

ejemplo, para obtener una prestación determinada de él (D. 10,3,15), o bien para edificar o elevar el monumento funerario del *de cuius* (D. 33,1,7; 10,2,18,2; 10,2,44,8).

El nuevo papel de la *actio communi dividundo*, como instrumento de regulación de las *praestationes*, *manente communione*, provocará la transformación teórica de la figura jurídica del condominio. Se entiende, entonces, cómo aparece en I. 4,6,20 el calificativo de «mixta» otorgado a la acción, dado su carácter real, como acción que tiene por finalidad dividir y repartir los *bona*, y, personal, como acción que regula las *praestationes*.

Por otro lado, la importancia concedida al principio de la mayoría y del interés colectivo, por encima de los derechos individuales de cada condómino, caracterizará el nuevo régimen del derecho postclásico-justinianeo (D. 8,2,26; D. 10,3,6,12; D. 16,3,14; D. 46,3,81,1).

Por consiguiente, si en el plano procesal se puede observar la dotación de la acción propia del condominio para regularlo *manente communione*, en el plano teórico aparecerá como una categoría jurídica distinta dentro de la teoría general de las obligaciones, esto es, como una *obligatio quasi ex contractu* (I. 3,27,3-4; Bas. 12,1,2,1).

Finalmente, por lo que respecta al aparato de fuentes empleado en la realización de este libro, es digno de consideración; y no lo es menos la extensa bibliografía que se recoge, junto con el índice de fuentes, al final del mismo. En suma, estamos ante una completa y rigurosa investigación sobre el condominio romano en toda su complejidad histórico-jurídica, que aporta una visión ordenada y de conjunto de esta enjundiosa figura jurídica, escrita por una romanista española que cada vez pesa más en el conjunto de los estudiosos del Derecho romano y de los Derechos de la antigüedad a nivel europeo y latinoamericano.

MANUEL J. PELÁEZ

DE SALAS MURILLO, SOFÍA: *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 349 págs.

1. La responsabilidad civil por los daños causados por persona carente de autogobierno es un ámbito poco explorado por nuestra doctrina con una regulación incompleta que, sin embargo, presenta una creciente importancia por vincularse en gran medida a demencias y enfermedades propias de la vejez, téngase en cuenta que la esperanza de vida cada vez es mayor y con ella las deficiencias que le son propias. Mientras que la responsabilidad civil, en el caso del menor sometido a patria potestad, ha sido ampliamente tratada por la doctrina, la responsabilidad de los incapaces lo ha sido en menor medida, de hecho, el presente trabajo monográfico completa la labor doctrinal al tratar esta materia. Tarea que se realiza de forma sistemática con uso de frecuentes remisiones que facilitan la lectura y con estilo cuidado pero didáctico. La autora de formación civilista demuestra un exhaustivo conocimiento de otras ramas del Derecho (especialmente penal, pero también procesal) y también recoge aportaciones de otras ramas del conocimiento científico (especialmente de la psicología).

2. La obra comienza con el estudio de las dos instituciones que convergen en esta materia: la responsabilidad civil y la incapacitación. Partiendo de la idea de que la función o finalidad de la incapacitación es la protección de la persona, siendo medida de carácter excepcional, se distingue entre el «incapacitado» (por sentencia judicial) y el incapaz natural. Considera la autora que lo decisivo no es la enfermedad en sí, sino la incidencia de la misma, igualmente señala que no debe confundirse autogobierno con inteligencia, pues lo importante es la capacidad de adaptarse.

El primer problema que se plantea son los inconvenientes de la incapacitación, pues la práctica demuestra que ni la incapacitación significa siempre y sólo protección o guarda de la persona, ni todos los acreedores de dicha protección están incapacitados. Además añade que han de tenerse en cuenta los efectos secundarios estigmatizadores para el incapacitado, que pueden comportar una disminución de su autoestima y que pueden disminuir el ejercicio de la capacidad natural que conserve. Propone como alternativa otros modelos, como el francés o el alemán, en los que se recurre a figuras de protección de incapaces (naturales) que no comportan la incapacitación, realizando un estudio exhaustivo de los mismos. En Francia, la *Sauvegarde de justice*, puede considerarse como un régimen de capacidad protegida, y en Alemania la *Betreuung* supone la conservación de la capacidad de obrar de quien, sin embargo, queda sometido a un *Betreuer*, traducido por la autora como asistente. No obstante, pone de manifiesto que en nuestra legislación no encontramos figuras similares, si bien podrían quizá adoptarse en virtud del artículo 762 LEC.

