| 5.J.- Las cláusulas limitativas de responsabilidad. | 290 |
| 6.- LA VINCULACIÓN CONTRACTUAL EN LOS SUPUESTOS EXCLUÍDOS DE LA LCCON | 291 |

Capítulo IX: LA ACCIÓN DIRECTA EN EL CONTRATO DE LEASING.

| | |
|---|-----|
| 1.- EL CONTRATO DE LEASING..... | 293 |
| 2.- LA REGULACIÓN DEL LEASING..... | 295 |
| " 23.- ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA OPERACIÓN DE LEASING. | 297 |
| 3.A.- El contrato de compraventa | 297 |

Indice

| | |
|--|------|
| 3.B.- El contenido del contrato de leasing: cesión de uso y opción de compra. ... | 299 |
| 4.- LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA OPERACIÓN DE LEASING..... | 300 |
| 5.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA. | 301 |
| 5.A.- El leasing como contrato de arrendamiento. | 301 |
| 5.B.- El leasing como una venta a plazos. | 302 |
| 5.C.- El leasing como un negocio fiduciario | 303 |
| 5 D.- El leasing como figura atípica. | 303 |
| 5.E.- El leasing como contrato de financiación..... | 303 |
| 5.D.- La naturaleza del leasing en la jurisprudencia | 304 |
| 6.- LA CONEXIÓN CONTRACTUAL EN EL LEASING..... | 305 |
| 7.- LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR: LA ACCIÓN DIRECTA. | 308 |
| 7.A.- Contenido de la acción directa. | 311 |
| 7.B.- La resolución del contrato de leasing como efecto de la resolución del contrato de compraventa..... | 312 |
| 7.C.- La ineficacia del contrato de compraventa y su repercusión en el contrato de leasing | 312. |
| 7.D.- La posibilidad de reconocer acción directa al usuario frente al vendedor. | 312 |

Capítulo X: LA ACCIÓN DIRECTA EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

1.- LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO VOLUNTARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

| | |
|--|-----|
| 1.A.- El seguro de responsabilidad civil. | 317 |
| 1.B.- La evolución del contrato de seguro de responsabilidad civil. | 322 |
| 1.C.- El reconocimiento de la acción directa al perjudicado. | 325 |
| 1.D.- La protección del tercero antes de la LCS | 328 |
| 1.D.1.- La protección de los intereses del perjudicado en la doctrina. | 328 |
| 1.D.1.a.- <i>Los remedios del Derecho de obligaciones.</i> | 329 |
| 1.D.1.a.1.- La acción subrogatoria. | 329 |
| 1.D.1.a.2.- La acción revocatoria.... | 331 |
| 1.D.1.a.3. La acción de enriquecimiento | 332 |
| 1.D.1.b- <i>Protección especial del Derecho de Seguros.</i> | 332 |
| 1.D.1.b.1.- Garantías y privilegios | 333 |
| 1.D.1.b.2.-Prohibiciones de actos de disposición sobre el crédito del asegurado. | 334 |
| 1.D.1.b.3.- Modificaciones subjetivas de las obligaciones. | 335 |
| 1.D.1.b.4.- Atribución exclusiva de la indemnización a los perjudicados. | 335 |
| 1.D.2.- El reconocimiento jurisprudencial de la acción directa.. | 335 |

Indice

| | |
|---|-----|
| 1.D.2.a.- La jurisprudencia antes de la Ley 122/1962..... | 336 |
| 1.D.2.b.- La jurisprudencia en el período entre la Ley 122/1962 y la LCS | 342 |
| 1.D.2.c.-La jurisprudencia posterior a la LCS. | 343 |
| 1.E.- LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO EN LA LCS.. | 344 |
| 1.E.1.- Introducción. | 344 |
| 1.E.2.- El art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro..... | 345 |
| 1.E.3.- El texto del art. 76. | 348 |
| 1.E.4.- Caracteres del derecho del perjudicado. | 349 |
| 1.E.4.a.- Existencia de un derecho propio..... | 349 |
| 1.E.4.b.- El fundamento de la acción directa..... | 352 |
| 1.E.4.c.- Naturaleza jurídica..... | 353 |
| 1.E 5.- Los sujetos de la relación obligatoria en el art. 76 L.C.S. | 358 |
| 1.E 5.a.- El sujeto activo | 358 |
| 1.E 5.b.- El sujeto pasivo | 360 |
| 1.E. 6.- El deber de manifestar la existencia del contrato y su contenido | 362 |