Respecto a la función de la responsabilidad civil realiza un estudio de las distintas posiciones mantenidas por la doctrina. En nuestro Ordenamiento no ha lugar a las indemnizaciones sancionadoras no compensatorias propias del Derecho anglosajón, pero puede hablarse de una función preventiva, no exenta de críticas, que en el ámbito del análisis económico del derecho se traduciría en aquella indemnización que incluyera los costes de prevención, en una función exclusivamente compensatoria (que conllevaría la recuperación para el Derecho penal de materias como el honor de carácter sancionador), o finalmente una función amplia que incluiría mecanismos para evitar los daños, aparte de la llamada socialización de riesgos, pudiendo hablarse de varias funciones de la responsabilidad civil.

3. A continuación la autora trata el concepto de imputabilidad realizando, de nuevo, un profundo estudio. Comienza poniendo de relieve que la incapacidad no significa necesariamente inimputabilidad, por ello al existir incapacitados (o incapaces naturales) imputables civilmente, se produce la concurrencia de dos tipos de responsabilidades, por hecho propio (del incapaz imputable) y por hecho ajeno (del guardador), caso aparte sería el del inimputable civil. Parte este estudio del análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil discutidos: antijuricidad y culpa. La antijuricidad la considera requisito de la responsabilidad concebible como la contravención de la regla *alterum non laedere*, la culpa como señala la doctrina está en un punto muy sensible de indefinición.

La imputabilidad civil implica la posesión de determinada capacidad de entender y querer (de obrar voluntariamente). Capacidad que se señala equivalente a la mínima madurez de juicio o capacidad de culpa o discernimiento que dependerá de cuestiones de orden biológico, psicológico y social. Para determinar esta madurez de juicio *in genere*, resulta imprescindible el apoyo de

la psicología que aporta protocolos de evaluación de la capacidad de obrar, debiendo actuarse caso por caso, teniendo en cuenta las habilidades adaptativas. Concluye que la inimputabilidad civil no equivale a la incapacidad (la propia graduación de la incapacidad lo exige), basta con tener un mínimo de conciencia. Pero el hecho de que la incapacidad no signifique la inimputabilidad civil (una cosa es capacidad y otra realizar un pago) permite todo un juego de responsabilidades concurrentes: responsabilidad del incapacitado imputable, del incapacitado inimputable, del incapaz natural imputable, del incapaz natural inimputable y de sus respectivos guardadores legales o de hecho.

4. Debido a la íntima relación existente entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, la autora estudia en este lugar la imputabilidad penal. La regla general es que el inimputable penal puede ser responsable civil, si bien cuando se apliquen las eximentes de legítima defensa y obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, no se responde tampoco civilmente por mediar causa de justificación que convierte la conducta en lícita. Aporta de forma esquemática un cuadro de correlaciones del (in)imputable penal y las correspondientes responsabilidades (propias y de guardadores).

Señala la autora que la imputabilidad civil y penal presentan gran similitud, en ambos supuestos se trata de la capacidad para comprender lo ilícito del hecho y para dirigir la voluntad de forma consecuente. La gran diferencia estriba en que en el Derecho penal es impensable la responsabilidad sin culpa, por eso la imputabilidad como capacidad de culpa no es un elemento esencial de la responsabilidad civil. Ante ello se pregunta la autora que cuál será el criterio de imputación en la responsabilidad de los inimputables civiles. Termina la autora resaltando que no debe olvidarse que mientras la incapacidad del Código Civil, que ha de ser declarada, supone una limitación a la capacidad de obrar, la incapacidad contemplada en el Código Penal supone una mayor protección del sujeto pasivo, de ahí que se considere incapaz a toda persona que se encuentre en la situación prevista en el artículo veinticinco del Código Penal haya sido o no declarada incapaz.

5. En el capítulo segundo, que junto con el tercero son los que a nuestro juicio presentan mayor interés, la autora se detiene en el análisis de la responsabilidad civil de los guardadores por daños causados por el declarado incapacitado. Se distingue según si el guardador legal ha observado o no la diligencia debida y si el incapacitado autor del daño es inimputable civil o no, en concreto se centra el estudio en la responsabilidad del tutor por hechos del incapacitado sometido a tutela.

El punto de partida es el estudio de la naturaleza de la responsabilidad por el hecho ajeno, recogiendo la evolución jurisprudencial y doctrinal desde planteamientos que han considerado que por tratarse de una culpa *in vigilando* o *in educando* era una responsabilidad por culpa propia, pasando por posiciones que consideran que es una culpa presunta pero con una prueba en contrario sólo teórica (en realidad se prescinde de la culpa), para llegar a plantearse si se trata de una culpa objetiva (criterio de defensa de la víctima) con el problema derivado del tratamiento de los «grandes adolescentes» y la autonomía que se reconoce al enfermo mental de cara a su inserción en la sociedad, supuestos en los que podría pensarse la exoneración del guardador. Descarta la aplicación de la teoría del riesgo, limitada al ámbito empresarial y, finalmente, se hace eco de la óptica del análisis económico del Derecho, en

tanto medio de asegurar el pago de la indemnización, en todo caso considera que la responsabilidad derivada del artículo 1.903 del Código Civil es directa.

6. Se plantea la autora el problema de la responsabilidad por los actos del incapacitado, considerando dos posibilidades: que el tutelado viva en compañía del tutor o no habite con él. Si el tutor es persona física y se produce un internamiento o acogimiento (vive el tutelado con un guardador convencional complemento del guardador legal) o el pupilo vive solo. ¿Quién responde? Señala que puede mediar guardador convencional estable por acogimiento residencial (internamiento en centro de salud) o familiar (previsto para mayores por la legislación catalana). Pregunta que igualmente se plantea la autora respecto al tutor, persona jurídica (principalmente por motivo de una tutela administrativa ante situación de desamparo).

Se da respuesta, en primer lugar, respecto al tutor que vive con su pupilo, caso en que aquel responde por éste, sin embargo si fuera persona física sólo respondería el tutor personal (no el real), y de ser tutela plural sería compartida salvo individualización. En el caso de mediar tutor-persona jurídica y de vivir el pupilo en un centro de la misma respondería ésta, salvedad hecha de la responsabilidad que pudiera corresponder a una concreta persona física interviniente por negligencia (si es funcionario sería responsabilidad objetiva), en todo caso recuerda la autora que la entidad jurídica tendrá suscrito el correspondiente seguro de responsabilidad civil. (Se incluyen aquí supuestos especiales: la guarda ocasional que no exoneraría de responsabilidad al tutor y la guarda cualificada o el traspaso de responsabilidad al centro docente o empresa ex 1.903 del Código Civil; artículo que, con las debidas cautelas, la autora considera aplicable a la responsabilidad de las residencias de día, apoyándose para ello en la solución alcanzada en el Derecho francés.)

En segundo lugar, cuando el pupilo no viva en compañía del tutor, considera la autora, al determinar la responsabilidad, que existe una disociación entre titularidad y ejercicio de la tutela por mediar guardador complementario del guardado legal al que llama guardador convencional (pues media convenio). Si se produce internamiento en residencia psiquiátrica, dado el especial deber de vigilancia, parece considerar que debe responder igualmente el guardador de hecho, si bien señala que la jurisprudencia ha sido bastante fluctuante, a igual solución llega si se trata de residencia geriátrica de educación especial. En el supuesto de acogimiento familiar de personas mayores, se señala que carecemos de regulación que pueda aclararnos si la persona jurídico-privada queda exenta de responsabilidad. Se estima que cuando no convive el tutelado con el tutor sino con el acogedor, aquél queda eximido de responsabilidad y éste no estaría dispuesto a hacerse cargo de un discapacitado, asumiendo tales responsabilidades, por lo que se propone la contratación de seguros para cubrir los daños que pudiera causar a terceros.