Capítulo XI: EL CONTENIDO DEL DERECHO CONTRA EL ASEGURADOR: LAS EXCEPCIONES.

| | |
|--|-----|
| 1.- ¹ EL SIGNIFICADO DEL TÉRMINO «EXCEPCIÓN»..... | 363 |
| 2.- LA ALEGACIÓN DE LA FALTA DE HECHOS CONSTITUTIVOS (EXCEPCIONES OBJETIVAS O EXCEPCIONES EN SENTIDO IMPROPIO). | 369 |
| 2.a.- Existencia del contrato de seguro | 370 |
| 2.a.1.- Nulidad del contrato. | 370 |
| 2.a.2.-Rescisión del contrato. | 372 |
| 2.a.3.- Suspensión de los efectos del contrato. | 373 |
| 2.a.4.-La exclusión de riesgos: clausulas limitativas de garantías..... | 373 |
| 2.b.- Existencia de un evento dañoso del que sea civilmente responsable el asegurado | 376 |
| 3.- LA ALEGACIÓN DE HECHOS IMPEDITIVOS, EXTINTIVOS Y EXCLUYENTES. (EXCEPCIONES EN SENTIDO ESTRICTO). ... | 377 |
| 3.a.- Excepciones basadas en la relación obligatoria entre el asegurado y el tercero. | 378 |
| 3.a.1.- La culpa exclusiva del perjudicado. ... | 378 |
| 3.a.2.- Otras excepciones derivadas de la relación entre asegurado y perjudicado. | 379 |
| 3.b.- Las excepciones que afectan a la vida de la relación obligatoria. ... | 380 |

¹SÁNCHEZ CALERO, F.: «Ley de contrato...» En Comentarios al Código de Comercio..., op.cit.pág.646.

Indice

| | |
|---|-------|
| 3.c.- Excepciones personales entre el asegurador y el perjudicado. | 381.- |
| EXCEPCIONES INOPONIBLES | |
| 4.a.- El régimen de inmunidad de la acción directa. | 382 |
| 4.b.- Las excepciones inoponibles por el asegurador al tercero. | 383 |
| 4.c.- Inobservancia por el tomador o asegurado de los deberes contractuales. | 383 |
| 5.- LOS DAÑOS CAUSADOS DOLOSAMENTE. | 386 |
| 6.- EL DERECHO DE REPETICIÓN DEL ASEGURADOR CONTRA EL ASEGURADO. | 391 |

Capítulo XII: LA ACCIÓN DIRECTA EN LOS SEGUROS OBLIGATORIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

| | |
|---|-----|
| 1.- EL PROCESO DE OBLIGATORIEDAD DE LOS SEGUROS. | 395 |
| 2.- LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO OBLIGATORIO DE AUTOMÓVILES. | 397 |
| 2.A.- Regulación legal | 397 |
| 2.B.- La obligatoriedad del seguro: el doble límite cuantitativo y cualitativo..... | 399 |
| 2.C.- La responsabilidad relativamente objetiva. | 400 |
| 2.D.- La acción directa del perjudicado contra el asegurado. | 402 |
| 2.E.- El régimen de las excepciones oponibles..... | 405 |
| 2.F.- El derecho de repetición | 406 |
| 2.G.- El Fondo de Garantía | 407 |
| 3.- LOS SEGUROS DE ACCIDENTES DE TRABAJO..... | 408 |
| 4.- LA ACCIÓN DIRECTA DE LA LEY DE ENERGÍA NUCLEAR. ... | 411 |
| 5.- LEY 1/1970, DE 4 DE ABRIL DE CAZA. | 413 |
| 6.- LA ACCIÓN DIRECTA EN LA NAVEGACIÓN AÉREA..... | 415 |
| 7.- LOS SEGUROS OBLIGATORIOS DE LA LOE | 415 |

SEGUNDA PARTE.