Seguidamente se trata la naturaleza de la responsabilidad de los guardadores convencionales complementarios del guardador legal (que pueden considerarse guardadores de hecho ante el silencio del Código Civil), la respuesta diverge según si se trate de guarda ocasional (rige el art. 1.902 del Código Civil) o guardador de hecho de carácter permanente, pues en este caso se produciría un traspaso de responsabilidad ex 1.903 del Código Civil. Finalmente se hace breve referencia tanto a la figura del curador (no responsable, pues su misión no es la guarda de la persona) y del defensor judicial que en el supuesto previsto de sustitución del tutor sería responsable ex 1.903 del Código Civil.

7. En el capítulo tercero, DE SALAS MURILLO estudia la responsabilidad del guardador de hecho por los daños causados por el incapaz natural (no media sentencia de incapacitación) y en primer lugar pone de relieve que si bien es materia de importancia práctica notable (más que la tutela, dadas las escasas incapacitaciones que se producen de hecho) sin embargo paradójicamente padece de una legislación escasa y residual. Ante este grave problema, de mediar un mayor de edad no incapacitado (susceptible de serlo) se han propuesto diversas soluciones que analiza la autora.

En primer lugar se plantea si es posible encuadrar esta problemática en el supuesto de hecho del artículo 229 del Código Civil, pues de su tenor el pariente obligado a promover la constitución de la tutela será responsable de la indemnización correspondiente de no hacerlo, concluyendo que tal opción no es viable. Por un lado, en dicho artículo se prevé que la persona ya ha sido incapacitada por sentencia y necesita un tutor. Por ello, la aplicación de la norma queda muy limitada, dado que la vigente LEC dispone que la misma sentencia que declare la incapacitación nombrará a la persona que haya de asistir o representar al incapaz y velar por él, por tanto se trata de supuestos de muerte del tutor o de los progenitores al mediar *patria potestad* prorrogada. Pero, por otro lado, aunque esta norma fuere aplicable al incapaz natural (y no sólo al incapacitado), como señala la autora, se discute que exista un deber de incapacitar. De hecho considera determinante que el texto que tuvo el artículo 202 del Código Civil antes de su derogación por la Ley 1/2000, establecía literalmente: «Corresponde promover la declaración...», expresión repetida en el artículo 759 del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, que sin embargo fue objeto de enmienda y a propuesta de la Ponencia encargada de redactar el Informe sobre el Proyecto de Ley sustituido por «...pueden promoverla...», de DE SALAS MURILLO concluye el carácter no obligatorio para los familiares de la promoción del procedimiento de incapacitación. A mayor abundamiento pone de relieve que pueden haber circunstancias personales y familiares que desaconsejen tal opción, si bien entiende que los legitimarios han de asumir las consecuencias que pueden tener sus decisiones al respecto.

No obstante añade que es posible relacionar el artículo 757.2 LEC y el 229 del Código Civil como medida para proteger de forma indirecta a quien debió ser incapacitado (y no ha de serlo necesariamente todo incapaz natural) mediante una indemnización a cargo del Estado o de los parientes por los daños que se produjesen en persona y bienes del incapaz por el incumplimiento de las obligaciones de promover incapacitación (de la que responde el Ministerio Fiscal) y de promover la constitución de tutela (parientes y guardadores) siempre que el pago de la indemnización de los daños causados por el incapaz se considerase un daño a su patrimonio. Finalmente considera que la incapacitación no implica, en virtud del artículo 229 del Código Civil, por sí sola un plus de vigilancia sobre el enfermo, pues critica la tesis tradicional que hacía responder por el incumplimiento de un «deber» de promover la incapacitación al considerarse que se colocaba al enfermo en situación de desprotección.

8. A continuación se detiene en el estudio del artículo 1.903 del Código Civil, considerándolo posible fundamento de la responsabilidad del guardador de hecho mediante una interpretación extensiva. La cuestión es que el guardador de hecho asume «toda» la responsabilidad respecto al guardado, y por ello debería responder de la misma manera que el guardador legal (cuestión distinta sería que si el autor del daño fuera imputable civilmente, respondería él, por no estar incapacitado). En concreto se detiene en el supuesto en que

el guardador de hecho sea un «centro de salud» o residencia en los que la persona esté internada (que sería uno de los casos de acogimiento residencial ya estudiados), supuestos en los que cuando no se permita el libre movimiento o exista un régimen cerrado se exigiría para el internamiento el consentimiento del usuario o en su defecto el de la autoridad judicial. (Exigencia que, en opinión de la autora, puede perjudicar al anciano cuando determinados órganos judiciales se niegan sistemáticamente a autorizar el internamiento.) Respecto al alumno mayor de edad incapaz natural en centro docente de enseñanza, considera DE SALAS MURILLO adecuado aplicar el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 1903.5 del Código Civil.