Naturaleza y régimen jurídico de la acción directa

Capítulo XIII: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DIRECTA..

| | |
|---|----------------|
| 1.- LOS OBSTÁCULOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA FIGURA..... | 422 |
| 1. A.- EL EFECTO RELATIVO DE LOS CONTRATOS | 422 |
| 1.A.1.- Orígenes de la figura. | 423 |
| 1.A.2.- Fundamento del efecto relativo de los contratos | 425 |
| 1.A.3.- Significado de la eficacia relativa del contrato. | 425 |
| 1.A.4.- La crisis del principio de relatividad. | 425 |
| 1.A.5.- Los efectos del contrato | 428 |
| 1.A.5.A.- La eficacia directa. | 428 |
| 1.A.5.A.1.- El concepto de parte: herederos y causahabientes. | 430 |
| 1.A.5.A.2.- Los terceros. .. | 433 |
| 1.A.5.B.- La eficacia indirecta o refleja: la oponibilidad del contrato | 435 |
| 1.A.5.C.- Admisión de la existencia de algunos efectos para los terceros. | 437 |
| 1. B.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS ACREEDORES. | 441 |
| 2.- LA NECESIDAD DE UNA NUEVA TEORÍA SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DIRECTA | 442 |
| 3- EL ANÁLISIS CLÁSICO DE LA ACCIÓN DIRECTA | 443 |
| 3.A.-La consecuencia de otro mecanismo. | 444 |
| 3.A.1.- Los mecanismos subjetivos. | 444 |
| 3.A.1.1.- La estipulación por otro. . | 445 |
| 3.A.1.2.- La cesión de créditos..... | 449 |
| 3.A.1.3.- El mandato. | 452 |
| 3.A.1.4.- La delegación. | 453 |
| 3.A.1.5.- La subrogación personal. | 455 |
| 3.A.1.6.- La gestión de negocios.... | 457.....3.A.2- |
| Los mecanismos objetivos. | 459 |
| 3.A.2.1.- La noción noción de accesorio.... | 459 |
| 3.A.2.2- La subrogación real. | 463 |
| 3.B.-La sustitución por otro mecanismo | 463 |
| 3.B.1.- El privilegio. | 466 |
| 3.B.2.- El enriquecimiento sin causa..... | 467 |

Indice

| | |
|---|-----|
| 4.- EL ANÁLISIS CONTEMPORÁNEO | 467 |
| 4.A.- La crítica de la teoría de los grupos de contratos. | 469 |
| 4.A.1.- Un fundamento contestable | 470 |
| 4.A.2.- Los grupos de contratos deforman las nociones de causa y objeto. | 472 |
| 4.A.3.- Los grupos de contratos desconocen el principio de la relatividad | 475 |
| 4.A.4.- Un alcance incierto. | 477 |
| 4.A.5.- Los grupos contractuales tienen un valor meramente descriptivo. | 478 |
| 4.A.6.- Los grupos de contratos no disponen de régimen jurídico | 479 |
| 4.B.- La teoría de la acción directa como mecanismo corrector del principio de relatividad contractual. | 483 |
| 4.B.1.- Un mecanismo corrector del principio de la relatividad contractual | 483 |
| 4.B.1.a.- La tesis de Demolombe. | 483 |
| 4.B.1.b.- La tesis de Labbé. | 485 |
| 4.B.1.c. Incremento del valor del patrimonio y conexión de las obligaciones. | 489 |
| 4.B.1.d.- Destino indemnizador y conexitud de las obligaciones | 490 |
| 4.B.1.e.- La acción directa como expresión técnica del principio de justicia conmutativa | 493 |
| 4.B.1.f.- Acción directa y grupos de contratos. | 496 |
| 4.B.2.- Un modo de pago simplificado | 497 |
| 4.C.- La reelaboración de la teoría de los grupos de contratos .. | 498 |
| 4.C.1.- Rechazo parcial de la teoría de la unidad de culpa civil. | 498 |
| 4.C.2.- Clases de grupos de contratos: homogéneos y heterogéneos. | 502 |
| 4.C.3.- Ventajas de la noción de grupo contractual.... | 506 |
| 4.C.4.- El principio de relatividad contractual y los grupos de contratos | 506 |

Capítulo XIV.- EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACCIÓN DIRECTA

| | |
|---|-----|
| 1.- EL CONFLICTO ENTRE UN DERECHO PROPIO Y UN DERECHO DERIVADO. | 514 |
| 2.- REQUISITOS DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA. | 515 |
| 2.A.- EL CRÉDITO DEL TITULAR DE LA ACCIÓN. | 515 |
| 2.A.1.- La existencia del crédito. | 515 |
| 2.A.2.- Los caracteres del crédito. | 516 |
| 2.B.- LA SITUACIÓN DEL DEUDOR INTERMEDIO..... | 517 |
| 2.C.- LA DEUDA DEL SUBDEUDOR. | 518 |
| 2.C.1.- La extensión y los caracteres de la deuda..... | 518 |
| 2.C.2.- La naturaleza de la deuda. | 520 |

Indice

| | |
|--|-----|
| 2.C.3.- La carga de la prueba de la deuda. | 520 |
| 3.- LA EFICACIA PROCESAL DE LA ACCIÓN DIRECTA. | 521 |
| 3.A.- LA FASE EXTRAJUDICIAL. | 523 |
| 3.A.1.- La innecesiedad de la intimación al deudor intermediario. | 524 |
| 3.A.2.- La intimación al subdeudor. | 525 |
| 3.B.- LA FASE JUDICIAL. | 525 |
| 3.B.1.- La demanda contra el deudor intermedio. | 526 |
| 3.B.1.a.- La demanda al deudor intermediario en las acciones directas de pago. | 526 |
| 3.B.1.b.- La demanda al deudor intermediario en las acciones directas de responsabilidad. | 529 |
| 3.C.- LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL. | 529 |
| 3.C.1.- La competencia objetiva. | 529 |
| 3.C.2.- La competencia territorial. | 529 |
| 3.C.3.- Las clausulas atributivas de competencia son oponibles al titular de la acción directa. | 530 |
| 4.- LOS RESULTADOS Y LA INOPONIBILIDAD DE LAS EXCEPCIONES. | 531 |
| 4.A.--LA EFICACIA CONSERVATIVA Y EJECUTIVA DE LA ACCIÓN DIRECTA. | 531 |
| 4.A.1.-El derecho de preferencia. | 533 |
| 4.A.2. - El titular de una acción directa supera al acreedor que ejerce una acción oblicua | 533 |
| 4.A.3.- El titular de una acción directa supera los acreedores de un deudor intermedio sometido a procedimiento concursal. | 534 |
| 4.A.4.- El titular de una acción directa no concurre con los acreedores del subdeudor. | 534 |
| 4.A.5.- El conflicto entre titulares de acciones directas. | 537 |
| 4.B.- LA INOPONIBILIDAD DE LAS EXCEPCIONES. | 537 |
| 5.- CREACIÓN DE ACCIONES DIRECTAS NO PREVISTAS EXPRESAMENTE POR LA LEY. | 542 |
| 5.A.- CREACIÓN JURISPRUDENCIAL DE ACCIONES DIRECTAS. | 542 |
| 5.A.1.- La admisión de la acción directa del perjudicado contra el asegurador antes de la aparición del art. 76 L.C.S. | 545 |
| 5.A.2.- La acción directa del subadquirente de viviendas contra el constructor. | 546 |
| 5.A.3.- La ampliación de la legitimación pasiva al subcontratista. | 547 |
| Conclusiones..... | 549 |
| Bibliografía | 571 |
| Tabla cronológica de jurisprudencia citada | 593 |