9. El capítulo cuarto y último se dedica al estudio de la responsabilidad civil del incapaz autor del daño. Aunque el orden lógico para la sistemática de la obra hubiera podido exigir tratar la responsabilidad por hecho propio antes que la de los guardadores (por hecho ajeno), sin embargo la autora ha preferido invertir el orden porque mientras que el Código Civil se refiere expresamente a la responsabilidad de los guardadores legales no regula la del incapaz, razón que le ha llevado a estimar más conveniente ocuparse en primer lugar de la responsabilidad principal de aquellos. En principio parecería que cuando el enfermo tuviera discernimiento suficiente como para ser declarado imputable civil, debería responder, aunque estuviese incapacitado y que cuando ni siquiera tuviese dicho discernimiento mínimo no respondería. Pero, como señala DE SALAS MURILLO, tal solución no deja satisfechos a quienes buscan a toda costa la protección de las víctimas, razón por la que se ha buscado hacerle responder por la vía de la responsabilidad objetiva, o incluso la equidad o el enriquecimiento injusto.

10. De tratarse de un imputable civil se opina que debería responder con sus propios bienes por los daños causados ex 1.902 del Código Civil con independencia de la responsabilidad, en su caso, de padres o tutores. Aquí el problema está en la falta de un canon uniforme para poder reprochar la realización de dicho acto dañoso. Ahora bien, se distingue según si se trate de un incapacitado o un incapaz natural. En el primer supuesto responderá otra persona además de él, si bien se discute si la responsabilidad del incapacitado será subsidiaria respecto a la de su guardador legal o directa y solidaria (solución esta última recogida en el Derecho comparado y en el Código Penal). En el segundo supuesto, si se tratase de un incapaz natural, encontramos que no está claro que tuviese que responder el guardador de hecho. En estos casos la autora se plantea si sería aplicable la acción de regreso prevista por el artículo 1.904 del Código Civil, considera que sería más oportuno aplicar las reglas de la solidaridad y hacer apreciación real de la proporción de las culpas. Finalmente se plantea el supuesto del inimputable civil, exponiendo dos alternativas. Por un lado recoge la posibilidad de que responda subsidiariamente en determinados casos para evitar la desprotección de la víctima, por vía de la responsabilidad objetiva o de la equidad (solución prevista por el parágrafo 829 BGB). Igualmente recoge el modelo francés de responsabilidad del inimputable, responsabilidad que si bien en el ámbito contractual resulta limitada en el extracontractual es ilimitada. Por otro lado recoge la opción de considerar que el inimputable civil no deba responder incluso aunque el dañado quede sin indemnización, supuesto que sería similar al daño causado por las fuerzas de la naturaleza, solución que se aprecia injusta, pues a diferencia de la fuerza de la naturaleza, el inimputable civil puede tener un patrimonio, no olvidando que debe prevalecer el interés de la víctima. Termi-

na el trabajo DE SALAS MURILLO analizando la cuestión del montante de la indemnización en supuestos de imputabilidad reducida, pudiendo pensarse que en caso de incapaz inimputable, la responsabilidad subsidiaria podría ser graduada por su carácter excepcional.

11. Este estudio de la responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre una enfermedad o deficiencia ha venido a cubrir una notable carencia (es la primera monografía publicada en nuestro país sobre la materia) lográndolo hacer de forma completa, detallada, incluso exhaustiva. Hay que reconocer el enorme esfuerzo realizado (se aprecia tanto en el análisis jurisprudencial y doctrinal como en el tratamiento multidisciplinal de la materia), destaca la obra por una sistemática adecuada y un estilo muy cuidado que reflejan tanto la capacidad investigadora de la autora (continuamente nos aporta soluciones, no siempre fáciles, a los muchos problemas planteados) como su capacidad docente (se trata de una obra de denso contenido y fácil lectura).

JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga