

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXII  
FASCICULO IV



OCBRE.-DICBRE.  
MCMLXIX

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

## Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO  
Catedrático de la Universidad de Madrid

## Consejo de Redacción:

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN  
Catedrático de D. civil y Abogado  
del I. C. de Madrid

ARTURO GALLARDO RUEDA  
Letrado del M. de Justicia  
y Registrador de la P.

JAIME GUASP DELGADO  
Catedrático de D. procesal y Abogado  
del I. C. de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL  
Catedrático de D. civil y Abogado  
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ  
Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LEDESMA  
Letrado de la D. G. de R. y Notariado  
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUÑEZ LAGOS  
Notario de Madrid

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS  
Letrado de la Dirección General de Registros  
y del Notariado

RODRIGO URIA GONZALEZ  
Catedrático de D. mercantil y Abogado  
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
Notario de Madrid

## Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIVA  
Profesor A. de D. civil y Abogado  
del I. C. de Madrid

## SUMARIO

Páginas

### Estudios monográficos

ANTONIO CANO MATA: <i>La Consignación</i> ... ..	753
RODRIGO BERCOVITZ: <i>La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa</i> ... ..	777
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: <i>El término Derecho común en el Código de comercio</i> ... ..	839

### Vida Jurídica

#### I. Noticias

<i>Noticia sobre el régimen jurídico de la emisión de títulos de sociedades de los países occidentales europeos y anglosajones</i> , por José Bonet Correa ... ..	875
---	-----

#### II. Dictámenes

<i>Dictamen acerca de la interpretación y el cumplimiento de lo ordenado en testamento...</i> , por Juan Vallet de Goytisolo ... ..	885
---	-----

**Bibliografía**

**Libros** ..... 899

ANÓNIMO ARAGONÉS DEL SIGLO XVI: *Formulario de actos extrajudiciales de la sublime arte de la notaría*, por J. Bonet Correa.—CAFLISCH, Lucius: *La protection des societes commerciales*, por J. Bonet Correa.—ESPIN, Diego: *Manual de Derecho civil español*, por R.—GIFFORD, Anthony: *Torts*, por M. Alonso Olea.—GULLON BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho civil El negocio jurídico*, por José Bonet Correa.—HERNANDEZ GIL, Antonio: *Dictámenes*, por R.—LALAGUNA, Enrique: *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*, por Amadeo de Fuenmayor.—*Les juridictions familiales au service de l'enfant*, por Gabriel García Cantero.—O'CONNOR, Gabriele: *The law of contracts*, por M. Alonso Olea.—PAGANO, Vincenzo: *Nullita del matrimonio e Divorzio nella repubblica Federale di Germania*, por Gabriel García Cantero.—RUIZ VADILLO, Enrique: *Introducción al estudio teórico práctico del Derecho civil*, por R.—SAMUELS, H.: *Industrial Law*, por Manuel Alonso Olea.—*Sulla collaborazione medicogiuridica*, por Gabriel García Cantero.—UNIVERSIDAD DE NAVARRA: *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, por R.—VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Sociedad de masas y Derecho*, por José Bonet Correa.

**Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado**

A cargo de Antonio de Leyva y Andía ... .. 921

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125—1958.

## IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli. 6 y 8

MADRID

TOMO XXII  
FASCICULO IV



OCTUBRE - DICIEMBRE

MCMLXIX

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE 1.ª**

**PUBLICACIONES PERIODICAS**

**NUMERO 2**

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones  
sostenidas por los autores de los originales publicados**



**MINISTERIO DE JUSTICIA**

**Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

**A.G.E.S.A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid.**

## La consignación

ANTONIO CANO MATA

Juez de Primera Instancia e Instrucción

Doctor en Derecho

I. La consignación *es una forma de pago voluntaria para el deudor y eficaz contra el acreedor, basada en la entrega en poder de la autoridad judicial y a su disposición de la cosa debida, cuando el acreedor se niega sin razón a recibirla, o no es posible su entrega.*

Como puede observarse por el contenido de la definición apuntada, nuestro trabajo se limita al estudio de la consignación como forma de pago, es decir, de la consignación judicial.

Quedan por tanto fuera de nuestro campo:

1.º *Las consignaciones voluntarias*, que pudieran haber pactado las partes para hacer efectivo el pago.

2.º *Las consignaciones a que aluden los artículos 1.405 y 1.446 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, y cuya finalidad es librar al presunto deudor de los gastos y molestias de un embargo, a reserva de oponerse en su momento y usar de las excepciones de que se crea asistido.

Esto, ninguna relación guarda con el pago, ni consecuentemente son de aplicación a estos supuestos las disposiciones del Código civil.

3.º *La consignación de la renta en un juicio de deshaucio*, establecida como requisito procesal para que el demandado pueda promover válidamente cualquier incidente o recurso, según se desprende de los artículos 1.566 y 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.º *La consignación derivada del ejercicio de la acción de retracto*, que tampoco constituye una forma de extinción de las obligaciones, sino un requisito procesal que debe concurrir con la demanda, para garantizar la posibilidad de retraer lo vendido (num. 2 del art. 1.618 de la Ley Procesal Civil).

5.º *Las consignaciones establecidas por las leyes especiales*, fundamentalmente las de arrendamientos Urbanos y Rústicos, regidas por normas específicas, que atienden a intereses privilegiados, y cuyos preceptos en orden a la consignación, ni siquiera analógicamente deben aplicarse, de no ser con exquisito cuidado.

En tal sentido, ya tiene declarado la Jurisprudencia que el derecho del inquilino a enervar la acción de deshaucio por consignación,

responde a un criterio de protección establecido por ley especial, sin que quepa extenderlo a otros contratos regidos por la legislación común (1).

II. *La finalidad de la consignación* es evitar que el cumplimiento de una obligación se haga más molesto, difícil o gravoso para el deudor, por la imposibilidad de liberarse de su deuda por vía voluntaria —por causas no imputables al mismo— y que convierten su cumplimiento en imposible (ausencia del acreedor) o perjudicial para el deudor (incapacidad declarada del acreedor, crédito litigioso..., etc.).

Conocer la finalidad de la consignación es muy importante, pues es la única guía segura para interpretar rectamente la institución.

En aras de esta finalidad, nuestro Tribunal Supremo ha declarado que, no es precisa —ni admisible— la consignación, cuando el comprador ofrece pagar para que se le entreguen las cosas vendidas, puesto que esto no es utilizar la consignación como forma de pago, sino como simple medio para asegurar el cumplimiento de la obligación (2).

III. Cuando se trata de fijar *la naturaleza jurídica de la consignación*, las opiniones doctrinales —lejos de coincidir— se disgregan en una serie de direcciones opuestas entre sí.

Las diversas teorías pueden agruparse en la forma siguiente:

1.º *Los que estiman que la consignación, por ser una forma de pago, participa de la naturaleza jurídica de éste.*

Sobre esta base, para unos constituirá la consignación un simple fenómeno jurídico (3), un acto debido (4), un negocio jurídico (5) —quizá abstracto (6)— o participará según los casos de una u otra de estas figuras (7).

(1) Sentencia de 16 de mayo de 1947.

(2) Sentencia de 10 de marzo de 1949.

(3) Para NART el pago es un fenómeno jurídico que consistirá en un hecho positivo o negativo (prestaciones negativas), en un negocio jurídico unilateral (como tal pago, lo que ocurrirá corrientemente en las obligaciones del mandatario), o en un negocio jurídico bilateral (cuando requiera la colaboración del acreedor con el deudor). Siempre será de este tipo en las obligaciones de dar, por ser indispensable que el deudor dé y el acreedor reciba, colaborando al pago (IGNACIO NART: *Pago por consignación*. Revista de Derecho privado, número 408, marzo 1951, pág. 207).

(4) JOSÉ PINIÓ RUIZ: *Naturaleza Jurídica del pago* (Revista Jurídica de Cataluña, mayo-junio 1949, pág. 224).

(5) Ruggiero.

(6) GREGORIO ORTEGA: *El pago como negocio abstracto* (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, año 1945, segundo semestre, pág. 684).

(7) CASTÁN —entre otros autores— y el Tribunal Supremo siguen una teoría dualista, considerando que en principio el pago no es más que la realización del contenido de la obligación por el deudor, y que en cuanto tal no tiene el carácter de negocio, que, sin embargo, en ciertos casos puede alcanzar a la luz del contenido de la obligación (JOSÉ CASTÁN: *Derecho civil español*

2.º *Aquellos para los que la consignación constituye un depósito especial*, hecho a disposición de la autoridad judicial y en favor de un tercero (8).

3.º *Que la consignación* —aun siendo un modo de extinguir las obligaciones— *pertenece más que al campo civil, al procesal, por lo que su naturaleza jurídica será procesal*, constituyendo un proceso liberatorio sustitutivo del pago, que, al incidir sobre las obligaciones, produce el mismo efecto que éste (9).

Por nuestra parte estimamos que la segunda de estas teorías debe rechazarse, pues supone confundir la consignación, con uno de los medios de que se sirve; pues el depósito constituye un elemento de la consignación, pero no la consignación misma.

Tampoco es aceptable la tercera de las posiciones transcritas, pues incide en el gravísimo error de confundir los conceptos de pretensión material y acción procesal (10).

En consecuencia, estimamos que la consignación participa de la naturaleza jurídica del pago; y el pago no es un negocio jurídico, porque no es —como diría De Castro— una declaración o acuerdo de voluntades con las que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el derecho estima digno de especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos (11).

La naturaleza jurídica tanto de la consignación como del pago, es la de constituir o ser *un acto jurídico, que puede afectar a la relación negocial e incidir en ella, lo que en esencia no es sino la puesta en ejercicio de facultades inherentes a la relación jurídica afectada*.

IV. Partamos de la base —*por lo que respecta a la regulación legal*— de que tanto la consignación como la mora del acreedor tienen en nuestro ordamento, jurídico una regulación muy deficiente, hasta el punto de que en la normativa española los problemas más elementales carecer de respuesta clara (12).

*común y foral*. Tomo III. Madrid, 1951, séptima edición, págs. 236 a 238; Sentencias de 18 noviembre 1944 y 3 octubre 1955).

(8) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER (anotaciones al Derecho de Obligaciones de Enneccerus-Lehman. Tomo II, volumen 1.º, 2.ª edición, Barcelona, 1954, página 326. Editorial Bosch).

(9) CARMELO DE DIEGO LORA: *La consignación judicial. Estudio teórico práctico* (Barcelona, 1952, pág. 8. Editorial Bosch).

(10) Véase en orden a la diferencia entre ambos conceptos procesales la obra de los profesores EMILIO GÓMEZ ORBANEJA y VICENTE HERCE QUEMADA: *Derecho procesal* (volumen I. Derecho procesal civil, capítulo V, págs. 52 a 72, 4.ª edición, Madrid, 1955).

(11) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico* (Tratado práctico y crítico de Derecho civil. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Tomo X, Madrid, 1967, pág. 34).

(12) En orden a la necesidad de reforma del texto legal, véase el epígrafe XII de este trabajo.

Hecha esta aclaración, el régimen legal de la consignación es el siguiente:

1.º *Fundamentalmente* los artículos 1.176 a 1.181 del Código civil, ambos inclusive que literalmente dicen así:

*Art. 1.176.* Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida.

La consignación por sí sola producirá el mismo efecto cuando se haga estando el acreedor ausente o cuando esté incapacitado para recibir el pago en el momento en que deba hacerse, y cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar, o se haya extraviado el título de la obligación.

*Art. 1.177.* Para que la consignación de la cosa debida libere al obligado, deberá ser previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación.

La consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago.

*Art. 1.178.* La consignación se hará depositando las cosas debidas a disposición de la autoridad judicial, ante quien se acreditará el ofrecimiento, en su caso, y el anuncio de la consignación en los demás.

Hecha la consignación, deberá notificarse también a los interesados.

*Art. 1.179.* Los gastos de la consignación, cuando fuere procedente, serán de cuenta del acreedor.

*Art. 1.180.* Hecha debidamente la consignación, podrá el deudor pedir al Juez que mande cancelar la obligación.

Mientras el acreedor no hubiese aceptado la consignación, o no hubiese recaído declaración judicial de que está bien hecha, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, dejando subsistente la obligación.

*Art. 1.181.* Si, hecha la consignación, el acreedor autorizase al deudor para retirarla, perderá toda la preferencia que tuviese sobre la cosa. Los codeudores y fiadores quedarán libres.

2.º *La Ley de Enjuiciamiento Civil*, tanto en las normas generales contenidas en su Libro I, como en las contenidas en los Libros II y III según el procedimiento —contencioso ò de jurisdicción voluntaria— que el consignante siga.

3.º *Los principios generales del Derecho*, entre ellos la equidad y la analogía.

4.º *La Jurisprudencia*, que en el caso de la Consignación ha sido y sigue siendo fuente de carácter privilegiado (13).

---

(13) La deficiencia de los textos legales ha tenido que ser suplida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha configurado la institución defi-

A estas fuentes del Derecho hay que añadir las aportaciones doctrinales tanto civiles como procesales, y el “*usus fori*” (14).

V. En orden a los *casos que procede la consignación*, nuestro Código civil, superando la legislación anterior que por influencia del Derecho Romano admitía tan solo la consignación en el supuesto de negativa injustificada del acreedor a admitir el pago, recoge —en su artículo 1.176— como supuestos de aplicación los siguientes:

1.º *Cuando el acreedor se niega sin razón a admitir el pago.*

Para que prospere una consignación fundada en este supuesto, será requisito previo e indispensable que la negativa del acreedor a admitir el pago sea irrazonable, lo que —en su caso y momento— será objeto de interpretación judicial, a la luz de la finalidad de la consignación y circunstancias del caso concreto.

Al supuesto de negativa injustificada del acreedor le es asimilable *la conducta evasiva del mismo*, que produce como resultado una negativa de hecho a la admisión de la cosa o cantidad adeudada.

2.º *En caso de ausencia del acreedor.*

En término “ausencia” debe interpretarse no sólo en sentido jurídico, sino en el vulgar. Es decir, que, para que se de el supuesto que estudiamos es indiferente que la ausencia haya sido legalmente declarada o que el acreedor se limite a no presentarse a tiempo en el lugar convenido o designado por la ley para proceder al cobro (15.)

3.º *Supuesto de incapacidad del acreedor.*

La incapacidad hace referencia a la administración de sus bienes, y se funda en lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 1.163 del Código civil, que condiciona la validez total o parcial del pago a que se hubiese convertido en útil al incapaz.

4.º *Cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar.*

De no consignarse en este supuesto de crédito litigioso, el pago sería incierto, y consecuentemente podría no ser liberatorio, pues el pago a tercero (y esto podría ocurrir con facilidad en el caso que estudiamos) sólo es válido en cuanto hubiese repercutido en beneficio del acreedor (párrafo 2.º del artículo 1.163 del Código civil).

niendo, fijando los supuestos de aplicación, los requisitos y su alcance, los efectos y el cauce procesal a seguir.

(14) Parece innecesario resaltar que ni la costumbre tiene relevancia alguna como fuente, en materia de consignación, ni el “*usus fori*” puede alcanzar la categoría de fuente de derecho —aunque su interés es manifiesto— a la luz del párrafo 2.º del artículo 6.º del Código civil.

(15) El Tribunal Supremo al interpretar el término “ausencia” —a efectos de exigencia de ofrecimiento de pago y anuncio de consignación— tiene declarado que la ausencia no es necesario que esté declarada oficialmente, sino que el término equivale a la falta de presencia del acreedor en el lugar donde el pago debe realizarse (Sentencia 23 marzo 1929 y 12 enero 1943).

5.º *En el caso de que se haya extraviado el título de la obligación, supuesto que no necesita de aclaración alguna.*

Estos son los tipos recogidos en el Código civil, lo que no implica que la consignación sea inadmisibile en otros supuestos que el artículo 1.176 no contempla.

Así —continuando la enumeración— la consignación es igualmente procedente:

6.º *Supuesto de acreedor desconocido.*

Este es el supuesto máximo de incertidumbre jurídica, y puede producirse —entre otros casos— respecto a una letra aceptada, que pudo ser objeto de sucesivos endosos, y de la que por no haber sido presentada al cobro puede desconocerse su tenedor actual, puesto que esta letra —aun perjudicada— sigue siendo documento reconocitivo de la deuda (16).

7.º *Cuando el acreedor se niega a dar recibo o carta de pago.*

Este supuesto alcanza especial relieve en los pagos extintivos con transmisión real.

8.º *A la luz de la finalidad de la consignación y por aplicación del procedimiento analógico (17).*

Procederá además consignar en todos aquellos casos en que el cumplimiento de la obligación se haga más gravoso al deudor, por causas no imputables al mismo.

Esta idea, rectamente desenvuelta —dicen los profesores Pérez González y Alguer—, es la única pauta segura, tanto para interpretar los supuestos enumerados con anterioridad como para admitir la procedencia de la consignación en otros no aludidos (18).

VI. La consignación puede ser hecha ya por el deudor, ya por otra persona en su nombre (mandatario, administrador..., etc.).

Excepcionalmente en nuestro derecho, *el deudor está obligado a consignar* en el supuesto que recoge el número 2.º del artículo 110 de la Ley Hipotecaria, cuyo precepto dispone que se entenderán hipotecados conjuntamente con la finca, aunque no se mencione en el contrato, siempre que correspondan al propietario, las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca, y asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada, y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de

(16) FRANCISCO BONET RAMÓN: *Código civil comentado* (Madrid, 1962, páginas 890-891. Editorial Aguilar).

(17) Sentencia de 24 de mayo de 1955.

(18) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Anotaciones a la obra citada*, pág. 326.

la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convenga a los interesados o en defecto de convenio, en la forma establecida en los artículos 1.176 y siguientes del Código civil.

El problema se plantea al tener que decidir sobre si la consignación puede ser llevada a cabo por terceras personas ajenas por completo al deudor.

Nart se opone a esta posibilidad, por estimar que sólo el pago hecho por el deudor constituye un hecho extintivo de la obligación, para cuya finalidad fue creada la consignación.

Consecuentemente —sigue diciendo este autor— el pago hecho por un tercero no es liberatorio, al subrogarse el pagador en la posición del acreedor, según dispone el artículo 1.205 del Código civil; o en el caso de haberse pagado contra la voluntad del deudor, siempre tendrá éste que reembolsarle de lo que le hubiese sido útil al pago. Esto exige que el artículo 1.176 del Código civil deba ser interpretado literalmente: sólo el deudor podrá consignar, porque sólo él puede extinguir la obligación (19).

Por su parte, Puig Brutau, tras aceptar la tesis de Nart, añade que, siendo la consignación el medio que la ley brinda al obligado para que pueda desligarse de su obligación, cuando el acreedor no quiere o no puede extinguir el vínculo, tendría poco sentido permitir la consignación de un tercero, que equivaldría a dejar que se desligase quien no está ni ha estado vinculado al cumplimiento de la obligación que se trata de extinguir, para lo cual no cabe disponer de la colaboración judicial en que la consignación consiste (20).

En contra del anterior criterio doctrinal —entre otros—, Mucius Scaevola (21), De diego Lora (22), Pérez González y Alguer (23), quienes defienden la posibilidad de que consigne un tercero en todos aquellos casos en que es lícito sustituirse en el pago de una deuda, pues, de no admitirse esto, se desnaturalizaría la naturaleza de la consignación —que es la misma que la del pago—, o nos llevaría a la negación de que el pago es la forma típica de extinción de las obligaciones, puesto que puede ser hecho por una persona distinta del deudor (24).

Esta posición aparece, además, avalada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, quien tiene declarado que el artículo 1.176 del

(19) IGNACIO NART. Obra citada, págs. 212-213.

(20) PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil* (Tomo I, volumen II, Barcelona, 1959, págs. 291-292. Editorial Bosch).

(21) Q. MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado*. (Tomo XIX, Madrid, 1902, pág. 927).

(22) CARMELO DE DIEGO LORA: Obra citada, pág. 64.

(23) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: Anotaciones a la obra y tomo citado, página 327.

(24) Nótese que en la práctica nadie realiza una consignación, sin que exista un interés para ello (aunque tan sólo fuere la defensa del honor de un deudor por razones de amistad o parentesco, que con frecuencia desembocaría en una liberalidad del deudor que extinguiría la obligación), por lo que el alcance del problema es más teórico que práctico.

Código civil no debe ser interpretado literalmente, en el sentido de que haya de ser necesariamente el deudor quien haga la consignación, porque siendo esta una forma de pago, cualquier persona puede consignar, tenga o no interés en la obligación y su cumplimiento, según preceptúa el artículo 1.158 del Código civil (25).

Por nuestra parte aceptamos plenamente este último criterio, reafrendado jurisprudencialmente porque:

1.º *Teóricamente* señalamos al estudiar la naturaleza jurídica de la consignación que participa de la del pago. Admitido por el artículo 1.158 del Código civil que el pago puede ser hecho efectivo por cualquier persona, la consignación tiene que gozar de análogo tratamiento.

2.º *Prácticamente* nuestra posición servirá para salvar situaciones jurídicas complejas, en beneficio del deudor y de terceros y sin perjuicio para el acreedor.

Supuestos reales, extraídos de la jurisprudencia, pueden ser:

a) La consignación hecha por un tercero de la cantidad adeudada, antes de la declaración de concurso, que impide constituir en esta situación al deudor (26).

b) La consignación hecha por el segundo acreedor hipotecario, de las cantidades a que estaban afectas diversas fincas por primera hipoteca, para evitar su venta o adjudicación al primer hipotecario, debe estimarse bien hecha.

No se nos arguya que la consignación de un tercero podría gravar la situación del deudor, pues ni teórica ni en la práctica es ello posible, toda vez que la simple oposición del deudor al pago limita la reclamación del tercero consignante a aquello en que el pago hubiera sido útil al deudor.

VII. Pueden ser *objeto de consignación* todas las cosas que estén en el comercio de los hombres.

Ninguna duda existe respecto a la consignación de muebles; pero no ocurre lo mismo cuando de inmuebles se trata, habiéndose defendido doctrinalmente la imposibilidad legal de que tales bienes sean consignados.

La argumentación para oponerse a la consignación de inmuebles es la siguiente:

Aunque el Código civil nada dice de forma expresa, la consignación de inmuebles implícitamente la prohíbe, al disponer en el artículo 1.178 que la consignación se resuelve en depósito ("La consignación se hará depositando las cosas debidas..."). Por imperativo del artículo 1.761 del mismo texto legal, el depósito queda limitado a los bienes muebles, y en consecuencia los inmuebles son tanto de imposible depósito como de subsiguiente consignación (27).

(25) Sentencia de 23 de marzo de 1929 y 12 enero 1943.

(26) Sentencia de 6 de noviembre de 1907.

(27) JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO: *El cumplimiento de las obligaciones* (Madrid, 1956, pág. 510. Editorial "Revista de Derecho Privado").

Por nuestra parte, como ya hemos afirmado en el primer párrafo de este capítulo, creemos que los inmuebles son tan susceptibles de consignación como los bienes muebles, y apoyamos la afirmación en las siguientes razones:

1.º Porque el Código civil no establece limitación alguna en cuanto a las cosas susceptibles de consignación.

Así vemos que el párrafo 2.º del artículo 1.176 nos habla de “consignación de cosa debida”, y análogo párrafo del artículo 1.180 de “retirar la cosa o cantidad consignada”.

Es indudable que si el legislador hubiera querido sustraer los bienes inmuebles a la consignación, lo hubiese hecho constar expresamente, y además hubiese ido acompañada esta limitación de la creación de nuevas figuras jurídicas, que hubieran hecho posible —al menos— el abandono de los inmuebles por el deudor, una vez vencido el plazo de la obligación y sus condiciones.

2.º Porque la finalidad de la consignación es evitar que el cumplimiento de una obligación le sea más gravoso al deudor, por causas que no le son imputables.

Esta finalidad quebraría, si se excluyesen los inmuebles de la consignación.

3.º Por aplicación de los principios de justicia y equidad.

Sería a todas luces injusto y arbitrario el exigir del deudor de cosa inmueble su conservación indefinida, con la diligencia propia de un buen padre de familia, conforme exige el artículo 1.094 de nuestro Código civil.

Lo arbitrario de esta situación es plasmaria —entre otros casos— en el supuesto contemplado por el artículo 1.598 del Código civil.

Al no regular este precepto la recepción forzosa de la obra, es necesario que entre en juego el mecanismo de la consignación, para que el contratista pueda desentenderse definitivamente de la obra o construcción realizada, que de otro modo tendría que conservar, a tenor del artículo 1.094 al que acabamos de aludir (28).

4.º Porque —a mayor abundamiento— tan admisible es el estimar que técnicamente la consignación se resuelve en un depósito corriente, que consecuentemente excluye la consignación de inmuebles (artículo 1.761 de nuestro primer cuerpo legal), como el defender que la consignación no produce un depósito contractual, sino un depósito necesario, como medio para realizar un secuestro, cuyo objeto —según el artículo 1.786— pueden ser tanto los bienes muebles como los inmuebles.

Finalmente creemos que la consignación será procedente no sólo en las obligaciones de dar, sino en las de hacer (sobre todo en cuanto se resuelve en una obligación de dar), y ya tenga la obligación un origen legal, contractual, cuasi-contractual o proceda de hechos ilícitos;

---

(28) Supuesto citado por NART. Obra citada, pág. 212.

ya sea unilateral o bilateral; pura, condicional o a plazo; específica o genérica; única o múltiple; conjuntivas, alternativas..., etc. (29).

VIII. *Entrando en el estudio de los requisitos de la consignación*, nos guste o no, tenemos que partir del principio de que la consignación está regida por normas muy severas, y su incumplimiento traería como consecuencia su ineficacia (30).

Ahora bien: siendo indudable la existencia de unas normas legales inadecuadas, por su excesivo formalismo, que perjudican a un deudor que lo único que pretende es quedar libre de sus obligaciones contraídas; lo que en modo alguno puede hacerse es interpretar con severidad los formalismos de la ley, so pena de convertir la consignación en un instrumento ineficaz por las dificultades de utilización práctica.

Los requisitos necesarios para la validez de la consignación son los siguientes:

1.º *Que se ajuste estrictamente a las disposiciones que regulan el pago.*

Consecuentemente con este principio:

a) No puede consignarse cosa distinta a la debida, o cosas genéricas que no sean de calidad media.

b) En las obligaciones alternativas en que la elección corresponda al acreedor, debe procurar el deudor depositar en poder de la autoridad judicial las diversas cosas adeudadas para que el acreedor —o en sustitución suya el juez— elija.

Este principio no es insalvable si el deudor pudiera depositar únicamente cualquiera de las cosas adeudadas, pero no todas conjuntamente.

c) En los casos de deuda dineraria ha de consignarse la misma cantidad, en su absoluta integridad.

En estas obligaciones el Tribunal Supremo ha admitido como motivo de justa negativa por parte del acreedor a recibir el pago, el hecho de que el deudor pretenda liberarse con entrega de moneda depreciada (31).

d) El acreedor no puede ser compelido a recibir tan sólo parte del contenido de la obligación (artículo 1.157 del Código civil), y por tanto no se entiende satisfecha una deuda, sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía (32).

---

(29) En las obligaciones de no hacer la consignación carece de sentido, pues su cumplimiento queda salvado y acreditado por el deudor con una simple acta notarial.

(30) Sentencia de 20 de diciembre de 1943.

(31) Sentencias de 3 de octubre de 1955; 23 de noviembre de 1946; 22 de marzo de 1947 y 9 de enero de 1950. Véase además la Sentencia de 13 de mayo de 1947, y las circunstancias de cada caso, para fijar el valor normativo de las anteriores resoluciones.

(32) Sentencia de 8 de julio de 1952.

c) La consignación debe hacerse en la fecha convenida para el pago (33), y consecuentemente existe motivo para rechazarla —por razón de mora— al haber transcurrido el plazo convenido para el pago del precio (34).

Sin embargo, respecto al tiempo para consignar, la Jurisprudencia —con excelente criterio— ha dulcificado las exigencias legales, a la luz de las circunstancias del caso concreto; pues si bien es cierto que el pago tiene que realizarse con puntualidad, y si no se acepta o no puede aceptarse hay que consignar, no es menos cierto que con frecuencia las relaciones de hecho que conducen al cumplimiento de la obligación aconsejan o hacen necesario un lapsus de tiempo.

De ahí que la regla de consignar en la fecha exacta convenida para el pago quebrará:

— Cuando se ha acreditado el ofrecimiento oportuno de pago, y se ha consignado antes de interponer el acreedor su demanda (35).

— Si consta que se intentó abonar el pago en el tiempo estipulado en el contrato (36).

— El mero retardo en el pago no implica siempre que se haya frustrado el fin práctico del negocio, ni que la parte adversa tenga un interés admisible en que se decrete la resolución (37). Esta norma permite introducir un margen en cuanto al tiempo de la consignación, y sobre todo hará entrar en juego la discrecionalidad judicial, a la luz de las circunstancias del caso debatido.

2.º *Que preceda a la consignación el ofrecimiento de pago incondicional.*

El ofrecimiento de pago, acto previo a la consignación y sin la cual esta no puede realizarse válidamente, constituye una declaración de voluntad que el deudor dirige al acreedor, de pagar real y efectivamente la deuda, poniendo las cosas debidas a su disposición para que las recoja.

Este ofrecimiento real y efectivo —cuya naturaleza jurídica constituye un acto de conciliación extrajudicial, y tan inútil como ésta— tiene que comprender (como ya indicamos con anterioridad) todo lo adeudado.

Por eso está mal hecha la consignación de la cantidad debida por capital, si no va acompañada de los intereses de mora que el deudor está obligado a pagar (38)

El ofrecimiento tiene que ser hecho a quien tenga derecho a recibir el pago, por lo que sólo puede cumplirse respecto al acreedor cierto y capaz que se niega sin razón a admitirlo. No será necesario

(33) Sentencia de 26 de marzo de 1941.

(34) Sentencias de 3 de julio de 1917 y 27 de febrero de 1920.

(35) Sentencia de 15 de febrero de 1916.

(36) Sentencia de 13 de febrero de 1925.

(37) Sentencia de 5 de enero de 1935.

(38) Sentencia de 15 de febrero de 1905.

—ni posible— su cumplimiento en los supuestos de ausencia, incapacidad, incertidumbre o desconocimiento del acreedor (39).

Aparte de que la oferta sea real, no es necesaria la utilización de forma ni formalismo alguno. Por supuesto la forma será extrajudicial, pudiendo seguirse cualquier medio que sea suficiente para probar la negativa del acreedor a recibir el pago.

Nótese, sin embargo, la importancia de la prueba de que el ofrecimiento de pago se ha hecho, si se llega a solicitar la consignación judicial, pues para que se declare bien hecha la consignación —y produzca sus efectos— habrá de justificarse ante la autoridad judicial que el ofrecimiento de pago se llevó a efecto. Por eso se aconseja, en la práctica, la intervención de Notario, que como depositario de la fe pública extrajudicial deja constancia fehaciente de que se cumplió este requisito.

Finalmente, y por lo que respecta a la exigencia de incondicionalidad en el ofrecimiento de pago (40), no será necesario ni constituirá obstáculo para el deudor —dicen los profesores Pérez González y Alguer— cuando sólo tenga que prestar a cambio de la entrega simultánea de la contraprestación, en cuyo supuesto el consignante podrá solicitar que no se entregue al acreedor lo consignado, sino a cambio de la prestación que le incumbe. Aquí no nos encontramos con una condición arbitrariamente impuesta, sino ante una modalidad legal en el mecanismo del pago, al cual debe ajustarse la obligación (41).

3.º *Que la consignación sea previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación.*

No alcanzamos a explicarnos la razón de este tercer requisito referente de antecedentes, tanto en el Derecho romano como en nuestro ordenamiento histórico, y sin similitud en la legislación comparada.

Este último acto previo a la consignación, de naturaleza intimidativa para el acreedor, debe ser hecho por la misma persona que hizo el ofrecimiento de pago, o por quien legalmente la represente.

Personas interesadas en el cumplimiento de la obligación lo son: en primer lugar el acreedor, al que el anuncio de la consignación se le podrá hacer en el mismo acto que el ofrecimiento de pago, y una vez que no haya aceptado la cosa ofrecida. Este anuncio al acreedor no será necesario cuando no vaya precedido —por ser real o jurídicamente imposible— del ofrecimiento (42).

A más del acreedor son personas interesadas en el cumplimiento de la obligación —como anotó Manresa— los codeudores o acreedores solidarios, los fiadores, los acreedores pignoratícios del crédito (cuyo título ha sido dado bajo aquella garantía) y los que pretenden tener derecho a cobrar ya por alegar directamente al titularidad del crédito,

(39) Sentencia de 6 de mayo de 1920.

(40) Exigencia establecida ya por Sentencia de 27 de noviembre de 1906.

(41) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: Anotaciones a la obra citada, pág. 327.

(42) Sentencias de 23 de marzo de 1929 y 12 de enero de 1943.

ya por el ejercicio de la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código civil (43).

Este requisito tiene que interpretarse con un sentido amplio favorable al deudor, que, muchas veces, podrá desconocer con razón para ello la existencia de posibles personas interesadas.

De surgir con posterioridad estas personas no convertirían en nula o ineficaz la consignación, que deberá declararse válida, sin perjuicio de las posibles responsabilidades a que el acreedor hubiera dado lugar en caso de negativa injustificada a recibir la contraprestación debida.

En cuanto a la forma de hacer este anuncio nos remitimos a las normas dadas para el ofrecimiento.

Añadamos únicamente que el consignante escrupuloso podrá hacer el anuncio de consignación al acreedor a quien no se le pudo hacer, y a los posibles interesados por aviso en un periódico de circulación provincial o nacional; aviso que para ser perfecto deberá comprender—como dice De Diego Lora— los siguientes extremos:

a) Que se procedió al ofrecimiento de pago y persona a quien se hizo. O que no se cumplió este requisito por imposibilidad fáctica o jurídica.

b) Expresión de la voluntad del deudor de verificar la consignación en forma judicial.

c) Plazo señalado, transcurrido el cual se realizará la consignación.

d) Autoridad ante quien se hará.

e) Manifestación del deseo de que estas noticias lleguen a los interesados (44).

IX. Por lo que atañe a la *forma de la consignación*, se hará depositando las cosas debidas a disposición de la autoridad judicial, ante quien se ejercite el derecho a consignar (45).

El escrito —o demanda— acompañatorio precisará además que se han cumplido los requisitos del ofrecimiento de pago y anuncio de la consignación, o las causas por las que no se ha cumplido tal requisito.

(43) MANRESA: *Comentarios al Código civil* (5.ª edición, tomo VIII, volumen 1.º, pág. 627).

(44) CARMELO DE DIEGO LORA: Obra citada, págs. 40 a 51.

(45) La entrega real de la cosa en poder de la autoridad judicial es tan importante que el Tribunal Supremo en un supuesto de retracto arrendatorio urbano ha declarado que la entrega de un cheque no puede confundirse con la consignación del precio, que para surtir efectos liberatorios de la obligación de reembolso que impone el artículo 1.518 del Código civil ha de hacerse en dinero, y la entrega de cheques sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, como ordena el artículo 1.170 del mismo cuerpo legal (Sentencia de 7 de mayo de 1966).

Hecha la consignación —como veremos posteriormente—, deberá notificarse a los interesados (apartado 2.º del artículo 1.178 del Código civil), lo que procesalmente constituye un verdadero emplazamiento.

X. Uno de los problemas prácticos más graves que ha planteado la consignación *es el cauce procesal a seguir para llevarla a efecto*.

Algunos autores afirman —a nuestro entender con excesivo optimismo— que los preceptos del Código civil contenidos en los artículos 1.176 a 1.181 señalan esquemáticamente el procedimiento a seguir.

En este sentido, Carmelo de Diego Lora —siguiendo a Nart— nos dice:

— Que en el artículo 1.178 se regula el procedimiento en sus fases instructora y probatoria.

— En el párrafo primero del artículo 1.180 la fase decisoria.

— La legitimación se deriva del párrafo primero del artículo 1.176, del artículo 1.177 y del párrafo segundo del 1.178.

— Los actos previos al proceso, “presupuestos”, que sustituyen y mejoran a la conciliación, en los párrafos primeros de los artículos 1.176 y 1.177.

— Los requisitos internos materiales para que la pretensión prospere en el párrafo segundo del artículo 1.177.

— La posibilidad de desistimiento, antes de la resolución judicial, con los efectos consiguientes en el párrafo segundo del artículo 1.180.

— Las costas del proceso se regulan en el artículo 1.179.

— En el artículo 1.181 quedan dibujados los efectos de la resolución judicial sobre las posibilidades de disposición de lo depositado por el deudor del proceso (46).

Por nuestra parte no compartimos el criterio anterior.

No cabe duda de que los anteriores preceptos podrán contener alguna norma aislada procedimental, que da a la consignación un carácter formalista, pero de ahí a pretender que el Código civil da los cauces procesales a seguir hay un abismo, que se agranda por la ausencia de preceptos legales específicos para la consignación contenidos en la Ley Procesal Civil (47).

Afirmamos que para llevar a efecto la consignación, quedan al arbitrio del consignante dos caminos: acudir a un procedimiento de jurisdicción voluntaria o a un juicio contencioso.

Esta opción es de la mayor importancia para el deudor que pretende quedar libre de su deuda, y aconsejaríamos que se acudiese al primer camino en los casos en que la consignación no ofrezca problema

(46) CARMELO DE DIEGO LORA: Obra citada, págs. 23 y sigs.

(47) CONFRÓNTASE FRANCISCO EYRE VARELA: *Notas referentes al pago de las obligaciones por consignación judicial* (Revista Jurídica de Cataluña. T. 48 y 49, año 1946. págs. 3 y 21. Junio a octubre).

alguno, reservando el segundo a aquellos supuestos complejos, en que se requiere una declaración previa acerca de la existencia de la deuda, cuantía..., etc. (48).

Esta facultad de elección de procedimiento es admisible tanto teórica como prácticamente. Es indudable que si un demandante para recuperar su posesión puede acudir a un proceso declarativo o a un interdicto, o si el deslinde y amojonamiento puede solicitarse en forma contenciosa o voluntaria, ningún principio de orden público se viola, y ningún inconveniente existe en que el consignante elija entre uno u otro camino (49).

Confirma nuestra posición la práctica forense que tramita la consignación —según la petición del actor— ya sujetándola a los trámites del artículo 1.811 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cauces de la jurisdicción voluntaria), ya siguiendo los trámites de la jurisdicción contenciosa, dada la amplia formulación del artículo 481 de la misma ley, por carecer la consignación de procedimiento específico.

Desarrollemos cada uno de estos procedimientos a seguir:

#### A) LA CONSIGNACION COMO ACTO DE JURISDICCION VOLUNTARIA.

Reiteramos que la consignación judicial como modo que es de extinguir las obligaciones, análogo al pago y referido a éste, implica —si así lo pide el actor— un acto de jurisdicción voluntaria.

Su ejercicio estará regido por las normas siguientes:

##### 1.º *Competencia objetiva.*

Los artículos 1.178 y 1.180 del Código civil nos hablan de "autoridad judicial" o "juez", lo que teniendo en cuenta que la competencia de los juzgados municipales es excepcional, y por tanto sólo pueden conocer de aquellos asuntos que les están específicamente encomendados, nos lleva a la conclusión de que los únicos órganos judiciales competentes para conocer de la consignación por los trámites que la jurisdicción voluntaria son los Jueces de Primera Instancia, pues ninguna norma contiene disposiciones que modifiquen la regla anterior.

Este criterio aparece ratificado por el apartado segundo del artículo 273 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, cuyo precepto dispone que corresponden a los Tribunales de Partido (hoy Juzgados de Primera Instancia) ejercer la jurisdicción voluntaria con arreglo a las leyes.

Ciertamente que en la práctica se sigue la corruptela de consignar ante los Juzgados Municipales o Comarcales y de Paz, aquello para lo que contenciosamente serían competentes, lo que no deja de carecer de

---

(48) MANUEL DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil español* (Madrid, 1943, págs. 733-734).

(49) Sentencia de 2 de febrero de 1928.

base real, habida cuenta que la consignación —así considerada— es algo totalmente distinto al juicio declarativo (50).

### 2.º *Competencia funcional.*

La competencia funcional para conocer del asunto principal, incidencias y ejecución corresponderá siempre —en primer grado— a los Jueces de Primera Instancia.

Para los recursos de Apelación y Queja la competencia funcional viene atribuida a las Audiencias Provinciales (51).

### 3.º *Competencia territorial.*

Territorialmente es competente para conocer de la consignación el Juzgado de Primera Instancia en cuyo partido debía cumplirse la obligación, y en su defecto —en concordancia con el Código civil— en el lugar donde existiera la cosa en el momento de constituirse la obligación, si se trata de cosa determinada, y en su defecto en el domicilio del acreedor (52).

### 4.º *Postulación y representación procesal.*

En este procedimiento si el valor de lo consignado excede de 25.000 pesetas, será necesaria la intervención de letrado. Si no excede de esta cantidad será facultativo del consignante el valerse o no de los servicios de letrado (núm. 3 del art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El interesado podrá comparecer por sí mismo, pero no valiéndose de otra persona que no sea procurador habilitado, en los pueblos donde los haya (núm. 5 del art. 4 del mismo texto legal).

### 5.º *Legitimación activa.*

Están legitimados activamente para instar la consignación: el deudor, su apoderado, administrador o representante legal, y cualesquiera otra persona salvo que la naturaleza de la obligación no lo hiciere posible (53).

La consignación debe ser hecha por la misma persona que hizo el ofrecimiento de pago, o por otra legalmente habilitada por la misma.

---

(50) Acerca de la competencia orgánica para conocer de la consignación, véanse los siguientes trabajos: MANUEL LÓPEZ TORRES, *La competencia en las consignaciones* (Boletín de la Justicia Municipal, año 1949, págs. 690 y sigs.). PEDRO ARAGONESES: *Competencia de la justicia municipal en las consignaciones* (Revista de Derecho procesal, año 1950, pág. 101). MACEDONIO PICAZO: *La competencia de los juzgados Municipales, Comarcales y de Paz en las consignaciones* (Boletín de la Justicia Municipal, año 1950, pág. 1310).

(51) Artículo 1.º de la Ley 10/1968 de 20 de junio sobre atribución de competencia en materia civil a las Audiencias Provinciales.

(52) Sentencia de 24 de enero de 1948.

(53) Confróntese con el epígrafe VI, sobre las personas que pueden consignar.

### 6.º *Legitimación pasiva.*

El primer lugar el acreedor, y por imperativo de lo dispuesto en el artículo 1.178 del Código civil todos aquellos que deben recibir el aviso previo.

Esto supone que cualquier interesado en el cumplimiento de la obligación podrá oponerse a la consignación.

Aun cuando dependerá del criterio judicial, estimamos que también está pasivamente legitimado el Ministerio Fiscal, pues la solicitud promovida afecta —directa o indirectamente— a la pureza del procedimiento, y por tanto a los intereses públicos.

Es, sin embargo, perfectamente defendible la exclusión del Ministerio Público de la consignación, salvo cuando intervengan personas o cosas cuya protección o defensa competan a su autoridad, en que su intervención —y subsiguiente legitimación pasiva— es incuestionable a la luz de lo dispuesto en el artículo 1.815 del Código civil.

### 7.º *Procedimiento.*

Se insta mediante un escrito del consignante (o de un Procurador de los Tribunales, en su nombre y representación) al que acompañará:

a) El documento o documentos en que conste la obligación de pago y subsiguiente derecho a consignar, así como los documentos de que se sirva el deudor en apoyo de su pretensión.

Nótese que la consignación no tiene otro designio que el que se declare bien o mal hecha. De aquí la importancia de esos documentos (o prueba testifical, u otro medio probatorio), pues al juez han de ofrecerse ya establecidos los elementos de hecho de que ha de partir.

b) Elementos probatorios del ofrecimiento de pago y anuncio de la consignación a los interesados.

c) Entrega de la cosa ante la autoridad judicial.

A continuación el Juez dictará providencia admitiendo a trámite el expediente —previa ratificación en su caso— y ordenará el Registro entre los de su clase (libro de Asuntos Civiles), su anotación en el índice de partes civiles y notificará la consignación a los interesados, lo que hará sin dilación —conforme exige el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— concediéndoles un plazo mínimo de cinco días, para que puedan personarse en el expediente oponiéndose al mismo, o alegando lo que a sus derechos convenga, poniéndoles de manifiesto el expediente en Secretaría. Se dará igualmente traslado al Ministerio Fiscal (54).

En la misma providencia (para evitar dilaciones) se ordenará llevar a cabo la prueba testifical, si la hubiere; requerir al consignante para la presentación de los documentos de crédito, si no lo hubiere hecho, y ordenará lo procedente en orden a las cosas depositadas.

El destino de las cosas depositadas —según los casos— será:

— Si se trata de dinero, ordenará su ingreso en la Caja General

(54) El plazo mínimo de cinco días —dado que la providencia no es de mero trámite— deriva de lo dispuesto en el artículo 377 de la LEC.

de Depósitos, a través de la sucursal que corresponda (arts. 2 y 5 del Real Decreto de 24 de diciembre de 1906).

— Si son productos intervenidos se depositarán ante el organismo encargado de su intervención (por ejemplo, el Servicio Nacional de Cereales, en el caso del trigo).

— Si son muebles, el juez —según el caso concreto— podrá ordenar ya la retención del mismo en poder del deudor (cuya retención tendrá carácter de depósito), ya que queden en poder del secretario, ya nombrando un depositario conforme a lo previsto en los artículos 1.175, 1.409, 1.410 y 1.450 de la Ley Procesal.

— Si son bienes inmuebles nombrará un depositario o administrador judicial (art. 1.450 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Transcurrido el plazo fijado en la anterior Providencia, exista o no oposición se dará traslado al Ministerio Fiscal para que en plazo de cinco días emita informe.

Devueltas las actuaciones por el Ministerio Público, el Juez dictará resolución motivada en forma de *auto*, a tenor del siguiente contenido:

a) Si no existe oposición a la consignación, o aun existiendo se limita a motivos de forma (incompetencia de jurisdicción, falta de ofrecimiento de pago, olvido del anuncio de consignación..., etc.) el Juez dictará la resolución que corresponda, sin necesidad de declarar contencioso el expediente, por cuanto que no se discute el contenido de la obligación, sino las formalidades que las leyes exigen como trámite del procedimiento.

b) Si hubiese habido oposición a la consignación, el Juez declarará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieran personas o cosas al tiempo de ser incoado (art. 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Estimamos que no se trata de continuar el expediente en forma contenciosa, sino que el consignante deberá acudir al procedimiento ordinario que corresponda según la cuantía, para el que podrá o no ser competente el Juez que conoció del expediente de jurisdicción voluntaria. Lo actuado quedará como simples diligencias preparatorias, de las que en su momento procesal (período de proposición de prueba) podrá solicitarse testimonio.

Sin embargo, cuando la competencia para el juicio ordinario venga atribuida —al igual que la jurisdicción voluntaria— al Juez de Primera Instancia (juicios de Mayor y Menor Cuantía), ningún inconveniente habrá en convertir el expediente de voluntario en contencioso, pero bien entendido que el primer trámite procesal tiene que ser la demanda del consignante (55).

---

(55) J. REINO CAAMAÑO: *De la consignación. Estudio sumario de su regulación en el Código civil* (Revista General de Legislación y Jurisprudencia. T. 148. Año 1926, pág. 313).

Contra la resolución que se dicte en el expediente de jurisdicción voluntaria, podrá interponerse recurso de Apelación que será admitido en ambos efectos o en uno solo, según apele el consignante o el opositor (arts. 1.819 y 1.820 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

#### 8.º *Costas.*

En cuanto a costas, según prevee el artículo 1.170 del Código civil, los gastos de consignación —cuando ésta fuera procedente— son de cuenta del acreedor.

Esto incluye los gastos notariales, testificales o de cualquier otra índole derivados del ofrecimiento de pago y anuncio de consignación, toda vez que ésta sólo es procedente si hubiese ido precedida de la oferta real.

Los honorarios de Letrado estarán igualmente incluidos en las costas, en los casos en que su intervención es necesaria, salvo que la resolución que pone fin al expediente señale algo en contra.

Por el contrario, si la consignación se declara mal hecha, se aplican las normas generales de la Ley Procesal Civil, y consecuentemente sólo en caso de temeridad o mala fe podrán imponerse al solicitante, pues al ordenar el artículo 1.179 ya citado, que los gastos de consignación —si procede— son de cuenta del acreedor, no ordena implícitamente la imposición al deudor cuando la consignación se declare mal hecha. En análogo sentido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

### B) LA CONSIGNACION EJERCITADA EN FORMA CONTENCIOSA.

En virtud del derecho de opción que el consignante tiene, puede convenirle consignar en forma contenciosa, a través del procedimiento ordinario que corresponda; o esto le puede ser exigido al declararse contencioso el expediente por causas de oposición de fondo.

En estos casos, las normas a seguir son las siguientes:

#### 1.º *Competencia objetiva.*

Corresponderá a los Jueces de Paz, Municipales o Comarcales, y de Primera Instancia, según que la cuantía de lo consignado sea inferior a 250 pesetas, superior a esta cantidad e inferior a 50.000 pesetas, o mayor de 50.000 pesetas, respectivamente.

#### 2.º *Competencia funcional.*

Conforme a las reglas generales de procedimiento, la competencia funcional vendrá atribuida en primera instancia, ya a los Juzgados de Paz, ya a los Municipales o Comarcales, ya a los de Primera Instancia.

En grado de apelación esta competencia corresponderá —según los procedimientos— a los Juzgados de Primera Instancia (apelaciones de juicios verbales), Audiencias Provinciales (juicios de cognición), Au-

diciencias Territoriales y su Sala de lo Civil (Mayores y Menores Cuantías).

El Tribunal Supremo tendrá competencia funcional en casación, contra las sentencias dictadas en grado de apelación por las Audiencias Territoriales, tanto en los juicios de Mayor Cuantía, como en los de Menor Cuantía, siempre que en este último caso la cuantía procesalmente fijada exceda de 300.000 pesetas.

### 3.º *Competencia territorial.*

Vendrá atribuida al Juez que corresponda a tenor de las disposiciones contenidas en los artículos 56 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### 4.º *Postulación y representación procesal.*

Será preceptiva la intervención de Letrado siempre, salvo que la litis se siga por los trámites del juicio verbal, y su cuantía no exceda de 5.000 pesetas (núm. 2 del art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La intervención de Procurador será también obligatoria, salvo en los juicios verbales, pero el interesado tendrá que comparecer por sí mismo, sin que pueda valerse de tercero que no sea Procurador (artículo 4 de la Ley Procesal).

### 5.º *Legitimación activa y pasiva.*

Normas análogas a las que hemos dado para la jurisdicción voluntaria, con excepción del Ministerio Fiscal que no está pasivamente legitimado.

### 6.º *Conciliación.*

Es innecesaria puesto que el ofrecimiento de pago cumple su misma finalidad.

### 7.º *Procedimiento.*

El que corresponda a los juicios de Mayor o Menor Cuantía, cognición o verbal.

En cuanto a los requisitos procesales que deberán acompañar a la demanda, damos por reproducidos los consignados en este epígrafe referido a la jurisdicción voluntaria (documentos acompañatorios, entrega de la cosa..., etc.).

Si nadie contesta a la demanda, la rebeldía se declarará en forma ordinaria.

### 8.º *Costas.*

Criterio análogo al dado para el supuesto de consignación como acto de jurisdicción voluntaria.

XI. Al estudiar *los efectos de la consignación*, debemos distinguir los siguientes supuestos:

1.º *Consignación aceptada por el acreedor.*

Produce los mismos efectos que el pago. La aceptación del acreedor extingue la obligación.

2.º *Declaración judicial de que la consignación está bien hecha.*

Constituye un verdadero pago por aprobación judicial. Lo mismo que el supuesto anterior libera total y definitivamente de responsabilidad al deudor..

El auto o sentencia dictada (auto si la consignación se siguió por los trámites de la jurisdicción voluntaria, y sentencia si se tramitó en forma contenciosa) que declare bien hecha la consignación, ordenará la cancelación de la obligación del deudor, si lo hubiese pedido. Si no lo hubiese solicitado podrá efectuarse tal petición en trámite de ejecución de sentencia, mediante un simple escrito.

La cancelación se llevará a efecto por el oportuno mandamiento judicial, que por duplicado se librará al Registrador de la Propiedad (art. 180 del Reglamento Hipotecario).

Ahora bien: tanto en el supuesto anterior, como en éste se plantea un grave problema de gran trascendencia práctica, y sobre el que los textos legales guardan el más absoluto silencio:

*¿Cuándo produce sus efectos la consignación?*

A tal respecto se han formulado las siguientes teorías:

a) Que produce sus efectos desde el momento del ofrecimiento de pago (Mucius Scaevola).

b) Que se inician en el mismo momento en que hizo entrega de la cosa adeudada a la autoridad judicial.

c) Que los efectos de la consignación comienzan a partir de la declaración judicial de que está bien hecha, pues hasta la aceptación o aprobación judicial no hay efectivo cobro, ni consecuentemente pago.

Creemos, por nuestra parte, que no es aceptable la primera de las teorías citadas que confunden los efectos del ofrecimiento de pago con los de la consignación, que puede o no seguir al primero (56).

Tampoco es admisible el tercero de los criterios doctrinales apuntados, pues no hay que olvidar que la consignación se inicia por una absurda o inadecuada postura del acreedor, y por tanto las consecuencias no deben recaer jamás sobre el deudor, que bastante tiene con verse obligado a acudir a un instrumento jurídico tan molesto y complicado como la consignación.

Afirmamos que la consignación produce sus efectos desde el momento en que se hizo entrega judicial de la cosa adeudada, y esto por las siguientes razones:

(56) El ofrecimiento de pago produce sus propios efectos, fundamentalmente el de constituir al acreedor en mora accipiendi; lo cual si bien no permite al deudor quedar liberado, ni tiene trascendencia en orden al pago de intereses, ni en la transferencia del riesgo de la cosa ofrecida, impide en cambio dar al deudor el título de moroso (Sentencias de 9 de julio de 1941 y 5 de junio de 1944).

— Porque el artículo 1.176 del Código civil nos dice que “*el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida*”.

Si el legislador hubiese querido decir otra cosa, hubiese utilizado otros términos como “desde el momento del ofrecimiento de pago, si va seguido de la consignación” o “desde el momento en que recaiga declaración judicial de que la consignación está bien hecha”.

— Porque registralmente, a efectos de cancelación de posibles inscripciones, se parte del momento en que se consignó judicialmente, y no de tiempos jurídicos anteriores o posteriores.

— Porque los posibles riesgos de la cosa —según el más elemental sentido de justicia— deben pasar al acreedor desde el momento en que lo adeudado ha quedado en manos de la autoridad que debe declarar la corrección de la consignación. La aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 1.185 del Código civil, reafirma este criterio.

— Porque se extingue una obligación cuando se entrega la cosa debida, y en la consignación tal ocurre desde que se deposita lo adeudado ante la autoridad judicial.

— Porque —procesalmente— puede decirse que la resolución que pone fin a un expediente judicial sitúa la relación jurídica en la fecha en que aquél se inició.

Durante este período intermedio, sin embargo, puede ordenarse al deudor la retención judicial de la deuda (art. 1.165).

3.º *Retirada por el deudor de la cosa consignada sin consentimiento del acreedor, antes de que el acreedor la acepte, o recaiga resolución de que está bien hecha.*

Los efectos que produce este supuesto son dejar subsistente e inalterable la obligación (párr. 2.º del art. 1.180).

Estimamos que el ejercicio de este derecho del deudor puede ser objeto de embargo, como se deduce del artículo 1.181 de la Ley.

4.º *Supuesto análogo al anterior, pero con autorización del acreedor.*

Quedará subsistente la deuda, pero produciéndose una novación, ya que pierde el acreedor cualquier derecho preferente que pudiera tener sobre la cosa, quedando —además— libres los codeudores y fiadores (art. 1.181 del Código civil).

5.º *Oposición a la consignación por motivos formales.*

Tanto se haya seguido el expediente por los trámites de las jurisdicción voluntaria como en forma contenciosa, el Juez dictará la oportuna resolución motivada.

Si estima bien hecha la consignación —como ya hemos dicho en el supuesto segundo— el deudor queda libre de su obligación. Si no estima correcta la consignación realizada la situación del deudor es análoga a la que tenía cuando se inició el expediente.

### 6.º Efectos de la oposición del acreedor por motivos de fondo.

Si el expediente se seguía por los trámites de la jurisdicción voluntaria, se declara contencioso el expediente, quedando el deudor en análoga situación que antes del procedimiento.

Si el procedimiento es contencioso, la Sentencia definitiva que recaiga señalará lo procedente en orden a la corrección o incorrección de la consignación, cuyos efectos —en uno y otro caso— serán los ya señalados con anterioridad para el supuesto de oposición por motivos de forma.

## XII. CRITICA

Es indudable que la consignación —tal como aparece en nuestro derecho regulada— no sólo no es una institución superflua, sino una figura de auténtica necesidad, pues vencida una deuda al deudor puede no convenirle continuar en esta situación (57), pues si no:

— Se encuentra incurso en una mora aparente que le obliga al resarcimiento y a soportar los riesgos de perecimiento fortuito de la cosa.

— Continúa obligado a proveer de la conversación y el mantenimiento de la cosa (art. 1.094 del Código civil).

— Sigue obligado al pago de intereses.

— Puede sufrir resoluciones y caducidades (58).

Lo que hay que hacer no es, pues, eliminar la institución, sino reformarla, y esta reforma debía seguir en el derecho español, tres caminos complementarios:

1.º Una regulación legal correcta de la consignación, que diese solución a los más elementales interrogantes que nos hemos formulado, y cuyo tratamiento olvidan los textos legales.

2.º Supresión de trámites formales, que enturbian la fluidez de la figura, y en muchos casos su eficacia. El anuncio de la consignación —por ejemplo— carece de razón de ser.

3.º Acompañar a los supuestos de consignación aceptada por el acreedor o que se declare judicialmente bien hecha, de una sanción económica para el acreedor, en beneficio del deudor, que vería así compensadas las molestias que la absurda posición del acreedor le ha originado. Esta sanción debería ser proporcional al importe o valor de lo consignado, y graduable por los Tribunales, a la luz de las circunstancias del caso concreto, dentro de unos límites máximos y mínimos.

(57) COLIN Y CAPITANT: *Curso* (2.ª edición española, tomo III, pág. 191 y siguientes).

(58) LÓPEZ ALARCÓN: *El pago por consignación y otras instituciones afines* (Pretor, núm. 14, año 1953, pág. 3).



# La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa

RODRIGO BERCOVITZ y RODRIGUEZ-CANO

SUMARIO: I. Planteamiento del problema.—II. Las acciones edilicias en la compraventa de cosa específica: A) Teorías que ven en los vicios ocultos un supuesto de error. B) El concepto del error negocial. C) Los vicios redhibitorios como expresión de un desajuste entre la realidad negocial y la realidad material. D) Las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1918 y de 31 de diciembre de 1919. E) El supuesto de vicios ocultos y el supuesto de incumplimiento contractual. F) El supuesto de vicios ocultos como supuesto de imposibilidad parcial de la prestación.—III. Las acciones edilicias en la compraventa de cosa genérica: A) Confusión de este supuesto con el de incumplimiento contractual del artículo 1.124 del Código civil. B) La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1911. C) Relación entre el incumplimiento del artículo 1.124 y los vicios ocultos de los artículos 1.484 y siguientes: a) El saneamiento como obligación autónoma. b) Cosa viciosa y “aliud pro alio”. c) Importancia de la diferencia existente entre lo comprado y lo recibido. d) El carácter oculto de la diferencia entre lo comprado y lo recibido. D) El plazo de ejercicio de la facultad concedida en el artículo 1.166 del Código civil. E) La jurisprudencia y los plazos concedidos en los artículos 336 y 342 del Código de comercio para el ejercicio de las acciones contenidas en los mismos. F) Entrega dolosa de una cosa con vicios ocultos.—IV. Fundamento de las acciones edilicias en relación con el plazo concedido para su ejercicio.

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El estudio de las acciones edilicias suscita el difícil problema de coordinar adecuadamente dichas acciones con las nacidas del error sufrido por el comprador y del incumplimiento del vendedor. La doctrina italiana dominante bajo el Código de 1865 llegaba a las siguientes conclusiones: si existen vicios redhibitorios, se pueden ejercer las acciones edilicias; si “aliud pro alio”, la acción derivada de incumplimiento; si falta de calidad esencial o prometida, habrá que distinguir según que el objeto sea determinado (compraventa de cosa específica), en cuyo caso se puede ejercer la acción derivada de error,

o indeterminado (compraventa de cosa genérica), en cuyo caso se puede ejercer la acción de incumplimiento (1).

Esta división de competencias ya no resulta válida en Italia, aunque sólo sea como consecuencia de la innovación introducida por el legislador de 1942 en materia de falta de calidad (2). Sin embargo, he juzgado oportuno comenzar con su exposición, como muestra para el lector de los múltiples ensayos realizados sobre el tema. Muestra en la que, a pesar de su simplicidad formal, se puede apreciar ya la dificultad de mi empeño, es decir, de deslindar claramente el campo de aplicación de las acciones edilicias frente a la acción de anulación por error y frente a las acciones previstas por el artículo 1.124 del Código civil en caso de incumplimiento. En efecto, la simplicidad del sistema expuesto no es sino apariencia, en cuanto su adopción presupone haber solventado ya en un determinado sentido algunas de las cuestiones del tema. Basta con señalar que a la hora de aplicar sus soluciones habrá que saber distinguir entre los vicios redhibitorios, la cualidad esencial y el "aliud pro alio". Por otra parte, tampoco están exentas dichas soluciones de problemas de construcción dogmática. Así, no resulta fácil aceptar que se pueda pasar de un supuesto de error a un supuesto de incumplimiento simplemente porque el objeto de la compraventa sea genérico en vez de específico.

El problema, insisto una vez más, es difícil. Y lo es aún más en España, donde la confusión entre las mencionadas acciones es absoluta, dado que ni la doctrina ni la jurisprudencia se han detenido ante tan espinosa distinción (3).

La distinción no admite un tratamiento unitario, sino que requiere un estudio separado de las compraventas de cosa genérica y las compraventas de cosa específica. Se concreta en la delimitación de los casos de vicio redhibitorio y de incumplimiento en las primeras

(1) AMORTH: *Error e inadempimento nel contratto*. Milán, 1967. Vid. página 2, nota 1.

(2) Art. 1.497 del C. c. italiano.

(3) En las demandas, contestaciones a las demandas y reconveniciones es frecuente encontrar peticiones, como la hecha por el demandado en la STS. 20-III-1926 (en la compraventa de 100 sacas de alubias japonesas que resultan amargas e incombibles), de que se declare:

"Primero. Nulo el contrato de compraventa...

"Segundo. Rescindido el mismo contrato.

"Tercero. Que se condenara (al vendedor) a pagarle (al comprador) la indemnización de los perjuicios por el incumplimiento del expresado contrato."

En la STS. de 11-VI-1926 (autocamiión vendido como nuevo que resulta usado), el comprador pide que se declare la nulidad del contrato de compraventa, invocando tanto los arts. 1.261, 1.265, 1.266 y 1.300-1.303, como el artículo 1.484, en la demanda, añadiendo en la réplica, entre otros artículos, el 1.124 del C. c.

En cuanto a la doctrina sólo he encontrado los siguientes estudios que se ocupen expresamente del tema: El artículo de DE BUEN (la voz *vicio redhibitorio*) de la Enciclopedia Jurídica Española (Tomo XXX); un artículo de ESPÍN en la RGLJ (junio de 1967) y un artículo de RUBINO en la RDP (marzo de 1953).

y en la delimitación de los casos de vicio redhibitorio y de error sobre la cosa en las segundas. Si yo compro un coche (compraventa de cosa genérica) y el vendedor me entrega uno con los frenos rotos, a primera vista parece que podré considerar que se trata de un incumplimiento del vendedor, puesto que me ha entregado una cosa distinta de la que me debía (un coche con los frenos en buen estado); pero también podré estimar que no se trata más que de la existencia de un vicio oculto. Según que la calificación del supuesto de hecho sea una u otra, me veré protegido por el artículo 1.124 o por los artículos 1.484 y siguientes del Código civil. Desde luego, no se podrá decir que he sufrido un error sobre la cosa al realizar la compra, puesto que su objeto no estaba determinado más que genéricamente. En cambio, si yo compro el coche de un conocido (compraventa de cosa específica) y me doy cuenta, después de haber tomado posesión del mismo, de que tiene los frenos rotos, no resulta fácil afirmar que mi conocido ha incumplido, siempre que me haya entregado el coche tal y como estaba cuando se perfeccionó el contrato, pero sí que parece posible hablar de una coincidencia del vicio oculto, que he detectado posteriormente, con un error mío, precisamente sobre la inexistencia de dicho vicio, al emitir mi declaración de voluntad para concluir el contrato.

No niego que existe la posibilidad de que en un ordenamiento jurídico un mismo supuesto de hecho esté regulado por normas diversas. La misma formación histórica del Derecho impone casi irremediablemente la duplicidad de soluciones en muchos supuestos, en cuanto una nueva institución creada expresamente para un caso abarca frecuentemente casos parecidos ya reglamentados por otras instituciones. Sin más, el simple desarrollo histórico de éstas puede dar lugar a la superposición de unas sobre otras. Pero tal dualidad normativa es contraria a las reglas de la lógica, perturbando la unidad del ordenamiento, lo que da lugar a una disminución de la seguridad jurídica y constituye una fuente de injusticias. En definitiva, se trata de algo poco deseable, que el jurista debe procurar eliminar. Sólo en aquellos casos excepcionales en que la "ratio iuris" de las normas coincidentes lo imponga será oportuno mantener su aplicación a un mismo supuesto de hecho. De lo contrario será precisamente esa misma "ratio" la que nos conduzca a una composición o delimitación de las mismas.

No trato pues, sino de salvar en el contrato de compraventa el principio de acuerdo con el cual cada problema jurídico debe tener una solución y una sola. Es un ensayo de delimitación de los supuestos en que los intereses del comprador habrán de ser protegidos con las acciones edilicias de aquellos otros en que lo habrán de ser con las acciones de incumplimiento o con la anulación por error, según el tipo de compraventa. Y ya he señalado que ello me llevará necesariamente a estudiar el fundamento de las acciones de saneamiento, punto estrechamente ligado con el de su naturaleza. Estudio que se divide

en las dos partes correspondientes a las dos posibilidades de confusión de las acciones edilicias con las demás acciones mencionadas; lo que probablemente dé lugar a resultados diversos sobre la naturaleza de aquéllas. No es extraño; WOLFF afirma que la contradicción que resulta de una dualidad de conclusiones sobre las acciones de saneamiento, según que la compraventa sea de cosa genérica o específica, no es más que aparente, en cuanto uno y otro tipo de compraventas son totalmente distintos. La compraventa de cosa genérica, dice este autor, no es en realidad un contrato de compraventa (él habla de "Lieferungsgeschäft" precisamente para marcar la diferencia), sino un contrato innominado que atiende a la conducta del vendedor y que normalmente es tratado como un contrato de compraventa en base a su parecido con la misma (4). Una vez sentado esto, ya no es absurdo admitir que una acción pueda cambiar de naturaleza al incidir sobre contratos diversos. La postura de WOLFF puede resultar excesivamente radical, pero sin duda responde a un fondo de verdad, y éste es que ambos tipos de compraventa presentan una construcción diversa, lo que puede repercutir sobre las instituciones que se localizan en dicho contrato.

## II. LAS ACCIONES EDILICIAS EN LA COMPRAVENTA DE COSA ESPECIFICA

### A) *Teorías que ven en los vicios ocultos un supuesto de error.*

No son pocos los tratadistas españoles que, al ocuparse de las acciones edilicias en las compraventas de cosa específica, consideran que dichas acciones nacen de un error del comprador, SÁNCHEZ ROMÁN (5), DE DIEGO (6), MUCIUS SCAEVOLA (7), MARICHALAR Y MAN-

(4) MAX WOLFF: *Sachmängel beim Kauf*, en Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts —1910—. Vid. pág. 69.

(5) *Estudios de Derecho civil*. Tomo IV, Madrid, 1899, pág. 569: "Como la razón de las acciones redhibitoria y estimatoria no es otra que la de suponerse fundadamente en el caso de vicios ocultos de la cosa y no manifestados por el vendedor, prestó su voluntad el comprador con error, y faltó, por tanto, el consentimiento..."

(6) *Instituciones de Derecho civil*. Tomo II, Nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso DE COSSIO Y CORRAL, y Antonio GULLÓN BALLESTEROS. Madrid, 1959, pág. 207: "El supuesto de la redhibitoria es que el comprador dio su consentimiento por error... El adquirente pudo conocerlos (los vicios) o no; si los conoció, y a pesar de eso compró, "sibi imputet"; mas si no los conoció o no pudo conocerlos, entonces incurrió en error esencial, y la venta debe deshacerse."

(7) *Código civil concordado y comentado extensamente con arreglo a la edición oficial*. Tomo XXIII, Madrid, 1906, pág. 616: "La causa que le da lugar (a la acción redhibitoria) es un error en el contrato celebrado..." Vid. también en las págs. 610, 612-13, 624 y 627. Precisamente porque fundamenta las acciones edilicias en un vicio del consentimiento, considera limitada la aplicación del art. 1.497 del C. c. a los vicios ocultos, a pesar de su tenor literal, que no contiene tal limitación (vid. pág. 685).

RIQUE (8) y DE BUEN (9) son nombres que avalan lo dicho. En efecto, el supuesto de hecho del artículo 1.484 parece coincidir con un caso de error por parte del comprador, en cuanto que éste ignora "los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida". Es precisamente ese desconocimiento de la realidad el que legitima para el ejercicio de la acción de saneamiento, siempre que la conducta del comprador en el examen de la cosa adquirida no haya sido negligente.

Ahora bien, aceptar que los vicios ocultos constituyen un supuesto de error (10) no implica necesariamente que el artículo 1.484 haya de cubrir en la compraventa el mismo campo de aplicación que el párrafo primero del artículo 1.266 del Código civil, es decir, que el error del comprador "sobre la sustancia de la cosa... o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo" a celebrar el contrato de compraventa.

La concepción estricta del error que dominó durante bastante tiempo en la doctrina alemana a partir de SAVIGNY, dio lugar a que se considerase que los §§ 459 y siguientes del BGB (en los que se regulan las acciones edilicias) y el § 119,II (en el que se regula el error que recae sobre la cosa) atendían a supuestos de hecho totalmente distintos. Si, de acuerdo con dicha concepción, el error sobre la cosa sólo es relevante jurídicamente cuando recae sobre las cualidades esenciales o sustancia de la cosa, no hay dificultad para que todos los casos de vicios ocultos queden sometidos exclusivamente a las acciones edilicias, puesto que el vicio no afecta nunca a la sustancia. Dichas acciones nacen de un error del comprador sobre la cosa que no tendría eficacia jurídica de acuerdo con la normativa general sobre el mismo. Corresponderá, pues, a las acciones de saneamiento por vicios ocultos la solución del conflicto que surge de la compraventa de un vino picado o de trigo de invierno fermentado, mientras que la compra del líquido que se creyó que era vino, siendo en realidad vinagre, o la del trigo que se cree que es de verano, siendo en realidad de invierno, se impugnará por error en el consentimiento (11).

---

(8) *Recitaciones del Derecho civil de España*. Tomo IV. Madrid, 1921. Vid., pág. 267.

(9) *Vicio redhibitorio. Derecho civil común*, en la Enciclopedia Jurídica Española. Tomo XXX, págs. 798-9: "¿Y en qué se funda tal responsabilidad? Se funda en nuestra opinión en que el consentimiento de la venta descansa en un supuesto: el de que la cosa vendida es útil para su normal utilidad o para la utilidad expresamente determinada en el contrato. Careciendo la cosa vendida de dicha utilidad, falta el supuesto del consentimiento que resulta fundado en un error o ignorancia y por ello el contrato puede ser anulado."

(10) Tesis que puede encontrar apoyo en una interpretación histórica, según la cual las acciones edilicias habrían nacido precisamente para remediar la irrelevancia jurídica del error sobre las cualidades de la cosa en el Derecho romano. (Espín recoge este argumento dado por los defensores de la identidad entre vicios ocultos y error en la cosa. Op. cit. Vid. págs. 615-6.) De esta forma, las acciones de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa no serían más que un residuo histórico una vez superadas las limitaciones del error.

(11) Esta construcción responde en cierto modo al criterio seguido por

Esta construcción ha quedado ya superada, al mismo tiempo que la concepción del error de la que deriva, y sólo es mantenida en la actualidad por algún sector minoritario de la doctrina.

La tesis que cuenta actualmente con un mayor número de seguidores es la que considera que los supuestos de hecho de los vicios ocultos y del error sobre la cosa objeto de la compraventa coinciden, pero no totalmente. Por una u otra vía los esfuerzos se centran en acotar un número de supuestos que correspondan única y exclusivamente a las normas sobre el error negocial. Mientras que los supuestos de coincidencia se deciden a favor de las acciones edilicias en base al principio "Lex specialis derogat legi generali". Pero, a pesar de este planteamiento distinto, siguen siendo materia exclusiva del error las compraventas de cosa específica en las que éste recae sobre las cualidades esenciales. LEHMANN nos dice: "Hay cualidades esenciales para el tráfico, cuya ausencia no constituye necesariamente un vicio en el sentido del § 459. El trigo de invierno, que no puede emplearse para la siembra, no es un trigo vicioso, sino una mercancía distinta totalmente" (13). Se llega así a los mismos resultados prácticos que con la teoría del error impropio, puesto que sólo se coloca al margen de los vicios redhibitorios aquellos casos a los que precisamente se limita la relevancia del error en dicha teoría, lo que supone, en cierta medida, una vuelta a la misma. En efecto, si la necesidad de extender el error sobre la cosa a otros elementos de la misma ajena a su esencia se ha impuesto, es porque la doctrina se percató, en primer lugar, de lo difícil y artificioso que resultaba en algunos casos delimitar la esencia o sustancia de una cosa (ejemplo del vino y el vinagre) y, en segundo lugar, de que los móviles de las personas al contratar respondían frecuentemente a elementos distintos de los valorados como esenciales. Lo que significa que dentro del tráfico de bienes había otros muchos factores cuyo cambio daba lugar a que, de acuerdo con el sentir común, un objeto fuese considerado como distinto del que se perseguía. Llegados a este punto en el que toda variación de calidad o todo defecto importante supone encontrarse ante algo distinto, ¿qué razón hay para seguir reservando un determinado sector de casos al error, negando la aplicación de las acciones edilicias, cuando éstas se aplican precisamente a supuestos en los que, de acuerdo con las concepciones dominantes sobre el error, el comprador se encuentra con algo distinto de lo deseado, es decir, con otra cosa? (14).

---

el Derecho germánico al margen de las enajenaciones de animales. En efecto, en dicho ordenamiento los vicios esenciales daban lugar a una acción de impugnación por error, mientras los vicios no esenciales se atendían con una acción estimatoria basada en la equidad (según FUBINI: *La teoria dei vizi redibitori*. Torino, 1906. Vid. págs. 81-82).

(13) ENNECERUS-LEHMANN: *Derecho de obligaciones*. 15.<sup>a</sup> revisión, por H. Lehmann. Trad. y anotaciones: Blas Pérez González y José Alguer. 3.<sup>a</sup> edición con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española, por José Ferrandis Vilella. Vol. II, Parte I. Vid., pág. 129.

(14) WOLFF nos dice que todos los intentos realizados en Alemania para delimitar el campo de aplicación de la acción de impugnación por error sobre

Y, sin embargo, esta fue la posición dominante en Italia bajo el Código de 1865. Se consideraba que las cualidades "sustanciales" constituían materia exclusiva del error, puesto que son importantes en la formación de la voluntad, mientras que las cualidades "no sustanciales" quedaban relegadas al rango de vicios, tutelados con las acciones edilicias (15). Así, CHIRONI limitaba la doctrina del error a la materia, mientras que el error que recaiga sobre la calidad sería tratado en el saneamiento por vicios (16).

Exponentes de esta misma concepción se encuentran también en la doctrina francesa. Así, RIPERT y BOULANGER, quienes la relacionan con el breve plazo concedido para ejercer las acciones edilicias frente al concedido en caso de error, ya que el vicio puede surgir después de concluirse el contrato, en cuyo caso el vendedor no responde, mientras que la sustancia de una cosa no cambia por ser inherente a su naturaleza (17). Sin embargo, ya LAURENT ponía de relieve la inoperancia de la distinción entre el error sobre las cualidades sustanciales y el error sobre los vicios cuando preguntaba si el error, cuyo resultado es que el comprador no puede utilizar la cosa, no es el más sustancial de los errores (18).

Tampoco han faltado en nuestro país defensores de este criterio de distinción, aunque nuestro ordenamiento no permite restringir el error a límites tan reducidos. Baste con citar a MUCIUS SCAEVOLA, para quien "el error por vicio en el consentimiento se refiere a la sustancia de la cosa o a sus cualidades constitutivas, de tal modo, que el comprador no haya comprado la cosa que creyó comprar. Por el contrario, en el caso de los vicios ocultos, el comprador compró exactamente la cosa que quería adquirir" (19). También CASTÁN parece considerar que puede existir un supuesto de vicios ocultos sin que coincida con otro de error (ignorancia de los vicios). Pero no aclara dicha posibilidad (20) y, desde luego, no sigue el criterio anteriormente expuesto, ya que especifica que existirá error tanto si recae sobre la sustancia de la cosa, como si lo hace sobre "alguna

---

la cosa y las acciones de saneamiento por vicios ocultos de la cosa comprada no han conducido sino a un replanteamiento de las antiguas polémicas del Derecho común sobre el "error in substantia" (vid. op. cit., pág. 36). Lo que resulta evidente en las Actas de la Segunda Comisión redactora del BGB, donde se fundamenta el saneamiento por vicios, frente al § 119, II, en un error en los motivos del comprador (Vid., pág. 1347).

(15) En la primera categoría se incluían las cualidades prometidas.

(16) Riv. it. per le sec. giur. Vol. IX, pág. 402.

(17) *Traité de Droit Civil*, d'après le *Traité de PLANIOL*. Tomo III, París, 1958. Vid., pág. 509. El argumento es débil. El vino no es ni mucho menos el único producto que al deteriorarse da lugar a otro producto (vinagre).

También en este sentido, CORRIN: *La définition du vice caché dans la vente*. Etude de Droit Comparé. París, 1939. Vid., pág. 127.

(18) *Principes de Droit Civil Français*. Tomo 24. 3.<sup>a</sup> ed. Bruselas-París, 1878. Vid., págs. 272-3.

(19) Vid., pág. 607. Vid. también en el mismo sentido las págs. 616-7 y 624.

(20) Lo mismo ocurre con DE BUEN. Op. cit. Vid. págs. 798-9.

de las condiciones que principalmente hayan dado motivo a celebrar el contrato”, de acuerdo con al artículo 1.266 del Código civil (21).

Los intentos realizados en la doctrina italiana posterior al Código de 1942 para reservar un campo de aplicación en el contrato de compraventa al “error in qualitate”, una vez admitida la prioridad de las acciones edilicias en los supuestos de coincidencia, no han sido tampoco fructíferos. No parece fácil localizar casos de “error in qualitate” que queden al margen del artículo 1.497 del Código civil italiano y que resulten relevantes de acuerdo con los artículos 1.428 y siguientes de dicho Código. En efecto, en dicho supuesto, si existe, el error debe versar sobre una cualidad esencial (art. 1.429, núm. 2.º) que no haya sido prometida (expresa o tácitamente) por el vendedor y que no sea esencial para el uso al que se destina la cosa. Si a ello se añade que el ordenamiento italiano exige que el error sea cognoscible para la otra parte contratante, el vendedor, vemos que no queda prácticamente ninguna viabilidad para el mismo fuera del artículo 1.497 cuando recae sobre cualidades de la cosa comprada (22). Tanto es así que el único ejemplo que puede ofrecernos RUBINO (23) es el error sobre la autenticidad de una obra de arte, siempre que dicha autenticidad no haya sido expresamente garantizada, pero se pueda deducir su relevancia para el comprador en base al precio y demás circunstancias. Pero este mismo ejemplo no resulta convincente, ya que en tales tipos de compraventa se podría considerar la existencia de una promesa tácita con respecto a la autenticidad de la obra de arte adquirida (24).

AMORTH (25) aborda directamente el estudio de las relaciones existentes entre el artículo 1.429, núm. 2.º y el artículo 1.497 del Código civil para ver si los supuestos de hecho de ambas normas coinciden total o sólo parcialmente. Llega a la conclusión de que la categoría “qualità che deve ritenersi determinante del consenso secondo il co-

(21) *Derecho civil español, común y foral*. Tomo IV. 9.ª ed. revisada y puesta al día con el concurso de Julio Calvillo y Martínez de Arenaza. Madrid, 1961. Vid., págs. 124-5.

(22) Aunque el C. c. italiano regule en un artículo aparte los defectos de cualidad frente a los vicios ocultos, es evidente que se trata de un problema único. RUBINO pone de relieve la dificultad para distinguir vicios y faltas de cualidad. En todo caso, considera que el desdoblamiento de ambas figuras no es grave en cuanto su regulación conduce a soluciones prácticamente iguales para uno y otro caso. Vid. *La responsabilidad por defectos de calidad en la compraventa y sus diferencias con la garantía por vicios según el C. c. italiano*, en RDPPr. (marzo 1953), págs. 165-186.

(23) *La compravendita*, 1952. Vid., págs. 690-3.

*La responsabilidad por defecto de calidad en la compraventa y sus diferencias con la garantía por vicios según el Código civil italiano*. Trad. J. Navas. En R.D.Pr., marzo de 1953. Vid., págs. 184-5.

(24) En realidad, RUBINO se apoya en el hecho de que, dadas las dificultades que presenta la apreciación de la autenticidad de las obras de arte, la jurisprudencia italiana ha optado por no considerarla como una cualidad relevante más que cuando haya sido expresamente garantizada.

(25) Op. cit. Vid., págs. 67-84.

mune apprezzamento" (art. 1.429, núm. 2.º) coincide con la categoría "qualità essenziale per l'uso cui la cosa è destinata" (art. 1.497), y que "le qualità promesse" del artículo 1.497 quedan comprendidas en la categoría "qualità che ...in relazione alle circostanze" son determinantes del consentimiento. Sólo encuentra un resquicio de no coincidencia en aquellas cualidades que, sin ser determinantes de acuerdo con los criterios generales, tampoco han sido prometidas. Pero aquí surge de nuevo el obstáculo creado por el requisito de que la importancia que dichas cualidades tienen para el comprador sea cognoscible para el vendedor, si se quiere que el error sobre aquellas sea relevante, lo que lleva prácticamente a la inaplicabilidad del caso discriminado. Y así lo reconoce el mismo AMORTH.

Y mientras autores como RUBINO y AMORTH intentan, con el escaso resultado que acabamos de ver, acotar un campo de aplicación exclusivo para el error sobre la cosa comprada del que queden excluidos los vicios redhibitorios, otros, como GORLA, reconocen la imposibilidad de encontrar solución al problema desde el momento que cualquier cualidad expresa o tácitamente contemplada en el contrato es automáticamente esencial al haber sido motivo determinante de la voluntad contractual del comprador (26).

En la doctrina francesa también se pronuncian por la identidad de los dos supuestos de hecho que nos conciernen ESMEIN (27) y DEMOGUE (28).

Pero ha sido Portugal el país que ha marcado la pauta en esta dirección, al adoptarla expresamente en su legislación positiva. Ya el Código civil de 1868 establece en su artículo 1.582 que la impugnación de la compraventa por vicios sólo podrá realizarse cuando éstos constituyan una causa de error (regulado en los arts. 656 y sigs.). Criterio que ha sido mantenido en el reciente Código civil de 1966 (29).

Desde luego esta es, a mi entender, la postura que debe mantenerse en nuestro ordenamiento. Es evidente que lo que mueve al comprador

---

(26) *La compravendita*, Torino, 1937. Vid., pág. 142. Obsérvese que esta opinión la mantenía estando aún vigente el Código de 1865.

GIORGI (*Teoría de las Obligaciones en el Derecho moderno*, Madrid, 1928., Volumen IV. Vid. núm. 70) considera que la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos de la cosa es superflua en cuanto que el tratamiento jurídico de los mismos deriva de la ignorancia del comprador.

(27) En el *Traité pratique* de Planiol y Ripert. Vol. VI, 2.ª ed. París, 1952. Vid. núm. 184.

(28) *Traité des obligations*. Vol. I. Vid. núm. 270.

(29) El art. 913, que encabeza las normas relativas a la venta de cosas defectuosas remite a la sección anterior, que regula la venta de bienes "onerados", encabezada por el art. 905: "Se o direito transmitido estiver sujeito a alguns ónus ou limitações que excedam os limites normais inerentes aos direitos da mesma categoria, o contrato é anulável por erro ou dolo, desde que no caso se verifiquem os requisitos legais da anulabilidade."

El "Preussische Allgemeine Landrecht" solucionaba también el problema aplicando directamente la regulación del error a la falta de las cualidades que se presuponen normalmente, identificando así ambas figuras (§ 329-I-5). Cita tomada de WOLFF. Op. cit. Vid. pág. 35.

es el uso que piensa hacer con la cosa que adquiere y, de modo más directo, su decisión contractual con respecto a la cosa específica depende de que las condiciones de ésta permitan dicho uso. La ausencia de dichas condiciones constituyen el supuesto de error del primer párrafo del artículo 1.266 y corresponde a los defectos del artículo 1.484 (30). Por lo que se refiere al carácter oculto de tales vicios en el supuesto del artículo 1.484 no es sino el equivalente del requisito de excusabilidad que nuestra doctrina impone a la figura del error para que pueda conducir a la anulación del negocio. BORRELL y SOLER (31) comparte también esta opinión, aunque, de acuerdo con sus palabras, parece reducir el ámbito de coincidencia a los casos en que la cosa resulta "impropia para el uso a que se la destina". Para mí, en cambio, no hay inconveniente en extender el error sobre las condiciones de la cosa del artículo 1.266 a los casos en que los defectos ocultos disminuyan simplemente el uso de la cosa. No hay que olvidar que la disminución habrá de ser importante y que una simple disminución de precio (de haber conocido el comprador el defecto, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella) no es ajena a la figura del error, como lo prueba el artículo 1.432 del Código civil italiano, en el que se prevé una posible rectificación del contrato viciado por el error para salvarle de la anulación. Ello implica que el error atiene también a supuestos en que su presencia ha incidido sobre el contenido del contrato, pero no sobre su existencia.

Luego, partiendo de la concepción hasta ahora expuesta, según la cual los vicios ocultos de la cosa vendida responden a un supuesto de error contractual sobre la cosa, vemos que llegamos a la supresión de las normas propias de éste en el contrato de compraventa. El comprador cuyo error sobre la cosa es relevante de acuerdo con el artículo 1.484 o el 1.266, párrafo 1.º (da lo mismo puesto que los supuestos de hecho coinciden) podrá proteger sus intereses lesionados con las acciones edilicias (redhibitoria o estimatoria), pero no con la acción de anulación de los artículos 1.300 y siguientes. Hablo naturalmente de la compraventa de cosa específica.

Sin embargo, existe una orientación de acuerdo con la cual la acumulación de supuestos genera una acumulación de acciones. Con lo que se pretende favorecer la posición del comprador, quien podrá

---

(30) ESPÍN (*Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y en las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales*, en RGLJ, junio de 1967. Vid. págs. 924-5) señala que ambos supuestos de hecho pueden concurrir, lo que sucederá si el uso normal de la cosa ha sido considerado por el comprador como cualidad esencial de la misma. Esto supone entender de manera abstracta "el uso a que se la destina" del artículo 1.484. Nosotros lo entendemos en el sentido concreto de uso a que se destina la cosa expresa o tácitamente en el contrato, por lo que la coincidencia se producirá siempre.

De manera que el uso normal no tiene más que una función supletoria cuando no se puede deducir otro del contrato. Así lo manifiesta expresamente el art. 913 del C. c. portugués, en su segundo párrafo.

(31) *Derecho civil español*. Tomo III, Barcelona, 1955. Vid. pág. 347.

elegir entre las acciones edilicias y la acción de anulación, ateniéndose para el ejercicio de unas y otra a sus requisitos respectivos. Esta postura cuenta con algunos sostenedores en España (32) y, lo que es aún más importante, ha sido recogida en algún caso por nuestra jurisprudencia (33).

En la doctrina alemana, SCHLOSSMANN (34), una vez admitida la coincidencia de ambos supuestos, estima que han de aplicarse preferentemente las normas sobre las acciones edilicias en base a la equidad y a la finalidad de dichas normas, que pretenden regular exhaustivamente los casos de vicios ocultos en la cosa comprada. LEHMANN aclara que otorgar al comprador una opción entre acciones edilicias y acción de impugnación por error es contrario al fin principal de aquéllas, que no es, según él, otro que el de servir a la seguridad del tráfico, acortando los plazos normales de prescripción. Frente a lo que se puede objetar que al regular la eficacia del error, el legislador ha debido calibrar ya el margen debido a la confianza de la otra parte contratante y de terceros. Por ello, parece ilógico que, una vez establecido con carácter general el equilibrio que el legislador considera oportuno entre ambos valores (autonomía de la voluntad y seguridad jurídica), el mismo legislador cree una norma excepcional porque considere inadecuado dicho equilibrio precisamente para el caso más frecuente e importante del tráfico, el contrato de compraventa. Otros argumentos alegados por el mismo autor pueden ser válidos para el ordenamiento jurídico alemán, pero no en el nuestro (35).

El único argumento indiscutible para propugnar la eliminación de la acción de anulación en los vicios ocultos de la compraventa específica es el que ya daba en la primera parte de este artículo: la necesidad de que cada problema jurídico cuente con una solución única.

---

(32) CASTÁN. Op. cit. Vid. págs. 124-5: "Independiente de ellas (acciones edilicias) es la acción de nulidad que podrá ejercitar el comprador cuando pueda probarse el error o el dolo en el consentimiento. La acción de nulidad tiene la ventaja práctica de su mayor duración."

DE BUEN. Op. cit. Vid. págs. 798-9: "Los autores se han preocupado de distinguir tales dos supuestos. Pero no puede negarse que si el vicio que afecta a la cosa vendida representa una verdadera alteración de la sustancia, o la falta de una de las condiciones que han dado principal motivo para celebrar el contrato, el comprador podrá ejercitar o la acción redhibitoria o la acción de nulidad fundada en el error a que se refiere el art. 1.266 del C. c. La acción de nulidad tiene para el comprador la desventaja de una mayor duración." Adopta también este criterio en Francia: COTTIN. Op. cit. Vid. págs. 128-9.

(33) STS 6-VI-1953. Aunque se refiere al art. 1.483.

(34) *Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften* (Fischers Sammlung, Vol. 9, Fasc. 3). Vid. págs. 51-52.

(35) Op. cit. Vid. págs. 129: "La exclusión de la responsabilidad del vendedor por vicios en el supuesto de desconocimiento de los mismos por culpa lata del comprador (§ 460) y en el supuesto de venta de prenda en pública subasta carecería de importancia si se permitiera la impugnación por error." Pero en el Derecho español el error produce efectos sólo cuando es excusable. En cuanto a las ventajas judiciales, el art. 1.489 de nuestro C. c. no excluye el saneamiento por vicios ocultos, sino sólo la posible responsabilidad por daños y perjuicios.

Este principio se plasma en la eliminación de la norma general cuando ésta coincide con una particular, y esta es la posición de las normas que regulan el error negocial frente a los que regulan los vicios ocultos de la compraventa (36).

Hasta ahora me he limitado a exponer la doctrina según la cual las acciones edilicias tienen su fundamento en un error del comprador sobre la cosa adquirida, defendiendo a partir de ella y como corolario que dichas acciones sustituyen totalmente en la compraventa de cosa específica a la acción de anulación derivada del mencionado error. El comprador que ha sufrido un error sobre la cosa, en cuanto ignoró sus vicios ocultos, podrá recurrir única y exclusivamente al ejercicio de las acciones edilicias.

Pero esta conclusión, que me parece correcta, es lo suficientemente importante para inducirnos a examinar detenidamente la hipótesis de la que se parte. Y es que la misma configuración de las acciones edilicias presentan una serie de puntos que no encajan adecuadamente en su calificación de acciones basadas en el error del comprador.

Las acciones edilicias tratan de favorecer al comprador lesionado frente al vendedor. Esto parece ser aceptado unánimemente y, desde luego, viene confirmado por las razones históricas que motivaron su nacimiento en Roma. Ello es la razón de su unilateralidad, al servicio del comprador, mientras que el vendedor tendrá que acudir a la acción de anulación por error cuando sea él quien se ha equivocado, enajenando algo de calidad muy superior a la que él creía. Pero resulta que el artículo 1.490 acorta a seis meses el plazo de cuatro años concedido por el artículo 1.301 del Código civil. Lo que evidentemente perjudica al comprador e incluso resulta inexplicable desde la óptica del error. Desigualdad que se acentúa en Italia, donde FUBINI (37), ya bajo el Código de 1865, señala que el plazo de cinco años, concedido para ejercer la acción de anulación por error, comienza a correr desde el momento en que dicho vicio es descubierto (art. 1.300, párrafo 2.º de aquel C. c.), mientras que en las acciones de saneamiento el plazo comienza a correr independientemente de cualquier consideración subjetiva sobre el conocimiento de quien ha sufrido el error (38). Esta diferencia se mantiene en el Código de 1942 (39).

---

(36) En este sentido LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts*, 8.º ed. Munich y Berlín, 1967. Vol. II. Vid. pág. 58). Sin embargo, en la primera nota de esa misma página señala que no se trata propiamente de una ley especial, puesto que, según él, contiene casos no comprendidos en el § 119, II del BGB, los defectos no relevantes como error del comprador por no ser considerados en el tráfico como esenciales.

(37) Op. cit. Vid. págs. 134-5.

(38) Esta es sin duda la opinión dominante, aunque no faltan opiniones, tanto de romanistas como respecto a nuestro Derecho histórico, que fijan el comienzo del plazo en el momento en que se descubren los vicios.

(39) Vid. art. 1.442, párr. 2.º. Sin embargo, el art. 1.301 de nuestro Código civil fija en la consumación del contrato el comienzo del plazo concedido para ejercer la acción de nulidad, mientras que el art. 1.490 atiende a la entrega de la cosa vendida.

Pero junto a esta desventaja, las acciones edilicias favorecen al comprador a través de un mecanismo totalmente impropio del error. En efecto, la protección que el legislador concede a la parte contratante que ha sufrido el error, mediante la acción de anulación, conduce a que dicho contratante se pueda desvincular del contrato, restituyéndose los contratantes las prestaciones recibidas; en cuanto a los gastos realizados por cada uno, éstos corren de su cuenta. Se hace, pues, recaer el riesgo de error de uno de los contratantes sobre ambos, ya que cada uno soportará sus gastos. Pero en las acciones edilicias grava más al vendedor, víctima indirecta del error, frente al comprador que es quien lo ha sufrido, ya que aquél habrá de abonar a éste "los gastos que pagó" (art. 1.486, párr. 1.º) además del precio recibido. Evidentemente, el simple respeto de la voluntad individual, base de la protección jurídica de quien incurre en un error contractual, no justifica que la otra parte cargue no sólo con los gastos tenidos, sino también con los realizados por el que precisamente ha provocado la anulación del contrato por su error (40). Ciertamente que los gastos del contrato no comprenden ni el lucro cesante (daño positivo), ni todo el daño emergente (daño negativo) (41), pero constituyen un perjuicio que, desde la perspectiva del error, no hay razón para volcar exclusivamente sobre el vendedor.

También parece extraña a la figura del error la posibilidad de que la parte que yerra imponga una modificación contractual a la otra parte, y esto es, en definitiva, lo que supone la acción estimatoria. Ya hemos visto que el artículo 1.432 del Código civil italiano admite la posibilidad de que el contrato viciado por un error sea salvado mediante una modificación del mismo. Pero esta salida se ofrece precisamente a la que podríamos llamar "partes inocente" con respecto a la anulación, es decir, la que no ha sufrido el error.

Finalmente, una última diferencia, posiblemente la más importante, radica en la posibilidad que el artículo 1.485, párrafo 2.º concede de una renuncia pactada de las acciones de saneamiento por vicios ocultos, siempre que no sea origen de un abuso por parte del vendedor. Esto carecería de sentido si dichas acciones perteneciesen verdaderamente a la figura del error negocial. La protección de la voluntad individual, base del negocio jurídico, forma parte del contenido imperativo del Derecho de Obligaciones, por lo que la renuncia de una acción de impugnación basada en la existencia de un error no podría ser admitida en ningún caso.

Sólo podremos llegar a una solución del problema si conseguimos aclarar cómo encajan los supuestos de error y de vicios ocultos en la

---

(40) En algún ordenamiento jurídico, como el alemán (§ 122 del BGB), se establece precisamente la solución contraria, que siempre será más lógica, consistente en imponer al contratante que yerra la obligación de indemnizar a la otra parte los daños sufridos siempre que impugne el contrato, en base a la confianza que dicha otra parte contratante ha depositado en la plena validez del contrato. Ciertamente que no se exige, en cambio, la excusabilidad del error.

(41) Vid. nota núm. 66.

estructura del contrato de compraventa. No son pocos los autores que aceptan que uno y otro supuesto hacen referencia a diversos momentos de la vida del contrato: el supuesto de vicio oculto presupone que el contrato de compraventa esté ya perfeccionado, por lo que se sitúa en la fase de ejecución del contrato; mientras que el supuesto de error incide en el mismo período de formación del contrato (42). De acuerdo con lo cual en ningún caso podrían confundirse ambos supuestos. Y, sin embargo, utilizando el concepto tradicional del error en los negocios no hay forma de distinguirlos. En efecto, el error negocial, configurado como una discordancia entre el conocimiento que un particular tiene de la realidad y esa realidad misma, sólo puede ser comprobado cuando el comprador que lo ha sufrido recibe la cosa y se da cuenta de que no reúne las condiciones que él esperaba (43). Cuando la cosa objeto de la compraventa es genérica, existen posibilidades de distinción, pero cuando se trata de una cosa específica, entonces resulta totalmente imposible determinar si nos encontramos ante un supuesto de error o ante una incidencia propia del momento de ejecución del contrato (44). Y esto es precisamente porque la comprobación de ambos fenómenos se produce a un tiempo (45).

(42) VON BLUME: *Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung*, en Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Vol. 55. Vid. págs. 214-5.

(43) DE CASTRO: *El negocio jurídico*. Madrid, 1967. Vid. págs. 118-9.

(44) Todas estas dificultades han llevado frecuentemente a la conclusión de que las acciones edilicias se deben limitar a las compraventas de cosas genéricas, mientras que los vicios o faltas de calidad en las compraventas de cosas específicas se deben solucionar con la acción de impugnación derivada del error. En este sentido, frecuentemente la jurisprudencia italiana. Cass. 23-II-1952, en Rep. Foro It., 1952, voz "Vendita", núm. 234: "Allorchè si sia contrattata una cosa individua e questa si sia avuta, ma priva di una qualità concordata come essenziale, il compratore ha il rimedio dell'azione di annullamento del contratto per errore"; App. Firenze 23-III-1953, en Rep. Foro It., 1953, voz "Vendita", núm. 74: "Quando la cosa oggetto di un contratto di compravendita sia precisamente quella vista e richiesta dal compratore, non si può, in relazione alle deficienze da essa presentate e che la rendono non idonea al funzionamento senza radicali riparazioni, agire giudizialmente nè con azione contrattuale per consegna di "aliud pro alio" nè con azione redibitoria per vizi nè con azione per mancanza di qualità promesse od essenziali, ma solo con azione di annullamento del contratto per vizio del consenso (errore)"; también Cass. 21-IV-1956, Rep. Foro It. 1956, voz "Vendita", núm. 35.

(45) Lo dicho no se altera cuando el momento de traspaso de los riesgos de la cosa es posterior al momento en que se perfecciona el contrato de compraventa. Atender al hecho de que el error se refiere al momento en que se perfecciona el contrato, mientras que las acciones edilicias atienden al momento de la entrega no tiene casi ninguna importancia, puesto que la realidad sobre la que incide el contrato (la cosa vendida) no se altera normalmente de un momento a otro. Además, cuando tales alteraciones se producen, existen otras instituciones jurídicas encaminadas a regular su imputación.

Este problema, que se puede plantear en un ordenamiento como el alemán, no lo es en el nuestro, puesto que, de acuerdo con el art. 1.452 del C. c., en el caso de compraventa de cosa específica, los riesgos de la cosa pasan al comprador desde que se perfecciona el contrato, prescindiendo del momento de la entrega. Lo que parece evidente, repito, es que en ningún caso las acciones edi-

Así pues, valorar el supuesto de vicios ocultos en la compraventa de cosa específica como un caso de error, tanto si se considera que es así verdaderamente o porque sea imposible diferenciarlo en la práctica, como acabamos de ver, conduce a los resultados poco satisfactorios que hemos enumerado más arriba.

B) *El concepto del error negocial.*

Cuando un concepto adquirido, aquí el de error negocial, nos conduce a un punto muerto en el que ninguna de las dos soluciones satisface, ha llegado sin duda el momento de replantearse la validez del mismo. En la doctrina italiana, BARCELLONA ha introducido un concepto de error negocial que, a mi modo de ver, responde mejor tanto a la esencia de dicha figura como a su utilización como concepto técnico, sirviendo así mejor a la construcción dogmática. En el tema que nos incumbe aquí, el lector podrá apreciar que el concepto de error que adopto permite deslindar claramente el error y los vicios redhibitorios en la compraventa de cosa específica.

El error negocial debe conectarse con el sistema de lenguaje y los medios de representación. Para juzgar sobre la falsedad de una representación del individuo (representación que le induce a contratar), no hay que acudir a su contrastación con la realidad, sino que "habrá que averiguar si el sujeto considera el "signo", o medio de representación utilizado, idóneo para evocar una realidad igual o distinta a aquella a la que la comunidad en que él vive alude con el mismo signo (o que convencionalmente indica con el mencionado signo). El error pone de relieve la relación de incongruencia que existe entre dos diversos puntos de vista, igualmente atribuibles a sujetos humanos. En cambio, el problema de la existencia efectiva del objeto exactamente representado se sale de la problemática del error, el cual atiende sólo a la idoneidad de la forma representativa utilizada para evocar aquel significado" (46). Con este planteamiento, el error en los negocios se nos presenta como un vicio surgido en el sistema de comunicación de los particulares. Existe error cuando el individuo ha dado a su declaración de voluntad un sentido distinto al que dicha declaración recibe en la comunidad (47). Por ello, el error negocial no se entiende a nivel individual, sino sólo en su dimensión social,

---

licias han tenido como función la atribución del riesgo de la cosa desde que se concluye el contrato hasta que se efectúa la entrega.

(46) BARCELLONA: Voz "Errore" de la Enciclopedia del Diritto Giuffrè. Volumen XV. Vid. págs. 247-8.

(47) Esta concepción del error suprime, pues, la división radical entre error en la voluntad y error en la declaración, en cuanto atiende exclusivamente a la dicotomía existente entre el sentido que el declarante atribuye a lo dicho y el sentido que lo dicho tiene en la comunidad. Es una pura cuestión de lenguaje.

en cuanto el signo utilizado viene contrastado con el sentido que le otorga la comunidad social (48).

C) *Los vicios redhibitorios como expresión de un desajuste entre la realidad negocial y la realidad material.*

Llevando este planteamiento a nuestro tema, es decir, al de los vicios ocultos y el error sobre las cualidades de un bien comprado, podemos decir que cuando alguien decide comprar patatas, por ejemplo, es porque son de una determinada calidad o porque no tienen ciertos vicios; y si no se hace alusión expresa a dichos datos en la declaración de voluntad es porque el sujeto en cuestión estima que los signos de comunicación utilizados bastaban para introducirlos también como “representados” por ellos, de acuerdo con las circunstancias en que se ha hecho uso del medio de representación. Será luego la comunidad quien, mediante las reglas establecidas (objetivas) del lenguaje, decida si esta creencia del declarante sobre la idoneidad representativa de su declaración es válida a nivel social, porque corresponda con lo que se entienda socialmente con tales signos y en las mismas circunstancias.

Obsérvese que estamos utilizando las palabras lenguaje, signo y declaración en su acepción más amplia, que atiende a todo aquello que pueda tener sentido en la comunicación social. Corresponde esto a una visión de la declaración de voluntad que se acopla a la realidad, valorando todos los elementos que vengan a completar y a matizar la estricta emisión de signos del declarante (49).

En cambio, “el error que recae sobre circunstancias externas, atendiendo sólo al modo de ser de la realidad existente fuera de la situación configurada por las partes, no altera la idoneidad del negocio como instrumento adecuado para la objetivación y la regulación de los intereses” (50). Este no es el error negocial que atiende a la “realidad ideal” que es el negocio. Los desajustes de esta realidad ideal con la realidad material corresponden al supuesto de hecho ejecutivo (“fattispecie effettuale”) del negocio y, consecuentemente, habrán de ser relevantes en cuanto condicionan la realización del programa ideal que es el negocio; pero ya fuera de la doctrina del error. En esta esfera

---

(48) “... si può ben dire che la struttura rappresentativa è essa stessa una presenza in termini di significato, la cui idoneità (ad evocare il significato medesimo) è determinata automaticamente dal criterio di significazione assunto dall'autore della rappresentazione per stabilire il rapporto fra “segno” e “significato”. Soltanto ponendosi da un diverso angolo visuale, facendo riferimento ad un diverso criterio, si può valutare l'adeguatezza dell'uno all'altro termine del rapporto —Se l'autore della rappresentazione fosse lo stesso soggetto che determina le regole di significazione non si porrebbe affatto un problema di adeguatezza della struttura rappresentativa al suo contenuto: per il soggetto che produce il simbolo questo sarà sempre vero.” BARCELONA. Op. cit. Vid. páginas 247-8.

(49) DE CASTRO: *El negocio jurídico*. Vid. págs. 62-63 y 66-67.

(50) BARCELONA. Op. cit. Vid. págs. 265-6.

es donde se deben colocar los vicios redhibitorios, como expresión de un desajuste entre la realidad negocial y la realidad material, suponiendo pues un obstáculo para la ejecución normal (tal como proyectada idealmente) del contrato de compraventa de una cosa específica.

Sin embargo, se podría alegar que, cuando el acuerdo negocial ha recaído sobre un objeto específico (cuando se ha dicho: este coche, aquella máquina, esos muebles), a la vista de ambos contratantes, aunque el comprador entienda que con ello designa un objeto con ciertas cualidades, la comunidad entenderá que se ha señalado la cosa en cuestión tal y como era en ese momento. Con lo que la concepción defendida del error nos llevaría de nuevo a calificar como un supuesto de error el de los vicios redhibitorios surgidos en una compraventa de cosa específica. Pero no es así. El lector ha visto cómo el error negocial, tal y como yo lo entiendo, no es un desacuerdo entre una representación individual y la realidad, sino entre dos representaciones, la individual y la comunitaria. Y, lo que es más importante, esta segunda representación, la social, no es el equivalente exacto de la realidad material, exterior, sino que, como tal representación, es siempre diversa de la cosa representada, en cuanto está dotada de un cierto grado de abstracción. En efecto, cuando decimos que una cosa tiene tales y cuales características, que es de un cierto modo, no hacemos sino referirnos a la media de las representaciones relativas a la misma.

Pues bien, cuando un contratante declara que su voluntad es adquirir una cosa específica, entendiendo que con ello implica automáticamente toda una serie de cualidades en dicha cosa, hay que tener en cuenta que la representación comunitaria no se limita a considerar que esa es la cosa designada, sino que, como todo sistema de medios de representación, entenderá al mismo tiempo que la cosa designada tiene todas las cualidades que se puedan esperar, según las circunstancias y de acuerdo con la experiencia comunitaria; que tiene todas las cualidades que se consideran normalmente inherentes a la misma en el tráfico de bienes.

El error resulta pues, de un desacuerdo entre la interpretación subjetiva de uno de los contratantes (en el tema que nos ocupa sería la del comprador) y la interpretación objetiva de la regla negocial. Pero resulta especialmente importante darse cuenta de que la interpretación objetiva (la válida jurídicamente) no se ata a la realidad, ni siquiera cuando la declaración negocial se ha montado directamente sobre ella, como cuando se dice: esta mesa, aquella finca, esta partida de manzanas, estos vagones de carbón. Aún entonces, lo significado objetivamente (fruto de la interpretación) no se agota en la mera designación, sino que, de acuerdo con lo que la comunidad entiende, en concordancia con las circunstancias y demás declaraciones realizadas, la mesa habrá de ser de madera de buena calidad, bien barnizada y suficientemente sólida para que puedan comer en ella un

gran número de personas; la finca tendrá que ser de regadío, con tierra adecuada para determinados cultivos, con o sin ganado y con las instalaciones adecuadas para la explotación; la partida de manzanas habrá de tener ciertas cualidades; y lo mismo habrá que decir en el caso del carbón (51).

El hecho de que la designación expresa de un objeto no agote el contenido de la declaración negocial tampoco supone que tal designación sea irrelevante, ya que ella determinará la inclusión en el negocio de todas las propiedades que normalmente habría de tener el objeto, siempre que no haya datos circunstanciales del objeto (lugar donde se encuentra, vicios o defectos manifiestos...), o de las personas que contratan, o declaraciones accesorias que modifiquen dicha configuración.

Pero repitamos una vez más y para siempre que sólo existirá error negocial cuando las expectativas del comprador, basadas en su interpretación del contrato, no coincidan con el resultado de la compraventa basado en la interpretación legal u objetiva, y así, la composición de intereses pactada sea realmente otra que la que creía el comprador. Será este un problema a solventar mediante la interpretación del contrato de compraventa, realizada en la forma que hemos descrito (52). Si ambas representaciones coinciden, el negocio, como programación ideal de la realidad, ha surgido con plena validez y ya no se puede hablar de error en el sentido técnico de vicio del consentimiento, que puede provocar la nulidad del contrato. Cuando la cosa, a pesar de haber sido designada específicamente en el contrato, no reúna las propiedades exigibles que se deduzcan de la interpretación legal del mismo (y que coincidan con las que contaba el comprador), nos encontramos con los vicios ocultos, que, como decía, inciden en la ejecución del contrato, en la realización práctica de lo programado contractualmente.

Esbozos de esta construcción los encontramos ya en VON BLUME (53), y en FLUME (54). El mimo MUCIUS SCAEVOLA observa aguda-

(51) Criterio compartido por LUZZATTO (*La compraventa*, según el nuevo Código civil italiano. Traducción de la primera edición italiana con notas sobre el Derecho civil español, por Francisco Bonet Ramón, Madrid, 1953. Vid. pág. 331): "Se tiene, pues, vicio redhibitorio, según los arts. 1.490-1.496, o falta de cualidad, según el art. 1.497, cuando la inexistencia del vicio constituye el objeto de una aseguranza del vendedor, aseguranza que puede resultar también implícitamente de la naturaleza del contrato, de los usos, de precedentes relaciones entre vendedor y comprador, de finalidades que el comprador haya manifestado al vendedor en el curso de los tratos; en otros términos, se supone que la ausencia de vicios o ciertas cualidades de la cosa vendida esté como incluida en el contenido del contrato."

(52) AMORTH ve también claramente que se trata de un problema de interpretación: "Ebbene qui si è al di fuori dell'errore perché si è in materia di interpretazione del contratto. Infatti qui il problema non riguarda l'accertamento se la volontà del compratore sia viziata da errore, ma riguarda il ben diverso accertamento su quale sia il valore esatto della statuizione contrattuale, cioè il contenuto del contratto." Op. cit. Vid. pág. 81.

(53) Cuando explica el fundamento del saneamiento por vicios ocultos,

mente que “los vicios redhibitorios, únicos sobre los que recae la acción del saneamiento, son los ocultos e incognoscibles, acerca de los que, por tanto, no se contrata, pues ni el vendedor los hace materia de su consentimiento, ni mucho menos el comprador” (55).

También WOLFF llega a las mismas conclusiones, aunque se mantenga dentro de la concepción tradicional del error (56). Este se refiere a una divergencia entre la representación del particular y la realidad, siendo esta última valorada como “correcta”, mientras que aquélla es juzgada como “falsa”. En cambio, según él, el supuesto de vicios redhibitorios se refiere a una divergencia en donde lo “correcto” es la representación del particular y lo “falso” es la realidad, en cuanto el comprador se ha representado la cosa de acuerdo con lo que él podía esperar legítimamente, según el contenido y las circunstancias del contrato. Existe pues error cuando la suposición del comprador es “falsa” frente a la realidad que es “correcta” en relación con el contrato; y existen vicios redhibitorios cuando la suposición del comprador es “correcta” frente a la realidad que es “falsa” en relación con el contrato. El planteamiento es exactamente el mismo que el que he realizado partiendo del concepto de BARCELONA sobre el error. La única diferencia consiste en que WOLFF relega formalmente la regla negocial a un segundo plano, en cuanto se pone menos de relieve que es su contraste y no el de la realidad el que permite determinar la existencia o inexistencia del error. Y ello ocurre por contrastarse directamente la suposición individual con la realidad; lo que es sólo aparente, ya que será la regla negocial la que determine si dicha realidad es “falsa” o “correcta”. Partiendo de la hipótesis de que la cosa no satisfaga las esperanzas del comprador, si corresponde a la interpretación correcta del contrato, existirá error (contradicción entre la suposición individual del comprador y la interpretación legal del contrato); de lo contrario, existirá un vicio oculto (la contradicción es ahora entre la interpretación legal del contrato y la realidad, mientras que la suposición del comprador corresponde a aquélla). Pero esta relegación formal de la naturaleza totalmente ideal del acuerdo contractual y del error es más importante de lo que parece, ya que da lugar a que se pueda dudar si WOLFF abarca también en su construcción los casos en que el contrato se perfecciona sobre una cosa específica, que son los que interesan aquí. Que el contrato no se encuentra condicionado por

---

dice: “Der Käufer... darf wegen eines Sachmangels den Vertrag rückgängig machen, weil er bei der Uebergabe der Sache in einer Erwartung enttäuscht wird, die er nach den Zusicherungen des Vertragsgenossen oder nach der Verkehrsauffassung hegen durfte.” Op. cit. Vid. pág. 215.

(54) Así parece según la recensión de su libro: *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, 1948, realizada en la Revista Archiv für Civilistische Praxis —Vol. 150, Fascículo 4 (1949)—, por KEGEL. Vid. pág. 357. (No he podido consultar directamente dicha obra.)

(55) Op. cit. Vid. pág. 661.

(56) Op. cit. Vid. págs. 39-41.

un objeto de la realidad si atiende a un género, es algo indiscutible. Pero si no se va más allá se limitan las acciones edilicias a las compraventas de cosas genéricas.

D) *Las Sentencias del T. S. de 8 de mayo de 1918 y de 31 de diciembre de 1919.*

La sentencia de 8-V-1918 me brinda una buena ocasión para ilustrar lo dicho sobre el error y los vicios ocultos. En efecto, como veremos en el supuesto de autos, el T. S. podría haber apreciado correctamente la existencia de un error, aunque rechazase, como lo hizo, la aplicación de las acciones edilicias.

Se trata de la compraventa de una fábrica "con todas sus dependencias, maquinarias y enseres de fabricación de aceite, harinas y panadería, más el predio a ella anejo y cercado de tapia y alambrado, más una huerta de 27 celemines con caserío..., más 12 aranzadas olivar garrotal..., con todos sus derechos de aguas, concesiones, etcétera..., y tal como se encuentre en los Registros correspondientes" por el precio de 115.000 pesetas, que se han de pagar fundamentalmente en dos plazos. Entregados los bienes objeto de la venta en junio de 1914, el vendedor demanda en enero de 1915 al comprador por incumplimiento del pago del precio. El comprador opone reconvencción, pidiendo la nulidad, y en su consecuencia la resolución del contrato, al resultar que el caudal de agua de que disponía la fábrica era de 127 litros por segundo y no de 413 litros por segundo, según la inscripción existente en el Registro de la Jefatura de Obras Públicas de Sevilla, lo que implicaba, según se deduce de la prueba pericial una disminución de 51.802 pesetas en el valor de la fábrica, con respecto al que tendría si la fuerza hidráulica fuese suficiente (como lo hubiese sido con los 413 litros por segundo) para accionar toda la fábrica (32 caballos).

Tanto el Juez de primera instancia como la Audiencia Territorial de Sevilla y el Tribunal Supremo condenan al comprador, rechazando su reconvencción frente a la demanda del vendedor, ya que. "en relación con las pruebas practicadas..., la intención y voluntad de las partes no fue establecer como condición principal, esencial y determinante de la estipulación concertada, el que la fábrica, situada en una de las fincas vendidas, disfrutase de hecho de una cantidad determinada de agua para fuerza motriz, sino que se vendieron las tres fincas lisa y llanamente con sus máquinas, enseres, derechos de agua, concesiones, etc., por un precio en junto de 115.000 pesetas".

En esta interpretación de la compraventa concluida parece importante el hecho de que, posteriormente, y aún después de conocer el mencionado vicio, el comprador realizó obras importantes en las fincas adquiridas, lo que implica una postura de conformidad con lo recibido y pone de relieve que correspondía fundamentalmente a lo pactado. Así se eliminan evidentemente tanto las acciones de incum-

plimiento como las edilicias. En cambio, el Tribunal Supremo considera que tal interpretación elimina la existencia de error y la acción de incumplimiento. Lo primero no parece acertado, así como tampoco la omisión de las acciones edilicias, cuyo ejercicio se rechaza con argumentos injustificados, como veremos.

Estas últimas son las ejercidas por el comprador en su reconvencción, como lo demuestra el pedir, si no hubiese lugar a la nulidad del contrato, "que se declarase la obligación en que se encontraba el vendedor de rebajar una cantidad proporcional del precio". Sin embargo, en este caso, como en tantos otros, el comprador sufre la típica confusión de acciones y acude también al artículo 1.124, diciendo que "no se ha entregado al comprador la misma cosa comprada, sino otra muy inferior en valor, dada la importancia esencial que para la fábrica representaba la existencia de fuerza hidráulica en la cantidad prometida y pactada", así como a los artículos 1.261, 1.265 y 1.266.

Pues bien, con respecto a estos últimos artículos alegados por el comprador, hay que decir que no pueden quedar descartados por la interpretación del contrato realizado. Es más, precisamente el determinar que el cumplimiento ha correspondido a lo objetivamente pactado (porque en este caso, realidad y regla negocial coincidían) es lo que elimina la posibilidad de que el supuesto sea de saneamiento por vicios y abre la posibilidad de que se trate de un caso de error. Así se evidencia de los resultandos, puesto que ciertamente el caudal de agua, necesario para hacer funcionar la fábrica, puede ser una condición determinante de la voluntad del comprador. Por otra parte, el error sería excusable en base a la falsa inscripción en el Registro. En los considerandos no queda reflejada esta construcción, aunque posiblemente ello se deba a que ya la Audiencia había valorado los actos posteriores del comprador no sólo como elemento para interpretar el contrato, sino también como una confirmación del mismo, de acuerdo con los artículos 1.309 y siguientes del Código civil.

También debe señalarse como errónea la estimación que realiza el Tribunal Supremo en su tercer considerando, según el cual, no se puede acudir a los artículos 1.484 y siguientes, al no existir defectos ocultos, "puesto que si las fábricas vendidas tenían una cantidad mayor o menor de agua, estaba a la vista al concertar la venta". Este criterio evidentemente simplista no incide en la justicia de la decisión, ya que, como hemos visto más arriba, la interpretación dada al contrato implica ya automáticamente la eliminación del saneamiento por vicios ocultos.

En cambio, la STS de 31-XII-1919 aprecia correctamente la existencia de error en una compraventa de cosa específica.

Aquí se trata de una compraventa, entre dos fabricantes de paños, de un surtido, que uno de ellos tenía en su fábrica de Béjar. El contrato se realiza por correspondencia, ya que el comprador es fabricante y vecino de Sabadell. Se trata, pues, de una compraventa de

cosa determinada, aunque no haya sido vista directamente por el comprador. Se perfecciona sobre la siguiente descripción de la cosa remitida por el vendedor: "Surtido tres cardas de hierro de la casa Platt, de 7,55 de ancho: la primera tiene dos cuerpos de carda, es más larga, me parece que de cinco cilindros; la tercera tiene cuatro bobinas, me parece que de 35 kilos o mecha cada una. Las selfactinas, de 280 husos, cada una son de la misma casa Platt. No recuerdo los milímetros de ancho de huso a huso, no existe diablo; hay piezas de recambio; el fresado de las tres cardas está en muy buen estado."

El comprador se niega a hacerse cargo de la maquinaria, ya que él contaba con que fuese de construcción relativamente reciente en base a las manifestaciones de la persona que estaba al frente de la Sucursal que tenía en Barcelona el fabricante de Béjar. En efecto, según ésta "se trataba de un surtido sistema Platt, según creo nuevo, en estado de conservación, que consta de tres cardas y dos selfactinas, cuya construcción data de unos diez o doce años, instalado en la fábrica que mi principal tiene en Béjar".

De la prueba pericial resulta: "que se trataba de un surtido de la casa inglesa Platt, que tiene establecidos en España la mayoría de ellos; que la fecha de construcción de todos ellos es del año 1870, exceptuando el flotador o divisor de la tercera carda, o sea carda mechera, que es del año 1901; siendo los modelos dispositivos anticuados; que exceptuando algunos pequeños defectos, por el tiempo de su trabajo, que no alteran su buen funcionamiento, se puede decir que las cardas sin excepción están en buen uso, así como las selfactinas, tanto por su tiempo de trabajo como por su desgaste en los distintos mecanismos se clasifican en mal uso; que cada una de las dos tiene 280 husos con 40 milímetros de luz y 50 milímetros de centros de huso y el número corriente de ellas hoy día es de 300 husos; que generalmente las selfactinas que construye y ha construido la casa inglesa Platt desde hace 15 años tienen una distancia de huso a huso de 54 milímetros, no pudiendo precisar si absolutamente todas son así, pues depende en parte de la voluntad del comprador, siendo el dispositivo de 54 milímetros lo más corriente, puesto que da mayor producción".

La Audiencia Territorial de Valladolid confirma la sentencia del Juzgado de primera instancia y obliga al comprador demandado al cumplimiento del contrato.

El T. S. casa dicha sentencia al aceptar la existencia de error (arts. 1.265-6) "porque es indudable que D... compró el surtido de que se trataba, inducido por la equivocada creencia de que el que se le ofrecía en venta reunía las cualidades expresadas de modernidad, buen estado de uso y funcionamiento y no de un modelo antiguo".

Es interesante atender a las alegaciones dadas por las partes en las diversas etapas del proceso, ya que de ellas se deduce claramente cómo el problema primario es de interpretación del contrato para determinar su contenido. Sólo entonces se podrá hablar de error, de vicios ocultos

o de incumplimiento. En efecto, en la apelación ambos contratantes alegan en su defensa la aplicación del artículo 1.258 (el comprador cita también el art. 1.282) y la cuestión se centra en saber si las declaraciones previas del encargado de la Sucursal de Barcelona habrán de tenerse en cuenta para la determinación del objeto de la prestación o no. Para ello, puede ser decisivo el saber si actuó como mandatario. Así lo estima el comprador, quien cree que el vendedor "está obligado a entregar al demandado un surtido de hilar lana de la casa Platt, de diez o doce años fecha de construcción, en buen estado de conservación y funcionamiento, de las dimensiones y detalle expresados en la nota del actor", citando los artículos 1.484, 1.166 y 1.124. Sólo subsidiariamente pide la nulidad del contrato por error en el consentimiento. Lo que parece acertado en dicha postura es partir del principio según el cual el objeto de la prestación no queda totalmente configurado por el hecho de estar determinado. Sin embargo, ni en primera ni en segunda instancia se acepta esta interpretación. Por ello el comprador monta un recurso exclusivamente sobre la existencia de un error relevante por ser excusable y esencial. Excusable en cuanto las declaraciones del encargado justifican al menos la creencia del adquirente. Esencial, al recaer sobre condiciones de la maquinaria que "principalmente" motivaron la decisión de comprarla.

La fundamentación del fallo parece justa una vez admitido que la interpretación del contrato debía limitarse a la declaración del vendedor (otra cosa sería si las manifestaciones previas del encargado hubiesen sido realizadas como mandatario del comprador o por éste en persona), pero no como dice el segundo Considerando porque el error signifique un concepto equivocado o juicio falso sobre la materia en que recayó el consentimiento (el surtido), sino sobre el contenido mismo del contrato, derivado de su correcta interpretación.

E) *El supuesto de vicios ocultos y el supuesto de incumplimiento contractual.*

Sin embargo, cuando el vendedor entrega la cosa específica, por muchos vicios ocultos que tenga, no se podrá hablar de incumplimiento. Porque no se puede olvidar que, como decía, aunque la realidad no configure total y exhaustivamente el objeto contractual, no deja por ello de participar en su determinación y, además, con un carácter básico cuando se trata de una obligación específica. La interpretación del contrato llegará a la conclusión de que el objeto ha de tener tales y cuales características, pero nunca podrá prescindir de la vinculación fundamental constituida por el hecho de que el objeto de la prestación sea ese, el específicamente señalado. Por lo que el vendedor no incumple (en sentido estricto) cuando entrega la cosa sobre la que ha recaído el acuerdo, aunque ésta no tenga todas las cualidades exigibles o, dicho de otra forma, aunque ésta tenga vicios ocultos no previsibles según una interpretación correcta

del contrato. Y es que, precisamente por esa vinculación del contrato al objeto designado, el vendedor no tiene obligación de entregar otro igual (lo que sólo sería posible si la cosa determinada perteneciese a un género) que, ese sí, reúna las condiciones exigibles. Es más, si esta iniciativa partiese del mismo vendedor para evitar los efectos del saneamiento por vicios ocultos, el comprador no estaría obligado automáticamente a aceptar el cambio; sólo la consideración de la buena fe podría conducir a semejante resultado.

Sin embargo, no faltan autores que extienden la explicación dada para las acciones edilicias en las compraventas de cosas genéricas a las compraventas de cosas específicas (56 bis). Así, RICCI, quien considera que no basta con entregar la cosa para cumplir, sino que es preciso entregarla con las propiedades necesarias para obtener la satisfacción que se esperaba conseguir a través de su posesión (57). También LUZZATTO incluye las acciones edilicias en un incumplimiento entendido en sentido muy amplio y que abarca la promesa contractual del vendedor acerca del estado de la cosa que no corresponde a la realidad, precisamente para aplicar dicha construcción a las compraventas de cosa específica. En pro de su tesis observa que el artículo 1.497 del Código civil italiano habla de “cualidades prometidas” y de “cualidades esenciales para el uso a que es destinada la cosa”, lo que equivale a una promesa tácita. “Si las normas relativas a la redhibitoria se refieren menos claramente a una promesa o declaración del vendedor, respecto a estar la cosa immune de vicios, ello es naturalmente porque el vicio es una anomalía” y “la declaración de que la cosa es perfecta... es más fácilmente presumible” (58). LUZZATTO reconoce que en las compraventas de cosa específica el incumplimiento del vendedor coincide con un vicio de la voluntad del comprador, pero debe predominar el incumplimiento, ya que “no se puede hablar enteramente de falso conocimiento del comprador, respecto al estado de la cosa en el momento del contrato, como sería necesario para hacer semejante la acción a aquella que deriva del error”.

Con todo parece dominante la doctrina que no acepta el ver un incumplimiento en la entrega de la cosa específica con vicios ocultos (59).

MARTORANO recurre para rechazar la existencia de incumplimiento a

56 bis) Se vuelve a hablar del incumplimiento como explicación de las acciones edilicias al tratar de su naturaleza en las compraventas de cosas genéricas.

(57) *Corso teorico-pratico di Diritto Civile*. Torino, 1885. Vol. VII. Vid. páginas 302-3.

(58) Op. cit. Vid. págs. 330-331.

(59) LARENZ (*Lehrbuch...* Vid. pág. 56) considera que se cumple con la entrega de la cosa tal y como se encontraba al perfeccionarse el contrato.

FUBINI se pregunta cómo se puede hablar de incumplimiento si se ha entregado la misma cosa designada en el contrato. Desde luego no existe en la legislación italiana, añade este autor, ningún precepto que imponga al vendedor la entrega de una cosa libre de defectos en vez de la entregada. Op. cit. Vid. páginas 111 y 121.

la teoría general sobre el contenido de las obligaciones (60). El fin de éstas es la satisfacción del interés del acreedor y, aquí, del comprador, cuyo interés abarca evidentemente, la obtención de lo comprado sin vicios. Esto se consigue normalmente con la conducta que se puede exigir al vendedor (deudor); pero cuando no es así, entonces, aunque el comprador (acreedor) no haya obtenido el resultado que perseguía, el vendedor queda libre de toda responsabilidad. En tal caso se habla de la imposibilidad de conseguir el resultado apetecido, a pesar de que la actuación del deudor haya sido conforme con lo exigible según la buena fe. En la compraventa, los límites de la actividad exigible al vendedor no superan lo que constituye la prestación típica de dicho contrato, la prestación de entregar la cosa tal y como se encontraba cuando se perfeccionó el negocio, por lo que la entrega de la cosa sin vicios, cuando ya los tenía, no sólo es imposible en el caso de vicios insubsanables o de cosas no fungibles, sino en cualquier caso, en cuanto la eliminación de los vicios o la sustitución de la cosa son conductas no exigibles al vendedor, por encontrarse fuera del contenido de la relación obligatoria en cuestión. Así pues, concluye MARTORANO, aunque no se haya conseguido la satisfacción del comprador, no se puede hablar de incumplimiento del vendedor porque esa satisfacción depende de circunstancias ajenas al contenido de la obligación. El fin perseguido queda frustrado como consecuencia de su incongruencia con el medio elegido para alcanzarlo (la cosa específica viciosa).

F) *El supuesto de vicios ocultos como supuesto de imposibilidad parcial de la prestación.*

En mi opinión, el contenido contractual viene dado por dos elementos: la designación del objeto y la configuración (vicios y cualidades) que dicho objeto ha de tener, de acuerdo con la opinión común; y ninguno de ellos cede ante el otro. Para que se dé el supuesto de hecho ejecutivo del contrato ha de entregarse el objeto designado y dicho objeto ha de tener las condiciones previstas según la interpretación legal. Cuando falta esta segunda parte del supuesto se produce una imposibilidad. La ejecución del contrato es imposible porque la cosa que el vendedor ha de entregar no reúne las condiciones exigibles; se trata de un desajuste insalvable entre el negocio y la realidad, cuya relevancia jurídica (en este caso de los vicios ocultos) conduce a las acciones edilicias.

Esta misma teoría parece ser la de AURICCHIO, tal y como la expone AMORTH. Aquél considera que las acciones edilicias se aplican a un supuesto de divergencia entre el objeto del acto —contrato— y el de la relación contractual; lo que es fácilmente distinguible del incumplimiento, que atiende al contraste entre el objeto de la rela-

---

(60) *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Nápoles, 1959. Vid. páginas 52-61.

ción y el bien entregado. AMORTH critica tal teoría porque, según dice, la considera tautológica: "Infatti la divergenza oggettiva è un fatto che reclama un istituto che lo discipline, ma non è un istituto. Dire che, allorquando il compratore acquista una cosa obiettivamente divergente da quella contrattata, la sua tutela non deriva dall'errore non dall'inadempimento, ma dalla obiettiva divergenza, mi sembra che sia riportare la soluzione alla premessa" (62).

Llegando a la conclusión de que la relevancia jurídica de los vicios ocultos en la compraventa de cosa específica responde a la existencia de una prestación imposible, es oportuno estudiar si la eficacia de las acciones edilicias corresponde a la eficacia de un contrato imposible "ab initio". Dicho contrato es nulo y el artículo 1.303 prevé la restitución recíproca de todo lo recibido. Otros efectos se podrían obtener si en dicha imposibilidad medió dolo o culpa de una de las partes, a través de la "culpa in contrahendo". Sólo cuando la nulidad proviene de ser ilícita la causa o el objeto del contrato se prevén efectos especiales (arts. 1.305-6), que tampoco coinciden con los resultados a que puedan conducir las acciones edilicias.

Si se ejerce la acción redhibitoria, el efecto de la misma será que el comprador obtenga la devolución del precio a cambio de la restitución de la cosa (hasta aquí no desbordamos la eficacia propia de la nulidad por imposibilidad), pero, además, se le abonarán "los gastos que pagó" (art. 1.486). Aunque éstos se limiten a los gastos del contrato, es evidentemente una ventaja para el comprador a costa del vendedor, lo que supone un juicio favorable para la conducta del comprador frente a la del vendedor con respecto a la imposibilidad existente de ejecutar el contrato. Tanto el vendedor como el comprador ignoraban los vicios de la cosa y ello ha dado lugar a que se constituyera una compraventa imposible. El legislador opta por dar preferencia a la ignorancia del comprador, condenando frente a la misma la ignorancia del vendedor, ya que hace recaer sobre éste una parte de los gastos realizados por el otro contratante con ocasión del contrato.

¿A qué se debe este favorecer al comprador a costa del vendedor? ¿A la presunción de un dolo, de una culpa? ¿Al simple reparto de un riesgo objetivo sobre la base de consideraciones económico-sociales? Nunca ha existido ninguna duda en la doctrina acerca de la innecesariedad del dolo para que los vicios ocultos sean relevantes. No se persigue una conducta maliciosa del vendedor, ya que el supuesto de hecho básico de estas acciones está montado sobre el desconocimiento de los vicios por ambas partes, tanto por el comprador como por el vendedor (arts. 1.485 y 1.486, pág. 2.º).

En cuanto a la culpa, tampoco aparece citado como requisito en los artículos 1.484 y siguientes. Ciertamente se puede pensar que todo el fundamento de las acciones edilicias es la presunción legal (aplicada como presunción "iuris et de iure") de una conducta negligente por

(62) Op. cit. Vid. pág. 43.

parte del vendedor, a quien se le puede exigir que reconozca a fondo las mercancías que ponga en circulación. Pero aún así no siempre será posible detectar los vicios de las cosas con un examen a fondo.

Nos encontramos más bien ante el caso de una atribución objetiva de riesgo y, como en el caso del daño causado extracontractualmente, el riesgo se hace recaer sobre aquel a quien el mismo, es decir, las actividades que lo provocan, favorece. Aquí, el principio tiene que ser matizado, puesto que la compraventa aprovecha por igual al comprador. Sin embargo, existen varios factores que deciden la opción legislativa a favor de este último y en contra del vendedor.

En primer lugar, si bien a nivel individual, comprador y vendedor sacan, a priori, el mismo provecho de la operación de cambio, esta igualdad no se mantiene a nivel colectivo, si tenemos en cuenta que esta protección fue pensada ya originariamente fundamentalmente frente a los comerciantes. Fue precisamente la desconfianza frente a los mercaderes la que movió a los ediles a establecer esta defensa, que inicialmente se aplicó exclusivamente a las compraventas que se realizaban en los mercados (63). Parece lógico que entre el vendedor, que se gana la vida realizando tales operaciones, y el comprador, que acude a las mismas exclusivamente para el consumo, el riesgo se haga recaer sobre el primero, puesto que es quien saca mayor provecho (globalmente considerado) de las ventas, al menos de las ventas de aquellas mercancías a las que se limita (frente al comprador cuyas compras son diversificadas precisamente porque las realiza para el consumo). Y aquí aparece otra razón que justifica el principio riguroso de los ediles, según el cual lo que *puede* conocerse, *debe* conocerse, nacido naturalmente de la desconfianza hacia los mercaderes. En efecto, como acabamos de decir, éstos se encuentran continuamente en contacto con un tipo de mercancías, por lo que se les puede considerar como expertos con respecto a ellas, es decir, como los que más saben o pueden saber. Por ello no resulta tan injusto el colocar su responsabilidad en el tope del saber humano, puesto que ellos representan (al menos, en abstracto) ese tope con respecto a las mercancías con las que comercian.

Sin embargo, no son estas las únicas razones que se pueden aportar a favor de esta decisión legislativa, puesto que actualmente carecen de vigencia en algunas de las compraventas civiles, donde el vendedor puede ser tan ocasional como el comprador o donde el comerciante vendedor puede ser un intermediario que, a veces, no llega ni a tener un contacto directo con lo vendido; en cuanto a las compraventas mercantiles, en ellas el comprador puede ser tan experto como el vendedor, ya que su contacto con la mercancía no es para el consumo y, consecuentemente, no tiene por qué ser ocasional.

Se trata de atender a quien crea el riesgo. Evidentemente, en estos casos lo crea quien pone en circulación la cosa, puesto que ésta tiene

---

(63) BECHMANN: *Der Kauf nach gemeinem Recht* (nueva reimpresión de la edición de Erlangen en 1876, 1965). Vid. págs. 412-4.

ese lastre virtual de ser viciosa. Ha de responder por el daño causado en la sociedad quien introduce en ella la causa de ese daño, en este caso, la mercancía. Esta idea puede aplicarse a cualquier tipo de compraventa e, incluso, de enajenación.

De esta forma, comprobamos como históricamente se han trastocado los términos. Las acciones edilicias nacen para proteger a los compradores frente a los vendedores en aquellos lugares en donde éstos podían tener una situación más dominante (los mercados). Se trata, pues, de restablecer la situación inicial de fuerzas antes de realizarse el contrato, de garantizar su auténtico carácter sinalagmático (64). Pero actualmente, al basarse la figura mucho más en el hecho mismo de la enajenación, prescindiendo de la personalidad del vendedor, hay que atender sólo a la protección del comprador que se encuentre indefenso frente al riesgo potencial derivado de los vicios de la cosa. Y por eso excluye el artículo 1.484 al comprador experto en la materia; porque sus conocimientos deben permitirle prevenirse del riesgo. Vemos cómo el requisito de que el vendedor fuese un comerciante se ha trasladado en forma negativa al comprador, transformado en el concepto más amplio (pero que atiende a la misma idea) de "perito" que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocer los vicios.

Así comprobamos cómo los efectos mínimos de la acción redhibitoria no coinciden totalmente con los de la acción de nulidad en base a que el legislador considera responsable al vendedor de los vicios que la cosa tenía sin basar dicha responsabilidad, como acabamos de ver, en ningún tipo de dolo o culpa. De todas formas, la falta de solidez del fundamento de esta responsabilidad se refleja precisamente en sus débiles efectos, que se limitan a cargar al vendedor los gastos del contrato. Ese cargar el riesgo sobre el vendedor es uno más de los argumentos que FUBINI opone a tal construcción. En definitiva, él no entiende tal carga si no se basa, en el fondo, en el reconocimiento de un incumplimiento por parte del vendedor. Por ello estudia esta teoría entre las que en última instancia tienen que recurrir al incumplimiento para fundamentar las acciones edilicias (64 bis).

Ya hemos visto cómo muchas de las razones que pudieron, en su tiempo, justificar las acciones edilicias ya no son siempre ciertas. En cuanto a la razón que nosotros hemos dado como definitiva, quedaría debilitada si se atendiese a que si bien es cierto que algo se enajena porque así lo quiere el vendedor (y en este sentido se introduce en la sociedad, como mundo distinto de la esfera patrimonial del vendedor), ello no es debido exclusivamente a la oferta, sino también a la demanda; y que, según las fluctuaciones del mercado, una y otra pueden ser más o menos determinantes. Y es que, aunque pensemos que, con todo, debe predominar la idea de introducción del riesgo, sin

---

(64) BECHMANN. Op. cit. Vid. pág. 395.

(64 bis) Op. cit. Vid. pág. 131.

duda influye aquí la tradición histórica, no sólo por su propia fuerza, sino también porque en muchas situaciones sigue siendo válida la presunción de que el vendedor puede descubrir los vicios de la cosa utilizando la diligencia exigible de "un buen padre de familia" (65).

La variación con respecto a la eficacia de la nulidad consiste en cargar al vendedor todos los gastos del contrato que hubiese pagado el comprador, al resultar el mismo inútil (66).

Por ello, cuando no hay que eliminar ese gasto porque se mantiene la eficacia del contrato, aunque algo modificada, vemos que los efectos de la acción "quanti minoris" coinciden totalmente con los derivados de la imposibilidad "ab initio" de entregar la cosa vendida; claro está, no con los derivados de la imposibilidad total, sino con los fijados en el párrafo segundo del artículo 1.460 del Código civil para la imposibilidad parcial. Naturalmente la coincidencia absoluta se produce sólo con la segunda opción que dicha norma ofrece al comprador: "reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido". Por lo que se refiere a la primera opción, ésta no supone sino acogerse al régimen del párrafo primero del mismo artículo, es decir, al régimen general de la imposibilidad absoluta, el de nulidad. Y ya acabamos de comprobar que dicho régimen coincide prácticamente con el derivado de la acción redhibitoria, salvo en los gastos derivados del contrato, diferencia verdaderamente mínima y cuya justificación hemos procurado aclarar.

Todo esto nos induce a pensar que el supuesto de vicios ocultos en la cosa específica comprada es un supuesto de imposibilidad parcial e inicial del cumplimiento de la obligación de entrega que incumbe al vendedor. En efecto, no parece correcto hablar de una imposibilidad total, puesto que el vendedor puede entregar la cosa especificada en el contrato; pero sí es correcto hablar de una imposibilidad parcial, puesto que el vendedor no puede entregar dicha cosa con todas las cualidades exigibles. La corrección de esta calificación depende del juicio que merezca el equiparar la presencia de vicios en la cosa específica a la nulidad parcial.

FUBINI admite que esta construcción explica satisfactoriamente el efecto de la acción "quanti minoris" (67), pero rechaza la equiparación entre los vicios y la imposibilidad parcial (68). Lo mismo ocurre

---

(65) En todo caso el carácter determinante de la oferta y de la demanda es un concepto económico que no tiene validez más que globalmente y no en el caso concreto de un contrato.

(66) Esta parece la interpretación correcta de "abonándosele los gastos que pagó" (art. 1.486, párr. 1.º), a la luz del correspondiente artículo 1.513 del Anteproyecto del Código civil (1882-8) cuyo párrafo primero dice: "... el comprador podrá optar entre separarse del contrato, abonándosele los gastos de éste, si él los pagó, ..."; texto que corresponde casi literalmente al artículo 1.407 del Anteproyecto de 1851.

(67) Op. cit. Vid. pág. 124.

(68) "Anzitutto non si può parlare di impossibilità parziale di prestazione, poichè non è possibile il separare le utilità della cosa le une dalle altre, con-

con SCHUBIGER, según el cual las cualidades no se pueden separar de la cosa (69).

LARENZ llega también a esta misma calificación conceptual del supuesto de vicios ocultos en la compraventa de cosa específica como un caso de imposibilidad de la prestación, sin matizar su carácter parcial, por lo que la rechaza, ya que eliminaría automáticamente las diversas opciones de saneamiento, al imponer la nulidad del contrato, de acuerdo con el § 306 del BGB (70).

WOLFF (71), de acuerdo con SCHOLLMEYER, considera que el saneamiento queda incluido en la obligación de entrega de la cosa específica. Y, precisamente, una de las razones que da es que, de lo contrario, se llegaría a la conclusión de que el contrato es nulo por ser la prestación imposible cuando la cosa no tiene las cualidades previstas, lo que excluiría todas las normas especiales sobre el saneamiento por vicios ocultos. Además, el vendedor podría acogerse a la nulidad del contrato para reclamar la cosa al comprador, impidiendo que éste se quedase con ella. Y esto, concluye WOLFF, parece absurdo y absolutamente contrario a dicha normativa especial.

MARTORANO (72), en cambio, no estima rechazable el ver un caso de imposibilidad en los vicios ocultos de la cosa específica. Señala acertadamente que la eficacia de cualquier institución no tiene el carácter de una consecuencia lógica e inamovible. Por el contrario, la eficacia de cada figura es fruto del ordenamiento positivo y, por ello, este mismo puede modificarla cuando lo considere oportuno. Así, aunque normalmente la imposibilidad "ab initio" de una prestación genera la nulidad del contrato correspondiente, esta consecuencia puede ser modificada en los supuestos de vicios ocultos, al considerarse otra consecuencia más adecuada para los intereses en juego. Por otra parte, añade este autor, no habría que olvidar que se trataría de un tipo de imposibilidad "sui generis", la imposibilidad cualitativa, que, sin duda, no es la contemplada por el legislador cuando determina la nulidad del contrato por imposibilidad de la prestación objeto de la obligación. Luego no existe obstáculo por esa parte para admitir la construcción que aquí se discute. Sin embargo, MARTORANO termina rechazándola porque, de acuerdo con la doctrina dominante, cuando se contrata sobre una cosa específica, las cualidades de la misma no for-

---

siderando ognuna di esse come formanti un oggetto distinto, ma, se anche ciò non fosse, si potrebbe osservare come spesso l'assenza di una qualità, la presenza di un solo difetto basti a rendere assolutamente inutile la prestazione." Op. cit. Vid. págs. 128-9, nota núm. 29.

(69) *Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung*. Berna, 1957. Vid. págs. 20 y ss.

(70) "Da nun dieser bestimmte Ring nicht aus Gold ist, so würde, wenn die Leistungspflicht des Verkäufers dahin ginge, ihn als goldenen zu liefern, die geschuldete Leistung von Anfang an objektiv unmöglich sein (§ 306). Indessen sieht das Gesetz den Vertrag als gültig an, denn nur unter dieser Voraussetzung können Mängelansprüche bestehen." *Lehrbuch...* Vid. pág. 55.

(71) Op. cit. Vid. pág. 5.

(72) Op. cit. Vid. págs. 61-71.

man parte del contenido del contrato. Esta doctrina encuentra su exposición más completa en ZITELMANN (73). Las cualidades del objeto son las que han movido a realizar el contrato pero no forman parte de la voluntad contractual, sino sólo de la voluntad final, del resultado perseguido, en este caso, por el comprador. Por ello, no se puede detectar en nuestro caso una ruptura del sinalagma funcional: queda frustrado el fin perseguido por el comprador, pero no porque no opere adecuadamente la causa, sino porque, ignorando los vicios o la falta de calidad de la cosa específica, la ha elegido erróneamente como instrumento idóneo para sus intereses.

KRÜCKMANN (74) adopta la misma posición. Rechaza considerar los vicios ocultos de la cosa específica comprada como un supuesto de imposibilidad de la prestación porque, según él, la obligación del vendedor se limita a la entrega de la cosa tal y como está en el momento de perfeccionarse el contrato, prescindiendo de cualquier tipo de cualidades que pudiesen atribuírle por entonces las partes contratantes.

El lector ha visto ya que para mí tales obstáculos no existen, puesto que la especificación de la cosa no elimina del contenido del contrato sus cualidades normales. Por ello, entiendo que la existencia de vicios es un "minus" de la cosa en cuanto supone la inexistencia de una cualidad. Las cosas se presentan ante nosotros como una composición de elementos y cualidades. La existencia o pérdida de una de esas cualidades antes de perfeccionarse el contrato supone que la cosa no es totalmente la convenida idealmente. Existe una imposibilidad de que la cosa real satisfaga completamente a la ideal. Pero no se puede hablar de una imposibilidad total, sino sólo parcial, en cuanto la cosa real reúne todas las cualidades de la ideal, salvo una. Consecuentemente no admito la distinción, que se podría deducir del tenor literal de los artículos 1.460 y 1.484, entre una imposibilidad cuantitativa y una imposibilidad cualitativa, desde el momento en que considero que la falta de una cualidad (la presencia de un vicio) no es sino la falta de una parte de la cosa idealmente fijada en el contrato de compraventa (75). Distinción de acuerdo con la cual el artículo 1.484 se extendería a los defectos de cantidad, siempre que sean ocultos y el artículo 1.460 comprendería la pérdida de cualidades.

En primer lugar, será necesario estudiar hasta qué punto queda comprendido en los defectos ocultos del artículo 1.484 el defecto de cantidad. Si yo compro esa partida de latas de conserva, ese vagón de carbón o esos toneles de vino, cosas todas ellas específicas, y luego resulta que la partida cuenta con menos latas, el vagón con menos cantidad de carbón y los toneles con menos litros de vino de lo que

---

(73) *Irrtum und Rechtsgeschäft*. Leipzig, 1879. Vid. págs. 438 y ss.

(74) *Unmöglichkeit und Unmöglichkeitprozess*, en ACP. Vol. 101 (1907). Vid. págs. 168 y ss.

(75) Esta misma opinión parece ser la de REGELSBERGER: *Zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags und von den Einfluss der theilweisen Unmöglichkeit der Erfüllung auf das Vertragsverhältnis*, en *Iherings Jahrbücher...* Segunda Serie. Vol. IV (1899). Vid. págs. 274 y ss.

yo *legítimamente podía esperar* en base a la interpretación legal y objetiva del contrato, es decir, por las circunstancias que rodean al contrato (por ejemplo: ya se habían realizado otras operaciones análogas con el mismo vendedor y las cantidades en aquellas habían sido las que ahora se esperaban; en el mercado donde se ha contratado es habitual que las cantidades sean las esperadas) o por declaraciones añadidas (por ejemplo: se ha señalado el fin, de acuerdo con el cual la cantidad no puede ser inferior a una determinada cifra; en una de las cláusulas se indica la cantidad que se espera que tenga lo comprado), de acuerdo con nuestro concepto de error, hay que rechazar la presencia del mismo en estos ejemplos. Lo que existe es una disociación entre la regla contractual y la realidad y ésta consiste en que esta última es cuantitativamente inferior a aquella, lo que hace a esta realidad "impropia para el uso a que se le destina" o disminuye "de tal modo este uso (piénsese en las cosas consumibles) que, de haberlos conocido el comprador, no lo habría adquirido o habría dado menos precio por ello". Es evidente que se trata de un defecto y que dicho defecto puede ser oculto, cayendo bajo las normas de los artículos 1.484 y siguientes.

Se podrá dudar si en estos casos se puede dar un desconocimiento del vendedor con respecto al defecto cuantitativo, pero sin duda existirán casos en que dicho supuesto se produzca. Basta pensar en los miles de intermediarios, cuyo contacto con la mercancía que transmiten es bien efímero. Por otra parte, si la ignorancia del vendedor será menos frecuente en el caso de defecto de cantidad, ello no implicará más que una aplicación más frecuente del párrafo segundo del artículo 1.486 (76).

En cuanto a la inclusión en el artículo 1.460 de la pérdida de una cualidad, no ofrece ninguna dificultad si consideramos las cosas como una suma de cualidades.

Pero entonces puede surgir la siguiente pregunta: ¿Para qué dos normas —los arts. 1.460, párr. 2.º y 1.484— que regulan casi uniformemente el mismo problema? El artículo 1.460 cubre tanto las pérdidas cualitativas como las cuantitativas, pero se refiere exclusivamente a las manifiestas, aquellas que resultan evidentes en el mismo momento de la entrega, pero que no se han conocido al per-

---

(76) No hay que olvidar tampoco que en cualquier supuesto de vicios ocultos en compraventa de cosa específica puede coincidir un error por parte del vendedor que, conociendo los vicios en cuestión, diese una interpretación tal al contrato concluido que, según él, la regla contractual comprendiese dichos vicios. En tales casos, frente a las acciones edilicias, el vendedor podría oponer la acción de anulación por error, siempre que éste reuniese todos los requisitos exigibles para su relevancia.

D. Federico DE CASTRO me ha señalado si en tal caso no nos encontraríamos ante un disenso oculto. En efecto, así es (Vid. *El negocio jurídico*, págs. 123 y siguientes). Sin embargo, esto no es relevante una vez adoptada la concepción del error aquí mantenida, ya que, como indicamos en la nota 47, ésta implica la supresión de la división entre el error en la voluntad y el error en la declaración.

feccionarse el contrato porque, aunque tratándose de una compraventa de cosa específica, la cosa no se encontraba presente en ese momento. La misma letra del artículo 1.460 ("al tiempo de celebrarse la venta") induce a pensar que se tratará de una alteración de la cosa fortuita y reciente, de la que no ha tenido noticia el vendedor, ni ha podido tenerla, por lo que, en este supuesto se le libera, frente al de los artículos 1.484 y siguientes, de los gastos del contrato realizados por el comprador. Naturalmente, sin perjuicio de que su responsabilidad pudiese verse aumentada como consecuencia de una culpa "in contrahendo".

En cuanto a la diferencia de plazos para ejercer las acciones edilicias y las del artículo 1.460, párrafo 2.º, la explicación radica en un trato de favor del comprador en los casos de vicios ocultos, al que se le concede un plazo de seis meses para denunciarlos (77), precisamente en base a que no son apreciables inmediatamente. En cambio, el comprador que haya recibido la cosa específica con vicios manifiestos (art. 1.460, parr. 2.º) deberá expresar su protesta inmediatamente (en un breve plazo acorde con las circunstancias); de lo contrario, dará pie con su conducta a que el vendedor crea que se acepta la entrega realizada, originando así una confianza en él que impedirá el ejercicio posterior de las acciones correspondientes.

### III. LAS ACCIONES EDILICIAS EN LA COMPRAVENTA DE COSA GENERICA

#### A) *Confusión de este supuesto con el de incumplimiento contractual del artículo 1.124 del Código civil.*

La dificultad existente para distinguir el error de los vicios ocultos en las compraventas de cosa específica, se repite a la hora de distinguir el supuesto de incumplimiento del contrato, sometido al artículo 1.124 del Código civil, de los vicios ocultos en las compraventas de cosa genérica. No son pocos los autores que colocan el fundamento de las acciones edilicias en el incumplimiento del vendedor y, posiblemente, esto no sea descartado en las compraventas cuyo objeto queda determinado sólo genéricamente. Pero entonces parece necesario, por las mismas razones dadas en el caso anterior, evitar la aplicación simultánea del artículo 1.124 y de los artículos 1.484 y siguientes del Código civil. Ello presupone acotar claramente los supuestos de hecho a que se refieren unas y otras normas. La labor no es fácil; tanto es así, que aquí encontramos también la misma postura evasivista detectada en las compraventas de cosa específica, sólo que

---

(77) El plazo de caducidad de seis meses del art. 1.490 no es un plazo procesal, sino de ejercicio sustancial de la acción. Una vez cumplido ese trámite, contarán los plazos normales de prescripción a favor del comprador. Para una explicación más amplia, Vid. lo dicho sobre el tema en la segunda parte de este trabajo.

al revés, consistente en reservar el saneamiento para los vicios ocultos de las cosas específicas, mientras que los vicios ocultos de las cosas genéricas se someten a las acciones generales de incumplimiento (78). También en este caso, nuestra jurisprudencia ha aceptado en alguna ocasión la utilización indistinta de unas u otras acciones, dejando la elección en manos del comprador (79).

MARTORANO (80), dice que el relacionar o no el saneamiento por vicios ocultos con un incumplimiento del comprador depende de la construcción que se dé en la compraventa genérica al momento de la especificación. Caben tres posibilidades. Si se considera que es un requisito para que el contrato quede definitivamente perfeccionado, entonces nos encontramos con el mismo problema existente en las compraventas específicas. Lo normal es considerar que la compraventa genérica ya es una compraventa perfecta, sin necesidad de que se convierta en específica. Ahora bien, si la especificación implica la participación del comprador en la determinación de la cosa concreta, la obligación de entrega se relacionará ya con dicho acuerdo, aunque en el mismo el vendedor no haya cumplido con la norma del artículo 1.167, por lo que nos encontraremos de nuevo con el mismo planteamiento que en los casos de vicio en las compraventas específicas. La tercera opinión, que es la que nosotros seguimos, parte de considerar la especificación como un acto exclusivo del vendedor, que prepara el cumplimiento de su obligación de entrega de la cosa.

---

(78) GASSETTI: *Verità, errore ed opinione circa la paternità dell'opera d'arte compravenduta*, en *Giur. it.* 1948, I. 2, c. 194, pág. 61.

En este sentido también la STS de 1-VII-1947 (Compraventa de dos tornos extra-rápidos cuya calidad y rendimiento resultan inferiores a lo debido): "Considerando que esto sentado es indudable que a la vez que la acción de saneamiento por defectos ocultos de la cosa, se ejercitó la resolutoria del contrato de compraventa por no ser la cosa entregada conforme a la pactada e incluso es esta acción más apropiada a la índole del caso, ya que no fue un torno determinado, sino genéricamente un torno de precisión..."

(79) STS de 7-VI-1909: En una reconvencción formulada por un industrial frente a una sociedad mercantil colectiva, demandante que reclama el pago de una determinada cantidad, exige aquél el pago de 20.000 pesetas en concepto de gastos, daños y perjuicios ocasionados por la sociedad demandante con motivo de la compra a aquella de una máquina de vapor que resultó no reunir las condiciones estipuladas, produciendo menos caballos de vapor que los contratados. Tanto el Juez de primera instancia como la Audiencia Territorial de Valladolid y el T. S. aceptan la reconvencción, reduciendo su cuantía fundamentalmente al daño derivado de las obras no utilizables realizadas para la instalación de la máquina (en segundo término se hace referencia al precio del alquiler correspondiente al local donde se halla colocada la máquina a disposición del vendedor). Se rechaza la indemnización sobre el lucro cesante.

En el primer considerando se nos dice que "la base legal y racional de tal reconvencción no podía ser otra que la rescisión del contrato autorizada por los arts. 1.124 y 1.486 del C. c.". Vemos, pues, que el T. S. acepta la posibilidad de que coincidan incumplimiento y vicios redhibitorios. La expresión contiene también la incorrección terminológica, derivada del segundo párrafo del art. 1.486 y extendida en este caso al art. 1.124, según la cual se habla de rescisión del contrato en vez de resolución.

(80) Op. cit. Vid. págs. 76-77.

Por ello, la aparición de vicio en la cosa presupone el incumplimiento del contrato por parte del vendedor. Vemos pues que, si bien el comprador no participa en la especificación en el sentido de acordar con el vendedor qué cosa va a serle entregada, si participa en el sentido de controlar la elección realizada por el vendedor, pudiendo rechazar la cosa.

Naturalmente, no cabe excluir la posibilidad de que en una compraventa genérica, comprador y vendedor se pusiesen de acuerdo sobre la cosa que ha de ser entregada. En cuyo supuesto habría que estudiar el valor de dicho acuerdo como posible modificación del contenido del contrato. Lo que en caso afirmativo nos llevaría a concluir que nos halláramos ante una compraventa específica, con la problemática propia de las mismas frente a los vicios ocultos.

WOLFF considera que en las compraventas genéricas no basta, para cumplir la obligación de entregar la cosa, con entregar una cosa "de clase y calidad media" dentro del género (§ 243), ya que normalmente la cosa no sólo viene determinada por un género, sino que, además, ya dentro del mismo, contiene ulteriores especificaciones. Por ello, al entregar una cosa viciosa se está incumpliendo la obligación de entrega; y por ello, el § 480 contiene una verdadera acción de incumplimiento, que, a pesar de las apariencias, no se debe confundir con las acciones de saneamiento. Así, pues, éstas no tienen cabida en las compraventas genéricas más que cuando se ha producido la especificación mediante acuerdo de vendedor y comprador (en efecto, si la especificación se produce directamente mediante la entrega, no hay lugar para las acciones de saneamiento, ya que sólo opera la de incumplimiento si lo entregado no corresponde exactamente a lo determinado contractualmente). Es algo así como si el comprador dijese al vendedor: "Lo entregado no corresponde a lo debido; sin embargo, estoy dispuesto a aceptarlo, aunque no como cumplimiento plenamente adecuado, limitando la relación obligacional a la cosa recibida". Lo que, naturalmente, no es preciso manifestar expresamente. Basta con deducirlo del comportamiento del comprador. Lo que pasa es que en muchas ocasiones el comprador no manifiesta nada; normalmente porque ignora los vicios, en cuyo caso se establece un período de pendencia durante el cual puede ejercer la acción de incumplimiento. La prolongación de dicho período sería injusta para el vendedor. Por ello el § 480 somete la acción de incumplimiento al plazo de prescripción de las acciones edilicias, haciendo equivaler el transcurso del mismo a una aceptación de la especificación realizada (81).

---

(81) Op. cit. Vid. págs. 66-76. En el razonamiento de WOLFF vemos aparecer un factor que, como el lector ha comprobado ya en el supuesto de compraventa de cosa específica y podrá comprobar en el de compraventa de cosa genérica, es decisivo para mí en la fundamentación de las acciones edilicias. Ese factor es la consideración de que el vendedor, aunque no haya entregado la cosa debida, no puede quedar indefinidamente sometido a la decisión del comprador sobre la aceptación de lo recibido o su rechazo con el ejercicio de

B) *La Sentencia del T.S. de 6 de mayo de 1911.*

La sentencia de 6-V-1911 presenta otro ejemplo de confusión, en el que el T.S. cree que el incumplimiento general de las obligaciones y las acciones edilicias pueden coincidir. Esta sentencia constituye un buen ejemplo para exponer prácticamente la construcción de las acciones edilicias que yo considero válida en las compraventas de cosas genéricas. Por ello, creo oportuno comentarla aquí, adelantando así las posturas y conclusiones que desarrollo en el resto de este trabajo.

“La casa W. vendía a la Hidroeléctrica de G. un motor trifásico de 30 H.P., 750 revoluciones para 125 voltios y 50 periodos, por el precio de 1.750 francos, cuyo aparato debía reunir las condiciones especificadas en el Catálogo de la Casa constructora... Recibido el motor por la Sociedad compradora, se procedió a su montaje, y no funcionando en la forma debida, por el gerente de la Hidroeléctrica se telegrafió a la vendedora, pidiendo con toda urgencia se enviase un empleado para el arreglo de dicho motor, lo cual verificó la W., mandando un montador, el que después de grandes trabajos nada pudo conseguir, marchándose y llevándose una pieza defectuosa, causa del mal funcionamiento del aparato, volviendo nuevamente dicho montador con el propósito de poner en marcha el motor, sin que tampoco lo consiguiese, por no ser la pieza que trajo adecuada al motor, retirándose otra vez y volviendo a los pocos días, sin que a pesar de ello consiguiese hacerle marchar en la forma debida, en vista de lo cual la Sociedad demandada y recurrente envió un ingeniero para que estudiase las causas del mal funcionamiento de aquél, conviniendo dicho ingeniero con el comprador en que tal causa era debida a defectos del aparato, los que subsanados, según las indicaciones del expresado técnico de la W., dio por resultado la marcha normal del repetido motor... a los siete meses de haber sido enviado.”

La compradora exige a la casa vendedora el pago de 50.200 pesetas en concepto de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de su morosidad en el cumplimiento, ya que “estas casas tienen por costumbre servir esta clase de máquinas en un plazo de cuatro o seis semanas, para lo que había necesitado la Sociedad demandada siete meses de término”, ya que, según ella, hasta entonces no había recibido el motor “a los efectos y destino que pensaba darles” y que quedaban integrados en una correcta interpretación del contrato celebrado.

---

las acciones correspondientes. Ciertamente que WOLFF utiliza este dato de manera distinta a la nuestra.

También importa apreciar que se rechaza la posibilidad de una diferencia entre la cosa viciosa y el “aliud pro alio” en las compraventas de cosas genéricas. Tanto es así que ambos casos se someten a la acción de incumplimiento. Sólo a través de la especificación (cuando la compraventa ya no es genérica) cabe recurrir al sancionamiento por vicios. Vemos reaparecer, en cierto modo, la opinión según la cual el saneamiento por vicios ocultos es una institución típicamente arraigada en la compraventa de cosa específica y no válida para la de cosa genérica.

El juez de primera instancia acepta plenamente la demanda y la Audiencia Territorial de Madrid la confirma (aunque rebaja la indemnización de daños y perjuicios a 17.837 pesetas), así como el Tribunal Supremo, que rechaza el recurso de casación de la firma vendedora.

La vendedora mantiene en su recurso que el caso es de saneamiento por vicios, lo que excluye la posibilidad de aplicar los artículos que se refieren al incumplimiento de las obligaciones (fundamentalmente el art. 1.101), ya que "la acción de saneamiento presupone el cumplimiento previo de las condiciones del contrato, siendo aquélla una consecuencia de éste". Añade que si se mantiene la existencia de incumplimiento, tal como propone el demandante y acepta la sentencia recurrida, se vendrá a destruir la posibilidad de que exista el saneamiento de la cosa vendida, "pues aún cuando fuera entregada, si tenía defectos, se interpretaría como incumplimiento del contrato".

Frente a lo que el Tribunal Supremo considera "que entre el artículo 1.101... y... los artículos 1.484 y demás referentes a la compraventa,... no existe oposición alguna... porque la obligación del vendedor de sanear la cosa vendida por defectos ocultos y el derecho del comprador de optar en tal caso entre la rescisión del contrato o la rebaja del precio, son perfectamente compatibles con el derecho del último a ser indemnizado cuando a consecuencia de esos defectos se le causen daños y perjuicios, ya se originen de haber faltado la otra parte contratante al cumplimiento de sus obligaciones en la forma estipulada, ya de su incurria o negligencia, en relación a que ambas responsabilidades nacen de fuentes distintas e independientes entre sí, las unas de los defectos que hacen impropia la cosa objeto del contrato para el uso a que se la destina, y la otra del quebranto causado al patrimonio del comprador, si además concurren los requisitos que establece el artículo 1.107".

Así, pues, se admite claramente que la entrega de una cosa defectuosa equivale a un incumplimiento, a un "aliud pro alio". Queda claro que sólo se cumple cuando se entrega la cosa tal y como se contrató. Sin embargo, lo que no parece correcto es que este supuesto pueda coincidir, como estima el Tribunal Supremo con el de saneamiento por vicios. El principio de que se parte es correcto: "las disposiciones del título 1.º, libro 4.º del Código civil... son aplicables a toda la materia contractual, a no ser que las disposiciones especiales reguladoras del contrato de que se trata, estén en oposición con aquellas, en cuyo caso, a las especiales hay que atenerse exclusivamente". Pero su aplicación es incorrecta. Basta considerar las consecuencias establecidas en el artículo 1.486, especialmente en su párrafo 2.º, para darse cuenta que la aplicación a un tiempo del artículo 1.101 sería perturbadora. En efecto, ¿cómo combinar la indemnización de daños y perjuicios fijada en este último artículo con la misma previsión del artículo 1.486 cuando el vendedor conociese los vicios ocultos de la cosa vendida y no los manifestase al comprador? Si aquí el obstáculo parece ya insalvable,

mucho más lo resulta si aplicamos el artículo 1.124, regulador del incumplimiento en los contratos sinalagmáticos y que, como veremos, es el que debe aplicarse en este caso. En efecto, las acciones de incumplimiento del artículo 1.124 son incompatibles con las edilicias, o porque son contrapuestas (acción con la que se exige el cumplimiento exacto), o porque sobran, en cuanto productoras del mismo efecto (acción resolutoria).

En este caso existió pura y simplemente un incumplimiento por parte de la vendedora, ya que los defectos de la máquina aparecieron inmediatamente nada más ponerla en funcionamiento y las reclamaciones comenzaron a hacerse en el período que se debe considerar aún como adecuado para rehusar la cosa recibida, de acuerdo con el artículo 1.166 (recibido el motor a comienzos de enero, ya se telegrafió el 7 de enero pidiendo el envío de algún técnico). Lo que ocurre es que la casa compradora optó desde el primer momento por el cumplimiento exacto del contrato, en la modalidad de arreglo de la cosa, que es a la que normalmente se acude en estos casos, por ser la más cómoda tanto para vendedores como para compradores. Sólo en última instancia se acude a la sustitución de la cosa entregada por otra. Pero primero se acude a la reparación, si ésta es posible. Así vemos, cómo de las alegaciones de ambas partes resulta que no se descarta la posibilidad de tener que recurrir a la sustitución del motor por otro (parece que la vendedora estaba dispuesta a ello si hubiese sido necesario). Ahora bien, la elección del cumplimiento exacto no elimina la indemnización de daños y perjuicios provocados por el cumplimiento inexacto (incumplimiento) inicial y por el consiguiente retraso (mora) en el cumplimiento exacto y definitivo.

Toda la confusión procede de la interpretación que la casa vendedora daba a la obligación de sanear; interpretación que, desgraciadamente, parece admitida por el Tribunal Supremo cuando en el tercero y último considerando expone que al haberse ocasionado "a la entidad compradora daños y perjuicios en cuantía determinada, es visto... que la Sociedad recurrente, *aparte de la obligación de sanear la cosa vendida*, deba indemnizarlos, teniendo su origen en el incumplimiento de sus obligaciones, con arreglo a los términos convenidos". En efecto, ambos consideran, según se deduce, que el saneamiento constituye una verdadera obligación sustantiva paralela a la de entrega de la cosa, y que se atiende a dicha obligación precisamente, en este caso, con la reparación de la cosa (¿Las acciones edilicias quedarían entonces reservadas para aquellos casos en que el vendedor se negase a sanear la cosa voluntariamente o esto resultase imposible?). Así pues, toda la actividad del vendedor para reparar la cosa respondería a dicha obligación de sanear y no, como nosotros creemos, a una modalidad de la acción de petición de cumplimiento exacto.

Cierto que la redacción del artículo 1.461 puede dar pie a dicha construcción, tal y como la expone claramente la casa vendedora, que "reconoció desde un principio ser de su cuenta los gastos que oca-

sionasen las reparaciones del motor en caso de irregularidad en su funcionamiento debido a defecto de construcción, ya que esta garantía, durante un determinado plazo, la otorgaban por uso constante todas las casas constructoras, obligándose a mandar por su cuenta empleados técnicos que observen y dirijan la marcha de la máquina vendida, y aún a sustituirla por otra nueva, y supuesta esta garantía natural y corriente *en cuanto integraba la obligación legal que todo vendedor tiene de sanear la cosa vendida sin que sobre ella recaiga pacto especial*, es evidente que si no había sido objeto de expresa estipulación, no mediando mala fe, no venía obligado el vendedor al pago de ninguna indemnización de daños y perjuicios". Pero la lectura de los artículos 1.474 y siguientes muestra claramente que, tanto en el saneamiento por evicción como en el saneamiento por vicios ocultos, no nos encontramos ante obligaciones accesorias a la principal de entrega, sino ante formas específicas de responsabilidad por la obligación que tiene el vendedor de entregar exactamente la cosa objeto de su obligación y de asegurar el goce pacífico de la misma. Y esa forma de responsabilidad es la establecida en el artículo 1.486 para el saneamiento por vicios y no la reparación o saneamiento directo de la cosa, ya que éste eliminaría precisamente la aplicación de los artículos 1.484 y siguientes.

C) *Relación entre el incumplimiento del artículo 1.124 y los vicios ocultos de los artículos 1.484 y siguientes.*

El supuesto normal de incumplimiento del artículo 1.124 es aquel en que el deudor no satisface en nada la obligación existente; en la compraventa, cuando el vendedor no entrega nada al comprador. De este supuesto normal hay que distinguir los de incumplimiento inexacto o incumplimiento parcial, en los que el deudor lleva a cabo una prestación que no corresponde con la debida. Es en esta clase de incumplimiento donde se sitúa la entrega del vendedor de una cosa distinta de la estipulada (82). De la entrega de una cosa distinta, añade buena parte de la doctrina, hay que diferenciar la entrega de una cosa defectuosa. Esta entrega no supone un incumplimiento sometido a las acciones del artículo 1.124, sino simplemente sometida, en su caso, al saneamiento por vicios ocultos de los artículos 1.484 y siguientes. Con ello se considera evidente la distinción entre "aliud pro alio" y la cosa viciosa. La validez teórica de esta distinción y su posible aplicación práctica es algo que no se discute. Tanto es así que se suele alegar sin exponer ni siquiera los criterios en que se apoya.

Pero, en mi opinión, esta distinción no es válida. Creo que en las obligaciones genéricas no existe la posibilidad de un término medio entre la entrega de la cosa vendida y la entrega de otra cosa, ni, por

(82) Salvatore ROMANO: *Vendita-Contratto estimatorio*, 1960. Vid. página 261: "non si tratta in questa materia del fatto negativo dell'inadempimento, ma di quello positivo di un falso adempimento".

tanto, entre el cumplimiento o el incumplimiento de la obligación. Y es que me parece imposible fijar un criterio de distinción entre la cosa viciosa y el "aliud pro alio".

a) *El saneamiento como obligación autónoma.*

Antes de continuar conviene advertir que lo dicho implica rechazar un gran número de construcciones que admiten que las acciones edilicias responden a un incumplimiento del vendedor, pero que no se refiere a la entrega de la cosa debida, sino a la obligación de saneamiento, como si ésta fuese independiente de la primera. Hay que advertir que esta división de obligaciones permite aplicar este mismo fundamento del incumplimiento al ejercicio de las acciones de saneamiento por vicios ocultos en las compraventas de cosas específicas.

Estas doctrinas suelen encontrar apoyo en los textos de los diversos Códigos civiles. Así, en el nuestro, la redacción del artículo 1.461 ("El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta"), y el tratamiento separado, en diversas secciones, de la entrega y del saneamiento, da una base formal para que se pueda hablar de una dualidad de obligaciones a cargo del vendedor.

En Italia, RUBINO es exponente de esta postura. Parte del planteamiento expuesto, según el cual las acciones edilicias no responden al incumplimiento de la obligación principal nacida del contrato de compraventa, es decir, de no haber entregado la cosa (art. 1.476, número 1.º del C. c. italiano), sino de la obligación que existe de no entregar algo que no sea vicioso y que tenga las cualidades exigibles. Pero al aplicar este esquema a las compraventas de cosas específicas, tiene que alterarlo y concluye diciendo que el saneamiento por vicios atiende verdaderamente a proteger la atribución patrimonial que se opera en la compraventa y no una obligación nacida de dicho contrato (83). En efecto, hablar del incumplimiento de una obligación presupone un contrato válido, que resulta ineficaz como consecuencia de que sobreviene una ruptura del sinalagma funcional. Pero, ¿cómo hablar de algo sobrevenido con posterioridad a la perfección del contrato cuando precisamente en las compraventas de cosas específicas el vicio tiene que existir en ese momento? En cambio, en el ordenamiento italiano la compraventa tiene eficacia real directa, por lo que la atribución patrimonial que, según RUBINO, debe recaer sobre una cosa sin vicios, se produce al tiempo del contrato.

También SALVATORE ROMANO distingue entre las obligaciones que se refieren a la determinación del objeto (especificación), las que se refieren a la faceta cuantitativa o cualitativa de la prestación y, finalmente, las que se refieren a la entrega de la cosa y demás actividades relacionadas con ella (custodia) (84).

En España, un ejemplo de la mencionada separación de obliga-

(83) *La Compravendita*, 1952. Vid. págs. 505-511.

(84) *Vendita-Contratto estimatorio*, 1960. Vid. pág. 279.

ciones lo encontramos en FERRANDIS, quien mantiene la autonomía de las obligaciones de entrega y saneamiento, a pesar de su estrecha conexión, basándose precisamente en los artículos 1.445 y 1.461 del Código civil (85).

También en Francia, RIPERT y BOULANGER, señalan cómo la doctrina de los vicios ocultos enlaza con el incumplimiento de una obligación, estrechamente ligada con la función misma de la compraventa; se trata de la obligación que tiene el vendedor de proporcionar al comprador una "posesión útil" (86). Sin embargo, ya LAURENT (87) rechazaba que el saneamiento por vicios ocultos correspondiese a una obligación de garantía, ya que, en realidad, no hace sino presuponer que el vendedor no ha cumplido su obligación. Tanto es así que LAURENT funda directamente el derecho del comprador en caso de vicios ocultos sobre la condición resolutoria tácita, aunque los efectos sean bastante diferentes.

En mi opinión, todas estas distinciones resultan artificiosas. En la compraventa el vendedor no tiene más que una obligación principal y esta es la entrega de la cosa en las condiciones estipuladas. El incumplimiento de esta obligación genera una responsabilidad que, según los casos, se configurará de una u otra forma. Así pues, el saneamiento por vicios ocultos no es una segunda obligación del vendedor ni corresponde a otra obligación diversa de la de entrega de la cosa. No es más que la forma de responsabilidad que corresponde a un tipo de incumplimiento de la entrega de la cosa debida. Las incongruencias a las que puede conducir el desarrollo de la división de obligaciones a cargo del vendedor que combatimos nos lo muestra SCHOLLMEYER (88), quien, al excluir de la obligación de entrega de la cosa la de saneamiento por los vicios ocultos, deduce que el comprador no se podrá negar a aceptar la cosa defectuosa, incurriendo sino en "mora accipiendi", aunque, posteriormente, los efectos de la misma puedan quedar disueltos si se utiliza la acción redhibitoria (pero no, si lo que ejerce es la acción " quanti minoris ") (89).

---

(85) En las notas al *Derecho de obligaciones*, de ENNECERUS. Vol. II, Primera Parte. Vid. pág. 98. Y en las págs. 130-131 añade: "Incluso ha de afirmarse que tales obligaciones no sólo son conceptualmente diferentes, sino que son también cronológicamente separables. En efecto, la obligación de saneamiento determina una responsabilidad del vendedor posterior a la entrega de la cosa, lo cual se justifica teniendo en cuenta que la recepción de la posesión de esta es lo que pone al comprador en condiciones de apreciar vicios o defectos que no pudo advertir en el momento de la celebración del contrato."

(86) *Traité...* Vid. pág. 508.

(87) *Principes...* Vid. págs. 271-272.

(88) "Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf", en *Iherings Jahrbücher...*, núm. 49. Vid. pág. 97.

(89) Conviene precisar que si los defectos pueden ser detectados en el momento de la entrega, en mi opinión, ya no se trata de un supuesto a resolver a través de las acciones edilicias. Si la compraventa es de cosa específica habrá de someterse al párrafo segundo del art. 1.460; si es de cosa genérica, al artículo 1.124.

b) *Cosa viciosa* y “*aliud pro alio*”.

Volviendo a la problemática distinción existente entre la cosa viciosa y el “*aliud pro alio*”, el criterio más difundido es el de distinguir los vicios de las cualidades. Sólo la alteración en las cualidades diversas a las pactadas, se dice, nos permite hablar de la entrega de un “*aliud pro alio*” y de un incumplimiento sometido al artículo 1.124 del C. c.

Por lo tanto, hay que señalar que este criterio no es válido para todos los ordenamientos. En efecto, fueron precisamente las dificultades originadas para aplicar este criterio los que movieron al legislador italiano de 1942 a regular expresamente junto a los vicios reprobatorios la falta de cualidades prometidas o esenciales para el uso al que se destina la cosa (art. 1.497 del C. c. italiano) (90). Antes se sometían los casos de defecto de cualidad a las acciones generales de incumplimiento (o a la de nulidad por error, según se tratase de una compraventa de cosa genérica o de cosa específica). Por lo que todos los compradores pretendían que el vicio que tenía la cosa comprada era una falta de cualidad, con lo que su acción se sometía al plazo ordinario de prescripción. Ahora, al tratar de salvar este problema, se ha planteado el no menos espinoso de distinguir la cosa que carece de las cualidades debidas frente al “*aliud pro alio*”.

Sin embargo, el criterio expuesto parece responder al del artículo 1.167 del C. c. De éste se deduce que en las obligaciones genéricas se puede hablar de objeto diverso cuando el entregado tenga otra calidad que la prevista y exigible. Por ello, sólo cuando se entrega una calidad inferior podrá rechazar el acreedor la cosa: se trata de “otra diferente” (art. 1.166, párr. 1.º). Pero, ¿qué es lo que se entiende por cualidades? El ordenamiento jurídico puede acuñar sus propios conceptos y éstos no tienen que corresponder necesariamente al sentido que normalmente se les da por la comunidad social. Pero cuando semejante definición no existe, no hay más remedio que acudir al sentido vulgar de las palabras. Este es nuestro caso, ya que una vez admitido que el “*aliud pro alio*” se caracteriza por la diferencia de calidad, resulta que el Código civil no nos dice lo que entiende por calidad o por vicio.

De acuerdo con la Real Academia Española, calidad es la “manera de ser de una persona o cosa”; cualidad es “cada una de las circunstancias o caracteres, naturales o adquiridos, que distinguen a las personas o cosas” y también “calidad, manera de ser” (91); defecto es la “carencia o falta de las cualidades propias y naturales de

(90) BONET en su nota núm. 383 (Vid. pág. 323) a *La Compraventa de LUZZATO* dice que: “en el Derecho español, en el caso de falta de cualidad de la cosa, serán aplicables las disposiciones generales, especialmente el art. 1.124, por no existir precepto específico paralelo al del art. 1.497 del Código italiano”.

(91) El Diccionario ideológico de la Lengua española de Julio CASARES (Barcelona, 1966) nos despeja esta dualidad de sentidos al aclarar que la calidad no es sino el “conjunto de cualidades de una cosa”.

una cosa"; vicio es "mala calidad, defecto o daño físico en las cosas" (92).

De estas definiciones se puede deducir sin lugar a dudas que calidad, cualidad, vicio y defecto no son palabras que hagan referencia a realidades diversas. Atienden simplemente a dos puntos de vista diferentes que inciden sobre la misma realidad. Calidad y cualidad enfocan las cosas desde una perspectiva positiva, mientras que vicio y defecto contemplan lo mismo desde una perspectiva negativa. Cualquier cualidad (la suma de todas ellas repercute en la calidad, que es la expresión conjunta de todas las cualidades) podrá designarse también como la ausencia de un vicio y, viceversa, cualquier vicio podrá designarse también como la ausencia de una cualidad. No existe pues base para distinguir entre cualidades y vicios (93).

Pero además, si aceptamos la distinción entre la cosa viciosa y la cosa carente de cualidades o de calidad inferior parece que dejamos totalmente sin protección al comprador que recibe una cosa con defectos manifiestos. Ya que, aunque se percate de ellos y desee rechazar la cosa, no podrá acogerse a esta facultad, prevista en los artículos 1.166 y 1.167 del Código civil, precisamente porque este último habla sólo de una calidad inferior (y no de vicios de la cosa). Si no puede rechazar la entrega, mucho menos le estará permitido ejercer las acciones del artículo 1.124 del Código civil y, desde luego, tampoco podrá recurrir al saneamiento, ya que éste se refiere a los vicios ocultos y no a los manifiestos. A lo sumo podría beneficiarse de una indemnización de daños y perjuicios, lo que resulta absolutamente inadecuado.

Sin embargo, ¿qué duda cabe que hay casos en los que no se puede

---

(92) Diccionario manual e ilustrado de la Lengua española de la Real Academia Española. (Madrid, 1950.)

(93) La STS de 7-X-1927 equipara el "vicio propio de la cosa", el "defecto de calidad" y el "aliud pro alio" en una compraventa de 5.000 kilogramos de pepita de albaricoque dulce en que se entrega pepita de albaricoque amarga: "Considerando que ya se entienda que constituya vicio propio de la cosa o se aprecie como defecto en su calidad la circunstancia de ser la remitida distinta en cuanto a su naturaleza o especie de aquella que fue convenida, es ello lo cierto que esto último significa y representa legalmente un verdadero incumplimiento del contrato, pues a tanto equivale el envío de mercancía diferente de la comprada."

Vid. también en el mismo sentido la STS de 1-VII-1947.

En la STS de 27-V-1949 (Compraventa de 4.000/6.000 traviesas de roble) el T. S. considera que los vicios detectados en las maderas dan lugar a que no se pueda estimar que lo entregado era lo debido. Tanto es así que en el primer considerando habla de los trozos de madera remitidos en vez de hablar de traviesas. Postura en la que insiste en el cuarto considerando: "que afirmado en la sentencia recurrida el incumplimiento por el vendedor demandante del contrato de compraventa, al no haber hecho entrega "fiel" de las traviesas vendidas embarcadas, sin que se ajustasen a las características estipuladas...".

Esta postura parece ser la adoptada por Díez-PICAZO al tratar el supuesto de incumplimiento por ejecución de una prestación defectuosa. *El retardo, mora y resolución de los contratos sinalagmáticos*. ADC. T. XXII, F. II. Vid. páginas 388-9.

dudar de que lo entregado es otra cosa y que no puede hablarse de cambio de cualidades o de vicios? En efecto, si he comprado una televisión y me entregan un radio, un tocadiscos y me entregan una máquina de escribir, un coche y me entregan una canoa..., nadie dudará que se trata de un "aliud pro alio", que tengo que acudir a las acciones que me ofrece el artículo 1.124 y que ni tan siquiera se me puede ocurrir pensar en las acciones edilicias. En estos casos el vendedor ha desbordado los límites del género básico sobre el que estaba constituida la relación obligatoria. Se podría decir que ha alterado la esencia misma de la cosa debida. Hay que admitir la configuración socialmente acuñada de géneros básicos con respecto a los cuales no existe duda para nadie de que las cosas pertenecientes a uno no pueden confundirse en nada con las incluidas en otro: mesa, silla, lámpara, tractor, caballo, cerveza... No se trata de un problema filosófico, sino de firme convicción social.

Pero normalmente las obligaciones convencionales, aunque sean genéricas, parecen mucho más especificadas. Al género básico se añaden toda una serie de indicaciones que, dentro de dicho género, reducen a un cierto número de cosas, más o menos amplio, aquellas que puedan satisfacer la prestación a realizar (94). Así, la mesa será de caoba y destinada para un comedor o un despacho, tendrá cajones o no y más o menos patas...; la silla será alta o baja, de madera o de hierro, tapizada o no...; la lámpara habrá de tener más o menos bombillas, será de cristal de una u otra calidad...; el tractor tendrá mayor o menor potencia, apto para determinados terrenos, de cierta marca, consumo...; el caballo será de tiro o de carreras, joven o viejo, de cierta raza...; la cerveza será rubia o negra, con mayor o menor graduación...

¿Se puede decir que en todos estos casos bastará con que lo entregado corresponda al género básico para cumplir con el artículo 1.157, aunque luego no contenga ninguna de las especificaciones establecidas en la regla contractual? En caso afirmativo estos supuestos quedarían sometidos a las acciones edilicias, lo que, a efectos prácticos, supondría eliminar la aplicación del art. 1.124 casi siempre que el vendedor hubiese entregado algo, puesto que no cabe pensar que entregue algo que no sea, al menos, del género básico.

Sin embargo, esta división nos parece profundamente irreal y ni siquiera tiene la virtud de ser clara, puesto que, no sólo ya muchas personas opinarán que no han recibido lo que se les debía cuando, habiendo comprado una mesa de caoba, se les entrega una de pino, o cuando, habiendo comprado un caballo de carreras, se les entrega uno de tiro, sino que incluso estimaran que una mesa de pino pertenece a un género básico distinto del de la mesa de caoba; y otro tanto se podrá decir de los caballos de carreras y de tiro, y de otras muchas de

(94) WOLFF, Op. cit. Vid. pág. 67: "in obligatione sind nur diejenigen Spezies der Gattung, die die vertragsmäßige Beschaffenheit besitzen, nicht auch die übrigen Spezies, die diese Beschaffenheit nicht besitzen".

las especificaciones realizadas más arriba a modo de ejemplo. Resulta difícil e inseguro saber a partir de qué momento la conciencia social rechaza la existencia de un nuevo género o subgénero para considerar que las variaciones ya sólo responden a tipos de cosas pertenecientes a un mismo género.

Lo que parece evidente es que todas aquellas palabras y otros medios de expresión con los que se determina la cosa objeto de la compraventa en el momento de perfeccionarse el contrato no son gratuitos. El comprador espera recibir una cosa que responda exactamente a la descripción que deriva de la interpretación contractual y no algo que sea aproximadamente lo convenido. Y así se deduce de una interpretación correcta del artículo 1.167, puesto que la simple variación de calidad, es decir, la ausencia de una cualidad o la presencia de un vicio, permite rechazar la cosa entregada por el vendedor (95).

Además, si se aceptase el criterio que acabamos de exponer, se acentuaría aún la injusticia ya señalada en el caso de distinguir vicios y cualidades cuando aquellos fuesen manifiestos. Aquí el resultado sería más grave, puesto que a pesar de una variación de calidad, siempre que ésta no supusiese un cambio de género básico, el comprador tendría que conformarse con la cosa cuando la variación (con respecto a la cosa vendida) fuese manifiesta.

Sin embargo, esta es en definitiva la postura adoptada por LARENZ quien considera que aunque la cosa entregada pertenezca a otro género, debe regirse el caso por el § 480 del BGB y no por las normas generales del mismo sobre incumplimiento, salvo en aquellos casos en que, de acuerdo con el § 378 del HGB, la mercancía entregada es tan diversa de la convenida que en ningún caso el vendedor pueda contar con la aceptación de la misma por parte del comprador (96). Sin embargo, LARENZ no llega a esta conclusión por razones de fondo, es decir, porque crea que resulta imposible en muchas ocasiones la distinción entre el "aliud pro alio" y la cosa viciosa, sino por razones prácticas. De todas formas, a juzgar por los ejemplos a los que alude, lleva el planteamiento expuesto hasta casos muy extremados: así, entregar manzanas en vez de peras. Lo que nos permite identificar lo que nosotros hemos denominado género básico con ese mínimo de identidad a partir del cual no se puede esperar que el comprador acepte lo recibido como lo debido.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta conclusión, que no nos parece correcta para el ordenamiento español puede serlo en el alemán, ya que, entre otros posibles argumentos, no hay que olvidar que el § 480 incorpora la acción de incumplimiento a la regulación específica de los vicios ocultos, aunque, eso sí, sometiéndola a los requisitos propios de las acciones edilicias, sobre todo al breve plazo de prescripción de seis meses. Así, de acuerdo con dicho § 480 "El

(95) También DE TAPIA parece considerar que "la diferencia en calidad o cantidad de los géneros contratados" equivale a la entrega de algo distinto de lo convenido. *Tratado de Jurisprudencia Mercantil*, 1828. Vid. págs. 69-70.

(96) *Lehrbuch...* Vid. pág. 61.

comprador de una cosa determinada solamente según el género puede exigir, en lugar de la redhibición o de la reducción, que le sea entregada en el lugar de la cosa viciada una libre de vicios". Lo que se completa con el párrafo 2.º de dicho § 480 ("Si en el tiempo en el cual el riesgo pasa al comprador, falta a la cosa una cualidad afirmada, o si el vendedor ha ocultado dolosamente una falta, el comprador puede exigir, en lugar de la redhibición, de la reducción o de la entrega de una cosa libre de vicios, indemnización de daños a causa de no cumplimiento"), sobre todo si no olvidamos que, de acuerdo con el § 477, el plazo especial de prescripción de seis meses no se aplica cuando el vendedor haya ocultado dolosamente la falta (97).

Tanto en la interpretación de LARENZ como en las normas del BGB vemos criterios que nos parecen muy interesantes para distinguir la regulación propia de los vicios ocultos y son todos los que apuntan a la protección de una confianza. Precisamente el considerar que no puede protegerse una confianza basada en una actuación dolosa es la que hace que el ordenamiento salte la barrera de los seis meses fijada en el § 477. Y, de acuerdo con valoraciones análogas, admite LARENZ directamente el ejercicio de la acción de incumplimiento cuando lo dado es tan diverso que no puede generar una confianza en el vendedor de que será aceptado.

Finalmente, es importante no olvidar que en todo caso la distinción es fundamentalmente técnica, ya que, en definitiva, se trata de un incumplimiento de la obligación de entrega. Por ello puede el comprador, a priori, rechazar la cosa que tenga vicios, es decir, que sea distinta de la debida, provocando incluso la mora del deudor. Y por ello también se explica LARENZ la incorporación de la acción de incumplimiento al § 480 del BGB (98).

c) *Importancia de la diferencia existente entre lo comprado y lo recibido.*

Responde a la misma orientación que los criterios de distinción de los supuestos de hecho de los artículos 1.124 y 1.484 del Código civil, presentados hasta ahora, aquel que pretende reservar a las acciones edilicias los casos en que el vicio o la variación de calidad tenga una importancia mínima. Sin embargo, si bien es cierto que dichos casos no han de someterse a las acciones del artículo 1.124, puesto que, lógicamente, éstas se han de aplicar a los incumplimientos que tengan

(97) *Lehrbuch...* Vid. pág. 59-60.

(98) "Das Verlangen nach Lieferung einer mangelfreien Sache ist kein neuer Anspruch, sondern nur der ursprüngliche Erfüllungsanspruch, der eben noch nicht erloschen ist, weil der Verkäufer nicht erfüllt hat." *Lehrbuch...* Vid. pág. 60.

(99) El art. 1.455 del C. c. italiano dice expresamente: "Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra." Yo creo que el margen de arbitrio concedido a los tribunales en el párrafo tercero del art. 1.124, junto con una aplicación analógica del art. 1.154 del C. c. debe conducir a idéntico resultado.

un mínimo de importancia (99), tampoco quedarán incluidos en el artículo 1.484, al exigir éste que los defectos ocultos hagan a la cosa vendida “impropia para el uso a que se la destina” o que disminuyan “de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella”.

Es opinión unánime (100) que el artículo 1.124 se aplica al incumplimiento de una prestación principal, pero entendido dicho carácter de principal en un sentido subjetivo. Con ello se entiende englobar aquellas prestaciones que, a pesar de ser objetivamente accesorias, han condicionado el consentimiento de la parte que sufre el incumplimiento. Y es que junto a la prestación principal, la más importante, puede haber prestaciones secundarias, pero necesarias para que el particular contrate.

Luego la entrega de una cosa viciosa dará lugar a la aplicación del artículo 1.124 cuando se trate de un vicio importante, pero no sólo en un sentido objetivo, sino también en el subjetivo de que su ausencia (o la existencia de la cualidad correspondiente) fuese necesaria, como determinante de la voluntad de la parte contratante perjudicada. Y a este mismo criterio atiende precisamente el artículo 1.484 cuando se refiere a defectos ocultos que, “de haberlos conocido el comprador”, no habría adquirido la cosa, al menos, en las condiciones estipuladas.

d) *El carácter oculto de la diferencia entre lo comprado y lo recibido.*

Cierto que los defectos más pequeños serán menos manifiestos, con lo que apuntamos ya a un criterio totalmente distinto de los anteriores. No importa que la cosa entregada sea muy diferente o que sólo lo sea un poco (siempre que se supere el mínimo exigible para que la diferencia sea relevante). Lo verdaderamente importante es que esa diferencia permanezca oculta.

A primera vista no es posible entender que, de acuerdo con el artículo 1.484, pueda haber defectos manifiestos cuando se trata de cosas no determinadas más que genéricamente. Al no estar presente la cosa con la que piensa cumplir el vendedor, precisamente por no estar especificada (frecuentemente ni siquiera el vendedor sabrá con qué cosa piensa atender a su obligación, ya que es muy probable que ni él mismo la tenga todavía), no es posible hablar de defectos manifiestos. Son todos ocultos. Sin embargo, una interpretación finalista de la norma nos llevará a trasladar este requisito de que el vicio sea oculto al momento de la entrega en las compraventas de

---

en Derecho español. Resultado que yo sería partidario de extender también a la acción de cumplimiento exacto contenida también en el art. 1.124, impidiendo su ejercicio en estos supuestos y limitando la defensa del acreedor (comprador en nuestro caso) a una indemnización de daños y perjuicios (artículo 1.101 del C. c.).

(100) Mosco: *La resolución de los contratos por incumplimiento* y el Apéndice de PINTÓ RUIZ sobre *La condición resolutoria tácita*.

cosa genérica, ya que cabe exigir en el comprador no sólo que sea diligente al perfeccionar el contrato, sino también en su ejecución al recibir la cosa comprada. De acuerdo con esta interpretación no se podrá recurrir al saneamiento de los vicios cuando estos sean manifiestos en el momento de la entrega. Sin embargo, esto no puede conducir a la conclusión de que aquel comprador que recibe una cosa manifiestamente distinta a la pactada (los defectos se encuentran a la vista o "el comprador es un perito que por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos") y no la rechaza en el mismo momento, pierda todas las acciones que podría ejercer frente al vendedor. En muchas ocasiones los vicios son manifiestos pero su descubrimiento requiere un mínimo examen que puede no ser exigible de inmediato de acuerdo con las circunstancias y con los usos del tráfico. Otras veces las cosas se entregan sin estar el comprador presente: entrega a cualquier persona que en ese momento se encuentre en el domicilio del comprador, en la portería, conserjería, a un vecino; otras, la cosa viene empaquetada o embalada y no es exigible el desembalarlas o el desempaquetarlas en el momento de la recepción (piénsese en los paquetes que se entregan en correos y que normalmente no se abrirán hasta llegar a casa). En efecto, una interpretación racional del artículo 1.166 no debe limitar su eficacia al mismo momento en que materialmente se recibe la cosa. La posibilidad de rechazarla (es decir, de comunicar al vendedor que se considera que su obligación no ha sido cumplida porque lo entregado es distinto de lo debido) debe subsistir todo el tiempo racionalmente necesario para que el nuevo poseedor, el comprador, entre en contacto con la cosa, para que la contemple detenidamente y la pruebe (101).

---

(101) Luego el carácter oculto de un vicio es algo totalmente relativo, que dependerá de personas y circunstancias. La STS de 25-I-1924 considera vicio oculto que un coche tenga roto y soldado dos veces el cigüeñal, ya que "cuando, soldado o reparado, un cigüeñal trabaja en un coche, siendo sus condiciones de ajuste y equilibrio normales, no es posible apreciar sus defectos de construcción, pues su funcionamiento será normal, y sólo se puede observar esos efectos desmontando el motor". La STS de 28-III-1863 considera oculto el vicio de un caballo "que resultaba tener tiro al aire y al ronzal", teniendo en cuenta que el comprador no entendía de ganado. También importan los usos del tráfico; así la STS de 20-III-1926 considera como vicio manifiesto que las alubias de una partida de 100 sacos sean amargas e incomibles, aunque para comprobar dicho vicio haya que cocerlas y probarlas. En la STS de 11-VI-1926 un camión vendido como nuevo resulta estar ya bastante usado y los dictámenes emitidos por los peritos afirman "que los desperfectos y desgastes observados se aprecian a simple vista"; sin embargo, se valoran como vicios ocultos porque la persona no era perita en la materia. En cambio, la STS de 25-II-1948 (Compraventa de una partida de hayas) dice en su segundo considerando que, "de acuerdo con lo que dispone el art. 1.484 del C. c., no se da acción de saneamiento por defectos ocultos si el comprador es un perito que pudo fácilmente conocerlos, que es precisamente el supuesto de autos, en el que fue comprador un perito en maderas (se trataba de una empresa dedicada a la fabricación de artículos de madera) y examinó cuanto quiso la mercancía, aceptándola en las condiciones de calidad que en ella concurrían".

Una vez rechazada (en ese período de tiempo durante el cual puede hacerlo), tiene abiertas las acciones del artículo 1.124: exigir el cumplimiento verdadero u optar por la resolución del contrato (101 bis).

Esta interpretación del artículo 1.166 y de su relación con el artículo 1.124 ha sido recientemente adoptada por el Tribunal Supremo en una sentencia de 14-X-1968 (102) en un caso de arrendamiento de obra en el que el recurrente pretendía precisamente la aplicación del artículo 1.490 con su limitación de seis meses, en vez del artículo 1.598. El Tribunal Supremo estima, sin embargo, que es este último el artículo que debe aplicarse, dando para ello los mismos argumentos que acabo de defender al interpretar el artículo 1.166; argumentos que, sin duda, son aplicables también a la compraventa, puesto que no hay razón

---

(101 bis) BLAS PÉREZ y ALGUER: "Entre la resolución y la declaración de que se rechaza la prestación y se exige la indemnización por incumplimiento no media sino una diferencia de matices de la cual no se hace eco la técnica de nuestro C. c...." Notas al *Derecho de obligaciones*, de ENNECERUS. Vid. página 198 del Vol. I.

DÍEZ-PICAZO considera que: "En estos casos la buena fe parece imponer primariamente al acreedor el ejercicio de una pretensión de corrección o rectificación y, en su caso, una adecuada reducción del precio (*quanti minoris*). La acción resolutoria sólo está justificada si: a) el deudor no se allana a satisfacer la pretensión de rectificación, y b) la prestación defectuosa no es útil para el fin a que destinaba". Op. cit. Vid. págs. 388-9.

(102) Transcribimos los dos considerandos en que dicha Sentencia se ocupa del tema (núm. 4.386 del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi): "Considerando que el art. 1.598 invocado no tiene ese alcance restringido que pretende darle el recurrente, en primer lugar, porque no exige para su actuación la existencia de un pacto expreso que supedita la ejecución a la satisfacción o conformidad del propietario, bastando simplemente que el pacto se infiera de las estipulaciones del contrato, y, en segundo lugar, porque tampoco puede deducirse de tal precepto y a contrario sensu, que si no se estipuló aquel pacto, el empresario quede facultado para realizar la obra de manera imperfecta e incompleta, cuando no sirve para los fines normales para los cuales fue contratada, pues ello equivaldría a desvirtuar la verdadera naturaleza del contrato de empresa y, a desconocer su objeto, que no es simplemente la energía del trabajo, sino el resultado de ese trabajo, de donde se deduce que la principal obligación del empresario es la ejecución de la obra convenida con las características adecuadas a su fin, para que pueda ser estimada "de recibo", es decir, que reúna las condiciones de aptitud e idoneidad normales, quedando esta declaración supeditada a la resolución judicial si surge discrepancia entre las partes acerca de ella.

Considerando que si bien algún sector doctrinal afirma que como en materia mobiliaria no existe precepto expreso que disponga lo contrario, el recibo de la obra libera de responsabilidad al empresario contratista, sin embargo, la doctrina más generalizada no admite esa tesis, pues entiende que la entrega de la obra es cosa distinta de la recepción, la cual viene constituida por el acto o la manifestación del propietario, reconociendo que la obra ha sido ejecutada correctamente y admite que tal recepción, lo mismo puede anticiparse a la entrega, cuando el propietario admite que ya la reconoció y encontró conforme o puede demorarse, si por cualquier circunstancia cuando se la entregaron no pudo reconocerla o no pudo prestar su conformidad, aun después de la recepción de la obra, máxime cuando el empresario ha puesto en ella sus materiales, debe reconocerse en favor del propietario el derecho al saneamiento por los vicios ocultos, por analogía con la compraventa".

para que, en esta, dicho precepto cuente con una interpretación distinta. Pero si al cabo de ese tiempo que se juzga necesario para que el comprador adquiriera un conocimiento mínimo de la cosa, no ha reaccionado, entonces queda claro que no podrá reclamar contra el vendedor. Así lo exige la buena fe y la seguridad en el tráfico. La cosa entregada es manifiestamente viciosa, esto es, manifiestamente otra, y el comprador, sin embargo, la conserva y disfruta como si se tratase de la cosa que él realmente esperaba. Es evidente que esta conducta genera una confianza en el vendedor y, por ello, vincula al comprador para un futuro. En todo caso, cabe aceptar, para sostener esta tesis, la existencia de una dación en pago (103).

Y es que las acciones del artículo 1.124 atienden sin duda a un incumplimiento pleno, en el que el acreedor no ha recibido nada o ha rechazado inmediatamente (en un breve período de tiempo) lo recibido porque manifiestamente no respondía al contenido de su crédito. Se trata de una situación de insatisfacción total.

En cambio, cuando los vicios no son manifiestos en el momento de la entrega (entendido el carácter de manifiesto en el sentido amplio ya indicado), las acciones de incumplimiento del artículo 1.124 resultan inaplicables. Ciertamente el vendedor ha entregado una cosa distinta de la que debía, pero ésta ha sido aceptada por el comprador, en cuanto no ha sido rechazada en el período en que tal reacción se podía esperar legítimamente. A esto se puede objetar que la aceptación se debe precisamente al carácter oculto de la diferencia existente entre lo debido y lo entregado. Y esto es precisamente, en mi opinión, lo que permite ejercer las acciones edilicias en un plazo de seis meses, es decir, durante un plazo muy superior al normalmente consentido para rechazar la cosa, de acuerdo con el artículo 1.166, y, consecuentemente, ejercer las acciones de incumplimiento del artículo 1.124.

Así, pues, cuando los defectos sean manifiestos, el comprador podrá rechazar la cosa recibida en el plazo que se juzgue adecuado para que se percate de los mismos, y, a partir del ejercicio de esta facultad, dispondrá de quince años para ejercer las acciones de incumplimiento del artículo 1.124 (104). Por el contrario, si no rechaza la cosa en el mencionado plazo, se considerará debidamente cumplido el contrato por parte del vendedor, debido a la confianza generada en él por la

---

(103) 'Es interesante la versión que da MARTORANO de la pasividad del comprador en estos casos: "Infatti la norma di cui all'art. 1.490 si ispira al principio dell'autoresponsabilità, negando tutela al compratore negligente, mentre nel caso della conoscenza al momento della prestazione la perdita della garanzia si basa su una rinuncia tacita e quindi i suoi effetti sono limitati al contenuto della manifestazione di volontà interpretata secondo buona fede". Op. cit. Vid. pág. 35, nota 40.

(104) BLAS PÉREZ y ALGUER estiman "que, dada su naturaleza de derecho de formación, en el sentido que esta expresión tiene en la técnica alemana, el derecho de resolución no es prescriptible (Cf., sin embargo, la S. de 24-IX-1930 que aplica el plazo de prescripción ordinaria de las acciones personales, de quince años, que señala el art. 1964)". Vid. pág. 200 del *Derecho de Obligaciones*, de ENNECERUS, Vol. I.

conducta del comprador, viéndose éste privado de las acciones del artículo 1.124 (104 bis).

PUG PEÑA (105), al enumerar los requisitos que ha de reunir el perjudicado para quedar protegido por el artículo 1.124, exige, junto a que haya cumplido sus obligaciones y que no haya hecho nada que obstaculice el cumplimiento de la prestación que corresponde al otro, el que no dé con sus actos por cumplida la obligación de la otra parte. Los dos primeros requisitos se refieren a un momento anterior; son contemporáneos del incumplimiento. Mientras que este último atiende a un momento posterior, cuando el incumplimiento ya se ha producido. Lo que quiere decir que este último hace referencia exclusivamente al ejercicio de los derechos, es decir, a la propia defensa, en cuanto ésta, aunque reconocida por el ordenamiento, sólo lo será si se realiza mediante determinados comportamientos o, mejor dicho, si no se incurrir en determinadas situaciones que el ordenamiento valora como incompatibles con un ejercicio posterior de los derechos.

En efecto, si el vendedor no cumple con su obligación y, a pesar de ello, el comprador se comporta como si sus intereses estuviesen satisfechos, es evidente que semejante reacción (o mejor, falta de reacción) resulta contradictoria con el ejercicio posterior de una de las acciones que el artículo 1.124 prevé en caso de incumplimiento. Y es que la conducta del comprador ha sido suficiente para generar en el vendedor una confianza con respecto a la situación existente. Confianza que merece una protección del ordenamiento jurídico, en la medida en que así lo requieran la seguridad del tráfico y la buena fe. Si un comprador recibe una cosa manifiestamente defectuosa y, sin embargo, la acepta y la utiliza y disfruta, dando muestras de conformidad, es evidente que está proporcionando una base adecuada para que el vendedor confíe en haber liquidado felizmente su obligación. Una reclamación posterior del comprador, sería, sin duda, contraria a la buena fe. Naturalmente lo dicho no es aplicable a los casos de incumplimiento total, ya que resulta difícil imaginar cómo un comprador que no ha recibido nada puede actuar de forma tal que parezca que da la obligación del vendedor por cumplida, puesto que no cabe identificar el conformismo del comprador con el mero silencio o inactividad del mismo.

Cuando los defectos son ocultos la cosa no se puede rechazar en ese plazo que se juzga adecuado para ejercer la facultad prevista en el artículo 1.166, debido a la imposibilidad de percatarse a tiempo de los defectos (de lo contrario estos no serían ocultos). Aunque el transcurso de dicho período de tiempo sin reclamaciones del comprador puede generar una confianza legítima en el vendedor de que su

---

(104 bis) "Si el acreedor, en cambio, recibe el pago con conocimiento de la defectuosidad de la prestación, la aceptación sana los efectos y hay un cumplimiento liberatorio". Díez-PICAZO. Op. cit. Vid. pág. 388.

(105) *La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral*. RGLJ, julio-agosto de 1966. Vid. pág. 11.

prestación ha sido adecuada, sería injusto condenar al comprador a conformarse con la cosa viciosa. Por ello se prolongan sus posibilidades de reclamación durante seis meses, aunque, como es lógico, esta reclamación ya no producirá la eficacia del artículo 1.124, sino la de los artículos 1.484 y siguientes. Las diferencias más notables radicarán en que ya no podrá exigir el cumplimiento exacto de la obligación, precisamente porque ya no es el momento de rechazar la cosa según el artículo 1.166 y con los efectos consiguientes. "In extremis", se permite la resolución del contrato (106), pero no se puede devolver la cosa y mantener al vendedor de nuevo sujeto al cumplimiento exacto de aquél. Hay que tener en cuenta que esto puede ser muy perjudicial para el vendedor, dada la confianza adquirida por él de que el contrato estaba ya liquidado, y que, aunque sea en ese grado mínimo, dicha confianza merece una protección de acuerdo con la buena fe.

Pero igual que el carácter oculto del vicio o defecto da lugar a esa protección mínima de la confianza generada en el vendedor por la aceptación del comprador, también da pie para que se considere que si se descubre la diferencia oculta posteriormente, el hecho de que no se haya puesto de manifiesto sino con el tiempo (uso de la cosa) revela que muy probablemente la cosa entregada vale también para lo que la quería el comprador (aunque los resultados sean peores). Por lo que es posible que la cosa recibida interese al comprador, siempre que se establezca una rebaja proporcional en el precio. Esta es la justificación racional de la acción estimatoria. Frecuentemente, la devolución de la cosa (consecuencia del ejercicio de la acción redhibitoria) puede ser muy perjudicial para el comprador. Basta pensar en las fluctuaciones que ha podido sufrir el precio de la cosa en el mercado o la hipótesis de que el comprador se haya adaptado a la cosa recibida junto con sus defectos (107).

Una tercera diferencia radica en la indemnización de daños y perjuicios, que no es normalmente exigible en las acciones edilicias, salvo en el supuesto del párrafo segundo del artículo 1.486.

---

(106) BLAS PÉREZ y ALGUER apuntan que el C. c. español regula el derecho legal de resolución en cuanto a las obligaciones recíprocas en el art. 1.124, estando también previsto un derecho de resolución en los arts. 1.483 y 1.486, entre otros. Añaden que las reglas de todos estos preceptos pueden complementarse recíprocamente siempre que no haya razón contraria a la aplicación analógica. (Vid. pág. 197 del Vol. I del *Derecho de Obligaciones*, de ENNECERUS). En efecto, aunque dichos artículos hablen de rescisión, se trata de una imprecisión terminológica del Código.

(107) Esto es válido también en las compraventas de cosa específica. Aunque el objeto entregado no sea el debido, puesto que éste viene determinado tanto por la realidad como por otros datos añadidos a la misma, en última instancia se piensa que la cosa real designada puede ser muy parecida a la exigible y querida por el comprador y, por ello, interesarle su conservación.

D) *El plazo de ejercicio de la facultad concedida en el artículo 1.166 del Código civil.*

¿Durante cuánto tiempo puede el comprador (el acreedor, en general) rechazar la cosa recibida de acuerdo con el artículo 1.166? Ya hemos visto que todo depende de la naturaleza de la cosa y de las circunstancias en que se haya verificado la entrega, así como de la personalidad del comprador y la diligencia que se considere exigible.

Yo creo que el artículo 336 del Código de comercio es expresión de esta posibilidad que tiene el comprador de rechazar lo recibido y luego, en base a esto, ejercer las acciones de incumplimiento cuando las "mercaderías recibidas" sean defectuosas en su cantidad o calidad.

No se debe interpretar el artículo 336 como un supuesto de aplicación de las acciones edilicias a mercancías con vicios ocultos, porque no estaban determinadas (compraventa de cosa genérica), en el momento de concluir el contrato, pero manifiestos en el momento de la entrega. Ya he dicho que, aunque tal interpretación responda a la letra del artículo 1.484 del Código civil, me parece contraria a la finalidad de las acciones edilicias, que no es sino extender la protección dada al comprador a través de los artículos 1.166 y 1.124 del Código civil en base a que los defectos son ocultos, aunque modificando algo los efectos de dicha protección.

El único precepto que en el Código de comercio es expresión directa de la remisión a las acciones edilicias contenida en su artículo 345 es el artículo 342. En cambio, me parece indudable que el párrafo tercero del artículo 336 presenta unas acciones de incumplimiento típicas (análogas a las del art. 1.124 del C. c.), como se deduce de las opciones que se ofrecen al comprador: "rescisión del contrato" (en verdad se trata de su resolución) o "su cumplimiento con arreglo a lo convenido" ("siempre con la indemnización de los perjuicios"), lo que presupone (esta segunda opción) el rechazo previo de lo recibido (108).

Una vez sentado esto, es evidente que, aunque se trate del tráfico mercantil, donde las necesidades de rapidez y seguridad introducen exigencias adicionales, podremos acudir a los criterios establecidos en el artículo 336 como una orientación para determinar la duración del plazo de ejercicio de la facultad brindada por el artículo 1.166 del Código civil al comprador que no compra cosas muebles para revenderlas. Así, al trasladar al campo del Derecho civil el párrafo primero del artículo 336, no hay que olvidar que en él se parte de que el comerciante es (o mejor dicho, debe serlo a estos efectos) un perito en la materia, por lo que sólo podrá aplicarse el mismo criterio en las compraventas civiles cuando en el comprador coincida dicha

---

(108) En la STS de 3-V-1947 parece incluirse el supuesto del art. 336 del C. de c. en el de saneamiento por vicios ocultos.

condición. El párrafo cuarto será aplicable siempre que las circunstancias permitan racionalmente la realización del reconocimiento, pero sus resultados están condicionados a lo dicho para el párrafo primero sobre la condición de perito del comprador. Finalmente, el plazo de cuatro días concedido en el párrafo segundo coincide plenamente con la tesis que he mantenido de que la eficacia del artículo 1.166 del Código civil no se reduce sólo al momento en que tiene lugar la entrega y recepción material de la cosa. Si cuatro días son los fijados con carácter general para un tráfico caracterizado por la rapidez, no cabe duda que en las compraventas civiles el plazo podrá ser más amplio.

E) *La jurisprudencia y los plazos concedidos en los artículos 336 y 342 del Código de comercio para el ejercicio de las acciones contenidas en los mismos.*

La S. T. S. de 6-VII-1915 nos brinda un ejemplo de la limitación temporal que afecta al comprador cuando su protesta se basa en la existencia de defectos manifiestos.

Se trata de una compraventa de 300 toneladas de maíz plata al precio de 19,75 pesetas los 100 kilos, franco bordo Bilbao. Al descargar en los muelles la primera expedición, "tomó el comprador 92 sacos, de los que dispuso, negándose a admitir los restantes, y telefoneando a la entidad vendedora que el maíz quedaba sobre el muelle por venir fermentado". La sociedad vendedora contesta "que el maíz se estaba empleando para el consumo de harina, y era superior: pero que vista la actitud de la casa compradora, quedaba anulado el contrato, pues no podían remitir mejor clase por no existir". El comprador consideró que el compromiso de venta seguía en pie, y al no avenirse la sociedad vendedora a suministrar maíz "plata" de buena calidad, pide la rescisión del contrato junto con la indemnización de daños y perjuicios sufridos por incumplimiento del contrato. Lo que conceden, tanto el Juez de primera instancia como la Audiencia de Burgos.

El Tribunal Supremo casa la sentencia, ya que considera "que para aprovecharse el comprador del derecho que le concede el párrafo segundo del artículo 336 del Código de comercio, de repetir contra el vendedor por defecto en la cantidad o calidad de las mercancías que se entregan enfardadas o embaladas, es preciso, en primer término, conforme exige dicho precepto ejercite su acción dentro de los cuatro días siguientes al de su recibo"; y "que no basta el simple requerimiento de índole particular que dirija el comprador al vendedor dentro de dicho plazo para que se tenga por ejercitada la acción (fueron meramente privadas cuantas gestiones realizó el actor para comunicar a la Sociedad vendedora su resolución de rehusar), no sólo porque este concepto implica, al menos, la necesidad de un llamamiento judicial sino porque así lo da a entender de modo expreso la Ley de Enjuiciamiento civil cuando preceptúa que las reclamaciones de esta clase

han de iniciarse acudiendo al Juzgado para que practique lo dispuesto en su artículo 2.127”.

Vemos aquí el rigor con que el Tribunal Supremo aplica los requisitos que establecen los artículos 336 del Código de comercio y 2.127 de la LEC para poder ejercer las acciones establecidas en el 3.º párrafo del primero de ellos, que no son sino las acciones de incumplimiento (que responden a los del artículo 1.124 del Código civil, aunque aquí se hable de rescisión), como claramente se deduce de la comparación con los mismos artículos 329 y 332 del Código de comercio. En definitiva, la casa vendedora no ha hecho sino ejercer la acción resolutoria contenida en aquél (aunque el mismo utilice la palabra “rescisión” y la vendedora hable de “nulidad”) (109).

De esta sentencia, además, se puede deducir que, en efecto, el artículo 336 del Código de comercio no tiene nada que ver con el artículo 342 y las acciones edilicias, ya que atiende al incumplimiento; que como vemos se puede producir cuando la cosa tiene algún vicio

---

(109) Obsérvese que el TS. ha aumentado las dificultades propias de un plazo ya tan breve al imponer que la reclamación sólo será eficaz si se realiza a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto en el art. 2.127 de la LEC. Vid. STS del 6-VII-1915; 14-IV-1919; 3-V-1949; 21-I-1950; 21-II-1957; 24-IV-1958.

La STS del 15-VI-1926 nos ofrece un caso claro del rigor mencionado. Se trata de la compraventa de “200 fardos de bacalao de 50 kilos cada uno, clase primera, Langa-Hislandia, al precio de 110 chelines por bala, pago a noventa días de la fecha de las facturas, con letra aceptada al recibo del conocimiento (por valor de 1.100 libras esterlinas), pagadera en Huelva, y con la condición o cláusula CIF”. El comprador se negó a pagar todo el precio, basándose en que 57 fardos habían llegado en estado de descomposición, según certificación de un veterinario que “por orden del Alcalde examinó aquellos 200 fardos y declaró que de ellos 57 no estaban en condiciones para el consumo y fueron inutilizados por orden de dicha autoridad administrativa”. La Audiencia revoca la sentencia y accede a la demanda del comprador (disminución del precio). El T.S. casa la sentencia “considerando que por haber atribuido la sentencia recurrida eficacia a la acción ejercitada por la sociedad compradora, sin que la hubiera preparado oportunamente con las formalidades del acto de jurisdicción voluntaria que previene el art. 2.127 de la LEC, indispensable jurídicamente lo mismo para repetir contra el vendedor cuando de vicios o defectos en la calidad de las mercaderías se trata, como si la acción se ha de fundar en vicio interno descubierto en las mercaderías embaladas o enfardadas, al hacerlas el comprador objeto de reconocimiento y examen, es evidente que en ambas situaciones se hallaba la sociedad vendedora domiciliada en Londres, al amparo de la prescripción extintiva de su responsabilidad, conforme a los arts. 336 y 342 del C. de c., que se han infringido por el Tribunal de instancia”.

Constituye excepción la STS de 28-VI-1946 (Compraventa de cuatro vagones de aceite que resulta con mayor acidez de la debida), según la cual el trámite del art. 2.127 de la LEC no es siempre necesario.

Este criterio restringido, que me parece ya censurable para el campo del Derecho mercantil, no será aplicable en ningún caso a las compraventas civiles.

BLAS PÉREZ y ALGUER consideran que la resolución del contrato basada en el art. 1.124 puede tener lugar por declaración de la parte interesada, no siendo necesaria la previa declaración judicial. Apoyan esta opinión en una abundante cita de jurisprudencia, aunque reconocen que es muy discutida. Vid. pág. 198 del Vol. I del *Derecho de Obligaciones*, de ENNECCERUS.

y éste resulta manifiesto en el momento de la entrega o en un período inmediato a la misma (en este caso el maíz estaba fermentado). Es claro que se admite tácitamente que un vicio implica un "aliud pro alio".

F) *Entrega dolosa de una cosa con vicios ocultos.*

La seguridad y la buena fe en el tráfico exigen sacrificar los intereses del comprador cuando éste con su conducta haya dado lugar a una confianza del vendedor de que había cumplido con su obligación, o bien porque crea que su entrega correspondía exactamente a lo debido, o bien porque crea que el comprador se ha conformado con lo recibido. Sin embargo, esta confianza no puede existir, y por lo tanto el ordenamiento jurídico no puede protegerla, cuando el vendedor entrega conscientemente una cosa distinta de la debida en una cualidad esencial, tanto si el defecto resulta manifiesto como si resulta oculto. En estos casos la actuación dolosa del vendedor impide limitar el período de tiempo durante el cual el comprador puede rechazar lo recibido y ejercer las acciones de incumplimiento. Queda pues eliminada la aplicación de las acciones edilicias puesto que el comprador contará con quince años para devolver la cosa y pedir un cumplimiento exacto o resolver el contrato. Ciertamente que si el defecto es manifiesto esto parece un poco excesivo. Pero el ordenamiento no puede proteger la confianza nacida de un acto ilícito. En todo caso para que la conducta de aceptación tácita de la cosa por parte del comprador resulte relevante para liberación del vendedor bastará con que éste pregunte a aquél si está conforme con lo recibido a pesar de sus defectos (110). Ahora bien, ¿se puede aplicar este mismo criterio a las compraventas mercantiles a pesar del criterio taxativo de los artículos 336 y 342 en cuanto a los plazos concedidos? No parece posible y, sin embargo, aunque el tráfico mercantil exija mucha mayor diligencia en la defensa de los propios intereses, parece excesivo el dar preferencia al vendedor frente al comprador, al menos cuando aquél ha actuado con dolo. Por ello, "de lege ferenda", sería deseable abrir esta posibilidad de devolución permanente de la cosa y ejercicio de las acciones de incumplimiento a todo comprador que haya sufrido la actuación fraudulenta del vendedor. Ciertamente que, dada la actual redacción del Código de comercio, cabe proteger al comprador con el artículo 344. Pero no nos parece suficiente la simple indemnización de daños y perjuicios. Parece lógico admitir la existencia de un supuesto de incumplimiento siempre que ello no dañe la seguridad del tráfico mercantil cuando el vendedor ha entregado de mala fe una cosa diferente de la debida, y amparándose además en el carácter oculto de la diferencia. Así lo exige la buena fe que ha de dominar en cual-

---

(110) Contrariamente a lo que opina buena parte de la doctrina, el supuesto de hecho del art. 1.486, párr. 2.º no implica la existencia de dolo por parte del vendedor.

quier tipo de tráfico. Y así lo ha estimado la STS. de 31-V-1957 en la que el Tribunal Supremo sienta una jurisprudencia decididamente progresista al decidir que el artículo 336 (y sus limitaciones) no se aplicarán en aquellos casos en que haya mediado fraude del vendedor en el cumplimiento de su obligación (111).

#### IV. FUNDAMENTO DE LAS ACCIONES EDILICIAS EN RELACION CON EL PLAZO CONCEDIDO PARA SU EJERCICIO

Hemos llegado a la conclusión de que el supuesto de vicios ocultos es un caso de imposibilidad parcial de la prestación del párrafo

(111) Compraventa de una partida de cerveza consistente en 65 barriles (3.075 litros) al precio de 30.000 pesetas en conjunto. Entregada y pagada la cerveza el 14 de agosto, fue repartida por el comprador entre su clientela en un plazo de cuatro días. "A los seis días de realizado este reparto surgió la inesperada devolución de los barriles servidos, y alarmado el actor (comprador) por el volumen de tales devoluciones procedió a "pinchar" algunos de los barriles que se había reservado para ser expendidos en sus establecimientos, comprobando que, efectivamente, la cerveza se hallaba en pésimas condiciones para su consumo." Lo que, notificado al vendedor y ante su pasividad dio lugar a que el comprador promoviese el 22 de octubre el expediente de jurisdicción voluntaria del art. 2.127 de la LEC, comprobándose, en efecto, que la cerveza "se hallaba en mal estado, con fuerte sabor ácido que la hacía inapropiada en absoluto para el consumo".

En su demanda el comprador pide la redhibición del contrato con devolución del precio correspondiente a los 35 barriles depositados, más la indemnización de daños con respecto a los barriles que fueron empuzados y quedaron, por ende, inutilizados con más los gastos de toda índole sufragados por él y la de perjuicios por los beneficios dejados de conseguir con toda la mercancía.

El Juez de primera instancia desestima la demanda, mientras que la Audiencia Territorial de Valencia la acepta en su totalidad; lo que es mantenido por el T.S.

Esta sentencia es especialmente importante, ya que, frente a los argumentos del vendedor, centrados en el transcurso de los plazos concedidos para el ejercicio, de las acciones de los arts. 336 y 342 del C. de c., ya que el comprador acudió al Juzgado (22 de octubre) transcurridos 68 días desde la entrega de la cosa vendida, el T. S. (siguiendo a la Audiencia) tiene en cuenta:

"a) Que tal contrato versaba sobre cerveza contenida en barriles; b) Que esta no suele ser objeto de reconocimiento, por cuanto implicaría su pérdida de no seguirse el inmediato consumo; c) Que el reconocimiento sólo puede hacerse al consumirse; d) Que esa cerveza era destinada a la reventa; e) Que al consumirse se apreció su mala calidad que la hacen imposible para el consumo", lo que unido a la mala fe y evidente conducta engañosa del vendedor apreciada por el Tribunal "a quo", lleva a sustraer "al contrato de la aplicación de los arts. 336, del que se excluyen expresamente los afectados de vicios ocultos y de fraudulencia, y del 342, que sólo se refiere a los internos, los primeros, y cuyos plazos tampoco pueden correr a partir del recibo o entrega de la mercancía, por no poder ser reconocido, posición correctísima de la Sala, que vela por la justicia y equidad del caso concreto ante una actuación tortuosa de uno de los contratantes, violadora de aquel principio tradicional de verdadera, sabida y buena fe "guardada", que debe mediar entre comerciantes" (primer considerando).

Vemos cómo el argumento principal radica en considerar que la actuación dolosa del vendedor en el cumplimiento del contrato excluye la aplicación de

segundo del artículo 1.460 del Código civil cuando se da en una compraventa de cosa específica; en cambio, cuando se da en una compraventa de cosa genérica, el caso es de incumplimiento del artículo 1.124 del Código civil. La peculiaridad de las acciones edilicias responde al hecho de que tanto la imposibilidad parcial, en la compraventa de cosa específica, como el incumplimiento, en la compraventa de cosa genérica, no resultan evidentes al comprador en el momento de la entrega y recepción de la cosa (112), por lo que hay que establecer una nueva regulación que evite la indefensión del comprador.

los arts. 336 y 342, y, consecuentemente los plazos que limitan las acciones contenidas en los mismos, interpretación basada en el final del párr. 2.º del art. 336 cuando se excluye de su ámbito los casos en que la "avería" proceda de "fraude".

Pero junto a este argumento aparece con carácter secundario y entremezclado la referencia al momento en que ha de empezar a computarse los plazos de los arts. 336 y 342 cuando resulta totalmente imposible (so pena de echar a perder toda la mercancía) comprobar las existencias de los vicios en el momento de la entrega (hasta el momento del consumo en este caso). Así, en el segundo considerando, vuelve a aparecer esta idea junto con la que, sin duda, constituye "ratio decidendi" de la sentencia, cuando se dice que el problema debatido es de "fraude en la entrega a sabiendas de una viciosa mercancía, cuyos vicios no podían ser descubiertos o conocidos hasta el momento crítico de su consumo y no en el de su entrega o recibo; y es también doctrina razonable que debe prevalecer la justicia y equidad a una aplicación rígida de formalismos legales que ha de actuarse en servicio y no en obstáculo y prohibición de aquellas si los términos o la "ratio legis" no lo excluyen, como así ha procedido en excepcionales casos esta Sala, como por ejemplo, en la Sentencia de 29-III-1932".

Queda, pues, apuntada la posibilidad de retrasar el cómputo de los plazos contenidos en los arts. 336, 342 y 1.490 en casos muy excepcionales, cuando de ninguna forma racional pueda averiguarse el defecto antes de un determinado momento.

La interpretación realizada del art. 336 me parece correcta, pero no su desarrollo ulterior. En efecto, al no existir normas específicas en el C. de c. habrá que acudir al C. c., pero no a la aplicación de los arts. 1.484 y sigs., sino a la del 1.124, ya que la mala fe del vendedor en el cumplimiento de las compraventas genéricas conduce a la perpetuación de la vigencia del art. 1.166 y, consecuentemente, del art. 1.124. Lo que, además, coincide con lo otorgado por el Tribunal "a quo", la indemnización del lucro cesante, que resultaría problemática al ejercer la acción redhibitoria.

Así, pues, nos encontramos ante un caso de resolución regido por los plazos del art. 1.124 y no los del art. 336, en base al art. 943 del C. de c.

(112) Parece indiscutible que la entrega del art. 1.490 se refiere a una entrega material y excluye cualquier tipo de "traditio ficta" como punto de partida para el cómputo de los seis meses.

La STS de 7-X-1927 llega a considerar la entrega CIF en Londres (pago contra documento de embarque) a representantes de un comerciante finlandés comprador para la reexpedición a Helsingfors como "el empleo de medios o requisitos indispensables para efectuar al comprador la entrega que había de producir los verdaderos efectos legales", situándose en la llegada a Helsingfors el momento relevante (la entrega) para el cómputo de plazos relacionados con los posibles defectos de la mercancía.

En el mismo sentido la STS de 3-II-1928 sobre la compraventa de un vagón de vino; la STS de 3-V-1947 sobre la compraventa de 185 toneladas de anchoas en salazón con destino a Italia; la STS de 29-V-1957 sobre la compraventa de 100 toneladas de albardín.

En efecto, aunque los artículos 1.124 y 1.460, párrafo 2.º gocen de un largo período de tiempo para el ejercicio de las acciones que ordenan, éstas se encuentran condicionadas por la conducta del comprador, que, en el caso de haber recibido la cosa, debe rechazarla, manifestando su desacuerdo con la misma (art. 1.166) en un breve período de tiempo. De lo contrario, la posesión de la cosa y su falta de protesta generan una apariencia de aceptación e, inmediatamente, la confianza del vendedor, que puede dar por concluida su obligación. Naturalmente, aunque el período normalmente válido para mostrar su desacuerdo con la cosa no parece prefijado por la Ley y fluctúa en cada caso y circunstancias correspondientes, se trata de un período muy breve. En todo caso, suficiente para descubrir los defectos o vicios ocultos. Por ello, las acciones edilicias al prolongar ese plazo de protesta hasta seis meses a partir de la entrega, tratan de impedir la indefensión del comprador que, como hemos apuntado, no se podría acoger ni al artículo 1.460, párrafo 2.º, ni al artículo 1.124. Ciertamente que la regulación de la defensa del comprador realizada por las acciones edilicias difiere algo de la que se deduce de los dos preceptos mencionados. Pero en lo fundamental la eficacia es muy parecida y las variaciones que se observan responden, como hemos podido comprobar, a una variación de las valoraciones realizadas por el legislador frente al nuevo esquema de intereses e imputaciones que presenta la entrega de una cosa con vicios ocultos frente a la de una cosa con vicios manifiestos (112 bis).

(112 bis) El Proyecto de Ley Uniforme sobre la venta internacional de cosas muebles parece responder a la postura aquí defendida, según la cual los supuestos de vicios redhibitorios son supuestos de incumplimiento del contrato en las compraventas de cosas genéricas. Me limito a transcribir los artículos que, a mi modo de ver, confirman lo dicho:

Art. 33:1. Le vendeur n'a pas exécuté son obligation de délivrance:

- a) lorsqu'il n'a remis qu'une partie de la chose vendue ou lorsqu'il a remis quantité différente en plus ou en moins de celle qu'il avait promise dans le contrat;
- b) lorsqu'il a remis une chose autre que celle prévue au contrat ou une chose d'une autre espèce;
- c) lorsqu'il a remis une chose non conforme à un échantillon ou modèle remis ou adressé à l'acheteur, à moins qu'il l'ait présenté à titre de simple indication sans aucun engagement de conformité;
- d) lorsqu'il a remis une chose qui ne possède pas les qualités nécessaires pour son usage normal ou son utilisation commerciale;
- e) lorsqu'il a remis une chose qui ne possède pas les qualités nécessaires pour un usage spécial prévu expressément ou tacitement par le contrat;
- f) en général lorsqu'il a remis une chose qui ne possède pas les qualités et particularités prévues expressément ou tacitement par le contrat.

2. La différence de quantité, l'absence d'une partie, d'une qualité ou d'une particularité ne sont pas prises en considération lorsqu'elles sont sans importance.

Art. 41:1. L'acheteur qui a régulièrement dénoncé le défaut de conformité peut, selon les modalités prévues aux articles 42 à 46:

- a) exiger du vendeur l'exécution du contrat;
- b) déclarer la résolution du contrat;
- c) réduire le prix.

2. L'acheteur peut aussi obtenir les dommages-intérêts prévus à l'article 82 ou aux articles 84 à 87.

Naturalmente, toda esta concepción supone una interpretación del artículo 1.490 del Código civil en la que los seis meses concedidos por éste para ejercer las acciones edilicias no se conciben como una restricción frente a los casos normales (de vicios manifiestos, sometidos a los arts. 1.124 y 1.460, párr. 2.º del C. c.), sino, por el contrario, como una ampliación.

No vamos a discutir aquí el delicado problema de si se trata de un plazo de caducidad o de un plazo de prescripción. Simplemente señalaremos que la jurisprudencia no ha mantenido un criterio uniforme en este tema, adoptando tanto una calificación como la otra (113).

Desde luego, me inclino a reconocer un plazo de caducidad en los seis meses del artículo 1.490. Pero no creo que ello sea obstáculo para aceptar mi construcción, siempre que ese plazo de caducidad no tenga una dimensión procesal, sino simplemente sustantiva. Esto es, en mi opinión el artículo 1.490 limita a un plazo de seis meses el ejercicio sustantivo de la acción por parte del comprador; ejercicio que puede

---

(113) Ejemplo de estas fluctuaciones son las STS de 27-V-1957; y 5-VII-1957. Con una diferencia de dos meses, en la primera se nos dice:

“Que el segundo motivo tampoco puede prosperar, dado que no existe la violación por interpretación errónea del art. 1.490 del C. c., ni la indebida aplicación del art. 1.973 del mismo cuerpo legal de que se acusa al Tribunal “a quo” y no existe porque esas violaciones, estima el recurrente que tienen su origen en el error, que a su juicio se ha cometido por dicho Tribunal al creer que en el art. 1.490 se fija el tiempo en que prescriben las acciones emanadas de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes, siendo así que ese precepto no se refiere a la prescripción de acciones, sino a su caducidad, lo que impide que pueda tenerse como interrumpido el término de seis meses en él establecido por alguna de las causas señaladas en el art. 1.973 del mismo Código; error que no se ha cometido por el Tribunal de instancia, toda vez que al estimar que el expresado término no es de caducidad sino de prescripción se ha atendido debidamente a la reiterada doctrina de este T.S. en ese sentido, consignada en repetidas sentencias, entre las que cabe señalar como más aproximadas las de 11-VI-1926, 19-IV-1928 y 5-XII-1955...” mientras que en la segunda se establece la caducidad del término que nos incumbe: “Considerando que concediendo el art. 1.496 en su relación con el 1.499, ambos del C. c., el ejercicio de la acción redhibitoria al comprador de animales y ganados por los vicios o defectos que éstos tuvieran, la que debiera interponer, a contar desde que le fueran entregados por el vendedor, dentro del término de cuatro días, este plazo, por estar vinculado a un derecho potestativo, ha de ser calificado de caducidad, ya que en su transcurso impide el ejercicio por el titular de la acción que le asiste, sin necesidad de que se alegue;...”.

La STS de 31-III-1960 considera que los plazos fijados en los arts. 336 y 342 del C. de c. son de prescripción y no de caducidad. También en la Sentencia de 7-VI-1909 el T.S. considera que el plazo del art. 1.490 es de prescripción, por lo que admite su interrupción.

Otras Sentencias en las que se tratan los plazos del art. 1.490 y arts. análogos como de prescripción: la STS de 15-VI-1926 (respecto a los arts. 336 y 342 del C. de c.); STS de 25-I-1957 (Compraventa de los muebles de una alcoba).

Sentencias en las que se considera que el plazo es de caducidad: STS de 10-I-1946 (Compraventa de finca en la que posteriormente es necesario realizar obras como consecuencia de vicios ocultos, principalmente debido a la mala calidad del hierro y a descuidos en su colocación al construirse la parte metálica).

Limitarse a la protesta del comprador claramente expresada al vendedor sobre las condiciones de la cosa recibida, siempre que el vendedor no rechace claramente y sin dejar lugar a dudas dicha protesta. Es decir, que basta el silencio del vendedor frente a la protesta del comprador para que, en mi opinión, se pueda decir que el comprador ha ejercido en el plano sustantivo las acciones de saneamiento por vicios ocultos. Y a partir de ese momento, comenzará a transcurrir el plazo normal de prescripción del artículo 1.964 (quince años). Esta es sin duda una interpretación muy extensiva del supuesto en que el vendedor admite la reclamación extrajudicial del comprador (114). Pero me parece necesario para proteger los intereses del comprador, sin que, por otra parte, se perjudiquen los del vendedor, ya que, una vez ejercida la reclamación se ha destruido la confianza que pudiese tener en la liquidación de su obligación. A partir de ese momento no podrá, de acuerdo con la buena fe, recurrir al transcurso de los seis meses para defenderse de la responsabilidad derivada de los vicios ocultos de la cosa (115).

---

(114) Tanto la doctrina como la jurisprudencia alemanas distinguen entre el plazo concedido para el ejercicio de las acciones edilicias (cierto que en Alemania este plazo es de prescripción) del plazo concedido para el ejercicio de los derechos derivados del previo ejercicio de dichas acciones (que es el de prescripción normal de 30 años). Vid. págs. 52-53 del *Lehrbuch...*, de LARENZ.

La STS de 9-II-1948 (Compraventa de 400 cajas de cherne conteniendo 20.000 kilos de dicho artículo) dice en uno de sus considerandos: "... y claro está que por regla general las reclamaciones particulares por sí solas carecen de la eficacia jurídica que para el efecto que se examina asiste a las que judicialmente se produzca, pero si en el tiempo fijado por la Ley se hacen directamente al vendedor y éste, lejos de rechazarlas, no pone en duda su veracidad y se muestra propicio a atenderlas, aunque por no hacerlo después sea su procedencia discutible jurídicamente, han de ser tenidas por eficaces para impedir que puedan estimarse prescritas y sin acceso a debate la acción y el derecho a repetir, porque el comprador no los ejercite judicialmente dentro del término señalado en el art. 342 del C. de c., ya que la adopción de un criterio contrario a éste dejaría al comprador de buena fe indefenso en los casos a que se alude".

(115) La importancia de la confianza del vendedor en base a la conducta del comprador para dar una solución a estos problemas se refleja en la STS de 3-V-1949 (Compraventa de 20.000 arrobas de vino tinto filtrado), en la que el T.S. deniega la resolución del contrato pedida por el comprador, obligándole a su cumplimiento, porque "había revelado con sus actos que consideraba admisible dentro del orden comercial el vino remitido (en anteriores envíos), toda vez que se avino a una rebaja de 364 pesetas, porque la graduación resultó algo inferior a la pactada... y esta declaración (del Tribunal "a quo") no constituye una afirmación de la infracción del contrato por parte del vendedor, pues lo único que expresa es que el propio comprador no estimaba que había motivo para la resolución del contrato...".



# El término Derecho común en el Código de Comercio

## Estudio sobre la doctrina del Tribunal Supremo

FEDERICO de CASTRO y BRAVO

SUMARIO: I. PROPÓSITO Y OCASIÓN DE ESTAS NOTAS.—II. EL TÉRMINO DERECHO COMÚN EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL. 1. *Significados del término Derecho común.* 2. *El Código de Comercio de 1829. Doctrina del Tribunal Supremo.* 3. *El Código de Comercio de 1885. Doctrina del Tribunal Supremo. La doctrina de los autores.*—III. LAS MOTIVACIONES DE POLÍTICA JURÍDICA. DISGREGIÓN SOBRE UN SUPUESTO PARTICULAR.—IV. LA PUBLICACIÓN DE LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL ESPECIAL DE CATALUÑA.—V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JUNIO DE 1968.

### I. PROPOSITO Y OCASION DE ESTAS NOTAS

En la tertulia o seminario informal que se celebra los miércoles en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, el pasado curso se dedicaron algunas sesiones al estudio y comentario de la importante Sentencia del Tribunal Supremo, fechada el 28 de junio de 1968. Hubo intervenciones de alto tono científico y la discusión alcanzó también un clima de noble apasionamiento. Tomaron parte en la misma algunos de nuestros más preclaros mercantilistas y civilistas; actuando de ponente don Jesús Díez del Corral. La ponencia recibió el elogio de todos, tanto de quienes aceptaron sus tesis, como el de aquellos que creyeron deber contradecirlas; aplauso bien merecido, por lo elaborado del trabajo, su erudición y finura de la exposición.

Algunos de los asistentes a la reuniones mencionadas, no llegamos a tomar parte en el debate, por unas u otras razones o circunstancias. Mas la cuestión, por su interés práctico y doctrinal, no podía ser abandonada al cerrarse el debate en el seminario de los miércoles. En alguna otra reunión, habida con diferente motivo, con colaboradores de este ANUARIO, y teniendo en cuenta las doctas y encontradas opiniones emitidas en el seminario, me pareció que no debía reservar mi opinión, aunque ella quedase algo distante de las allí mantenidas. Ahora, después de leído el comentario del señor Díez del Corral a la sentencia de 28 de junio de 1968, tan documentado y de tanta fuerza suasoria, publicado en el anterior fascículo de este ANUARIO (1), y

---

(1) *El Derecho Foral como supletorio del Derecho Mercantil.* (Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968); ADC; XXII-3; pág. 692 y sigs.

habiendo estudiado y meditado las páginas que el profesor don Jesús Rubio dedica al Derecho común, como Fuente del Derecho, en su admirable y envidiable Introducción al Derecho mercantil (2), he creído que debía decir públicamente mi criterio; aunque sea tan sólo para dar ocasión a la crítica y saber si me he equivocado al enjuiciar esta cuestión, tal y como lo hiciera en la reunión recordada y en la Universidad.

El ya publicado trabajo del señor Díez del Corral, me ha facilitado la labor y me permitirá abreviar considerablemente la extensión de estas notas; pues en aquél encontrará el lector el texto literal de los considerandos de la sentencia de 28 de junio de 1968, e importantes detalles, antecedentes y razones sobre el caso que aquella decisión vino a terminar (3).

El presente estudio se ha centrado, como indica su título, en el del término Derecho común en las normas mercantiles; mas no se ha olvidado cual fuera su origen ocasional, la sentencia del 28 de junio de 1968, su doctrina y su fallo aplicando al caso de autos el artículo 322 de la Compilación catalana. Por tales motivos, se considerará primero, con un cierto detenimiento, el significado atribuido a la frase Derecho común; después, el valor que respecto del alcance del Derecho común tienen los artículos 321 y 322 de la Compilación; por último, se examinará críticamente la sentencia tantas veces citada del 28 de junio de 1968.

## II. EL TERMINO DERECHO COMUN

### 1. *Significados del término Derecho común.*

Las dudas sobre el significado del Derecho común en las leyes mercantiles ha sido preocupación nueva, pues los antiguos mercantilistas lo estimaban evidente y resuelto por las leyes. Ha surgido modernamente, en especial al discutirse la sentencia de 28 de junio de 1968. Suscitada ya, habrá que buscar unas respuestas capaces de disiparlas, y del modo más satisfactorio posible.

El método a seguir para encontrarlas, nos viene dado por la naturaleza misma de la cuestión. No es de índole dogmática; no se ha puesto en duda el ser o sustancia del Derecho común. Lo que se pregunta es tan sólo cual sea el sentido que tiene en el Código de

(2) *Introducción al Derecho Mercantil*, 1969, I, págs. 399-404.

(3) Para comodidad del lector, se recordarán los hechos del caso. En breve síntesis: una señora casada, de vecindad civil catalana, había avalado una letra girada por su marido (por suministro de mercancías), vigente ya la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña; un acreedor de la mujer (por venta de mercancías) pide la declaración de nulidad del citado aval (para levantar el embargo trabado sobre bienes de la mujer en base del aval y poder dicho acreedor ejecutar válidamente su crédito). La demanda de este acreedor de la mujer fue denegada en primera y segunda instancia. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso, casando la sentencia de primera instancia, por inaplicación del artículo 322, párrafo primero de la Compilación catalana.

comercio esa frase de "Derecho común". Labor exegética muy concreta, que puede facilitarse recordando los distintos sentidos con los que se han empleado esas dos palabras y que puede realizarse examinando los que haya podido tener en los momentos clave, los de la publicación de los Códigos de comercio de 1829 y de 1885, y la de la del Código civil en 1889.

A este fin, y previamente, para mayor facilidad, puede recordarse cuáles han sido los principales sentidos con los que, en tiempos sucesivos, ha venido usándose el término Derecho común.

Los romanistas nos han enseñado que dicho término "ius commune" no fue utilizado técnicamente en los textos justinianos. La obra exegética de los juristas medievales supo, sin embargo, poner de relieve que se podrían distinguir dos modos de su empleo. Al lado de los Derechos peculiares de cada "civitas" cabía señalar la existencia de otro Derecho, el "ius gentium", usado por todos los pueblos, y que, por ello, merecía la consideración de común. Aquellos autores también se cuidarán de destacar la diferencia que había entre las reglas generales, normalmente aplicables y aquellas otras dadas para casos, personas o situaciones especiales; las unas con el carácter de "ius commune" y las otras como "ius singulare" (4).

La doctrina medieval hizo más, pues logró dar un cierto carácter técnico al calificativo de "ius commune". Lo que hubo de realizar potenciando el valor y alcance de las reglas del "Corpus iuris". Estas, en su conjunto, se estiman constitutivas del "ius commune"; con la importante consecuencia práctica de afirmar su significado de Derecho general y racional. Mientras que los "statuta", el "ius municipale", quedaba reducido a la consideración de reglas locales, sobre materias concretas y determinadas, de carácter arbitrario o privilegiado. Con el resultado destacable de que dicho "ius commune" habrá de ser utilizado como Derecho supletorio general, respecto de los Derechos particulares o especiales y de que las reglas de estos Derechos se interpreten restrictivamente, como disposiciones excepcionales o privilegios en favor de territorios, clases sociales o personas determinadas ("statuta sunt sterilia sicut mulae") (5).

Un cambio radical en el sentido de Derecho común tendría lugar en el Renacimiento, con el fortalecimiento del poder de los soberanos nacionales y su independización no sólo de hecho, sino también en lo formal, respecto del Imperio. El Derecho romano es desplazado por el Derecho Real y a éste se le atribuye, desde entonces, el ca-

---

(4) Así, p. ej., se hablará de "iure commune et militare". Pueden consultarse los principales textos, en los recogidos por *Vocabularium Juris utriusque*, de SCOTT, BRISONIO, HEINECCIO, y VICAT, ed. 1759, voz "Communis", I, pág. 305.

(5) Historiadores modernos acostumbran a designar como "ius commune" o Derecho común la doctrina jurídica que se va formando en la Edad Media sobre la base de los textos romanos y canónicos o también la que se ha creado desde el Siglo XIV hasta la Codificación (Derecho intermedio); pero, este significado relativamente reciente y erudito no interesa a nuestro objeto.

rácter de Derecho común, en cuanto a sus disposiciones le acompañan las notas de general, normal y racional.

En la época moderna, la fragmentación sufrida por el Derecho civil, al ser recogido de modo parcial en los Códigos civiles, hace que el término Derecho común tome un nuevo matiz que, en cierta manera, le acerca al que tuviera en la Edad Media. La práctica, las leyes, la sistemática de los autores, acostumbran a calificar de Derecho común las disposiciones generales del Derecho privado (Derecho civil en sentido estricto), respecto de los llamados Derechos especiales, ramas del Derecho privado (Derecho comercial, laboral, agrario, industrial, &) que se van separando del viejo tronco común (Derecho civil en sentido amplio) (6).

En base a esta pluralidad de sentidos, conexos pero bien distintos, habrá de plantearse la interrogante: ¿en qué sentido se ha empleado la frase Derecho común, al ser llamado a regir como complementario del Derecho mercantil?

## 2. El Código de comercio de 1829.

El Código de 1829 ha sido el primer paso que el legislador diera hacia la codificación del Derecho privado; lo que hace que ofrezca un interés mayor que el que hubiera tenido como estricta ley mercantil (7). Ahora, en primer lugar, importa a nuestro objeto averiguar el significado que se le diera a su remisión al Derecho común. Ella se encuentra en los artículos 234, 263 y 581, cuyo texto vendrá tener presente.

Artículo 234.—Los contratos ordinarios de comercio están sujetos a todas las *reglas generales que prescribe el Derecho común sobre capacidad de los contrayentes y demás requisitos* que deben intervenir en la formación de los contratos en general, así como las excepciones que impiden su ejecución y causas que los rescinden e invalidan, bajo la modi-

---

(6) Una variante de este sentido ha sido propuesta por VICENTE Y GELLA. Nos dice que las relaciones mercantiles se regulan tanto por las propias leyes mercantiles como por la legislación común; el legislador, en el art. 50 del C. de c., se refiere a "Derecho privado general, que en realidad no puede decirse que sea civil ni mercantil", y que se encuentra en "ciertas reglas del Derecho civil aplicables a las relaciones comerciales con el carácter de normas principales", *Curso de Derecho mercantil comparado*, I, núm. 20, ed. 1944, págs. 79 y 82; ed. 1960, págs. 63, 65 y 66.

(7) Tiene, por ello, un contenido más amplio que el Código de comercio de Napoleón, y establece disposiciones generales sobre la contratación; peculiaridad cuya trascendencia para la regulación del Derecho privado ha sido destacada por RUBIO, *Sainz de Andino y la Codificación mercantil*, 1950, página 147.

ficación y restricciones que establecen las *Leyes especiales de comercio* (8).

Artículo 263.—Las obligaciones mercantiles se extinguen por los modos *prescritos en el Derecho común sobre los contratos en general*, salvo las *disposiciones especiales*, que para casos determinados se dan en este Código.

Artículo 581.—Las acciones que por las leyes del comercio no tengan un plazo determinado para deducirlas en juicio, prescriben en el tiempo que corresponda, atendida su naturaleza, según las *disposiciones del Derecho común*.

¿Qué significa en estos artículos la repetida referencia al Derecho común? Parece indudable que no aluden al Derecho romano. La negación del carácter de Derecho común al Derecho romano se había impuesto desde hacía mucho tiempo, por razones principalmente políticas. El Rey o el Príncipe es soberano en su Reino, como pudiera serlo el Emperador; con la consecuencia de que el Derecho romano se considera Derecho extranjero, carente de fuerza vinculante para los súbditos del Rey o del Príncipe. A la vez, de entre las disposiciones propias del Reino, se irán distinguiendo las que conservan el antiguo carácter local o de privilegio (“*ius municipale*”, “*ius speciale*”) y aquellas otras de naturaleza general que reciben el nombre de Derecho Real y a las que se atribuye exclusivamente la condición de Derecho común del Reino. Doctrina que puede calificarse de opinión común de los autores, en los siglos XVI y XVII (9).

Durante el siglo XVIII, este criterio se mantiene y, además, se fortifica. La pérdida por el Derecho romano de su antiguo carácter de Derecho común se justifica ahora y se acompaña de una crítica acerba sobre su propio contenido (10). En cambio, se potencia al

(8) Se subrayan, aquí y en lo sucesivo, las frases que interesa destacar; debiéndose advertir que *no están* subrayadas en los textos originales; en el caso en que lo estén, se indicará en nota.

(9) “*Jus namque commune horum Regnorum est illud, quod in legibus partitorum atque aliis legibus huius Regni statutum invenitur, nec leges Pandectarum, nec Imperatorum in his Regnis tanquam leges, sed tanquam dicta Sapientium accipienda sunt*”, MOLINA, *De Hispanorum Primogeniorum*, 3, 12, 11, ed. 1650, pág. 422; GUTIÉRREZ, *Practicarum Quaestionum civilium*, IV, q. 29, 3, q. 65, 14, ed. 1730, II, 2, págs. 62 y 161-162. VELA, *Dissertationum iuris controversi*, Diss. 45, 50, ed. 1761, II, pág. 196. También citas recogidas en *Derecho civil de España*, ed. 1955, I, pág. 167, notas 2, 4 y 5, pág. 168, notas 2 y 3. Ultimamente, HERNÁNDEZ GIL, *Del Derecho romano como Derecho civil al Derecho civil como Derecho privado*, en *Estudios en honor del profesor Castán*, publicados por la Universidad de Navarra, 1969, IV, páginas 347-348.

(10) MORA Y JARABA, *Tratado crítico. Los errores del Derecho civil y abusos de los jurisperitos*, 1748; obra en la que se recogen las principales censuras dirigidas al Derecho romano, en España y fuera de España.

Sobre la falta de vigencia de las leyes romanas en los Tribunales españoles: Epístola de Mayans a Berni, publicada en FRANQUENAU, *Sacra Themidis hispaniae arcana*, 2.<sup>a</sup> ed. 1780, pág. 29, CASTRO (Juan Francisco), *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, 1765, I, pág. 88; CORTINES, *Década legal*, 1786, I, pág. 99.

máximo el valor de Las Partidas; las que son consideradas, más que como versión hispánica del "ius commune" medieval, como la mejor expresión de la razón jurídica. Lo que permitirá atribuirle la condición de Derecho común en todos los Reinos de España. Consideración que se extenderá a los textos de la Nueva Recopilación, desde la "novísima" edición que se hiciera el año 1723. Valoración que se confirma por la utilización de Las Partidas y de la Recopilación en los libros destinados a la enseñanza del "Derecho Patrio" (11). De este modo, casi insensiblemente, se llega a considerar este "Derecho civil de Castilla" como Derecho común, respecto tanto de los Derechos forales o particulares de los demás reinos, como de las disposiciones propias de territorios castellanos de Derecho foral o local (12); y ello con la consecuencia importantísima para la práctica de que también se le diera significado de Derecho supletorio general en todo el territorio español (13).

Esta elevación del Derecho civil de Castilla a la condición de Derecho común, aunque nacida del uso y de la práctica, se consolida al encontrar un buen apoyo en el Derecho positivo (14). En efecto,

(11) TORRES Y VELASCO, *Institutiones Hispaniae practico-theorico comentatae*, eds. 1735, 1749; MUJAL Y DE GIBERT, *Noxiter digestae Justinianici Institutionum juris et Patrii Cataloniae*, 1781; BERNI, *Instituta Civil y Real*, 1775. Este autor, a su manera, nos muestra cómo el Derecho Real de origen castellano, hubo de irse convirtiendo en Derecho común de España. Dice así: "Tú, lector, huye de tal laberinto (el creado por los contrarios dictámenes de los autores) y acógete al estudio de las Leyes Reales de España, que ellas te sacarán de todo. Por ellas serás buen abogado aún en los Reinos en los que en lo civil no están obligados a seguirlas; v. gr., Cataluña y Aragón; pues como las Leyes Reales están sacadas de los Santos Padres y autores más científicos; L. 6, tit. 1, part. 1; que tuvieron por norte a las Leyes Divinas, Canónicas y Civiles (díganlo Don Sebastián Ximénez en sus Concordancias y Gregorio López en su Comento) sucede que el *quid iuris* casi es conforme en todos los Reinos; digo casi, porque en Dotes, Donaciones y Ultimas Voluntades, hay alguna disimilitud, y en los demás sólo hay que ver en lo ritual, que no es el caso", pág. XXXIX.

(12) JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO (Ignacio), DE MANUEL Y RODRÍGUEZ (Miguel), *Institutiones del Derecho civil de Castilla. Van añadidas al fin de cada artículo las diferencias, que de este Derecho se obscrvan en Aragón por disposición de sus Fueros*, 3.<sup>a</sup> ed., 1780, págs. IV, VI, y 311.

(13) PÉREZ Y LÓPEZ, en *Teatro de la Legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus Cuerpos y decisiones no recogidas y alfabético de sus títulos y principales materias*, de tanta autoridad y general aplicación en la práctica, nos dice, en su "Discurso preliminar", refiriéndose al Derecho romano, que: "en Aragón, Navarra y Cataluña goza aún de más aceptación, bien es verdad que en defecto de ley particular de estas provincias no debe recurrirse al romano, según quieren algunos AA.; sino al Real de Castilla, como juzgaron el Olano y Armendáriz, y debe sostenerse ahora con más fundamento en virtud de dos Reales Resoluciones promulgadas en este siglo, que dan mayor fuerza a la última opinión (Aut. 3 y 10, tit. 2, lib. 3 Recop)", ed. 1791, I, pág. XII. Los autos citados se recogen en Nov. 3, 3, 1; 5, 7, 1; 5, 7, 2. Doctrina después generalmente aceptada, ELÍAS, FERRATER, BACARDI, *Manual de Derecho civil en Cataluña*, 3.<sup>a</sup> ed., 1885, número 12, pág. 15, nota 2; núm. 3517, pág. 570.

(14) SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, 3.<sup>a</sup> ed., 1832, I, página XIII.

el título 2.º (“de las Leyes”), del libro 3.º de la Novísima Recopilación, recoge y da valor general a la Ley 1.ª de Toro; y en ésta, bajo el epígrafe “Orden de las Leyes y Fueros que se han de observar para la decisión de los pleitos” (Nov. 3, 2, 3), se establece el orden jerárquico general de las fuentes jurídicas. Dentro ya de la indicada referencia a los Fueros, hubo de considerarse comprendidos los Fueros Provinciales, de los que se ocupan el tercer título del libro tercero y el libro quinto (títulos 7.º, 8.º, 9.º y 10) de la Novísima. Lo que llevará consigo que se atribuyan a los Fueros Provinciales, al igual que a los otros Fueros, el goce de la condición privilegiada propia de los Derechos singulares o particulares, y que, como tales, de interpretación estricta, hayan de ser completados, en su caso, por el “Derecho común patrio”; es decir, por ciertas disposiciones del Derecho civil, que fueran de origen castellano y que, desde tiempo atrás, por haber dejado de ser propias del Derecho particular de Castilla, llegan a ser conocidas como “El Derecho civil llamado de Castilla”.

Los hechos recordados permiten ya obtener las siguientes conclusiones. El Código de 1829 no pudo utilizar la denominación “Derecho común” en el sentido de Derecho romano, pues en la doctrina y en la práctica se le había negado que tuviera en España tal carácter. Menos aún puede pensarse que la referencia del Código se hiciera en favor de los Fueros Provinciales y Locales; en la época, hubiera sido inconcebible, una “*contradictio in terminis*”, ya que sería calificar de común a lo que era considerado Derecho particular singular (15). Parece, por tanto, que la remisión hecha por el Código de comercio de 1829 al “Derecho común”, habrá que entenderla realizada respecto al “Derecho civil llamado de Castilla”.

Dos tipos de razones favorecieron la referencia al Derecho común hecha en el Código de 1829. La del espíritu dominante de la época, favorable a la codificación uniformadora. La naturaleza misma del comercio, que para su buen funcionar y consiguiente seguridad del tráfico exige la máxima racionalización y simplificación de su regulación jurídica.

La tarea codificadora, en tal sentido, estaba ya bien preparada. La práctica del comercio y la jurisdicción mercantil (consular, tribunales de comercio) venían aplicando en materia comercial, junto a las Ordenanzas consulares, las disposiciones del Derecho común (Partidas y Novísima). El ejemplo extranjero, la opinión de los

---

(15) Tampoco cabe imaginar que el legislador de 1829 entendiera su remisión al Derecho común en el sentido de completar las normas mercantiles con cualquier precepto, general, particular, especial o privilegio, siempre que ellos regulasen una materia considerada propia del Derecho civil; pues tal concepto abstracto no era utilizado siquiera por la doctrina de la época. En verdad, la denominación *Derecho común* no se emplea nunca en la doctrina española o extranjera, como incluyendo los Derechos de limitada aplicación local o territorial; sin duda, porque ello chocaba con la inveterada tradición jurídica y con el mismo uso del lenguaje, que sobrentiende en el término *Derecho común* la nota de la generalidad de su aplicación.

hombres de negocios y la de los juristas de todas las regiones coinciden en aconsejar la uniformidad jurídica. No puede extrañar, por tanto, que, desde su iniciación, la codificación estuviese dirigida por el propósito de dar fijeza y uniformidad al Derecho mercantil (16); finalidad que expresa y claramente se expone en la Real Cédula por la que se promulga el Código de comercio, el 30 de marzo de 1829 (17).

En fin, la afirmación de que el Código de 1829 entiende por Derecho común el "Derecho civil llamado de Castilla", está avalada por la doctrina de mayor autoridad.

Sobre la opinión de los autores tenemos el testimonio de Manuel Durán y Bas; agudo jurista y tan buen conocedor del Derecho mercantil como de las especialidades forales. Quien entiende que el Derecho común mencionado en el artículo 234 del Código de comercio de 1829 es el de la legislación de Castilla, por la doble razón de: la finalidad uniformadora del Código y de ser éste el sentido que se le da al Derecho común en el lenguaje usual (18).

*Doctrina del Tribunal Supremo.*—El criterio de los Tribunales se pronuncia ya en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1866; decisión que tiene una especial autoridad, por su claro propósito de sentar doctrina sobre la cuestión que nos ocupa. Se trataba de la extensión de un cláusula de garantía. En los motivos de casación el recurrente acusaba a la sentencia de instancia de haber infringido varias leyes del Digesto. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso: "Considerando, en cuanto a las citas que en él se hacen de las leyes romanas, que habiéndose promulgado el Código de comercio como ley uniforme para todo el reino en materias y asuntos

(16) En la Exposición que dirigiera Sáinz de Andino al Gobierno (2 noviembre 1827) ofreciéndose a redactar el Proyecto de Código de comercio, destaca la necesidad de "una jurisprudencia comercial fija, cierta, uniforme y general", cita de LANGLE, *Manual de Derecho mercantil*, 1950, I, pág. 209.

(17) En ella se critica la situación existente, diciéndose que: "se carecía de leyes generales que determinasen las obligaciones y derechos que proceden de los actos de comercio, de lo cual resultaban grande confusión e incertidumbre, tanto para los mismos comerciantes y traficantes, como para los Tribunales y Jueces que habían de dirimir sus diferencias". Se justifica el Código, señalando que tiene por objeto: "poner término a males de tanta gravedad e interés y dar al comercio un sistema de legislación uniforme, completo y fundado sobre los principios inalterables de la justicia y las reglas generales de la conveniencia del mismo comercio". Termina con las palabras siguientes, puestas en boca de Fernando VII: "he venido en decretar y decreto como ley universal para todos mis Reinos y Señoríos en materias y asuntos mercantiles el siguiente Código de comercio".

(18) En las *Notas* de DURÁN Y BAS a las *Instituciones civiles de Derecho mercantil de España*, debidas a MARTÍ DE EIXALA, desde la 4.ª edición (1865) de esta obra, también en la 5.ª (1870), pág. 110, en la que recoge la S.T.S. de 26 de mayo de 1866; citas de RUBIO, *Introducción*, págs. 400-401 y. N. 46. El texto de las *Instituciones* adaptado por DURÁN Y VENTOSA al Código de 1885 se recoge en la nota 39.

La autoridad de los juristas catalanes Martí de Eixalá y Durán y Bas, fue reconocida en toda España; sobre ella, LANGLE, *Manual de Derecho mercantil*, I, 1950, pág. 209.

mercantiles con el alto fin de uniformar la legislación en esta parte por un sistema completo y fundado sobre los principios inalterables de justicia, derogando todas las leyes, decretos, órdenes, reglamentos y ordenanzas particulares, como se expresa y manda en la Real Cédula de su publicación y declarándose en el artículo 234 que los contratos ordinarios de comercio están sujetos a todas las reglas generales que prescribe el Derecho común, sin otra modificación ni restricciones que las consignadas en aquél, se evidencia que son inaplicables y no han debido invocarse para fundar este recurso las referidas leyes romanas, que *si bien forman el Derecho Supletorio de la legislación foral de Cataluña, no están admitidas ni constituyen el general o común de España* y porque, de otro modo, vendría a destruirse la uniformidad establecida por el mencionado Código" (19).

Puede considerarse así fijado el criterio interpretativo sobre el sentido que el Código de 1829 diera al término Derecho común. Siendo ello de este modo, habrá de concluirse que las disposiciones especiales, los fueros provinciales o locales, las reglas estatutarias y los privilegios de cualquier clase existentes, respecto de la capacidad de los contratantes, requisitos para la formación de los contratos, causas de invalidez, rescisión y extinción de los contratos, quedaron derogados al entrar en vigor el Código de comercio, respecto de materias y asuntos mercantiles; y ellos, en su caso, fueron sustituidos por lo establecido en el Código de comercio y, en defecto de éste, por lo dispuesto en el Derecho común, constituido por el "llamado Derecho civil de Castilla".

### 3. *El Código de comercio de 1885.*

En el nuevo Código de comercio, del año 1885, nos encontramos también utilizado el término Derecho común y hasta mucho más generosamente que en el del 1829; así, en los artículos 2.º, 50, 89, 310, 466, 532, 579, 4.º, 943. Empleándose también otras frases que se le pudieran estimar equivalentes como: Legislación común (artículo 12), Derecho civil (art. 51), Ley común (art. 74), disposiciones generales del Derecho (arts. 48, 133), requisitos esenciales del Derecho (art. 117), medios reconocidos en Derecho (arts. 240, 573, 771), formalidades de Derecho (art. 253), según Derecho (art. 580, 9.º), &.

La antigua doctrina no parece haber puesto nunca en duda, que el Código de 1885 usaba el término Derecho común con el mismo sentido técnico que le diera el Código de 1829. Ello, no obstante, en la sentencia de 18 de junio de 1968, y con ocasión de ella, al comentarla, se ha llegado a la conclusión contraria; en especial, respecto al artículo 50, que corresponde al 234 del Código derogado. Dicho artículo 50 reza así:

---

(19) Véase nota 8.

Artículo 50.—Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación, y extinción y a la capacidad de los contratantes se regirán, en lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, *por las reglas generales del Derecho común.*

Modernamente (especialmente con ocasión de S. T. S. 28, 3, 1968) se ha sostenido que la citada frase “Derecho común” no se refería al “llamado Derecho civil de Castilla”, sino a éste y también a las disposiciones civiles contenidas en los fueros provinciales y locales. El argumento utilizado con más energía ha sido el basado en el cambio que experimentarían doctrina y trabajos preparatorios legislativos en cuanto a la valoración de los Derechos forales (20). Se citan como prueba del cambio experimentado en 1885, respecto del concepto aceptado en 1829, sobre Derecho común, los siguientes datos: el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, por el que se da intervención oficial a los representantes forales en la Comisión de Códigos; el fracaso del Proyecto de Alonso Martínez de 1882; la presentación por Silvela de su Proyecto de Ley de Bases, en 7 de enero de 1885 (21); la utilización como sinónimos de los términos Derecho civil y Derecho común, en la Exposición de Motivos del Código de comercio (22).

Esta ingeniosa argumentación impresiona a primera vista. Desgraciadamente, la realidad histórica no le abona.

Para valorar debidamente la tesis examinada, habrá de tenerse en cuenta la magnitud del cambio predicado. La aceptación que se postula, de un Derecho complementario del Código mercantil, compuesto por las disposiciones del Derecho civil llamado de Castilla y también por aquellas aplicables de los Fueros provinciales y locales, hubiera llevado consigo: 1. Otorgar nueva vigencia a ciertas normas forales, derogadas en 1829, para que vuelvan a regir en materia y asuntos comerciales. 2. La correlativa derogación de las disposiciones del Derecho llamado de Castilla (antiguo Derecho común) para que dejen de aplicarse en el ámbito mercantil. 3. El abandono, en este respecto, de la finalidad uniformadora de la legislación mercantil.

¿Trastorno de tanto alcance en el contenido normativo y en la política legislativa, cabe suponerlo sin disposición clara y terminante? No se advierte signo alguno de que se hubiera pensado tal cosa, ni

(20) Otra tesis, la del diferente significado de la frase Derecho común, en los arts. 2.º y 50 del Código de comercio, será considerada después, en nota 54.

(21) Todavía podría agregarse el dato, de que el Código de comercio se promulga el 22 de agosto de 1885, con la firma de Francisco Silvela. Aunque, en verdad, su significación es más aparente que efectiva, pues resulta de la colaboración tácita de los partidos turnantes en cuestiones de interés nacional. Silvela refrenda la obra preparada por Alonso Martínez (Proyecto del Código de comercio), al igual que Alonso Martínez firmara, como ministro de Gracia y Justicia, la Ley de Bases para el Código civil, en 1888, basada en el Proyecto de Silvela y que suponía el abandono de su propio Proyecto de Ley de Bases.

(22) DÍEZ DEL CORRAL, loc. cit. pág. 692 y sigs.

de que los representantes de los territorios forales presionasen en tal sentido. Por el contrario, hay indicios bien reveladores de que no se abandonó el criterio uniformador del Código de 1829.

No debe olvidarse la participación constante y decisiva de Alonso Martínez en la redacción del Código de 1885. El nos cuenta que propuso el R. D. de 8 de agosto de 1855, por el que se confiaba a una Comisión especial la revisión del Código de comercio de 1829; formó parte de la Comisión designada el 20 de septiembre de 1869 para entender de la redacción de un nuevo Código de comercio; y como presidente ya de dicha Comisión, eleva al Gobierno un anteproyecto para dicho Código. Será después presidente de la Comisión revisora del proyecto de Código, en su condición de Ministro de Gracia y Justicia (1 marzo 1881) y también como Ministro firma la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de comercio de 18 de marzo de 1882, en cuya redacción nos dice él mismo que intervino directa y activamente.

El pensamiento de Alonso Martínez sobre la diversidad de leyes civiles y sobre la conveniencia de la uniformidad, es bien conocido. No pretendía, afirma con insistencia, identidad a toda costa, pero luchó con energía y constancia, oportuna e inoportunamente, para demostrar la urgente necesidad de Códigos, que constituyesen "con ventaja común, el Derecho general de los ciudadanos españoles", aunque eso sí, dando o reservando una legislación especial para "aquellas instituciones, que por estar muy arraigadas en las costumbres, sea imposible desarraigar sin afectar hondamente a las condiciones de la propiedad o al estado de la familia". También interesa recordar que fuera precisamente durante el funcionamiento de la Comisión creada por el R. D. de 2 de febrero de 1880, cuando Alonso Martínez hubo de convencerse de que no había obstáculo alguno para aplicar el Derecho común a toda la materia de obligaciones y contratos en general, pues nada se encontraba en ella que aconsejara conservar alguna de las especialidades forales. Conclusión a la que llega, nos dice expresamente, después de haber escuchado las opiniones de los representantes forales, en especial las de Durán y Bas y de Franco, y de haber tenido en cuenta lo estampado en la Memoria del representante de Navarra (23).

También se da la circunstancia —perdónese la insistencia— de que la elaboración del nuevo Código de comercio se realiza en unos momentos en los que había fundadas esperanzas de una inminente aceptación del proyectado Código civil de Alonso Martínez y en los que no se pensaba ni podía pensarse en el aún no redactado Proyecto de Ley de Bases de Francisco Silvela. Este Proyecto lleva la fecha de 7 de enero de 1885 y la Exposición de Motivos del Código de comer-

---

(23) ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, 1884. I, especialmente págs. 19, 26, 283; 1885, II, págs. 105-116. No concurrieron a las deliberaciones de la Comisión de Codificación, los representantes de las Islas Baleares, Vizcaya y Galicia.

cio, expresión de su espíritu y propósito, está datada el 18 de marzo de 1882. En ella, además, se menciona el Proyecto del Código civil (el de Alonso Martínez) como "sometido o próximo a someterse a la deliberación de las Cortes" (24). También Alonso Martínez, en su libro antes citado, nos habla del "Proyecto de Código de comercio, ya aprobado en el Congreso, pero pendiente aún en el Senado" (25). Hechos todos que demuestran la conexión del texto del Código de comercio de 1885 con el pensamiento y proyectos de Alonso Martínez y que, por otro lado, señalan la desconexión de dicho texto con el Proyecto de Ley de Bases de Silvela.

La Exposición de Motivos al Proyecto de Código de comercio, usa reiteradamente el término Derecho común como equivalente al término Derecho civil, y hasta emplea la frase "Derecho civil o común". Esta terminología se ha pensado que podría apoyar la tesis de que por Derecho común se entendería ahora cualquier disposición sobre materia civil, tanto del Derecho civil llamado de Castilla, como de los Derechos forales. Interpretación defendible en abstracto, pero que no corresponde al lenguaje jurídico de la época ni al espíritu y contenido de dicha Exposición de Motivos.

El término Derecho civil había venido utilizándose como sinónimo de Derecho romano, precisamente por la condición que antes se le atribuyera de Derecho común o general. Cuando después se le niega dicha condición al Derecho romano y se emplea corrientemente la denominación Derecho común en favor del "Derecho civil llamado de Castilla", se entienden referidas a éste las frases de "Derecho civil"; "Derecho común" y "Derecho civil o común".

En la Exposición de Motivos, se explica que: "Partiendo del concepto fundamental arriba expresado, según el que el Derecho mercantil es uno de los varios derechos particulares o especiales, que, como todos los demás, reconoce su origen común en un Derecho privado general, el Proyecto declara que los contratos mercantiles se regirán en todo lo concerniente a los requisitos necesarios para su validez, capacidad de los contrayentes, modificaciones o novaciones, excepciones, interpretación y extinción por lo dispuesto en el Código o en leyes especiales, aplicándose en todo lo que no se halle expresamente establecido, en éstas o en aquél, las reglas del Derecho civil o común" (26). Este párrafo de la Exposición de Motivos, fechada el año 1882, contrapone el Derecho mercantil, con la condición de Ley especial, al Derecho civil o común, que se considera supletorio

---

(24) E. de M., sec. "Comerciantes", par. 3, i. f.

(25) "El Código civil...", II, pág. 114.

(26) E. de M., lib. I, "Contratos mercantiles en general". El art. 50 del Código de comercio vigente es casi idéntico al texto reproducido de la E. de M., salvo alguna secundaria variante; entre ellas, la de decir "por las reglas generales del Derecho común", con lo que se atiene al texto del art. 234 del Código de comercio de 1829.

de todas las leyes especiales (27). No nos dice qué es lo que entiende por Derecho supletorio, pero ello está dicho en el texto contemporáneo del Proyecto de Código civil. Su artículo 14 reza así: "Las disposiciones de este Código se aplicarán a los asuntos que se rigen por leyes especiales en los casos en que éstas no contengan disposiciones aplicables a ellos" (28). El proyectado Código civil se pensaba sería Derecho supletorio de la legislación mercantil, en cuanto sucesor y sustituto del Derecho civil llamado de Castilla.

En fin, y por último, inclina a la decisión apuntada lo que puede considerarse proceder normal en la técnica legislativa, y del que no hay por qué pensar se desviasen los redactores del Código de 1885. Hubiera sido más que extrañío, absurdo, dar entonces un nuevo sentido a la frase Derecho común, distinto al empleado en 1829, y opuesto al usado corrientemente en el lenguaje jurídico, creando con ello una impresión contraria a lo querido y una irremediable confusión (29).

*Doctrina del Tribunal Supremo.*—La exégesis hecha, puede estimarse confirmada por la autoridad del Tribunal Supremo, en la Sentencia de la Sala de lo civil de 27 de diciembre de 1888. En ella se decide, es cierto, un asunto regido por el Código de comercio de 1829, pero en ella se quiere también sentar la doctrina aplicable al moderno Código de 1885. Dice: "Considerando que tratándose, como se trata, de un contrato mercantil, no son aplicables, ni han podido, por tanto, infringirse las leyes del Digesto que se citan en el tercer motivo, porque el *Código de comercio, tanto el antiguo como el moderno*, es ley general para toda la Monarquía, y esas leyes romanas, aunque rijan como supletorias en Cataluña, no constituyen el Derecho común, a cuyas leyes generales están sujetos los contratos ordinarios de comercio" (30).

#### 4. *La publicación de Código civil.*

El Código civil, conforme a lo establecido en la Ley de Bases, no afectará a los Derechos forales, según dispone su artículo 12;

(27) Véase E. de M., lib. I, "Fuentes del Derecho mercantil"; comp. Proemio, par. 4, lib. I, "Contratos mercantiles en general" y lib. IV, "Prescripciones".

(28) Texto en PEÑA, *El Anteproyecto del Código civil español* (1882-1888), pág. 59.

(29) Puede agregarse a lo dicho, que la utilización del término Derecho común en 1829 y 1885, sólo se explica con el sentido señalado; en otro caso, sería inútil y fuente de errores. En el supuesto de que los arts. 234 y 50, respectivamente de los sucesivos Código de comercio, no hubiesen dicho expresamente que la capacidad de los contrayentes, &, quedaba recogida por el Derecho común, se habrá concluido que se dejaba dicha regulación a las disposiciones civiles que les fueran aplicables, fuesen ellas castellanas o forales.

(30) La palabra "común" (y sólo ésta) está subrayada en el texto publicado de la Jurisprudencia civil.

Después de publicado el Código civil, se mantiene la misma doctrina, en las sentencias que se refieren a hechos anteriores al mismo, S.T.S., 5 de octubre de 1894, 28 abril 1899, después especialmente citadas.

mientras que el Derecho civil llamado de Castilla fue derogado y es sustituido por las disposiciones del Código (art. 1.976). Este cambio de legislación origina, en algunos supuestos, nuevas discrepancias entre el Derecho común (el codificado) y las legislaciones forales. Así, por ejemplo, en los territorios en los que regía o todavía rige como supletorio el Derecho romano, la mujer tiene restringida su capacidad, conforme al senado consulto Veleyano y a la Authentica "si qua mulier", disposiciones que son semejantes a las del Derecho común o castellano, según lo dispuesto en las Partidas (P. 5, 12, 2 y 3) y en las Leyes de Toro (Ley 65, Novísima Rec. 10, 11, 3). Normas éstas, como es sabido, que serán abolidas por el Código civil; de lo que nace la disparidad antes señalada (31).

Esta situación permite preguntarse después de publicado el Código civil, si la Ley mercantil (art. 50) ha de entenderse referida al antiguo Derecho común (el existente antes del Código), el que contenía disposiciones prohibitivas de la intercesión por la mujer, o bien habría que interpretarla en sentido amplio o abierto, respecto de las reglas que tengan o vayan adquiriendo en lo sucesivo carácter de Derecho común, en lugar de las antiguas y derogadas; aquí, en favor de las del Código civil, que han derogado aquellos privilegios otorgados a la mujer. En este último supuesto, se daría el resultado de que estos privilegios serían ineficaces respecto a todos los actos mercantiles, incluso en los supuestos de actos que, si fuesen civiles, serían regidos por los Derechos forales.

La cuestión que aquí se nos presenta, vista en su generalidad hay que desdoblirla, pues habrá que referirla a los dos cuerpos legales en cuya base ha de resolverse, el Código de comercio vigente y el Código civil.

Deberá entonces preguntarse, primero, si las remisiones al Derecho común, contenidas en el Código mercantil se refieren: bien al Derecho común que existía en el momento de su entrada en vigor (1.º enero 1886), es decir, al "Derecho civil llamado de Castilla" (Las Partidas, la Novísima Recopilación), congelándolo en ese instante: bien a las normas legales que tengan entonces y a las que en el futuro tuviesen la condición de Derecho común, por su carácter y por su alcance.

Referida la pregunta al Código civil, en segundo lugar, habrá que decidir si este mismo cuerpo legal entiende que sus preceptos han heredado el carácter de Derecho común que tuviera "el llamado Derecho de Castilla", o si, por el contrario, es de la misma condición y alcance que los Derechos especiales o forales vigentes en la fecha de su promulgación.

De las posibles interpretaciones del Código de comercio de 1885, parece más adecuada a su espíritu, la que considera se refiere al Derecho común en su sentido más propio, es decir, al Derecho general

---

(31) La que se mantiene por la Compilación catalana y que ha dado lugar al caso decidido por la S.T.S. de 28 de junio 1968.

y normal en materia de Derecho privado, de contenido variable, por tanto, conforme al posterior desarrollo legislativo. Ello, por dos tipos de razones:

1. Los redactores del Código mercantil, tal y como resulta de la Exposición de Motivos, no pensaban que la ley mercantil quedase completada por el anticuado y poco seguro Derecho castellano, sino que miraban ilusionados hacia el proyectado Código civil, cuya aprobación creían próxima. El Derecho común se concebía por tanto con un contenido variable, el del que constituyese, en cada momento, el del Derecho privado general.

2. La finalidad uniformadora del Código, la búsqueda liberalización y seguridad de la contratación mercantil, que repugnaba los viejos privilegios y restricciones de la capacidad de contratar; y ella sólo podía conseguirse con las normas claras y progresivas del futuro Código civil.

El segundo miembro de la pregunta formulada, parece de fácil respuesta: el Código civil se promulga con la condición de nuevo Derecho común.

La Ley de Bases destaca claramente entre el distinto carácter de las normas codificadas y el de los Derechos forales. Estas son conservadas por ahora (art. 5.º) y se piensa sean sustituidas por Apéndices, en lo que de ellas "convenga conservar" (art. 6.º). "Legislaciones de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y Provincias Vascaas" (B. 13) a las que se consideran y califican como "legislaciones especiales" (B. 17). El Código, por el contrario, se redacta con el propósito de "regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes" (B. 1.ª), las mismas que el Código vendrá a derogar y sustituir: el "Derecho civil llamado de Castilla" (B. 27). Disposiciones del anterior Derecho común, a las que se alude como "instituciones civiles del Derecho patrio" (B. 1.ª), "fundamentos del Derecho patrio" (B. 10), "principios y prácticas del Derecho de Castilla" (B. 12) y "doctrina del antiguo Derecho" (B. 21).

El texto del Código civil muestra de modo inequívoco que mantiene para sus disposiciones la condición de Derecho común; y ello, no sólo respecto de los Derechos forales (arts. 12 y 13). El artículo 15, en la edición primitiva y en la reformada, distingue los territorios regidos sólo por disposiciones del Código como "provincias y territorios de Derecho común", respecto de aquellos otros "donde subsiste Derecho foral" (32). El artículo 1.976 de la edición primitiva establece la derogación de las disposiciones que "constituyen el llamado Derecho civil de Castilla". Esta redacción cambia en la edición definitiva, que dice quedan derogadas las normas que constituyen el Derecho civil común". Se trata de una "corrección de estilo", pero

---

(32) La S.T.S. de 14 de diciembre 1967, al interpretar este artículo 15, califica al Código civil de Derecho común, destacando su condición de Derecho general, aplicable a la mayoría de los españoles.

La E. de M. de la ley de 13 de diciembre de 1943, contraponen el "régimen común" al de "las distintas legislaciones forales".

muy significativa. Muestra, tanto que el llamado Derecho civil de Castilla era considerado Derecho común, como que el Código le sustituye con la misma condición de Derecho común, respecto a todas las normas legales (33). Carácter que confirma el artículo 16, estableciendo el carácter de Derecho supletorio de las disposiciones del Código, en las materias que se rijan por las Leyes especiales (34).

*Doctrina del Tribunal Supremo.*—Teniendo en cuenta los hechos y las razones que se han venido exponiendo, es natural que el Tribunal Supremo, en repetidos e idénticos fallos, enseñe que el Derecho común, al que se remite el Código de comercio vigente, está constituido por las disposiciones del Código civil. Doctrina que puede comprobarse en los casos y sentencias que a continuación se recogen.

En un pleito en el que se discute la prescripción de una obligación cambiaría por aval, el recurrente alega la infracción del “*usatge omnes causae*”. El Tribunal Supremo desecha el motivo, diciendo que el “*usatge omnes causae*” “nunca tendrá carácter supletorio de la legislación mercantil” (S. 8 julio 1892); sin que estime necesario dar una explicación a lo afirmado, seguramente por considerarse evidente. De modo semejante, en Sentencia de 5 de octubre de 1894, se dirá, respecto de actos radicados en Cataluña, que: “no pueden invocarse disposiciones del Derecho romano (C. 4, 35, 22 y 23), y sí sólo las del Código de comercio y de la legislación común, que es la supletoria para los contratos de esta clase”.

Doblemente importante para la cuestión estudiada, es la Sentencia de 29 de diciembre de 1898. Se trataba, en lo que aquí interesa del pleito, de la eficacia de un documento privado (30 junio 1891) por el que una señora se obligaba a la devolución de un considerable número de acciones, en favor de la persona que las había entregado a un corredor de comercio, y ello para el caso de que este corredor, por cualquier motivo, no las devolviese. Se entendió haber aquí una fianza en materia comercial, constituida por una mujer, cuya capacidad estaba regida en general por el Derecho de Cataluña. El Juzgado y la Audiencia absolvieron a la fiadora, aplicando lo dispuesto en el Senadoconsulto Velezano. El Tribunal Supremo declara haber

(33) Sobre la relación del art. 1.976 con el art. 12, se afirma que “las instituciones del Derecho, regidas exclusivamente por la legislación común en los territorios forales, están sometidas a las prescripciones del Código, como nueva ley general, a tenor del mismo artículo, que mantiene en su integridad al Derecho foral, pero no lo extiende a materias ajenas al mismo”, S.T.S. 9 abril 1898, aplicada y recogida literalmente por R. 15 noviembre 1899. Sobre la cuestión de las leyes generales sustituidas por el Código, JERÓNIMO LÓPEZ, *La conservación de los regímenes forales y las leyes anteriores al Código civil*, A.D.C. IV, 1.º (1951, enero), pág. 182 y sig.; CASTRO, *Derecho civil de España*, 3.ª ed., 1955, I, pág. 277 y sig.

(34) La doctrina del Tribunal Supremo, al aplicar el art. 16, viene calificando al Código civil de Derecho común, Derecho regular y legislación común; S.T.S. 2 marzo 1953, 2 enero 1957, 23 noviembre 1958, 17 diciembre 1958 (todas de la Sala de lo civil) y S. 5 diciembre 1955 (de la Sala de lo Social).

También pueden tenerse en cuenta, arts. 1.317, 1.325 C. c., art. 169. Reg. nota.

lugar a la casación, considerando que: “dicha fianza, por referirse a un contrato mercantil, está sujeta al Código de comercio, cuyo Derecho supletorio, conforme a su artículo 50 y a la jurisprudencia establecida, es la legislación común, contenida actualmente en el Código civil, que no concede a las mujeres el privilegio de eximirse del cumplimiento de las obligaciones de fianza”.

En el mismo sentido se dirá que: “considerando que las leyes aplicables a un acto de comercio, cual es el pagaré a la orden de fecha 7 de julio de 1889, sobre que versa el pleito (su validez o nulidad), son exclusivamente el Código de comercio y como supletorio el civil; y que, por tanto, no han podido ser infringidas las de la Instituta. Digesto y Partidas que se invocan en el recurso” (35).

Respecto de un caso en que se había absuelto al demandado, por estimarse la prescripción alegada, el Tribunal Supremo entiende, del mismo modo que en su Sentencia de 8 de julio de 1892, no aplicable el “*usatge omnes causae*”, ni las Decretales, ni el Digesto, “porque conformes las partes en que la obligación es, trátase de depósito o préstamo, esencialmente mercantil, hay que atemperarse para resolver sobre la prescripción, no a la legislación especial que para otros efectos distintos perfectamente definidos rige en Cataluña, sino a los preceptos del Código de comercio, y en su caso, del Derecho común, únicos Cuerpos legales reguladores de la vida comercial de los contratos ordinarios”, (S.T.S., 18 marzo 1911).

Más detalladamente se razona la cuestión en la Sentencia de 22 de abril de 1915, para decidir en el mismo sentido:

“Considerando que si bien con arreglo a lo prevenido en el *usatge omnes causae*, vigente en Cataluña, por el precepto del artículo 12 del Código civil, el término de prescripción de toda clase de acciones que por disposiciones especiales de igual Derecho o del romano supletorio, no tienen marcado otro distinto, es el de treinta años, y que según reiterada doctrina de esta Sala, cualquiera que sea la clase de acción deducida en juicio, de la sentencia recaída en el mismo nace una nueva y distinta de carácter personal, para resolver con acierto si el plazo de prescripción de ésta es el señalado en dicho *usatge* o en el referido Código, es necesario tener presente la materia propia de la cuestión jurídica planteada y debatida en el juicio y la naturaleza, carácter adjetivo o procesal del título originario de la mencionada obligación”.

“Considerando que admitido como hecho cierto que la cuestión de que dimana el actual recurso, versa sobre el incumplimiento de obligaciones de carácter mercantil, la acción nacida de la Sentencia que le puso término, tiene necesariamente que participar de la misma

---

(35) En esta S.T.S. del 28 abril 1899, aunque el acto discutido se celebra en Cataluña y entre catalanes, se advierte que en los motivos alegados para la casación se hace repetida referencia a Las Partidas; lo que puede explicarse porque el recurrente —dado que algunos de los hechos fueron anteriores a la vigencia del Código— entendía ser Las Partidas Derecho común, aplicable en general en Cataluña o más concretamente a la materia mercantil.

naturaleza jurídica que aquellas obligaciones, y por consiguiente, no habiendo fijado el Código de comercio el término de su prescripción, éste no puede ser otro que el señalado en el Derecho común, o sea, el de quince años, establecido en el artículo 1.964 del Código civil, porque conforme a la doctrina sentada en repetidas Sentencias de este Tribunal Supremo, el Derecho supletorio por el cual han de resolverse los actos mercantiles en todas las regiones del reino, es el contenido en los preceptos del mencionado cuerpo legal" (36).

La Sentencia del mismo Alto Tribunal, de 23 de noviembre de 1917, no aplica las reglas del Derecho especial de Cataluña, considerando que, para el caso de autos "es texto aplicable, el del artículo 943 del Código de comercio, por el cual las acciones que en virtud de este Código no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio, se regirán por las disposiciones del Derecho común; y preceptuado por el artículo 1.973 del Código civil que la prescripción de las acciones se interrumpe por reclamación extrajudicial, no existe infracción alguna de la Sentencia cuando entiende que al presentar el actor la factura, interrumpió la acción" (37).

Doctrina del Tribunal Supremo que ha sido resumida por la Dirección general de los Registros, diciendo: "La capacidad en los contratos mercantiles se rige por el Código de comercio y, en su defecto, por el Código civil, Derecho supletorio único" (38).

---

(36) En el tercer considerando se advierte que la misma solución sería aplicable si el asunto fuera civil, pues al tratarse de una sentencia firme, regulada por la Ley de enjuiciamiento civil, obligatoria en todo el territorio nacional, y no habiendo fijado dicha Ley plazo para la prescripción, "es indudable que dicho plazo no puede ser el señalado en una disposición especial, aplicable tan sólo a una región determinada, sino el general establecido por la legislación común".

(37) Ha de tenerse en cuenta que, según una autorizada doctrina (S.T.S. 15 diciembre 1922), la reclamación extrajudicial del deudor no interrumpe el curso de la prescripción, según el derecho especial de Cataluña, antes de publicarse la Compilación.

(38) Resolución de 20 de junio 1952, 4.º considerando. Esta Resolución tiene, en su complicada redacción, un especial interés. Se había presentado, en la oficina del Registro del Norte de Barcelona, una escritura por la que la mujer con licencia de su marido (vecinos ambos de Barcelona) constituía hipoteca sobre fincas propias, en garantía al Banco de España de obligaciones del marido, dimanantes de letras aceptadas por este último. Se deniega la inscripción por contener afianzamiento de catalana en favor del marido, prohibido por "Authentica si qua mulier". El Banco recurre y alega, entre otras razones, que en materia mercantil rige en toda España el Código de comercio, siendo derecho supletorio de éste únicamente el Código civil, incluso en las regiones forales. El presidente de la Audiencia revocó la nota calificadora. El registrador se alza de la decisión presidencial alegando la existencia de dos contratos y consiguientemente de dos capacidades, una regida por la legislación mercantil (letra de cambio) y otra por la civil (hipoteca); añadiendo que, por intensa que fuera la fuerza de atracción de las normas mercantiles, no pueden llegar hasta anular las reglas especiales que regulan la capacidad para gravar inmuebles. La Dirección general considera: 1.º, el carácter del Código civil como Derecho supletorio único del Código de comercio; 2.º, que las leyes catalanas, interpretadas conforme al criterio del Proyecto de Apéndice de 1930, disponen que la mujer casada catalana no puede hipotecar sus bienes para asegurar obliga-

*La doctrina de los autores.*—Publicado el Código civil, no cambiará en esta materia la doctrina de los mercantilistas. Siguiendo las enseñanzas de Durán y Bas, bastará colocar el Código civil en el puesto del “Derecho civil llamado de Castilla”, como Derecho común, supletorio del Código de comercio (39). La doctrina común de los autores, como la jurisprudencia, seguirán la misma dirección. Lo que parecía obligado, pues a ella llevaban de consuno la letra de las disposiciones legales, la práctica continuada de los Tribunales, la conveniencia del tráfico mercantil y la doctrina del Tribunal Supremo. De modo que, fundadamente, se ha podido afirmar que: “una doctrina dominante y una jurisprudencia unánime vienen entendiendo, desde hace más de un siglo, que el Derecho común a que se refiere tanto este artículo 2.º como el 50 del Código vigente, es el Derecho común en sentido estricto, con exclusión de los Derechos regionales” (40), (41).

Tan importante en este sentido, o más que la doctrina mercanti-

---

ciones ajenas; 3.º, que, de una parte será aplicable al caso la legislación mercantil (Código civil supletorio) y de otra la civil (la foral catalana) e hipotecaria, aunque ello conduzca a la consecuencia anómala de la nulidad de un derecho real de garantía, de una obligación mercantil válida. En virtud de cuyas consideraciones acuerda la revocación del Auto apelado.

(39) Proceder del que se da ejemplo en *Instituciones de Derecho mercantil de España*, por don Ramón MARTÍ DE EIXALA y don Manuel DURÁN Y BAS. *Adaptación de la obra al vigente Código de comercio*, por don Raimundo DURÁN Y VENTOSA, 9.ª ed. 1911. Después de explicar que el Derecho mercantil es una parte del Derecho privado, se escriben las siguientes frases: “y así viene declarado en el art. 50 del Código mercantil cuando dice que los contratos mercantiles se regirán en todo lo que no se halle previsto en dicho Código o en leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común. Pero no tenemos en España una legislación uniforme, y por el contrario las provincias de legislación foral son casi tantas como las en que rige en todas sus partes sin excepción el Código civil español. Puede, pues, levantarse la duda acerca del cuál sea la legislación civil que deba considerarse común, si la del Código o la especial de cada provincia; pero creemos que no puede ser sino la primera, ya porque con el Código de comercio se quiso uniformar nuestra legislación mercantil, lo que no se habría conseguido admitiendo la fuerza local de las legislaciones forales en los asuntos de comercio, ya porque en el lenguaje de los legisladores españoles se contraponen la legislación del Código civil, apellidándole común, a las legislaciones forales”, núm. 90, pág. 99.

(40) RUBIO, *Introducción*, pág. 400; con referencia (con documentadas citas, que allí pueden consultarse, pág. 400, nota 45), respecto de estos autores: Blanco Constans; Alvarez del Manzano, Bonilla y Miñana; Langle; Marín Lázaro; González Ordóñez. La reserva implícita hecha al decir “doctrina dominante”, puede explicarse por la opinión aislada contraria de Vicente y Gella (de la que después se tratará, nota 54); comp. RUBIO, loc. cit., pág. 401.

(41) Lo incuestionado de esta doctrina, se confirma por la actitud de autores de la mayor autoridad, que han creído innecesario tratar de la cuestión; comp. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I, 1.ª, ed. 1947, págs. 171-174; URÍA, *Derecho mercantil*, ed. 1958, págs. 11-12; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, I, 1967, págs. 24-25.

lista, es la opinión del especialista en Derecho foral (42). La expresa Borrell y Soler, en su ejemplar forma lacónica y contundente, diciendo respecto de las reglas romanas vigentes en Cataluña antes de la Compilación (Senadoconsulto Velejano y "Authentica si qua mulier"), que: "El Código civil no contiene prohibiciones semejantes; por lo cual, a virtud de lo dispuesto en el artículo 16 del mismo, no son aplicables a los asuntos mercantiles, aunque se trate de asuntos de Cataluña" (43). En el mismo sentido señala que el *usatge* "Omnes causae", vigente en Cataluña antes de la Compilación, "no es aplicable en cuestiones comerciales, por aplicarse en ellas el Código civil, como supletorio, en virtud de su artículo 16" (44).

En la referencia hecha a lo dicho por Borrell, se habrá notado cómo se apoya constantemente el artículo 16 del Código civil (45); en

---

(42) Me atravo a decir esto, porque en el debate antes aludido, celebrado en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, la cuestión que nos ocupa, a mi parecer de estricto carácter técnico, se vio enturbiada con la apasionante y apasionada de la estimación y alcance de los Derechos forales, en su relación con el Derecho recogido en el Código civil.

(43) *Derecho civil vigente en Cataluña*, 2.<sup>a</sup> ed., 1944, tomo 3.<sup>o</sup>, *Obligaciones*, núm. 328, pág. 461, nota 1. Afirmación que autoriza con citas de S.T.S., 29 diciembre 1898, R. 31 mayo 1895 y la de los autores Coll y Rodés, Pella, Vives y Sánchez Román; también Sent. Aud. Barcelona, Sala 1.<sup>a</sup>, relat. García Rubio, 29 marzo 1919 (II, 70 y sig.). Ha de advertirse que la R. 31 mayo 1895, no plantea más cuestión que la del Derecho vigente en territorio de Derecho común.

También MASSIOT MAGUET, *Comentarios a la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña*, 1962, pág. 366.

(44) Loc. cit., I, *Preliminares*, núm. 82, pág. 299, nota 7.<sup>a</sup>; cita S.T.S. 8 julio 1892, 12 octubre 1907 y 22 abril 1915. Debe señalarse que S.T.S. 12 octubre 1907 no se ocupa directamente de la cuestión.

Sobre la indiscutida autoridad de Borrell y Soler, nos ilustra lo que se nos cuenta sobre la manera de redactarse el Proyecto de Compilación catalana: "El método de trabajo partió no sólo del Derecho histórico y de la parte vigente del supletorio, sino también de la insustituible obra de Borrell y Soler, siempre abierta sobre la mesa de trabajo", CONDOMINES (Francisco A. de), FAUS (Ramón), *Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, 1960, pág. 11.

(45) BORRELL se refiere al art. 16, también al tratar de la función del Código civil como Derecho supletorio, loc. cit., I, pág. 33 y nota 9. De las sentencias que allí recoge, la de 13 julio 1910, carece de aplicación directa al caso. Añade algo que pudiera originar confusión y que, por ello, conviene contrastar. Dice: "En cambio, aplican al D.r. en asuntos mercantiles las sentencias de 11 octubre y 22 diciembre 1894, 3 y 15 abril 1905, citadas por Franquesa." Es cierto lo de la cita de las sentencias por FRANQUEZA, que la hace en *La Jurisprudencia y el Derecho civil de Cataluña*, 1911, pág. 15; pero contrastadas, resulta que ninguna de tales sentencias aplica el Derecho romano en materia mercantil. La S. T. S. 11 octubre 1894, se limita a señalar la concordancia de las disposiciones del Derecho romano y de Las Partidas con las del Código civil; pues el juicio se había incoado antes de entrar en vigor el Código civil. En la de 22 diciembre del mismo año; en los Motivos de casación se había alegado el Derecho romano, pero el Tribunal Supremo atiende para la casación a lo expresamente pactado en una cláusula de la póliza de seguros y en sus considerandos no menciona siquiera las disposiciones romanas. De la sentencia de 3 abril 1905 resulta que se hubo de alegar, y que a ello se atiende a efectos de casación, las normas civiles sobre el mandato civil (no las del mandato mercantil), artículos 1.714 y 1.719 del C. c. y D. 1,17,1, par. 3.<sup>o</sup>.

contraste ello con la doctrina del Tribunal Supremo sobre la misma materia, que para nada menciona tal precepto. Importa destacar lo diferente de uno y otro enfoque. La actitud de Borrell muestra bien la general aceptación del carácter de Derecho común y de su fuerza expansiva, en base del artículo 16. Pues lo cierto es que el artículo 16 impone la aplicación de las disposiciones del Código civil como supletorias, en el ámbito que para sí se haya o se le haya reservado a la Ley especial, y nunca fuera del mismo. La inclusión en el círculo de la materia propia de la ley mercantil, por ejemplo, de la capacidad para contratar, modificación, interpretación, extinción de las obligaciones mercantiles &, es la que hace posible la aplicación complementaria del Código; es decir, en el fondo, ha sido la remisión expresa del Código de comercio al Derecho común, en su articulado, la que determina la aplicación del Código civil como supletorio en materia mercantil, con preferencia a lo dispuesto en las legislaciones forales (46).

### III. LAS MOTIVACIONES DE POLITICA JURIDICA

La discusión habida en torno a la Sentencia de 28 de junio de 1968, ha demostrado que el estudio del significado del Derecho común en la legislación mercantil, se desviaba fácilmente al campo de la cuestión foral, de siempre rodeada de un apasionado clima emocional. Convendría, por ello, si esto fuera factible, centrarlo en el terreno técnico y objetivo, teniendo principalmente en cuenta cuáles sean los intereses considerados por los Códigos mercantiles.

A tal fin, será provechoso tener presente cuál fuera el propósito del legislador. Ha de recordarse que se partió de la convicción general entonces y también de ahora en el mundo de los negocios (47):

---

Por último, la de 15 abril 1905, se refiere a un caso de incumplimiento de un contrato de construcción y entrega de unos artefactos, y la alegación hecha del Derecho romano (que tampoco es tenido en cuenta por el Tribunal) se hace respecto al plazo en que se ha de entregar cada objeto.

(46) El artículo 16 no entrará en función cuando se trate de cuestión extraña a la materia propia de la ley especial; ya sea determinado el ámbito de dicha materia de modo expreso (caso del Código mercantil) o, fácilmente, conforme a la naturaleza de la materia (p. ej., procesal, caso de S. 22 abril 1915). En lo extraño a la materia especial se aplicará la disposición que corresponda a la cuestión de que se trate, sea aquélla o no del Código; pudiéndose, en su caso, aplicar la de un Derecho especial. Así se ha resuelto en el Reg. L. A. R., sobre la capacidad de contratar (art. 3.º, 1 par. 1 y 3 par. 2) y explica la referencia a la legislación foral hecha en el artículo 2.º, 1, L. A. U.

(47) Antes de S. T. S. 28 junio 1968 se afirma: "El tráfico mercantil requiere por su naturaleza un Derecho uniforme para toda la Nación. Precisamente entre los rasgos característicos del Derecho mercantil cuenta el de su tendencia a la universalidad. ¡Un Derecho especial para el mercado capitalista debe atender antes que a otros fines, a las exigencias del sector de realidad que regula, las cuales son análogas en toda España!" "En la actualidad, los mercados de grandes espacios rebasan las fronteras nacionales, y de ello deriva un ideal político legislativo de inteligencia entre diversos Estados para unificar en lo posible muchas instituciones jurídico-mercantiles.

la de la necesidad de que las reglas jurídicas rectoras del tráfico comercial sean claras y uniformes, para con ello hacer posible la previsibilidad en las relaciones mercantiles; objetivo tan importante, que a él se podría sacrificar cualquiera otra consideración. De hecho, el liberalismo político marchará en la misma dirección que los intereses comerciales. Los dirigentes de los partidos liberal y conservador no discrepan aquí prácticamente en nada, y menos aquellos que representan las regiones de mayor tradición comercial. No debe olvidarse que estamos, al publicarse el Código de 1885, en pleno auge del liberalismo económico; y que ya empezaba a considerarse dogmática la afirmación de que el progreso se caracteriza por el creciente avance de la contratación libre, a costa del "status", es decir, de las medidas protectoras o privilegios de la mujer, de los ignorantes, de la misma autoridad en la familia.

Bastará una ojeada a sus antecedentes y soluciones para convencerse de que el señalado, será el espíritu que anima la codificación mercantil.

El Código de 1829, puede recordarse también, es sancionado con el objetivo expreso de que el comercio tenga leyes generales y que sirvan para acabar con la grande confusión e incertidumbre existentes. A la vez, procura fortalecer la firmeza de los contratos tanto que, a tal fin, no se dudará en declarar que las ventas mercantiles no se rescinden por lesión enorme ni enormísima (art. 378); sin importar que con ello se derogaban de un golpe, la serie impresionante de disposiciones que sancionaban la rescisión por causa de lesión, unas del Derecho romano y otras del Derecho de Castilla (48). Es decir, de las propias del Derecho común y también además de las de los Derechos forales (49). Y sin atender tampoco a las sólidas consideraciones morales en que unas y otras se amparaban. (50).

---

¡Sería el mayor de los anacronismos llevar la diversidad legislativa, dentro de las fronteras españolas, al régimen jurídico de los actos de comercio!”, GARCÍA ORDÓÑEZ, *Fundamentos de Derecho mercantil*, 1956, I, págs. 48-49. Después de S. T. S. 28 junio 1968, RUBIO, *Introducción*, cit., pág. 404, nos advierte: “De otra parte, el mantenimiento de especialidades en el ordenamiento de la economía mercantil, hoy y siempre, no sólo ampliamente nacional, sino internacional, parece mucho menos justificado que en la zona de la agraria o artesana. Sobre todo cuando tales especialidades han dejado de tener vigencia durante varias generaciones.”

(48) Pueden verse en GUTIÉRREZ (Benito), *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. IV, Tratado de las obligaciones*, 1869, páginas 342 y sig.

(49) Aunque con la notable excepción del Derecho aragonés, en el que por la fuerza de la doctrina de los autores regnicolas, basada en las reglas de su Derecho, desconocedoras de la "restitutio in integrum", se desconoce la rescisión por lesión ("tantum valet res, quantum vendi potest"), MOLINO, *Repertorium*, voz "Deceptio", ed. 1585, fol. 89, a.

(50) Todavía GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN enseñaban ser "toda lesión una injusticia difícil de conciliar con los principios de equidad y de economía, que hacen depender el interés público de la justa proporción de las cosas y sus valores", *Elementos de Derecho civil y penal*, ed. 1851, II, página 203.

La reforma del Código de comercio estará presidida, en todos sus momentos, por el ansia de estar al día en la legislación, de ponerse en línea con el resto de Europa, y, para esto acomodarse al criterio dominante del liberalismo económico. El cambio de régimen del año 1868 será decisivo en tal sentido; y las conveniencias del capitalismo incipiente de la época, se potencian, formulándose como dogmas políticos y científicos.

El Decreto de 20 de septiembre de 1869, dando las bases para un nuevo Código de comercio, en su "Exposición" proclama que la tarea de la Revolución ha de ser: "ir transformando la organización social del país, al propio tiempo que, rompiendo ligaduras, superando obstáculos, volando barreras por la ignorancia de pasados tiempos levantadas y por bastardos intereses sostenidas, deja libre su cauce natural a las leyes sociales y abre ancho campo a la actividad del individuo, que es el gran explotador y el único explotador inteligente de aquellas leyes".

El progreso se confía a "la mano invisible" del libre hacer y contratar de las partes. Esa "libertad completa a la contracción" exigía, se piensa, acabar con toda prohibición, limitación o privilegio, "en una palabra, todo cuanto nutre el Derecho". De ahí que se estableciera como Base 2.<sup>a</sup> la fuerza vinculante de las cláusulas de los contratos, proclamando "que tienen fuerza de obligar las que fijen y adopten libremente las partes contratantes, sin más excepciones que las "que deben aplicarse siempre que medie el interés de un tercero o de los menores".

Después, los participantes directos en la elaboración del Código de 1885, los liberales puros y los menos liberales (liberales conservadores), coinciden en la misma ideología, y procuran favorecer al máximo la libertad y seguridad de la contratación mercantil. Piensan, sin duda, que así lo exigía el progreso: "hoy, que el espíritu mercantil exitende su dominio sobre toda la vida social de los pueblos civilizados y que penetra lo mismo en las relaciones privadas que en las internacionales" (51). Esta concepción hace que se acentúen las características liberales del nuevo texto del Código. Así, por ejemplo, y en lo que aquí especialmente interesa, se mantiene la derogación de la rescisión por lesión (art. 344); se amplían las remisiones al Derecho común, como antes se ha señalado; y se llega hasta la eliminación, respecto a los comerciantes, de reglas fundamentales civiles, restrictivas de la capacidad para ejercer el comercio y obligarse (arts. 4-14).

En el momento actual, y no obstante los cambios experimentados en las estructuras y en las ideas políticas, sociales y jurídicas, coincidiendo en ello neo-capitalismo y socialismo, se mantiene y hasta se acrecienta la convicción de que debe favorecerse la seguridad del tráfico mercantil, en todo lo posible. Para conseguirla no se duda

---

(51) E. de M. de 1882, I. Orientación general del Proyecto. Actos de comercio, par. 5.

en sacrificar respetables normas protectoras de los incapaces (52) y hasta los prejuicios nacionalistas, abandonando las peculiaridades de los ordenamientos propios de un territorio o de una nación (53).

*Disgresión sobre un supuesto particular.*—La “opinio communis” de los mercantilistas entiende, que las menciones del Derecho común contenidas en el Código de comercio se refieren todas a un mismo ordenamiento. De ella se ha discrepado, sosteniéndose valientemente que el Derecho común a que se refiere el artículo 2.º del Código es el Código civil, “porque aquí está llamado como Derecho supletorio”, mientras que en el artículo 50 “tiene que ser el Derecho foral cuando se trate de actos celebrados en provincias de esta legislación o de capacidad de un contratante sujeto a la misma” (54).

No parece necesario examinar aquí la tesis de la dualidad de sentidos del Derecho común en el Código de comercio. No sería razonable suponer que el legislador haya incurrido en semejante descuido técnico. Los mercantilistas, seguramente por ello, han dejado aislada dicha opinión; que ha sido criticada por quienes la consideran, atendiendo a ponderadas razones históricas, sistemáticas y finalistas (55).

Lo que importa considerar aquí, es el caso que parece originar la señalada opinión disidente, y en la que únicamente ella se apoya; pues si bien no ha logrado quebrantar el criterio general de la doc-

---

(52) La regla general, según la que la capacidad de obrar está determinada por el estatuto personal (se siga el sistema de nacionalidad o del domicilio), se viene a romper, abandonando las medidas protectoras de menores o incapacitados, en virtud de la doctrina del “interés nacional” o de la protección de la seguridad del comercio. A la que, si bien se le han encontrado más antiguos antecedentes (art. 35, Introducción, A. Pr. L. R. de 1794), en verdad se abre paso favorecida por el liberalismo económico, con el caso Lizardi (Cass.—req. francesa, 16 enero 1861; antes, en EE. UU., *Saul y His creditors*, 1827) y se impone en leyes, jurisprudencia y doctrina de los autores. Así, por ejemplo, artículo 2.º, Ley uniforme sobre letras de cambio y pagaré a la orden (Ginebra, 7 junio 1930); artículo 7, III, 1, Ley de Introducción al Código civil alemán; artículo 7, b), Ley suiza de 25 junio 1891 (NAG); artículo 17, Código civil italiano de 1942; artículo 9 del Código civil de Grecia de 1946; artículo 18 del Código civil portugués de 1966. Sobre la especialidad jurídica, en general, del “contrato mercantil ordinario”, CHESHIRE, *Private International Law*, 1946, págs. 215-218.

(53) Lo que puede observarse en el movimiento de fuerza creciente hacia la unificación jurídica, en especial sobre materia mercantil. El Instituto para la Unificación del Derecho privado, de Roma, de carácter internacional, fue creado con tal finalidad; su *Annuaire* informa sobre la importante labor unificadora que se está realizando. El Tratado de la Comunidad Europea (Mercado Común) establece al principio de lo conveniente de la uniformidad (aproximación) de las leyes de los países miembros (art. 3.º, h.). Las Naciones Unidas, por iniciativa de la delegación de Hungría, han creado una Comisión especial para la unificación del Derecho mercantil (UNCITRAL = United Nations Commission on International Trade Law).

(54) VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho mercantil comparado*, ed. 1944, I, núm. 20, pág. 83; ed. 1963, I, núm. 20, pág. 66.

(55) LANGLE. *Manual de Derecho civil español*, 1950, I, págs. 224-225; RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, 1969, I, págs. 401-402.

trina, actúa como escrúpulo molesto, para la aceptación del Código civil como Derecho común al que se remite el Código de comercio. Se nos presenta, con las siguientes palabras: "Porque con la interpretación contraria (la del igual significado de "Derecho común") se llegaría a la conclusión antes de la unificación en toda España de la mayoría de edad, de que un aragonés de veinte años tendría capacidad para comprar una casa y no podría celebrar un contrato de seguro de incendios referente a la misma" (56).

La presentación del supuesto así hecha, escueta y sin comentario, impresiona fuertemente. No constituye propiamente una "reductio ad absurdum", pero la conclusión que se dice resultante choca como grave "inelegantia iuris".

No puede, en todo caso, estimarse razón decisiva para la interpretación. La desarmonía entre las soluciones de los casos, por desgracia, es inevitable en la práctica jurídica, en especial cuando hay que aplicar reglas de distinto origen y naturaleza y cuando tampoco se puedan preveer todas sus respectivas consecuencias. De que ello es así, ofrece llamativo ejemplo el resultado a que llega la tan nombrada Sentencia del 28 de junio de 1968.

Doña María Josefa (la esposa) avala letras aceptadas por don Luis (el esposo), en garantía del pago de unas mercancías (electrodomésticos) adquiridas a una compañía para el negocio de don Luis. Doña María Josefa aparece —por otra parte— como compradora de otras mercancías (también electrodomésticos), a cuyo pago queda obligada a otra compañía; mercancías destinadas al negocio de don Luis. El Tribunal Supremo, ateniéndose a la aplicación de las disposiciones correspondientes, considera nula la obligación contraída por la mujer avalista y válida la que contrajera en calidad de compradora; ambas, respecto de mercancías para el negocio del marido.

Aunque el supuesto del aragonés de veinte años carezca hoy de interés práctico (57), no estará demás detenerse en su estudio, porque ofrece la posibilidad de examinar la relación existente entre los ordenamientos comercial y civil y la de que, con ello, debidamente valorada, pueda llegarse a resultados más satisfactorios, que el que antes se nos ha propuesto.

Ha de partirse, parece, del distinto ámbito y significado de los ordenamientos mercantil y civil. La legislación mercantil requiere notas y atribuye especiales efectos a los actos y contratos comerciales; disminuye o aumenta los requisitos necesarios para su validez y también los somete a un régimen jurídico diferente del civil (derechos y obli-

(56) VICENTE Y GELLA, loc. cit. en nota 54.

(57) Todavía queda la posibilidad de algún caso semejante. La ley de 13 de diciembre de 1943, fija la capacidad civil en los 21 años cumplidos, para todos los españoles; mas contiene una excepción, al declarar subsistente lo dispuesto en el art. 10, número 2.º del Apéndice foral de Aragón (ahora sustituido por el art. 4.º de la Compilación aragonesa); con lo que podría presentarse el caso de aragonés casado menor de 21 años y que pretendiese tomar un préstamo mercantil (art. 311, 2.º C. de c. y arts. 314, 1.º y 317 C. c.).

gaciones, plazos, caducidad, prescripción). Cuando un acto o contrato sobre asunto comercial, deja de reunir los peculiares requisitos exigidos por el Código de comercio para su plena eficacia (incluidos los del Derecho común, si es que a éste se remite), ciertamente carecerá de la vigencia o eficacia mercantil. Esa falta de requisitos no parece pueda acarrear, irremisiblemente, su nulidad; a no ser que un precepto mercantil lo considere expresamente, como prohibido o contradictorio a su mandato (art. 4.º C. c.).

¿Por qué tales actos o contratos no serían considerados válidos si reúnen los requisitos exigidos por el Derecho civil, del común o del foral aplicable? ¿Por qué no se les ha de reconocer la eficacia que la norma civil correspondiente les atribuye?

La respuesta afirmativa a las anteriores preguntas no sería una novedad en el Derecho. Se nos ofrece como una aplicación del principio de la conservación del negocio (58), mediante la conversión de un negocio mercantil inválido en un negocio civil válido (59). Esta posibilidad la ha utilizado la misma legislación mercantil y nos la ofrece repetidamente la práctica judicial. Bastará la cita de algunos ejemplos para apoyar lo dicho.

La letra de cambio defectuosa es reputada pagaré en favor del tomador y a cargo del librador (art. 450 C. de c.), y los vales o pagares no expedidos a la orden se considerarán simples promesas de pago (art. 532 par. 2, C. de c.); es decir, válidos civilmente. El endoso de la letra de cambio ha de contener como dato necesario la fecha de su confección (art. 462, 4.º, C. de c.); si ella se omite, el endoso no es nulo, sino que se entenderá como simple comisión de cobranza (art. 463 C. de c.); y, a su vez, dicha comisión se reputará mercantil sólo cuando el mandato tenga por objeto una operación de comercio y sea comerciante o agente mediador de comercio el comitente o el comisionista (art. 244); en otro caso, podrá haber un mandato válido civil. Se dispone que "no podrán endosarse las letras no expedidas a la orden ni las vencidas y perjudicadas", si, no obstante, se hubiera hecho el endoso, se verá reducida su eficacia a la de una simple cesión (art. 466 C. de c.), con la correspondiente eficacia civil.

La práctica, por su parte, nos ofrece el caso de las sociedades irregulares o de hecho, tan repetido socialmente y tan importante. El Código de comercio, atendiendo al interés general respecto al nacimiento y existencia de las sociedades de objeto o finalidad mercantil (art. 123 C. de c.) y a su consideración como personas jurídicas (artículo 116 C. de c.), ha impuesto los requisitos de la constitución en escritura pública y de la inscripción en el Registro mercantil (artículo 119 C. de c.); doble y prudente garantía para la seguridad comercial. La ley mercantil, de este modo, establece el régimen normal de las sociedades comerciales y deja sin contestar las preguntas: ¿qué:

(58) S.T.S. 30 octubre 1944; también S.T.S. 23 marzo 1965.

(59) Sobre la figura de la conversión de los negocios, lo dicho en *El negocio jurídico*, 1967, § 542 y sigs., pág. 486 y sigs.

eficacia tendrían los pactos sociales, carentes de tales requisitos? ¿serán nulos y desnudos de toda eficacia? Esta última pregunta no parece pueda ser contestada afirmativamente, pues ello sería contrario a los intereses de los socios, a los de los terceros y al mismo espíritu del Código, tal y como se nos explica en su Exposición de Motivos.

Para atender a la letra de la Ley y al respeto debido a la autonomía de la voluntad, se ha pensado en la posibilidad de utilizar a tal efecto el artículo 117 Código de comercio; que dice así: "El contrato de Compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del Derecho será válido y obligatorio entre los que lo celebran, *cualesquiera que sea la forma*, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas en ese Código." Para lo cual se entiende que la frase "cualesquiera que sea la forma", permite considerar contrato válido de Compañía mercantil el celebrado sin escritura pública y no inscrito en el Registro mercantil. Mas, aún con dicha laxa interpretación (60), la sociedad irregular no gozaría de los efectos propios de la sociedad mercantil, ni siquiera el fundamental de la condición de comerciante (art. 1, núm. 2.º C. de c., en relación con arts. 17 y 119).

Otra dirección doctrinal tiene en cuenta que: 1.º El artículo 119 exige que la Compañía "*antes de dar principio a sus operaciones*" haya cumplido con los requisitos formales establecidos; conforme a lo que actuaría contra ley (art. 4.º C. c.), la sociedad que comenzare a funcionar sin estar inscrita en el Registro mercantil. 2.º El artículo 116 dispone que el contrato de Compañía "*será mercantil* cualquiera que fuese su clase, *siempre* que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de *este Código*" (61). Con la consecuencia de que tales sociedades con finalidad comercial o industrial no serían mercantiles, sino que se considerarán civiles o "puramente civiles"; válidas, por tanto, si reúnen los requisitos exigidos por el Código civil (62).

Como habrá podido observarse, una y otra dirección teórica coinciden — y es lo único que aquí interesa — en salvar de la nulidad esos pactos sociales sobre asuntos mercantiles, lo que se hace dándoles trato de sociedades mercantiles no regulares ("extra legem" y no

---

(60) La frase "cualesquiera que sea la forma" del art. 117 es dudoso pueda interpretarse en el sentido de "aunque no tenga la forma legal establecida en el art. 119"; más bien, parece estar referida a las formas o clases, en el sentido de las clases o especies de contratos de Compañía de que tratan los arts. 116 y 122; es decir, respecto a la admisión del "numerus apertus" de tipos de sociedad. Dice el art. 122: "*Por regla general* las Compañías se constituirán adoptando algunas de las siguientes *formas...*". La frase "celebrado con los requisitos esenciales del Derecho", es ambigua, pues cabe referirla a los establecidos en el art. 119, Código de comercio o bien a los del Derecho común.

(61) Se adoptaría entonces el criterio de la tipificación formalista; el mismo que ha seguido el Código civil (art. 1.669) y la Ley sobre las Sociedades Anónimas (art. 3.º). Del que se habían exceptuado parcialmente (excepto sobre los requisitos exigidos por el art. 119 C. de c.) las sociedades comerciales atípicas (art. 123, ult. par., C. de c.).

(62) S.T.S. 25 mayo 1912, 25 mayo 1917, 5 julio 1940.

“contra legem”) o bien de sociedades civiles; y ello, siempre a pesar de no reunir los requisitos exigidos para las sociedades mercantiles ni de poder gozar de la eficacia propia de tales sociedades (63).

Teniendo en cuenta el repertorio de casos citados —seguramente ampliable— no parecerá ya inadmisibile entender que los negocios o actos sobre asuntos mercantiles no son nulos por el mero hecho de no acomodarse a lo dispuesto en las normas comerciales y que, por el contrario, podrían ser válidos, como actos o negocios civiles, en el caso de reunir los requisitos exigidos por el Código civil. Tal resultado parece bien conforme con el espíritu del Código de comercio, redactado para favorecer al máximo la libertad de la contratación y el respeto a lo convenido, y con el criterio amplio del Código civil sobre autonomía de la voluntad (arts. 1.091 y 1.255).

Volviendo ya al supuesto que ha motivado esta extensa disgresión, cabría afirmar que aquel contrato de seguro de incendios que celebra el aragonés de veintiún años, para su recién comprada casa, aunque no tenga validez mercantil y no produzca entonces todas las consecuencias propias del seguro mercantil (arts. 380-415 C. de c.), no por ello será nulo; pues podría ser considerado contrato de seguro irregular o contrato de seguro civil (arts. 1.790-1.797 C. c.), ya que se presupone que el aragonés es capaz conforme a la legislación civil; con el resultado de que entonces serían obligatorios para los contratantes las cláusulas pactadas en dicho contrato de seguro.

#### IV. LA PUBLICACION DE LA COMPILACION DE DERECHO ESPECIAL DE CATALUÑA

En el recorrido cronológico que se ha venido haciendo queda por examinar el posible impacto que haya podido originar la publicación de las Compilaciones, sobre el significado del Derecho común en el Código de comercio.

La finalidad de las Compilaciones, como la atribuida a los Apéndices, es muy limitada, según el legislador; en cuanto reducida a recoger las reglas jurídicas que aun conservasen un valor real en los territorios y provincias en los que subsistía Derecho foral. En realidad, su importancia y su alcance ha cambiado respecto del antiguo Derecho foral. No sólo por su nueva denominación (64), sino por el abandono que suponen de aquellas notas que fueran peculiares del viejo “ius municipale” y su reemplazo por las leyes modernas, con los caracteres de un más moderno Derecho especial normal.

En términos generales, la publicación de las Compilaciones no

(63) Ultimamente, sobre sociedades irregulares, S.T.S. 22 septiembre 1965, 11 noviembre 1966 (2.<sup>a</sup> S.), 11 febrero 1967, 4 octubre 1968, 14 diciembre 1968, 7 febrero 1969, 15 abril 1969, 9 junio 1969 y 21 noviembre 1969.

(64) El calificativo “foral” ha desaparecido de todas las Compilaciones, excepto de la de Vizcaya y Alava. La palabra “Apéndice” se rechaza, por dar “una idea errónea de accesoriidad y juxtaposición”, CONDOMINES, FAUS, loc. cit., pág. 8.

tiene por qué haber afectado la regulación de los asuntos mercantiles. No hay indicio alguno de que, con ellas, se haya pensado tocar el ámbito propio del Código de comercio, ni al del Derecho común al que dicho Código remite expresamente. La misma caracterización de las Compilaciones como de Derecho especial o foral, marca y recalca, por contraposición, el significado de Derecho común atribuido al Código civil (65).

Mas no puede descartarse del todo aquella posibilidad. Las Compilaciones son leyes más recientes que el Código de comercio, del mismo rango legislativo que éste, al que pueden derogar, por tanto, si contienen alguna disposición que le contradiga, y ello en virtud del principio "lex posterior derogat anterior". Normalmente no se presentará este supuesto, ya que las Compilaciones no se ocupan del tráfico mercantil y apenas de cuestiones del Derecho general de obligaciones. Sin embargo, puede ocurrir indirectamente en los casos, por ejemplo, de disposiciones restrictivas de la capacidad de contratar. Cuando existan tales disposiciones, cabe que la Compilación—excediéndose de su normal cometido— regule la capacidad para realizar actos o contratos mercantiles.

La cuestión se nos presenta con los artículos 321 y 322 de la Compilación de Derecho especial de Cataluña. Dicen así:

Artículo 321.—La mujer no quedará obligada, en virtud de fianza o intercesión por otro, pudiendo repetir como indolido lo que hubiese pagado o cumplido por ello.

No gozarán de este beneficio: las mujeres que afianzaren o intercedieren mediante remuneración o compensación proporcionada u obrando con dolo, las que ejercieren el comercio y las que, después del afianzamiento, llegaren a ser deudores principales de la obligación.

Este beneficio será renunciabile de modo expreso en todo momento.

Artículo 322.—Será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer casada en favor de su marido, salvo el caso de que el importe del crédito se hubiera invertido en utilidad de ella misma y sin que su confesión o reconocimiento constituya prueba de tal inversión...

El citado artículo 321, después de recoger el privilegio del senado-consulto Velezano, exceptúa de este beneficio a la mujer comer-

---

(65) La Compilación aragonesa se ha denominado "Compilación del Derecho Civil de Aragón"; pero, en su artículo 1.º se distingue el "régimen especial" establecido en la Compilación, del "Derecho general español" contenido en el Código civil y demás disposiciones que constituyan aquel Derecho. Sobre el significado de las Compilaciones: FUENMAYOR, *La interpretación comparativa del Código y de las Compilaciones forales*, Estudios de Derecho civil en honor de Castán, publicados por la Universidad de Navarra, IV, páginas 391-392.

ciente (66). Con esta excepción, inesperadamente, se afirma la competencia de una regla del Derecho especial de la Compilación en un terreno que hasta ella se consideraba totalmente reservado al Derecho común. Con la consecuencia de un verdadero cercenamiento del ámbito hasta ahora atribuido al Código civil. En efecto, al señalar el artículo 321 el supuesto de las mujeres que ejercieren el comercio, como una de las excepciones taxativamente enumeradas al beneficio del senadoconsulto Veleyano, se establece tácitamente que gozan de tal beneficio todas las mujeres no comprendidas en alguno de los casos de excepción (“*inclusio, nnius exclusio alterius*”). Con el resultado, que parece inescusable, de que, al ser exceptuada sola la mujer que esté ejerciendo el comercio, habrá de gozar de tal beneficio la mujer no comerciante, que realice un acto de afianzamiento mercantil.

La regulación establecida en el artículo 321 de un supuesto hasta ahora propio de la esfera mercantil, lleva consigo que el artículo 322 haya de considerarse aplicable respecto a la capacidad de la mujer casada comerciante catalana. Pues, aunque el artículo 322 no mencione la mujer comerciante, se encuentra en conexión tan directa y estrecha con el artículo 321 que, dada la amplitud de la frase “*toda fianza o intercesión*” y la energía de la sanción impuesta (nulidad de pleno derecho), habrá que entenderlo aplicable tanto a la mujer comerciante como a la no comerciante que interceda o afiance en favor de su marido una obligación de carácter mercantil (por ejemplo, avalar una letra de cambio) contraída por aquél.

Ha de confesarse que la conclusión obtenida no es, en sí misma, satisfactoria. Los privilegios concedidos a la mujer por los artículos 321 y 322 fueron ya considerados odiosos por autores del antiguo Derecho; ahora, en la época de la predicada igualdad entre hombre y mujer, resultan arcaicos (67); son incluso poco eficaces, pues la misma ley abre caminos al fraude y resultan, más que protección a la mujer, ocasión de engaño para incautos. No puede, por todo ello, extrañar que hayan sido acogidos con reservas por los mismos especialistas del Derecho catalán (68). Todavía menos satisfactoria será dicha conclusión, cuando para aplicarlos hay que romper la uniformidad buscada y lograda por el Código de comercio, mediante su

---

(66) Puede haberse recogido del Código de Tortosa, comp. BORRELL Y SOLER, loc. cit. III, pág. 464, N. 19. No hubiera sido necesario mencionarla, si su alcance se limitaba y su obligatoriedad se deducía del art. 50 del Código de comercio, y de la correspondiente aplicación del Código civil.

(67) Los privilegios en favor de la mujer del Senadoconsulto Veleyano y la *Authéntica* “*si qua mulier*”, fueron expresamente derogados por el artículo 7.º de la Ley sobre la capacidad de la mujer (19 octubre 1934) de la Generalidad de Cataluña.

(68) En *Derecho especial de Cataluña*, debido a CONDOMINES y FAUS (antes citado) se advierte: “Uno de los autores de estas notas ha manifestado su opinión contraria a la subsistencia del Senadoconsulto Veleyano y de la *Authéntica* “*si qua mulier*” en reciente trabajo en *Revista Jurídica de Cataluña*”, pág. 347.

remisión al Derecho común, uniformidad siempre tan importante para la fluidez de las relaciones comerciales.

Ello, no obstante, parece obligado mantenerla, mientras que no se encuentren razones suficientes para rechazarla. Las normas de las modernas Compilaciones no pueden ser interpretadas restrictivamente a la manera que le fueron los antiguos Derechos excepcionales; ahora, como modernos Derechos especiales, ordenadores de las materias que constituyen su objeto, sus disposiciones habrá que entenderlas y aplicarlas respetuosamente, obteniendo de sus preceptos sus consecuencias lógicas o naturales sin que sea lícito presumir que el legislador se excediera de sus propósitos o procediera con descuido.

#### V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JUNIO DE 1968

El estudio que se ha venido haciendo permitirá examinar con mayor fundamento la importante sentencia del 28 de junio de 1968. Para mayor claridad de la exposición, y cambiando el orden hasta aquí seguido, se tratarán separadamente las dos cuestiones principales resueltas por la sentencia, comenzando por la aplicación del artículo 322 de la Compilación catalana y terminando con la del concepto de Derecho común.

La consideración fundamental y determinante del fallo es la de la afirmación de ser aplicable al caso de autos el artículo 322, párrafo primero de la Compilación; la que, como la sentencia explica, "decreta la nulidad de pleno derecho de la fianza prestada por la mujer casada a favor de su marido, precepto que es de rigurosa observancia". Conclusión del sentenciador que, como antes se ha razonado, parece ajustada a la ley, pues dicho precepto es de aplicación no sólo en el ámbito civil foral, sino también en el especial mercantil, es decir, a los actos de comercio realizados por la casada catalana. Resultado al que lleva la peculiar redacción de los artículos 321 y 322 de la citada Compilación.

La sentencia estudiada no ha fundamentado su fallo en dichas razones, sino en un concepto del Derecho común radicalmente distinto, contrario, al hasta ella generalmente aceptado. Decisión que nos permitiremos examinar críticamente, aunque siempre con el debido respeto a la autoridad de nuestro más Alto Tribunal, con la máxima consideración a la competencia científica de los redactores de la sentencia y siempre en términos de defensa de la opinión común hasta ahora aceptada.

Para valorar lo novedoso de la doctrina de la Sentencia, que eleva la Authentica "si qua mulier" a la categoría de Derecho común complementario del Código de comercio, convendrá tener muy presente el ya expuesto estado anterior de la doctrina; observándose que aquella sentencia abandona bruscamente una reiterada y uniforme jurisprudencia, mantenida sin discrepancia durante algo más de un siglo, que se separa de la opinión común de los tratadistas de De-

recho mercantil, y que así se procede sin que se apoye en los antecedentes del Código mercantil, ni en su letra, ni en su espíritu.

El considerando (4.º) central de la sentencia comienza diciendo: "Que al referirse el artículo 50 del Código de comercio a *las reglas generales del Derecho común*, para *regular la capacidad de los contratantes*, es indudable que esas reglas son las constituidas por las del Código civil, que contiene los *principios fundamentales de la contratación*" (69). Afirmación de la más pura ortodoxia científica y que recoge con exactitud la doctrina tradicional. Inesperadamente, a renglón seguido, sin transición, sin más apoyo dialéctico que la preposición adversativa "pero", se afirmará lo contrario, que el Código civil no es Derecho común, que la capacidad de los contratantes se rige en Cataluña por el artículo 322 de la Compilación.

En otro considerando (3.º) se nos dice: "Que con arreglo al artículo 12 del Código civil, éste rige sólo como Derecho supletorio de las regiones forales, para el único efecto de suplir deficiencias y vacíos de su legislación, sin que este carácter autorice para corregir o enmendar lo que se encuentre previsto (S. de 8 de junio 1904, 9 julio 1917, 15 mayo 1918) y desarrollando este precepto, dispone el artículo 1.º de la Compilación catalana, que sus disposiciones rigen con preferencia al Código y sólo en lo no previsto en aquélla se aplicará dicho Código en lo que no se oponga a la citada Compilación (Disp. final 2.ª), de donde resulta que la prelación de fuentes legales en la región catalana atribuye la primacía a su Derecho civil especial contenido en su Compilación, el que es de primordial aplicación en *todas las materias reguladas por la misma*".

Las palabras transcritas exponen correctamente la prelación de fuentes jurídicas respecto a *materia civil*. Mas concluir, como se hará en favor de la aplicación del artículo 322 a un aval, en letra de cambio, supone —parece— haber desenfocado la cuestión. Para resolverla lo que hay que tener en cuenta es la jerarquía de las normas aplicables en *materia mercantil*. La que está establecida por el artículo 50 del Código de comercio y no por las disposiciones citadas del Código civil y de la Compilación. El artículo 12 del Código civil, ni los de la Compilación se ocupan, ni les compete cambiar la ordenación establecida por el Código de comercio para la regulación de los asuntos mercantiles y, menos aún, han podido transformar taumatúrgicamente la referencia uniformadora del artículo 50, en una remisión a la pluralidad de los diversos Derechos especiales y forales.

La otra consideración fundamento de la sentencia se encuentra en el considerando (4.º) citado antes; en el párrafo que comienza con la mencionada preposición adversativa y dice: "*pero* al aplicarse en este caso el Derecho civil especial de Cataluña con preferencia, hay que entender que el concepto de Derecho común se refiere a la legislación que contiene *dichos principios fundamentales*, tanto si están en el Código civil como en el Derecho regional y *como este es el*

(69) Recuérdese lo advertido en la nota 8.

aplicable en el presente recurso, no cabe duda que ese *Derecho común para los catalanes* está integrado por su *Compilación*".

Este considerando parte de la petición de principio hecha en el anterior, y causa principal de la confusión en la que se ha incurrido, la de que la *Compilación* contiene dentro de "las materias reguladas por la misma" los actos de comercio. Aparte de ello, parece razonarse en círculo vicioso: se aplicará el Derecho de la *Compilación* porque es Derecho común; y es Derecho común para los catalanes el de la *Compilación*. Aunque también es cierto que se apunta una nota, con la que parece pudiera escaparse del tal círculo; es la de caracterizar al Derecho común, como la legislación que contiene los *dichos principios fundamentales*, o sea, los aludidos en el anterior considerando (3.º), "los principios fundamentales de la contratación". Con ello se aumenta todavía la perplejidad. ¿Cuáles serán las disposiciones de la *Compilación* que contienen las reglas generales reguladoras de la capacidad de los contratantes o principios fundamentales de la contratación? Resultará, ya de entrada, bien extraño calificar al artículo 322 de principio fundamental de la contratación, cuando éste, como la *Authentica* "si qua mulier" lo fuera de siempre, se estima regla anómala y odiosa, precisamente como una excepción respecto a los principios generales de la contratación. Después, si buscamos dónde están esas "reglas generales", esos "principios fundamentales de la contratación" en Cataluña, el argumento utilizado por la sentencia nos lleva precisamente a conclusión contraria a la suya; a la que aquí se considera exacta; pues los principios fundamentales de la contratación vigentes en Cataluña, al no estar previstos en la *Compilación*, habrán de ser los que preceptúa el Código civil, y que rigen en Cataluña por mandato de la disposición final 2.ª de la *Compilación*. En fin, parece contrario a la tradición jurídica y a las exigencias del lenguaje (70) hablar de un Derecho común carente de la nota de generalidad, y todavía resulta más extraño el que se distinga en cada Derecho especial o foral un Derecho común (principios fundamentales) del que se separaría otro Derecho especial, con la consecuencia de afirmar la existencia de un Derecho común catalán para Cataluña, otro Derecho común para Vizcaya y Alava, otro para Baleares, & &, de los que se distinguirían sendos Derechos especiales.

La doctrina de la comentada sentencia ha producido desconcierto, principalmente entre los especializados en Derecho mercantil; pues supone para ellos haberse contradicho, desde tan alto lugar, la doctrina enseñada y aplicada desde la publicación del Código de 1829. ¿Cómo se explica tal abandono de la anterior jurisprudencia? No encontrándose quizá otras razones, se ha pensado en un posible cambio de ideología y que el Tribunal Supremo hubiese "estimado preferible

---

(70) El Tribunal Supremo ha dicho que el Derecho del Código civil es "denominado Derecho común", "por ser de aplicación a la mayoría de los españoles", S. 14 diciembre 1967.

el robustecimiento y la integridad de los Derechos forales a la unificación nacional, ya en gran parte lograda, de nuestro Derecho mobiliario" (71).

¿Se ha producido un movimiento pendular en dirección contraria al que originara la jurisprudencia sobre la sucesión abintestato en los territorios forales? (72).

Preferiría no pensar así. Los Tribunales inmersos en el acontecer social no pueden quedar aislados de las corrientes ideológicas de la época, pero, afortunadamente, siempre han luchado por mantenerse separados de las pasiones y motivaciones políticas.

En todo caso nos encontramos no frente a una jurisprudencia ya firme, sino de una sentencia única hasta ahora. No debe olvidarse que se nos ha dicho y repetido que sólo merece el calificativo de doctrina jurisprudencial, "la que se establece en repetidas e idénticas decisiones de este Tribunal Supremo, que sean aplicables al pleito, no pudiendo estimarse como fuente indirecta del Derecho y por tanto de ineludible cumplimiento, la doctrina consignada en una sola sentencia" (S. T. S. 5 junio 1968).

En segundo lugar, la razón inmediata determinante del fallo es la de la aplicación del artículo 322 de la Compilación catalana, y las consideraciones hechas sobre el concepto de Derecho común no han sido otra cosa que razonamientos justificativos y posiblemente superfluos, como antes se indicara. El mismo Tribunal Supremo enseña que no debe estimarse doctrina a fines de casación, "cuando se trata de una sentencia aislada y, sobre todo, de una afirmación hecha "obiter dictum", por no ser la que constituye la "ratio decidendi" del fallo, como sería imprescindible para servir de cimiento a la construcción de una nueva jurisprudencia, que verdaderamente mereciere esta denominación" (S. T. S. 30 junio 1967).

En fin, no existen indicios inequívocos de que el Tribunal Supremo haya de inclinarse de modo general por una interpretación extensiva de los Derechos forales, a costa del Derecho común; pues, en caso reciente, ha seguido dirección contraria. En el pleito aludido se había planteado como cuestión básica la de la determinación de la vecindad civil (la catalana o la de Derecho común), que correspondería a un extranjero que había adquirido la nacionalidad española por concesión Real y que había inscrito dicha adquisición en el libro de ciudadanía de un Juzgado de Barcelona, ciudad donde había ve-

(71) RUBIO, *Introducción*, pág. 403. En pág. 404, se añade: "La consideración tradicional de nuestro ordenamiento jurídico tendía hacia una decisiva unificación del Derecho privado (que representaba, en definitiva, la "ratio" última de la "interpretatio iuris", hasta ahora mantenida de los artículos 2 y 50 del Código de comercio) parece haber sido sustituida, coincidiendo con la promulgación de las "Compilaciones forales" por una ideología distinta. Al menos a juicio del Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos".

(72) Crítica de esta doctrina jurisprudencial: *Compendio de Derecho civil*, 1968, págs. 71-72; *Derecho civil de España*, I, pág. 279, nota 9; VALLET DE GOYRISOLO, *Glosas al § 3 del artículo 10 del Código civil*, A. D. C. XII, 2 (1959), págs. 575-576, nota 1 (sobre S.T.S. 1 febrero 1958).

nido residiendo. El Tribunal Supremo, casando sentencia de la Audiencia (confirmatoria de la del Juzgado), y en contra del criterio de la plena igualdad de las vecindades civiles que parecía deducirse de la Ley (73), considera que: "Al adquirir un extranjero la ciudadanía española y con ello el estatuto personal de los españoles, ha de entenderse que queda sujeto al Derecho civil, que por ser de aplicación a la mayoría de los españoles íntegramente y a todos en parte (título preliminar, título IV, leyes especiales, Ley hipotecaria, &), es denominado Derecho común, sin perjuicio de que, obtenida la nacionalidad, pueda ampararse en lo dispuesto en el artículo 15 para obtener la condición de aforado" (S. T. S. 14 diciembre 1957).

En resumen, de lo dicho puede concluirse: Primero, que la sentencia de 28 de julio de 1968 no contiene doctrina suficientemente autorizada respecto al concepto de Derecho común en el Código de comercio; no tan autorizada, al menos, para que después de ella sea temerario entender vigente el concepto que del Derecho común se tuviera en el Código de 1829, que mantiene el Código de 1885 y que se acepta y se defiende razonadamente por la posterior doctrina de los Tribunales y de los autores. Segundo, que la dicha sentencia cabe entender autoriza para interpretar el artículo 322 de la Compilación en el sentido de considerarlo aplicable a la intercesión de la mujer catalana en favor de su marido, respecto de actos de comercio de éste; dada la conexión del artículo 322 con el 321 y la referencia que éste último hace a la mujer comerciante (74).

Todavía me permito repetir lo dicho al comienzo de estas notas; su propósito se centra en suscitar la expresión de opiniones más autorizadas. La cuestión es importante y el criterio fundado de los especialistas puede ser decisivo para la práctica judicial (75).

---

(73) Así lo había entendido en *Derecho civil de España*, II, pág. 473, nota 6.

(74) Como antes se indicara, este trabajo está centrado en el estudio e interpretación de unas disposiciones legales y de la doctrina jurisprudencial sobre las mismas, y no trata de la defensa o crítica de sus criterios de política jurídica. Mas para evitar posibles equívocos, me permito añadir que, a mi juicio, deberían prevalecer, en la jerarquía de valores, los personales (p. ej., protección de las personas) sobre los económicos (p. ej., seguridad del tráfico comercial); por ello, me parece en general, rechazable la teoría del interés nacional, prevalente en la doctrina del Derecho Internacional Privado (aludida en nota 52).

(75) Puede recordarse que incidentalmente se nos ha dicho: "Aunque la jurisprudencia (la citada en el recurso) no pueda estimarse uniforme, no sólo por las singulares circunstancias del caso, sino por tratarse de materia que está muy lejos de haber logrado la unanimidad científica", S.T.S., 2 mayo 1959.



# VIDA JURIDICA

## I. NOTICIAS

### Noticia sobre el régimen jurídico de la emisión de títulos de sociedades de los países occidentales, europeos y anglosajones

El Instituto de Estudios Europeos celebró en la Universidad Libre de Bruselas, durante el mes de noviembre de 1968, un interesantísimo coloquio sobre el régimen jurídico de la emisión de títulos de sociedades. Como labor preparatoria, la comisión había encargado a sobresalientes especialistas en la materia unos estudios básicos sobre dicho régimen jurídico de los valores mobiliarios de sociedades, que fueron el punto de partida del coloquio, así como las ponencias sobre sus aspectos concretos.

Los estudios previos eran los de GLANDSDORFF, *Les valeurs mobilières en droit neerlandais*; de BRUSASCO, *Legal status of securities in english law*; de NASH, DENNY, CONNELLY, *The regulation of issuance and distribution of corporate securities in the United States*; de PATRY y AUBERT, *Le regime juridique des valeurs mobilières en droit suisse*; de HORN, *Les valeurs mobilières en droit allemand*; de MORERA y ARGAN, *Les valeurs mobilières en droit italien*; de VASSEUR, *Les valeurs mobilières en droit français*; de STRYCKMANS, *Les valeurs mobilières en droit belge*, y de LOSER y AKESON, *The issuance and transfer of ownership of corporate registered securities in the United States*.

Todos estos estudios tenían por objeto lograr antecederentemente una visión del estado y alcance de cada legislación acerca de los títulos mobiliarios, sus particularidades, tendencias y características. Esta exposición inicial había de preparar el diálogo y las interpelaciones, así como las propuestas de coordinación en las técnicas normativas y del mercado de capitales.

El resultado a que llegan estos estudios puede resumirse a grandes rasgos por las propias notas y conclusiones de los autores. Así, GLANDSDORFF hizo ver cómo la variedad de las instituciones y de sus estructuras han permitido una adaptación rápida a las nuevas tendencias y coordinamientos de la vida económica holandesa; ello explica el papel jugado por las asociaciones profesionales respecto al ahorro y la reglamentación del mismo; en cambio las intervenciones de las autoridades políticas y financieras sobre el mercado son muy limitadas. Señala cómo existe en el ámbito holandés una tendencia muy acusada a la concentración de poder en el seno de las sociedades anónimas por vía de cláusulas oligárquicas, por el procedimiento de la certificación de títulos, etc., así como la importancia cada vez mayor de las grandes uniones de empresas (Konzerns) y de las formas colectivas de ahorro (sociedades de fondos de inversión). Por último, muestra cómo cada vez más se estrechan los lazos que unen las economías holandesa y anglosajona, particularmente con la americana, en cuanto al ámbito del mercado de capitales.

PATRY y AUBERT presentan las características de los diversos títulos valores que ofrece la práctica financiera suiza. Muchos de estos valores son ya

muy antiguos, como las cédulas hipotecarias, los títulos de venta y de prenda, mientras que otros, como los fondos mobiliarios de inversión, han dado lugar a una reciente legislación, sin que falten aquellos otros, como las cartillas de ahorro, los bonos de participación y, en cierta medida, las obligaciones convertibles, que todavía tienen una situación jurídica incierta. En cuanto a los certificados correspondientes a otros títulos valores, quedan sometidos a las normas generales del mandato y de la teoría de los títulos valores. Todo ello les permite indicar a estos autores que el derecho suizo se presenta como supletorio, sin que oponga obstáculo a las necesidades más perentorias creadas por la evolución económica; si el legislador ha intervenido ha sido para atajar abusos, como ocurrió para los fondos de inversión. En el futuro, ante la participación de Suiza en la Comunidad Económica Europea, de una forma o de otra, le conducirá a plantearse problemas jurídicos, por lo que las nuevas aportaciones le serán beneficiosas para preparar el porvenir.

El Dr. HORN, después de haber acometido un examen minucioso de los títulos valores cotizables en la Bolsa dentro del sistema alemán federal (acciones, acciones de disfrute, obligaciones, fondos de inversión y los "Kuxe" de las sociedades mineras), pasa a decir que no sólo son éstos los instrumentos jurídicos para el financiamiento de las empresas, las cuales se valen también de otros empréstitos (Schuldscheindarlehen), así como de las modalidades de participación a través de las sociedades personalistas (sociedad en nombre colectivo, en comandita o de responsabilidad limitada) y, también, del autofinanciamiento.

La ley de sociedades por acciones ofrece un régimen jurídico bastante moderno y práctico, si bien no se aplique a todas las sociedades de capitales. Las sociedades por acciones en Alemania federal son de número modesto en comparación con las sociedades de responsabilidad limitada, que las sobrepasa, dado que no tienen el deber de publicidad (balance, control por la asamblea de accionistas, así como otros requisitos necesarios impuestos para las sociedades por acciones); estas empresas permanecen fuera del mercado de capitales que representa la Bolsa. En Alemania, la Bolsa no es el instrumento para la emisión de valores mobiliarios; su admisión a la cotización es más bien la última etapa de una emisión e introducción del valor, aunque tenga su función de barómetro del mercado de capitales y decida el crédito y prestigio de las empresas. No obstante, las normas que regulan la Bolsa son viejas, complicadas y, actualmente, son objeto de discusión.

La reconstrucción de la economía alemana después de la segunda guerra ha sido financiada por otros medios que las emisiones de acciones; en primer lugar se acudió a la ayuda prestada por los medios públicos, como el Plan Marshall, ya que el mercado privado de capitales alemán no estaba en condiciones de hacer frente a una tal demanda, ni posteriormente tampoco, debido a una legislación fiscal poco favorable. Las empresas recurrieron a su autofinanciamiento en base a los beneficios y no al mercado de capitales; desde 1953 a 1954 el legislador mejora el sistema, pero son las obligaciones quienes se benefician de esta medida. Las acciones, pues, no resultan los instrumentos más importantes de una financiación.

La fundación de una sociedad por acciones actualmente se hace sin recurrir al mercado general de capitales y sin dispersar las nuevas acciones entre el público, puesto que son las grandes sociedades o los bancos los que se reúnen para fundar una sociedad: la acción no es el instrumento de la financiación de una nueva sociedad; su empleo es posterior, cuando se trata de un aumento de capital que se recaba del público o de sus capitales privados. Actualmente, la acción tiene dos finalidades preponderantes y contrapuestas: la de ser un instrumento para engarzar empresas (Konzerne) y como medio de dispersar la propiedad de grandes empresas entre el público (Volksaktie).

Para Francia, el profesor VASSEUR expuso el panorama actual que se refiere a los valores mobiliarios franceses, o sea, de los títulos negociables que representan los derechos de los asociados o de acreedores a largo plazo. Su carácter distintivo está en que el derecho que representan es un derecho de un asociado o de un acreedor, es decir, un derecho susceptible de procurar una ganancia. De aquí que se limite a tres categorías: las acciones, las obligaciones y las partes de fundador.

Siguiendo los pasos de la obra de RIPERT y ROBLOT (*Traité élémentaire de droit commercial*, 6.<sup>a</sup> ed., I (1968), describe las características, contenido y finalidades de estos títulos valores. Destaca la decadencia en que se ven las emisiones de obligaciones con escala móvil (indexées), tan frecuentes después de la guerra, pero que a partir de la Ordenanza de 1958, el índice económico elegido por las partes debe limitarse a la mercancía o servicio que el emisor utiliza en su actividad, siendo nulas las cláusulas que se refieran al nivel general de precios, salarios o bienes, productos o servicios que no tengan una relación directa con la actividad de las partes. De aquí que hace diez años que no se haya lanzado ningún empréstito a escala móvil o índice.

En cuanto a las operaciones de títulos nominativos vienen reguladas por el Decreto del 7 de diciembre de 1955. A pesar de un esfuerzo de simplificación, las operaciones resultan complejas, onerosas y lentas. Para los títulos al portador, o "vivos", debido a su gran movilidad, sólo quedan individualizados por su número, por lo que la sociedad emisora reconoce como titular a cualquiera que presente el título; se considera que el crédito está incorporado al título, y el título al portador, resulta un verdadero mueble corporal; con relación a la sociedad, quien posee el título le pertenece el derecho. Sin embargo, entre las partes, el título al portador se transmite por el simple consentimiento, si bien respecto a la sociedad haga falta la tradición o remisión mano a mano. En caso de conflicto por venta doble será considerado como titular por la sociedad aquél que lo sea de buena fe y esté en posesión del título, ya que será protegido por las normas del derecho común (art. 2.279 Código civil). Las Leyes de 1872 y 1902 tratan de proteger a los propietarios desposeídos a condición de que conozcan los números de sus títulos; esta legislación fue reforzada por un Decreto del 11 de enero de 1956 con ciertas mejoras y simplificaciones.

El mercado francés de títulos, para simplificar su técnica, ha recurrido a un depósito colectivo dentro de una sociedad idónea a este fin, la S.I.C.O.-V.A.N., con la que sólo pueden relacionarse banqueros y agentes, y donde.

permanecen los títulos al portador de las sociedades cotizadas en Bolsa poseídos por los particulares nacionales y extranjeros. Creada en 1949, abre una cuenta corriente al titular de valores mobiliarios, que no obstante se hacen fungibles al quedar depositados, prescindiéndose de su numeración y operándose con ellos respecto de las cesiones, corte de cupón, intereses y amortizaciones. La masa global de los títulos depositados debe ser considerada como de propiedad colectiva de los depositantes; si un cliente pide la remisión del título, o títulos, recibirá otros semejantes, pero sin la identidad de la numeración anterior. De este modo se tiende a simplificar las transacciones, negociación y manejo de los títulos al portador.

Para Luxemburgo, dirá ELVINGER que, después de 1959, los fondos de inversión se han desarrollado en número e importancia en este país sobre la base de una reglamentación a la vez firme y supletoria. La creciente emisión de obligaciones por sociedades extranjeras ha sido consecuencia del liberalismo administrativo, las facilidades de la Bolsa luxemburguesa y la ausencia de la franquicia de los derechos de timbre, si bien esta última, impuesta en 1964, ha hecho notar sus efectos contrarios a partir de esta fecha. A mediados de 1965, las sociedades luxemburguesas se benefician del régimen de las sociedades holding, las llamadas holdings de financiación, utilizadas como instrumento de emisión por grandes grupos industriales americanos y por importantes sociedades alemanas de los sectores siderúrgico y químico, por varias sociedades inglesas farmacéuticas y químicas, así como por otras sociedades internacionales. Los grupos americanos han utilizado las sociedades luxemburguesas para la emisión de las obligaciones en Europa, al igual que ciertas sociedades francesas e inglesas, por lo que ha dado lugar a una reglamentación especial a partir de 1967, especialmente en cuanto a las holdings de financiación bancaria de un determinado tipo.

STRYCKMANS expone las características del ordenamiento belga y pasa a concluir las modalidades de la evolución del régimen de los títulos valores en estos últimos treinta años. Comienza por destacar la nota de su negociabilidad, si bien en el ámbito de las sociedades aparecen con características propias las acciones y las obligaciones, al contar con una organización previa a la cual se refieren; por lo cual, si bien confieren un derecho de carácter literal e independiente de las transmisiones anteriores, no obstante, en razón de su dependencia con la organización social previa a su emisión, las acciones incorporan derechos que no sólo se refieren a los que dimanarían del título y de su mera posesión. Cabe la posibilidad, pues, que los derechos puedan ejercitarse independientemente del título, como sucede en el caso de un aumento de capital nulo. Por eso, la doctrina considera que los valores mobiliarios de sociedades no tienen un carácter literal absoluto como los demás títulos a la orden o al portador. Si existe una discordancia entre los estatutos de la sociedad y las menciones que figuran en una acción, los primeros prevalecen. Además del control de los bancos, la Comisión bancaria ha jugado un papel muy importante a partir de 1936, especialmente en cuanto a la protección de los derechos incorporados a los valores mobiliarios. Gracias a la acción de esta Comisión se ha dado preferencia a los antiguos accionistas en casos de aumento de capital y se han precisado las modalidades de ejercicio

de esta suscripción preferente. Debido a sus sugerencias, aparece la Ley del 10 de noviembre de 1953, que permite la modificación de derechos adheridos a las diferentes categorías de acciones o el reemplazar títulos de una categoría por otra; también por su intervención, se han respetado las condiciones según las cuales una sociedad puede readquirir sus propias acciones. Por otra parte, la Comisión bancaria ha impartido reglas respecto a los valores mobiliarios nuevos nacidos de la práctica financiera, como el régimen de obligaciones convertibles, hasta que el legislador, en 1962, reglamentó esta materia y dio paso a la Ley del 27 de marzo de 1957, respecto a los fondos comunes de inversión, y vigiló por los derechos de los poseedores para que no fuesen sacrificados a los intereses de las sociedades de gestión.

Para el derecho anglosajón, BRUSASCO trata del estatuto legal de los valores mobiliarios en el derecho inglés. Pone de relieve cómo entre las categorías de dichos títulos se desconocen las partes de fundador y cada acción sólo concede un voto, sin que existan las de voto plural; en cambio, son autorizadas las acciones sin voto. Las acciones pueden beneficiarse de una garantía; además, entre las condiciones de emisión, habitualmente se prevé la constitución de "trustees", encargados de la vigilancia y protección de los intereses de los obligacionistas; tienen el derecho a tomar posesión del patrimonio social si suceden ciertas condiciones, y a seguir la actividad de la sociedad o de poder hacer con este fin un secuestro. Incluso, en ausencia de un "trust deed", los obligacionistas pueden llegar al secuestro mediante una acción ante los tribunales si la sociedad se retrasa en el pago, o se disuelve, o cuando las garantías son puestas en peligro.

Los títulos al portador apenas son utilizados en Inglaterra. En cuanto a las acciones y obligaciones, tan sólo pueden ser emitidas con la autorización de la Tesorería, y, tanto unas como otras, deben ser depositadas en un establecimiento de cambios. En cuanto a los títulos nominativos, su certificado puede ser endosado en blanco y circular como título al portador, pero el accionista y el obligacionista no adquieren tal cualidad hasta que se haga la mención de su nombre en el registro que lleva la sociedad, por lo que se exige un acto escrito para que la cesión opere sus efectos. Respecto a las restricciones estatutarias sobre la negociabilidad de las acciones pueden conceder un poder de apreciación discrecional, si bien las reglas del "Stock Exchange" se oponen a que la negociabilidad de las acciones completamente liberadas y que circulan en Bolsa puedan restringirse por los estatutos.

El derecho de suscripción preferente no se reconoce por la ley, pero las reglas del "Stock Exchange" lo admiten para los títulos cotizables, a menos que la asamblea general no haya decidido lo contrario o que las acciones sean emitidas a cambio de aportaciones *in natura*. Los estatutos también pueden prescribir que el pago de dividendos se decida por el consejo de administración, pero ello es contrario a la práctica usual. En cuanto al derecho de información, todo accionista puede pedir noticia de los diversos registros (de asociados, de obligacionistas, de administradores y de su participación en la sociedad, así como de las cargas que gravan la sociedad) y de los debates orales de las asambleas generales; además, los poseedores de docientas acciones, o los que sean al portador de una décima parte de las

acciones emitidas, pueden pedir al "Board of Trade" que se abra una encuesta sobre los asuntos sociales o sobre la realidad de los que efectivamente controlan la sociedad. Por último, la emisión de nuevas acciones se decide por el consejo de administración que fija el precio de suscripción. En resumen, dice este autor, el derecho de sociedades también está sometido en Inglaterra a reforma, a pesar de que en 1967 se afrontó, parcialmente, a propósito de la legislación de las sociedades de seguros.

Para los Estados Unidos, NASH, DENNY y CONNELLY, así como LOSER y AKESON, ponen de relieve las particularidades del régimen de los valores mobiliarios norteamericanos. Al igual que en Inglaterra, las partes de fundador son desconocidas; también hay el voto acumulado, lo que permite a la minoría de estar representada en el seno del consejo de administración; en cambio, en Delaware y en el Estado de Nueva York sólo existe, de preverse en los estatutos, si bien es obligatorio en California e Illinois. Las acciones de voto plural se prohíben en Delaware y son muy raras en los demás Estados de la Unión. Las acciones sin derecho a voto son autorizadas, si bien se advierte una tendencia a su restricción. Las acciones suelen transferirse a un "trustee", quien ejerce el derecho de voto, según la modalidad convenida, emitiendo el "voting trust certificates", que confiere a sus titulares los derechos pecuniarios del accionista. Son lícitas las acciones sin valor nominal; la Ley del Estado de Nueva York y la de Delaware permite que la sociedad tenga un capital menos elevado (stated capital) y poder repartir dividendos más frecuentemente; el valor de las aportaciones forman la contrapartida de las acciones sin valor nominal y puede ser llevado a una cuenta de reserva disponible; por otra parte, el consejo de administración puede emitir acciones sin valor nominal—en los límites del capital autorizado—al precio del mercado, cuando no pudiera emitir acciones con valor nominal a un precio inferior a aquél. Las partes o beneficios de fundador se desconocen en los Estados Unidos, si bien en los Estados de Nueva York y Delaware se permite la creación de acciones susceptibles de jugar el mismo papel; así, pueden emitirse acciones en contrapartida de servicios prestados a la sociedad antes o después de su constitución. En cuanto a las obligaciones, la designación de un "trustee" resulta obligatoria después de 1933, según una ley federal, si la emisión es pública y sobrepasa las fronteras de un Estado de la Unión, si bien se somete a normas muy concretas a fin de procurar a los obligacionistas una información continua y que el "trustee" sea independiente, tanto de la sociedad como de los intermediarios financieros (underwriters). Lo mismo que en Inglaterra, los títulos al portador son apenas utilizados y más bien desconocidos.

La transmisión de los títulos nominativos es del modo más parecido a la del derecho alemán. El certificado deliberado por la sociedad se remite al cesionario firmado por el cedente; también puede el cedente remitir el certificado y firmar un documento de traspaso separado o un poder; el nombre del cesionario puede ser dejado en blanco, pero en tanto la transferencia no se opere en los registros de la sociedad, el cedente sigue siendo el accionista (arts. 8-207 y 8-308 del "Uniform Commercial Code"); sin embargo, el certificado es un título negociable; si se remite al cesionario y si el cedente firma.

en las condiciones indicadas, el cesionario de buena fe adquiere un derecho que hace efecto frente a terceros.

En los Estados Unidos el derecho al pago del dividendo se decide por el consejo de administración de la sociedad. En cuanto al derecho de suscripción preferente de acciones, la mayor parte de los Estados lo reconocen, si bien puede ser suprimido por los estatutos; recientemente en Delaware una ley adopta una solución inversa, considerando que el derecho no existe sino cuando los estatutos lo prevean. El derecho de información da facultades a un accionista para consultar el registro de los accionistas y las actas de la asamblea general, si bien subordinado a ciertas condiciones y formalidades. En cuanto al derecho de voto, se puede convenir el modo de ejercitarlo. La emisión de nuevas acciones se decide por el consejo de administración que fija el precio de suscripción.

Ante estos estudios previos y la experiencia actual sobre las emisiones de valores mobiliarios por las sociedades de capitales, el coloquio abordó su primera sesión concretándose a las emisiones de títulos en Europa y los obstáculos jurídicos con que se encuentran en la práctica cotidiana.

Los ponentes (BAIRIOT, VAN HOORN y MOTT) dedicaron sus exposiciones a resaltar las cuestiones más importantes, coincidiendo en poner de relieve las dificultades que aparecen desde el ámbito gubernativo (control de cambios) y fiscal (timbres y tasas), impidiendo el logro de una fluidez en las emisiones de títulos, especialmente para las acciones, donde se advierten mayores dificultades que para las obligaciones, al ser aquéllas más expresivas del espíritu nacionalista.

En esta primera sesión se destacó una cuestión muy concreta tratada por casi todos los comunicantes en sus ponencias: la referente a la manera de documentar los títulos valores con especial atención a la forma y contenido de los prospectos de las emisiones. En general, se estuvo de acuerdo en la necesidad de llegar a la redacción de un prospecto común, tal como se propuso por los americanos, o al menos que contuviesen las mismas características, según el deseo de los europeos asistentes.

Las diversidades que se acusan en el mecanismo de distribución de los títulos, al poseer cada país su sistema, también fueron objeto de comentario por todos los ponentes, debido a las distorsiones que implican (especulación, etc.).

Las emisiones secundarias de acciones también tuvieron una especial mención, tanto por parte de los americanos como de los europeos, al resaltar el éxito que han obtenido por el hecho de encontrar más facilidades, precisamente, y menos dificultades en los mercados y por las autoridades.

Desde el punto de vista fiscal, se pudo apreciar un deseo general de llegar a la supresión del timbre sobre la negociación de títulos, al menos por parte europea, dentro de los países que integran el Mercado Común, así como evitar la doble imposición, invocándose como un primer paso la posible inclusión de todos los residentes dentro de dicha área económica.

La sesión de la mañana se concluyó con el tratamiento de las emisiones de títulos de sociedades ante los problemas monetarios internacionales. Dos puntos fundamentales se destacaron por el ponente: la necesidad de llegar

a un nuevo sistema monetario internacional que supere las bases de la economía de una sola divisa ligada con el patrón oro, así como la necesaria liberalización de las estructuras del control de cambios. Cuestiones de política económica, muy polémicas y de difícil solución, ambas muy complejas hasta lograr la meta unificada por los diversos sistemas monetarios de los distintos países.

La sesión de la tarde del primer día de coloquio fue dedicada a las emisiones de títulos en los Estados Unidos, su situación actual y sus perspectivas futuras. Los ponentes (YOUNG, NASH, OBERREIT y BRADEN) partieron de datos estadísticos del mercado de capitales americano para el interior y hacia el exterior, mostrando los puntos concretos sobre las emisiones en ligazón con las tendencias de la política económica norteamericana. Así, revelaron el interés por las emisiones de obligaciones, las cuestiones de información al público (prospectos, declaraciones supletorias) y los métodos de financiación practicados en el extranjero ligados a la liquidez de su economía, diferenciando las técnicas empleadas según se tratase de un país desarrollado o aún en vías de desarrollo.

NASH resaltó cómo en este ámbito de las emisiones de títulos valores las entidades bancarias americanas han recurrido al empleo de ordenadores electrónicos en sus técnicas de manejo de dichos títulos. BRADEN puso de relieve el papel importante que desempeña la calidad de una empresa o sociedad (su prestigio y crédito) para la cooperación de Norteamérica con Europa. También se refirió a las consecuencias de la inflación de los países europeos sobre las inversiones americanas, así como el papel futuro de las "holdings" americanas en el mercado de las obligaciones euro-dólar.

El segundo día de coloquio fue el que tuvo un matiz jurídico más marcado, y en el que intervinieron más profesores universitarios que expertos bancarios. Las cuestiones concretas se refirieron al análisis comparativo de las categorías de los títulos de las sociedades, la reglamentación de las emisiones y el funcionamiento del mercado de acciones y obligaciones.

Después de unas palabras iniciales del profesor WAELBROECK, sobre la importancia de las cuestiones planteadas de los temas propuestos, el profesor HEENEN pasó a exponer un resumen del régimen jurídico comparado europeo y americano en torno a los títulos mobiliarios emitidos por las sociedades. Constató cómo el título no es más que la prueba del derecho del accionista y cómo se diversifica su tratamiento por los ordenamientos jurídicos. El acento de su intervención fue para destacar las diferencias del régimen jurídico anglosajón de títulos mobiliarios con el continental europeo.

A continuación, el vicepresidente de la "The Chase Manhattan Bank", de Nueva York, Mr. LOSER, puso de relieve de una manera concreta, e insistente, la necesidad de llegar a la eliminación completa de los títulos, tanto por los problemas de espacio que han llegado a plantear debido a su enorme cuantía, (millones de documentos), como por el manejo y operatividad lenta que presentan según el régimen tradicional, así como por los cuantiosos gastos que originan. Por lo tanto, cree que sobre esta cuestión, sistema y tecnología han de adecuarse, imponiéndose una simplificación auto-

matizada, suprimiéndose dichos títulos mobiliarios, siendo sustituidos por datos constatados en ordenadores electrónicos.

El profesor PATRY, vicerrector de la Universidad de Ginebra, también distinguió claramente los derechos del título en que se integran, por una parte, y el papel o documento de que se compone una acción u obligación, por otra, si bien la incorporación normalmente permita una mayor fluidez para su ejercicio. Las modalidades de los valores mobiliarios las examinó concretamente y puso de relieve el caso particular de control de una sociedad por grupos extranjeros, así como los métodos para evitarlos según las técnicas empleadas en Suiza. La necesidad de defender los intereses suizos de industrias tradicionales, como las de precisión y mecánica fina, ha conducido a los expertos al empleo de determinadas técnicas de financiación para las sociedades.

El banquero AUBERT planteó de nuevo las cuestiones que implica el control de una sociedad por un grupo extranjero en la industria suiza. Una de las técnicas que especificó fue la de contrarrestar dicho control—ejercido casi siempre a través de acciones al portador—mediante la ampliación del paquete de acciones nominativas o de los bonos de participación, a través de las cuales se puede obtener dinero fresco, así como el poder de control necesario, sin que se llegue a transformar la estructura anterior de la sociedad amenazada.

La intervención del profesor SCHMITTHOF fue, fundamentalmente, para destacar también la necesidad de simplificar aún más los certificados y el sistema de transferencia de los títulos por libros o sistema de cuenta. El abandono de los títulos al portador en Inglaterra y la tendencia cada vez más marcada de la nominatividad de los títulos mobiliarios se revela por la intervención necesaria del "Consejo de Comercio" para la transmisión de dichos títulos. Se viene, pues, a coincidir con la tendencia americana de llegar a la supresión del título.

Por último, el profesor VASSEUR destacó el panorama francés del mercado de títulos mobiliarios de sociedades. También aludió a las técnicas de simplificación en el manejo de títulos, si bien Francia cuenta, al menos, con un instrumento que tiende a paliar el problema, como es la citada sociedad pública e intermediaria, S.I.C.O.V.A.N., que simplifica el manejo y demás operaciones de los títulos al portador allí depositados por los agentes o intermediarios a favor de sus clientes; el depósito colectivo de títulos, si bien conduce a la pérdida de su identidad numérica y a considerarlos como fungibles, cabe la restitución a base de los de su misma clase indiscriminadamente: sin embargo, ello facilita grandemente su gestión (intereses, cesión, amortización) y abrevia las operaciones. El volumen alcanzado en 1968, de títulos ingresados en S.I.C.O.V.A.N., ascendía entre un 50 y un 58 por 100 de los existentes en el mercado, a pesar del carácter voluntario que implica el sistema. La adopción de esta técnica trae como consecuencia la apertura de una cuenta con saldo y la desmaterialización del título, por lo que la atribución de los derechos se realiza independientemente de su posesión material.

Por último, la tercera sesión del coloquio fue dedicada a los métodos contables, a los fondos comunes de inversión de las nuevas sociedades, así como a las cuestiones de detalle planteadas por los inversores institucionales americanos y europeos.

JOSÉ BONET CORREA

## II. DICTAMENES

### D I C T A M E N

#### **acerca de la interpretación y el cumplimiento de lo ordenado en testamento: sustitución fideicomisaria «si sine liberis deceserit» y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria condicional**

### C O N S U L T A

Don A, conde de la B, otorgó su testamento en 30 de abril de 1900, estableciendo en su cláusula octava un legado en usufructo a su hija doña C, que debería pasar en propiedad a sus nietos, hijos de dicha señora, en la proporción siguiente: la mitad al nieto mayor, don X; dos sextas partes a su nieto, don Y, y la otra sexta parte a su nieta, doña Z, con la condición de que si alguno de ellos falleciere sin descendencia acrecería su parte a la del varón mayor que sobreviviese, en forma que, preferentemente, habría de recaer en aquel que llevase el título de conde de la B.

Fallecida la usufructuaria, se adjudicaron a los referidos nietos, en la proporción expresada, los bienes integrantes del tercio de mejora objeto del legado indicado, entre los que figuraron las fincas de M y N, y comprendidos en ellas los terrenos incluidos en el Plan Turístico de M.

Posteriormente a tal adjudicación proindiviso, dichos hermanos procedieron a la división material de tales fincas. En la escritura por la que efectuaron tal división se insertó literalmente la referida cláusula octava. De ella se hizo mención concreta en las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad de H y no así en el de I, donde radican la mayor parte de dichas fincas divididas, aunque naturalmente resulta de la inscripción principal de la partición del testador que instituyera la mejora.

Anteriormente a tal división material, los tres hermanos habían efectuado algunas ventas de otros terrenos, determinadas por la necesidad de atender a peticiones de corporaciones públicas para fines de interés social.

Se ha mantenido la indivisión respecto a otras fincas comprendidas en dicho tercio de mejora.

En 1951 falleció el nieto, don X, que ostentaba el título de conde de la B, hoy transmitido a su hermano, don Y, y no teniendo descendencia de su único matrimonio, instituyó por su heredero a su dicho hermano, sin perjuicio del usufructo de la mitad de sus bienes legado a su viuda. En la partición de aquel causante se incluyeron los bienes del referido tercio adquirido por don X, inscribiéndose algunos de ellos en el Registro, con la sujeción a tal usufructo viudal.

Don Y tiene tres hijos, mayores de edad.

Doña Z, casada dos veces, y actualmente viuda, sin descendencia, no podrá tenerla por su edad, y por su grave estado de salud.

Por don Y se ha procedido a vender grandes extensiones de terrenos de la finca de M, ya que se considera que él será el único que fallecerá con descendencia.

En julio de 1963, doña Z hizo donación al Instituto Social de la Marina de una parcela para la edificación de casa para marinos, pero dicho Instituto, conocedor de la cláusula testamentaria referida, a virtud de certificación registral, exigió para aceptar tal donación la conformidad del otro nieto sobreviviente, o sea, de don Y, lo que éste efectuó, como único varón superviviente de doña C y como ostentador del título de conde de la B, "en atención a la finalidad a que se ha de destinar la finca de referencia".

Recientemente, doña Z ha efectuado ventas de grandes extensiones de la finca de M, en su mayor parte, a favor de unos sobrinos que no son hijos de los referidos legatarios, y que encubren, de hecho, una herencia anticipada, por las que ha dispuesto de bienes sujetos a las condiciones de aquella cláusula octava.

El actual conde de la B y sus hijos estiman que esas ventas hechas por doña Z son nulas y por ello les interesa conocer opinión autorizada sobre los siguientes extremos:

1.º Sobre la nulidad o validez de tales escrituras de ventas celebradas por la legataria, doña Z, de esos bienes, cuya propiedad está reservada al legatario que sobreviva con descendencia legítima, y dado que al fallecer aquella señora no podrá dejarla;

2.º Sobre si debe intentarse alguna medida preventiva en razón a las posibles ventas que intente realizar la legataria, doña Z;

3.º Sobre posibilidad de demandas de anulación de las ventas ya realizadas:

4.º En su caso, sobre si esas demandas han de ejercitarse desde ahora, o debe esperarse a que se produzca el óbito de la expresada legataria.

A la consulta transcrita se acompañan copias simples del referido testamento del conde de la B y de la escritura, autorizada el 26 de diciembre de 1949 en J por el notario don R, en la cual fue aprobada y protocolizada la división material de las fincas de M y N asignadas conforme el indicado testamento como integrantes del tercio de mejora de la herencia del expresado causante. También se ha aportado una certificación del Registro de la Propiedad de I, de la que resulta que la inscripción, por herencia del conde de la B, de la finca en la que se concretó parte de la mejora se remite a la inscripción extensa de las aguas en la cual se transcribe la cláusula octava del testamento a que venimos haciendo referencia.

Claramente expuesto el supuesto de hecho, y antes de contestar las preguntas formuladas en la consulta, procede valorar jurídicamente la disposición testamentaria que ordenó las mejoras en cuestión.

## D I C T A M E N

La cláusula octava del testamento otorgado el 5 de enero de 1901 en J por don A, conde de la B, ante el notario que fue de dicha ciudad, don S, el testador, para después de la muerte de su hija C, nombrada usufructuaria del tercio de la mejora, dispuso de ese tercio a favor de los hijos de ésta y nietos del testador, en la proporción de tres partes al nieto X, dos al nieto Y y una a la nieta Z, *en propiedad de este tercio*, y ordenó literalmente que si alguno de estos tres nietos "*falleciere sin descendencia de legítimo matrimonio, su parte acrecerá a la del varón mayor que sobreviva, y a falta de varón a la hembra mayor si en lo sucesivo mi hija, doña C, tuviere más hijos, por lo cual se ve ser mi voluntad que para el caso de que el título de conde de la B le corresponda a uno de mis nietos, hijos de mi hija, doña C, sólo el que de éstos lleve el título, o le correspondiere llevarle, es el que tendrá derecho a acrecer a su porción la parte de bienes provenientes de esta mejora que dejare aquel hermano que hubiere fallecido sin la referida sucesión; pues, repito, que mi deseo es que se conserve por todo el más tiempo posible, unido al título de conde de la B, una masa de bienes bastante para que se lleve con el decoro debido*".

I. Se observa, ante todo, que en el texto transcrito el verbo que rige la oración dispone literalmente que la porción del nieto que premuera sin descendencia *acrecerá*. Hay que plantear, por lo tanto, si en tal caso, se trata, jurídicamente hablando, de la actuación de un verdadero derecho de *acrecer*, en su sentido técnico.

Observemos, para contestar esta pregunta, que la actuación de ese llamado derecho de *acrecer* requiere la premoriencia de uno de los llamados. Pero ésta puede tener lugar:

1.º Bien sea respecto del testador.

2.º Bien con relación a la usufructuaria, al ser en nuestro caso el llamamiento *post mortem alterius*, en el que el término fijado—como todo plazo incierto referido al llamamiento—equivale a una condición (SS. 20 octubre 1954 y 3 abril 1965), pues la muerte de la usufructuaria constituye el evento condicionante y determina el momento de la delación a favor de los llamados condicionalmente que no hubieren premuerto (art. 759 C. c. y S. 3 abril 1965).

3.º O, finalmente, con respecto a los otros mejorados, si aquel de ellos que falleciere sin hijos no sólo hubiese sobrevivido al testador, sino también a su nombrada usufructuaria.

Sin duda que los dos primeros supuestos de premoriencia se hallan comprendidos en la disposición que analizamos y que ambos corresponden a hipótesis rigurosamente técnicas de acrecimiento derivado de la voluntad expresa del testador.

Pero, al parecer, en la cláusula que examinamos, con la expresión que nos ocupa se dispone algo más que un acrecimiento en sentido técnico.. En efecto, parece más amplio el supuesto del que se hace depender, en ella, ese resultado de *acrecer*. Obsérvese que se expresa en términos abso-

lutos al prevenir que alguno de los tres nietos *falleciere sin descendencia de legítimo matrimonio*. Nada indica, pues, que de este supuesto condicionante, ampliamente expresado sin límites de tiempo, hubiera querido el testador excluir las hipótesis de fallecimiento de alguno de sus nietos sin prole en caso de que ocurriere con posterioridad a las muertes del testador y de la nombrada usufructuaria. Y, por el contrario, al señalar que sólo *tendrá derecho a acrecer* aquel de los tres nietos que *lleve el título, o le corresponda llevarlo*, se ve claro que es *naturalmente contemplado* el supuesto de que el fallecimiento de alguno de los nietos ocurra *con posterioridad a las muertes del testador, de su hija primogénita, D, y de la hija usufructuaria, C*, pues para después de muertos los tres hay que referir *normalmente* la hipótesis de que uno de los nietos *lleve el título*.

Siendo así, en este tercer supuesto, las expresiones *acrecentí* y *tendrá derecho de acrecer* no se usan en sentido técnico, sino que, en un sentido usual o común, expresan el resultado querido de que se incremente la porción de mejora asignada de un supérstite con la asignada al premuerto sin descendencia. Y ese efecto, en este caso, sólo cabe que se produzca por el tránsito del caudal vinculado del patrimonio del premuerto al del supérstite. Se trata, pues, técnicamente de una *sustitución fideicomisaria*, aunque expresada con palabras comunes, entre las que es conjugado el verbo *acrecer* en tercera persona del singular del futuro imperfecto. Es decir, que aun cuando tenga un sentido técnico, esa palabra no se usa aquí en tal sentido, sino vulgarmente para este caso. Por lo demás, se trata de una forma de expresión, bastante usada al ordenar sustituciones fideicomisarias recíprocas, que hemos visto corrientemente utilizada para expresarlas en testamentos de la época y lugar geográfico que analizamos.

II. Efectivamente aparecen claros, en este supuesto, los datos característicos de una sustitución fideicomisaria: doble disposición de una misma herencia; la obligación de conservar y restituir, y el orden sucesivo de los herederos (SS. 28 junio 1928, 27 septiembre 1930, 2 marzo 1935, 6 abril 1954). En él observamos un llamamiento múltiple con determinación de orden sucesivo, que implica (S. 25 octubre 1954) el encargo a todo primeramente llamado que muera sin descendencia de que *conservé y transmita el todo o parte de la herencia* (según define el art. 781 C. c.) a los subsiguientes llamados (es decir, aquí, al hijo varón mayor, o en su defecto a la hembra mayor, que lleve el título de conde de la B). Y lo implica, porque, sin esa limitación dispositiva de los primeramente llamados, podría incumplirse la expresa voluntad del testador de que la parte de los premuertos en tales condiciones *acrecentará...*, o sea, *pasará, se transmitirá...* Como dijo la S. de 25 octubre 1954, la determinación del orden sucesivo implica la sujeción a conservar y transmitir, pues "al decir [el testador] que el fallecimiento de la primera heredera instituye herederos de esos mismos bienes, y con el mismo carácter y extensión a los llamados en segundo término, lleva implícita esta obligación de conservar e impide admitir que se le atribuya un poder de disposición que no se consigna en la disposición testamentaria, y al que se opone, por tanto, el artículo 783, párrafo 2.º, sin que conforme a la doctrina de esta Sala se requiera que en la disposición

testamentaria se empleen por el testador las mismas palabras que la disposición legal expresa, bastando con que su voluntad aparezca claramente manifestada, como en este caso ocurre”.

III. El artículo 781 del Código civil admite que: “*Las substituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador*”.

En el presente caso, considerando como primeramente llamada a la hija del testador y usufructuaria (o *pseudo usufructuaria*), C: la entrada en el primer grado de sustitución lo constituyó la adquisición por los tres nietos nombrados de las cuotas respectivamente asignadas a cada uno en el testamento; y el segundo grado de sustitución es el que se halla pendiente entre los dos supérstites de ellos. Sin perjuicio de que entre éstos, por haber reunido el requisito de ser *personas que vivían al tiempo de fallecer el testador*, ese límite del segundo grado tampoco se daría.

IV. Pero la sustitución fideicomisaria en cuestión se halla sometida a condición *si sine liberis decesserit*. Sólo se produce si llega el caso de fallecer uno de los nietos mejorados, *sin descendencia de legítimo matrimonio*.

Y aquí surge concretamente una duda.

Viven actualmente dos de los nombrados nietos del testador: el actual conde de la B, con numerosa descendencia de legítimo matrimonio, y su hermana, viuda dos veces, que carece de descendencia y que, según se nos dice, no puede tenerla debido a su edad y estado de salud.

Pero, ¿son, uno y otro, los únicos posibles sujetos activos y pasivos, de la sustitución condicional pendiente? O bien, ¿pueden entrar en juego, como sustitutos, también los hijos del actual conde, para el caso de que, premuriendo éste a su hermana, al fallecer esta última uno de aquéllos llevare a la sazón el mencionado título?

Literalmente la cláusula sólo nombra a los nietos del testador, al señalar éste como destinatarios al *varón mayor que sobreviva, y a falta de varón a la hembra mayor si...*; y al explicar que *para el caso de que el título de conde de la B le corresponda a uno de mis nietos, hijo de mi hija, sólo el que de éstos lleve el título, o le correspondiere llevarlo...*

Pero esta última expresión suscita una duda. Pudo, y aún puede ocurrir, que al fallecer sin sucesión alguno de los nietos nombrados, el título de conde de la B no lo lleve ningún otro de estos nietos, sino un biznieto, hijo de aquel de los nietos premuertos a quien dicho título le hubiese correspondido con prioridad.

Supongamos retrospectivamente que el primogénito, don X, hubiese dejado hijos a su fallecimiento, y sigamos suponiendo que doña Z hubiese fallecido después sin dejar descendencia. El título no lo habría llevado, de haberse dado ese supuesto, el nieto, don Y, sino el hijo varón mayor de don X. Siendo así, la parte de doña Z, ¿a quién hubiese correspondido?: ¿al único nieto supérstite?: ¿al biznieto, hijo del nieto mayor, que hu-

quiera llevado en tal caso el título?, ¿a nadie, puesto que ningún nieto supérstite lo habría llevado ni le habría correspondido llevarlo?

El problema puede hoy plantearse aún de modo real en caso de fallecer primero don Y y después doña Z, acerca de si la parte de ésta deberá corresponder al hijo de aquél que llevare el título, o bien si procedería estimar extinguido el gravamen de restitución y purificado el llamamiento de doña Z al no haberle sobrevivido ninguno de sus hermanos.

Notemos que, aparte de las expresiones dispositivas analizadas, la cláusula estudiada contiene una expresión *enunciativa* que dice así: "*pues repito, mi deseo es que se conserve, por todo el más tiempo posible, unido al título de conde de la B, una masa de bienes bastante para que se lleve con decoro*".

Antes, en la séptima cláusula, también el testador había hecho una manifestación semejante con respecto al tercio de libre disposición. Había legado el usufructo del mismo a su hija primogénita, doña D, y, a su muerte, de no dejar ésta descendencia, a su otra hija, la citada doña C, "*pasando luego, al fallecimiento de mi hija, doña C, o al de doña D, si ésta le sobreviviere, o al de los hijos que ésta tuviere sin dejar sucesión legítima, a ser propiedad de mi nieto, don X, hijo primogénito de doña C, o a falta de éste sin legítima sucesión, a su hermano, don Y, y a falta de éste sin sucesión legítima al varón, o hembra, hijo de mi dicha hija, doña C, que en su día lleve o le corresponda llevar el título de conde de la B, pues es mi deseo que este tercio de mis bienes vaya unido el mayor tiempo posible al título...*", y asignó precisamente, como contenido de este tercio, la finca de la B, de la cual entendía el testador que el título tomó nombre, según explicaba en la propia cláusula.

¿Es verosímil pensar que, respecto a ese tercio libre, de haberse dado la hipótesis de haber premuerto don X a doña D o a doña C, o a los hijos de aquélla muertos sin descendencia, pero habiendo dejado dicho don X algún hijo al que le correspondería el título, que la intención del testador fuera que la sustitución se operara no a favor de este biznieto, sino de don Y, o, en su defecto, de doña Z, aun cuando así el legado de la finca que dio nombre al título se separara de éste, a pesar del expresado deseo del testador de que *vaya unido el mayor tiempo posible al título?* Aun hallándose el biznieto dentro del segundo grado de llamamientos efectivos, y, por tanto, posibles, ¿se les antepondría uno de los nietos designados por el testador a quien no correspondería el título? No lo creemos...

V. Pero, aquí volvemos a tocar una cuestión delicada muy discutida..

Es sabido que, según el párrafo 1.º del artículo 675 del Código civil: "*Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento*".

A esta cita, en seguida se objetará, en primer lugar, que según uno de los más ilustres tratadistas de Derecho sucesorio y muy querido maestro nuestro: "el artículo 783 (párrafo primero) del Código civil es una excepción que impide la actuación del artículo 675 del mismo, en cuanto a la inter-

pretación constructiva conjetural de la voluntad testamentaria en materia de llamamientos a la sustitución fideicomisaria, y concretamente de llamamientos al fideicomiso de los hijos puestos en condición en los fideicomisos *si sine liberis decesserit*, porque de otro modo aquel artículo quedaría inoperante, sería redundante o superfluo, lo que en todo punto es inadmisibles, pues el legislador en sus preceptos se produce en serio, lo que impide entenderlos en el sentido de que no produzcan efecto”.

A esto replicaremos que—según en otra ocasión intentamos demostrar enfrentados a la misma objeción (“Notas para la interpretación del artículo 783, párrafo 1.º, y 785, núm. 1.º, del Código civil”, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XIV-I, enero-marzo 1961, pp. 139 y ss.)—el artículo 783, párrafo 3.º, tiene otra interpretación que no lo hace en modo alguno superfluo, y que, según esta otra interpretación, si bien se excluyen totalmente las llamadas *conjeturas extrínsecas* (o basadas en razones extratestamentarias, sean consideraciones de equidad, de piedad, o bien razones familiares y sociales, cuando su presuposición sea considerada dentro de la intención normal en un ascendiente testador) y si bien, asimismo, se acentúa indudablemente la aplicación del principio *in dubium contra fideicommissum*, en cambio, no se limita la admisión de todo posible esfuerzo interpretativo para concretar la voluntad del testador siempre que se apoye en el tenor del propio testamento.

En segundo lugar, y como réplica a nuestra contestación, se nos lanzará al rostro la S. de 19 octubre 1964. Esta resolvió un supuesto, acerca del cual nosotros habíamos dictaminado en sentido contrario, y cuyo dictamen, ante la discrepancia de otro del ilustre y querido maestro antes nombrado nos impulsó al intento de aclarar el tema de la interpretación de los artículos 675, párrafo 1.º, y 783, párrafo 1.º, en el trabajo a que hemos hecho referencia en el párrafo anterior. Pero debemos precisar que la S. de 19 octubre 1964 no declaró la inaplicación del artículo 675 a dicho supuesto, sino que, conforme al mismo precepto y a la regla *in dubium contra fideicommissum*, se inclinó por la interpretación contraria a nuestra concreta interpretación de la cláusula entonces en cuestión. Tal vez porque—como dice uno de sus considerandos—, según la “jurisprudencia de esta Sala”, “corresponde al Tribunal de instancia la interpretación, y si bien en casación puede entrarse en la materia es solamente en los casos en que la aceptada en la sentencia fuera desorbitada y en oposición a la voluntad del causante”.

Posiblemente por esta misma razón, el Tribunal Supremo, en S. de 4 marzo 1952, confirmando la Sentencia de la Audiencia de La Coruña que le había sido recurrida, admitió como sustituto fideicomisario *portionem patruí* (es decir, *para el padre*: en la sustitución del tío) a un sobrino del sustituido, a pesar de que en el texto literal no estaba llamado. Como *ratio* consideró el Tribunal Supremo la intención del testador, expresada por éste con las siguientes palabras: que: “no está en su ánimo y deseo que ella [la mejora] llegue a ser propiedad de terceros ajenos a la familia”. Así, su tercer considerando razonó que: “es preciso coordinar el sentido literal de la cláusula con la aspiración y finalidad que presidió toda la formación de los testamentos [eran iguales, los del padre y de la madre], en los que fue

intención fundamental el mantenimiento del quinto, en lo posible, dentro de la familia legítima por sucesión directa, y ante la finalidad bien puede afirmarse que si los testadores hubieran previsto de modo concreto y explícito la situación *de facto* creada al fallecimiento sin descendencia del primer instituido, sobreviviéndole en sucesión directa el demandante en este pleito, sería éste el designado para heredar la mejora del quinto con preferencia a la viuda del hijo primeramente llamado y a los demás parientes que no descendiesen de alguno de los hijos favorecidos con la mejora”.

¿No parecen paralelos este razonamiento y el que nos ha inspirado la lectura de la cláusula en cuestión, para entender que, caso de llegar a producirse su hipotético supuesto cuestionado, el biznieto que entonces llevara el título de conde de la B sería el llamado *portionem patruí*, es decir, a la misma porción de la mejora que disfrutaba su tía fallecida sin hijos, y que hubiese correspondido a su padre de haberla sobrevivido?

VI. Pero, sea cual fuere la correcta solución de esta cuestión, lo evidente es que don Y y doña Z están recíprocamente sustituidos fideicomisariamente, bajo la condición *si sine liberis decesserit*. Sustitución condicional, en pendencia, que difícilmente podrá jugar a favor de doña Z, dada la numerosa descendencia que tiene el actual conde de la B; y que es mucho más probable que se produzca a la inversa, habida cuenta de la falta de descendencia de doña Z.

Siendo así, el nudo de la cuestión radica en la determinación de las facultades dispositivas de los sustituidos fideicomisariamente de modo condicional.

Sabido es que una *característica natural* de las sustituciones fideicomisarias es la obligación de *conservar*, o mejor dicho la *vinculación* que *impide disponer* en contravención de la sustitución impuesta.

Pero, ¿ocurre indistintamente lo mismo en los fideicomisos condicionales, en los cuales la *restitución* se halla sometida a la realización del evento previsto?

En Derecho romano, la ley 3, Codex VI-XLIII, marcó claramente la diferencia, al respecto, entre los fideicomisos puros y los condicionales, en sus §§ 2.º (frag. *sed quia*) y 3.º (frag. *sin autem*). Y así negó poder dispositivo al fiduciario en el § 2.º y, en cambio, admitió en el § 3.º que: “*pero si el legado o el fideicomiso, de la universalidad o especial, hubiere sido dejado bajo condición o desde día incierto, o sujeto a sustitución o a restitución, obrará ciertamente mejor, también si en estos casos se abstuviera de toda venta o hipoteca, no sea que se obligue a cargas más pesadas por razón de la evicción. Mas si por afán de avaricia se hubiere lanzado a vender o a hipotecar con la esperanza de que no se cumplirá la condición, sepa que, cumplida la condición se hará nulo desde un principio el título y que se ha de entenderse de tal modo, como si no hubiera sido escrito ni absolutamente otorgado, de suerte que no proceda contra el legatario o el fideicomisario ni la usucapción, ni la prescripción de largo tiempo. Lo que mandamos que de igual manera tenga lugar en los legados de esta clase, ora bajo condición o desde día incierto. Mas en todos estos casos tenga ciertamente el legatario o el fideicomisario plena facultad para reivindicar*”

la cosa y atribuírsela a sí propio, sin que haya de ponerse ningún obstáculo por los detentadores”.

Esta doctrina fue recogida en el § 1.º del artículo 109 de la Ley Hipotecaria de 1861 —conservada en la de 1909— al declarar que: “*El poseedor de bienes sujetos a condiciones resolutorias pendientes, podrá hipotecarlos o enajenarlos, siempre que quede a salvo el derecho de los interesados en dichas condiciones, haciéndose en la inscripción expresa reserva del referido derecho*”. Añadiendo el apartado 2.º del § 4.º del mismo artículo que: “*Lo dispuesto en este artículo es aplicable a los bienes poseídos en Cataluña, con cláusula de sustitución pendiente, a favor de personas que no hayan consentido la hipoteca de dichos bienes*”. Notemos que este último apartado no puede interpretarse a *contrario sensu*, respecto las sustituciones fideicomisarias condicionales regidas por el Código civil, sino que, comprendidas éstas en el § 1.º, el apartado en cuestión no hace sino aclarar la aplicación extensiva del mismo a los fideicomisos condicionales del Derecho catalán.

En la reforma de 1946, el precepto quedó subsumido en el número 10 del artículo 107, el cual, ciñéndose a la materia de su competencia, dispone que también podrán hipotecarse: “*los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante*”. Autorización que, por su expresa limitación, supone el reconocimiento explícito de la regla general antes indicada, de la cual hace aplicación concreta para el supuesto de gravar con hipoteca, que recae en el ámbito de la *sedes materiae* de la Ley Hipotecaria.

La solución es natural y lógica. Si la restitución de los bienes está condicionada, la disposición de esos bienes condicionalmente fideicomitidos sólo debe quedar sometida a tal restitución si la condición se cumple. En ese sentido, puede decirse que la restitución de los bienes enajenados continúa sometida a las resultas de la sustitución condicional y, por tanto, pendiente del mismo evento. En el periodo de pendencia no se sabe si los bienes serán definitivamente de la libre disposición del sustituido o deberán restituirse al sustituto o sustitutos. De ahí que la eficacia definitiva de enajenación, hecha durante ese periodo, penda de la misma incertidumbre de que llegue a cumplirse el evento condicionante de la sustitución.

El Tribunal Supremo, aunque refiriéndose a supuestos de sustituciones fideicomisarias regidas por el Derecho romano aplicable a Cataluña, declaró en términos generales, en la S. 30 abril 1897, que “conforme al artículo 109 de la Ley Hipotecaria, pueden gravarse y enajenarse los bienes sujetos a condiciones resolutorias, quedando a salvo los derechos de los interesados en ellas”. Igual doctrina, respecto a la posibilidad de enajenación de los bienes sometidos a fideicomisos condicionales, pero salvándose los derechos de los fideicomisarios en caso de cumplirse la condición, vemos en las SS. de 26 febrero 1919 y 28 mayo 1965, y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 junio 1903, 12 mayo 1920, 14 noviembre 1933, 10 marzo 1944. Pese a que también éstas fueron referidas a supuestos regidos por el Derecho catalán, es también cierto que las razones determinantes de su resolución son, o por lo menos así lo creemos, perfectamente adecuadas al régimen del Código civil.

VII.—Centrada la cuestión, tenemos ya suficientes elementos de juicio para contestar las preguntas contenidas en la consulta, como seguidamente vamos a hacer:

1.º *Sobre la nulidad o validez de las escrituras de venta celebradas por la legataria, doña Z, de esos bienes, cuya propiedad se halla destinada a pasar al legatario que la sobreviva con descendencia legítima, dado que dicha señora no la tiene ni tampoco podrá tenerla:*

Verificado: 1.º, el dignóstico de que doña Z es plena propietaria de los bienes correspondientes a su participación en el tercio de mejora de la herencia de su abuelo, pero sujeta a una sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*; y 2.º conocido que el titular de bienes sometido a una de esas sustituciones condicionales puede enajenar, pero sin perjuicio de la restitución consiguiente, que se operaría al cumplirse la condición de que se hizo pender la sustitución fideicomisaria, tenemos al alcance de la mano la conclusión por la cual se nos pregunta.

En un trabajo que publicamos hace algunos años ("Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula *si sine liberis decesserit* en el Derecho histórico de Castilla y en el Código civil", en AN. DER. CIV. IX-III, 3.º trimestre de 1956, pp 843 y ss., y ed. sep. pp. 63 y ss.) hicimos observar cuál era la estructura de las sustituciones fideicomisarias condicionales. No se trata realmente de un doble llamamiento, uno bajo condición resolutoria y otro bajo condición suspensiva. Tampoco de una primera institución a término final y de otra, superpuesta, bajo condición suspensiva. Realmente, lo que se halla condicionado (y condicionado suspensivamente) es la restitución o tránsito de los bienes fideicomitidos desde el patrimonio del heredero instituido, al del sustituto fideicomisario condicional. Doctrina que fue expuesta por los juristas castellanos de la época áurea (cfr. loc. últ. cit., pp. 786 y ss. y 6 y ss.) y la única que juzgamos correcta desde un punto de vista ontológico (cfr. loc. últ. cit., pp. 815 y ss. y 35 y ss.).

Por eso, aunque el § 3.º de la ley 3 Codex VI-XLIII habló de que cumplida la condición *se hará nulo desde el principio el título* (traslativo), y a pesar de que algún autor y, en algún considerando, el Tribunal Supremo hayan hablado de *anulabilidad*, y de que también se han emitido calificaciones de *revocabilidad* o de *resolución*, creemos que es más exacto decir —como ha hecho Ramón María Roca Sastre ("El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código civil", Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1956, pp. 61 y ss.)—, que "se trata de un caso de cesación, caducidad o extinción de la titularidad por haber llegado a su fin, debido a que, al cumplirse la condición, ha entrado en funciones la sustitución fideicomisaria, cesando la propiedad del fiduciario, para dejar paso a la propiedad del fideicomisario". Y, como sigue explicando el mismo Roca Sastre: "El fiduciario podía enajenar los bienes fideicomitidos, pero como ellos deambulaban llevando la carga del fideicomiso, el tercer adquirente los adquiría en su propia condición de fideicomitidos, o sea, como dominio *enfermo*. Por tanto, si al fallecer el fiduciario sin dejar hijos hay bienes fideicomitidos, que ya no están en su poder, sino en el de un tercero que los compró, el fenómeno de cesación, terminación o extinción de titularidad sobre los mismos es lógico

que se produzca igualmente, por más que se hallen en poder de tercero. Es la simple aplicación de la regla *resoluto iure concedentis, resolvitur ius concessum*, atribuyendo siempre al concepto "resolución" su sentido minimalista de simple cesación, caducidad o extinción. En este sentido hacemos nuestras las palabras de Pothier cuando expresa que el gravado o fiduciario sólo puede transferir su derecho tal como lo tiene, es decir, sujeto a resolverse en provecho del sustituto por la apertura de la sucesión, y agrega que el tercero adquirió el derecho de propiedad tal cual lo tenía entonces el gravado, es decir, un derecho de propiedad *durable* hasta el tiempo del cumplimiento de la condición puesta a la sustitución, y del cual no puede ser despojado antes de ese momento".

"Cumplida la condición, el tercer adquirente de los bienes fideicomitidos queda *ipso iure* simple poseedor sin título de tales bienes, por haberse éste desmoronado, y el fideicomisario podrá desde entonces, mas no antes, reclamar la devolución de la posesión de dichos bienes, así como reivindicarlos de quienes hayan entrado sin título en la posesión de estos u otros bienes hereditarios. Lo que no podrá el fideicomisario será reclamar los frutos percibidos por aquellos terceros adquirentes mientras tanto fueron propietarios, rigiendo, respecto de los frutos percibidos con posterioridad al cumplimiento de la condición, las normas relativas a la posesión de buena o mala fe."

Por consiguiente, en el caso que examinamos, las ventas que doña Z efectúe de los bienes, que ella tiene sometidos a restitución fideicomisaria condicional, serán válidas (salvo el supuesto de simulación) frente a los sustitutos fideicomisarios, pero la eficacia de las mismas quedará sometida a la misma condición de la que pende la restitución de dichos bienes al sustituto a quien corresponda, que en ningún caso puede quedar perjudicado por tales enajenaciones.

Y tales ventas (de ser verdaderas) no solamente son válidas con tales límites, sino que también son inscribibles bajo la misma condición, que debería hacerse constar en el correspondiente asiento registral y que correctamente también debería figurar en el título respectivo (R.R. 25 junio 1903, 12 mayo 1920, 14 noviembre 1933, 10 marzo 1944).

Notemos que tratándose de bienes inmuebles inscritos entra en juego la Ley Hipotecaria, y que, para que la restitución consecuenta a la sustitución fideicomisaria condicional, caso de cumplirse ésta, afecte a los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, hace falta que la causa de tal restitución conste en el mismo Registro (art. 34 L. H., *a contrario*).

"En nuestro sistema—dice Roca Sastre ("Derecho Hipotecario", 5.ª edición—Barcelona, 1954—, tema X, vol. I, p. 453)—, estas causas que pueden dar lugar a alguna de las indicadas acciones destructoras de la titularidad del transferente, pueden constar en el Registro en una de estas dos formas: a) Como *causa embebida en un asiento*, por constituir una circunstancia integrante o derivada de un acto registrado y estar expresada en el asiento como elemento inherente o reserva autenticada. Así ocurre: .....; con el gravamen de restitución fideicomisaria; .....;" etc.

2.º *Sobre si debe intentarse alguna medida preventiva en razón a las posibles ventas que intente realizar la legataria doña Z.*

Admitido que doña Z puede vender, aunque el efecto de las ventas no pueda liberar a los compradores del gravamen fideicomisario, y que, tratándose de inmuebles inscritos, la eficacia de ese gravamen restitutorio requiere la constancia registral de la sustitución fideicomisaria condicionada, sólo debemos examinar si esa constancia, que constituye la única medida precautoria eficaz posible, consta debidamente expresada en los Registros de la Propiedad correspondientes.

Según el artículo 9.º, n.º 2 de la Ley Hipotecaria, en toda inscripción extensa deberá hacerse constar: "*La naturaleza, extensión y condiciones suspensivas y resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscribe...*". Y el artículo 51, regla 6.ª de su Reglamento, expresa que en dichas inscripciones extensas tal requisito se cumplimentará "*copiándose literalmente las condiciones suspensivas, rescisorias, resolutorias y revocatorias establecidas en aquél*".

Roca Sastre ("*Derecho Hipotecario*", ed. cit., tema XXVI, vol. II, pp. 226 y ss.) observa que "las condiciones no se inscriben, en el sentido de extracto, sino que se *transcriben*, es decir, que se copian o trasladan íntegramente en los asientos. Por esto hablaremos siempre de condición *registrada*. De ningún modo puede calificarse de mención propiamente dicha a la inscripción o consignación registral de una condición; esta puntualización es interesante hoy, debido al régimen de inoperancia y caducidad de menciones establecido por la vigente Ley Hipotecaria".

Y respecto a los efectos de esa constatación, el mismo maestro precisa (tema últ. cit., p. 271) que: "Los efectos específicos de la inscripción de un acto con condición *suspensiva*, y mientras el derecho condicional figure registrado en estado de pendencia, son los adecuados a la índole del referido derecho condicional. En primer lugar, con la inscripción logra este derecho un rango registral, de modo que el mismo se antepone y prevalece a los actos dispositivos que pueda otorgar el enajenante bajo condición, en el intervalo que media entre tal inscripción y el cumplimiento de la condición suspensiva". Y aclara que: "La obtención de un rango registral por parte del derecho condicional inscrito, constituye una firme garantía o medida conservatoria del mismo durante su estado de pendencia, de modo que tal inscripción viene a constituir una especie de *reserva de rango* al derecho definitivo, caso de cumplirse la condición suspensiva, que asegura el juego retroactivo de la condición cumplida".

En el caso que examinamos, tal constancia figura, tanto en el Registro de la Propiedad de H, en éste también con toda clase de referencias en todas las inscripciones practicadas ulteriormente, como en el de I, aunque en éste se circunscriba a la inscripción extensa, en la que se transcribe la cláusula octava del testamento del Conde de la B, y a la que se remite la inscripción de la finca, correspondiente a dicho Registro, que se asignó en pago de la mejora, y aunque no se haya hecho referencia alguna a la pendencia de la sustitución al cancelarse el usufructo de doña C, ni al dividirse la finca en pleno dominio entre los mejorados (pese a que en el título que causó esta inscripción se transcribió dicha cláusula octava literalmente)..

No ofrece duda, pues, que están tomadas las medidas preventivas nece-

sarias para asegurar en su día la restitución de los bienes fideicomitidos si se cumple la condición de la que pende la efectividad de la sustitución fideicomisaria ordenada.

3.º y 4.º *Sobre posibilidad de demandas de anulación de las ventas ya realizadas, y, en su caso, sobre si esas demandas han de ejercitarse ahora o debe esperarse a que se produzca el óbito de la expresada legataria.*

Hemos dicho antes que no es cuestión de anulación de las ventas realizadas, puesto que son válidas, aunque de alcance condicionalmente limitado hasta el momento en que se cumpla la condición de que pende la sustitución. Por ello, ni ahora ni después de fallecida doña Z pueden prosperar tales demandas de nulidad.

Se trata, como hemos explicado, de una restitución en pendencia condicionada y, por tanto, si llega a cumplirse su supuesto de hecho y si la restitución no se efectúa voluntariamente por los causahabientes o derechohabientes de doña Z, herederos o compradores, lo que cabrá demandar es la restitución de los bienes sujetos a la sustitución fideicomisaria.

En efecto, llegado el momento de la restitución, el adquirente se hallará en la misma situación en que se hallaría el fiduciario en caso de haber enajenado. El artículo 783, § 2.º C. c., dice que: "*El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras...*".

Pero la referencia a *las mejoras* nos plantea otras cuestiones que podrían suscitarse en el caso de que el posible comprador construyere edificaciones en la parcela o parcelas que adquiriere, y complicarse de hecho en el supuesto de que, a su vez, las vendiere, en su totalidad o por pisos o departamentos, a otras personas.

¿*Quid* respecto de estas edificaciones en caso de producirse la restitución fideicomisaria?

Notemos que una de las diferencias que separan al fiduciario del usufructuario es el derecho de aquél al cobro de las mejoras (art. 783, § 2.º C. c.) frente a la falta de tal derecho en el usufructuario (art. 487 C. c.), quien, estando facultado también para mejorar, tiene solamente el *ius tollendi*, pero no el de cobrar las mejoras que no pueda retirar.

Pero, ¿qué norma debe aplicarse al abono al fiduciario de esas mejoras? No creemos que haya otra norma aplicable que la referente al poseedor de buena fe, consignada en el § 2.º del artículo 453 C. c.: "*Los gastos útiles se abonarán al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa*".

¿Gozará de igual derecho el que haya comprado al fiduciario? ¿Podrá considerarse de buena fe, aun conociendo el gravamen fideicomisario que condicionalmente afecta a los bienes comprados? Creemos que sí. La situación del comprador coincide con la del fiduciario que le vendió. Se subroga en su situación, y su buena fe, como constructor, no radica en su desconocimiento de la restitución pendiente, sino en su conocimiento de su derecho derivado del vendedor de mejorar y edificar, aunque sea sometido a la regla

*superficie solum cedit*, y de su derecho al cobro de tales mejoras, en caso de ser privado de su propiedad como consecuencia de que concurran: 1.º la extinción de su derecho al suelo, por el cumplimiento de la condición de la que pendía su restitución a los sustitutos fideicomisarios, y 2.º la extinción de su derecho a lo construido, por el juego de la accesión de inmuebles.

De este modo el destinatario de la sustitución fideicomisaria que examinamos, al recuperar las fincas que doña Z hubiese vendido, deberá abonar al comprador, primero o ulterior, que con la restitución se vea privado de la cosa, el importe de las edificaciones, *optando por satisfacerle el importe de los gastos de la construcción o el aumento de valor que con ellos haya adquirido la cosa*, como resulta del inciso final del § 2.º del artículo 453 C. c.

Registralmente, llegado el cumplimiento de la condición suspensiva, de la que pende la efectividad de la sustitución, debería hacerse constar su cumplimiento conforme previene el artículo 23 de la Ley Hipotecaria. Pero una interpretación adecuada de este precepto invita a distinguir —como hace Roca Sastre (loc. cit., pág. 280)— si la titularidad últimamente inscrita se consolida o se extingue, y como en nuestro caso esta titularidad se extingue, a la par que se consolida la titularidad en pendencia, publicada en la *reserva autenticada* que la transcripción de la cláusula testamentaria significó, se requerirá la constancia en asiento principal de ambas correspondientes consecuencias mutatorias.

Para esa constatación registral habrá que presentar, juntamente con el título de adjudicación, el certificado de defunción de la fiduciaria premuerta y el documento que acredite el título de Conde de la B, que ostenta quien en su virtud haya devenido sustituto fideicomisario, además de acreditarse el pago del impuesto de sucesiones correspondiente a dicha sustitución.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**ANONIMO ARAGONES DEL SIGLO XVI: «Formulario de actos extrajudiciales de la sublime arte de la Notaria».** Estudio preliminar y notas por Mariano Alonso Lambán. Centenario de la Ley del Notariado. Sección cuarta: Fuentes y bibliografía, volumen III. Madrid, 1968. Un volumen de CXXXIX + 298 págs.

La celebración del Centenario de la Ley del Notariado ha dado lugar a la redacción de una serie de estudios de carácter monográfico, teóricos y prácticos de la ciencia del Derecho privado español y comparado, que han puesto de manifiesto el elevado grado de preparación de los notarios y demás juristas que han colaborado en los apretados y crecidos volúmenes que ya van publicados.

Dentro de la sección cuarta, correspondiente a las fuentes y bibliografía, pertenece esta interesante obra que contiene el texto original del «Formulario de actos extrajudiciales de la sublime arte de la Notaria», precedido de un estudio preliminar realizado por el desaparecido profesor adjunto de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, el Dr. don Mariano Alonso Lambán (q. e. p. d.), fallecido en plena juventud y cuando apenas había comenzado a consolidar esta tarea.

El «Formulario» venía atribuyéndose a Micer Miguel del Molino. El doctor Alonso Lambán, dotado de un gran espíritu crítico y de una vasta cultura, y después de un atento estudio del «Formulario», llegó a la conclusión de que no se le puede atribuir la paternidad de dicho «Formulario», como hacen la mayor parte de sus biógrafos. Examinando las circunstancias de tiempo y lugar en que se escribe la obra, el estado de la ciudad y de las clases sociales, su vida pública y económica, los impresores y juristas de esta época en Zaragoza, la corrupción social y su reflejo en el derecho, el autor concluye por demostrar convincentemente con argumentos de fondo, de forma y de estilo, y sobre todo por la formación humana y religiosa que se desprende de su texto, que bien pudo ser una persona muy cultivada y erudita, un clérigo, o muy formada en materia moral y religiosa, pero nunca el jurista del Molino.

El texto del «Formulario» consta de un *prefatio*, al que le siguen unas *instrucciones*, unas *intitulationis*, unos *introitos*, unas *cláusulas* y —el grueso de dicho texto— ciento diecinueve *formas* o *fórmulas* escogidas para redactar actos y negocios jurídicos, concluyéndose con una tabla alfabética de dichas *formas*. Como escribió el propio Dr. Lambán, esta última parte debió ser utilísima para los notarios de la época, pero es asimismo de gran utilidad para el historiador actual, al poder conocer la problemática de la situación vivida en realidad, como la condensación del uso establecido; por lo

tanto, su trascendencia no sólo es notarial, siendo más útil para el investigador de las instituciones sustantivas que para el historiador del notariado.

Efectivamente, el Dr. Lambán da un criterio certerísimo que no dudamos será la semilla fructífera dejada por quien con tanta ilusión y empeño dio los primeros pasos en la historia de las instituciones civiles aragonesas con resultados maduros y que una muerte prematura le obligó a tener que ceder la antorcha de esa ilusión a otros que, también enfervorecidos por ese mismo espíritu, habrán de continuar la tarea.

JOSÉ BONET CORREA

**CAFLISCH, Lucius: «La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public», La Haye, 1969. Editor Martinus Nijhoff. Un volumen de XIII + 278 págs.**

En materia de inversiones de capital privado extranjero tienen especial importancia las realizadas a través de sociedades mercantiles, tanto por su problemática específica como por resultar ser uno de los medios más frecuentes de la participación del ahorro y de la técnica de un país en la economía de otro.

No obstante, por ser una modalidad compleja de colaboración del capital con una estructura social privada y en un sector concreto dentro de una macroestructura nacional resultan una serie de intereses contrapuestos y hasta de conflictos que suelen traspasar el ámbito del poder territorial de un Estado en que tienen sus actividades las sociedades.

La obra de Caflich abarca un análisis del Derecho convencional surgido de las partes contratantes y recoge la práctica ocurrida en los Estados, la jurisprudencia internacional, así como la doctrina expresada por los autores respecto a las normas que rigen la protección en el plano internacional en cuanto a las inversiones realizadas en el extranjero a través de las sociedades mercantiles.

La parte introductiva de la obra no podía menos de hacer una referencia al concepto de personalidad moral, así como a la teoría de la protección diplomática y de la responsabilidad internacional.

En la segunda parte, Caflich intenta poner de relieve cuáles son las condiciones o requisitos para que los Estados puedan pretender la protección de las sociedades mercantiles, en tanto entes o como tales sociedades consideradas en el plano internacional, lo cual, también lleva a otra premisa de estudio, como es la de la determinación de la nacionalidad de las sociedades.

El autor llega a la tercera parte de su obra para exponer y demostrar en qué medida los intereses indirectos de los socios, accionistas o acreedores extranjeros de las sociedades son protegidos por el Derecho internacional público.

JOSÉ BONET CORREA

**ESPIN, Diego:** «Manual de Derecho civil español», Vol. I. «Parte general», 483 págs. Vol. II. «Derechos reales», 546 págs. Tercera edición revisada, ampliada y puesta al día, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1968.

El mero y simple hecho de que una obra de Derecho haya alcanzado en tan pocos años su tercera edición, proclama elocuentemente, más que cualquier elogio de la crítica, el valor de sus méritos y que éstos han sido debidamente apreciados por la generalidad de los juristas.

El encargado de esta reseña no puede añadir nada más a lo ya dicho y comentado. Los cinco volúmenes del *Manual de Derecho civil español*, del profesor Espin, con los del Tratado de D. José Castán, de imperecedera memoria es hoy uno de los libros más leídos, estudiados y utilizados por estudiantes, opositores y profesionales del Derecho. Con razón y buenos motivos, pues su autor ha sabido aunar a una exposición clara y apta para la mejor docencia, una información en general completa y cuidada, que facilita el estudio a fondo de cualquier cuestión especial.

No habrá de olvidarse que los libros que nos ocupan contienen también interesantes aportaciones originales, algunos de los cuales conocen bien los lectores de este ANUARIO, que tiene el honor de contar entre sus colaboradores al profesor Espin.

Deberá por último señalarse, como causa de especial interés de los libros reseñados, el haberse ocupado con detenimiento de materias un tanto desunidas por los autores de Manuales de Derecho civil, como son las disposiciones sobre colonización, concentración parcelaria, explotaciones familiares indivisibles, permutas forzosas de parcelas, legislación sobre aguas y minas, propiedad intelectual e industrial y la regulación de las hipotecas mobiliarias y prendas sin posesión.—R.

**GIFFORD, Anthony:** «Torts». Londres, Sweet & Maxwell Limited, 1968 (106 páginas).

Los principios generales de la responsabilidad *ex quasi delicto* tal y como los configuraba una larga tradición de *Common Law* no difieren en sustancia de la ordenación de los mismos en los códigos continentales europeos. A la postre *tort* es la acción u omisión culpable o negligente de la que deriva daño para tercero y de la que se debe responder; comprendiendo tanto el acto u omisión propios como los de las personas ligadas al responsable por relación de dependencia familiar, educativa o laboral. Lo que quiere decir que ambos tipos de ordenación derivan muy directamente de la forma como los romanos articularon la responsabilidad *ex lege Aquilia*.

Si acaso el Derecho anglo-sajón se caracteriza por un mayor desarrollo de la responsabilidad extracontractual, debido en primer lugar a la inclusión dentro de la misma de figuras tales como las de coacción o injurias que en el continente son delictivas y cuyas responsabilidades civiles derivan del delito; y, en segundo término, a que la estrechez del derecho contractual —derivada de la exigencia, aún atemperada, de *consideration*— desplaza

hacia el cuasi-delito tipos de responsabilidad que en el Continente son contractuales.

Demuestra este libro, por lo demás, que en la realidad jurídica contemporánea las responsabilidades extracontractuales básicas no son las derivadas de actos u omisiones propios, sino de actos u omisiones de personas por las que se debe responder; señaladamente de la responsabilidad en que incurren los empresarios por los actos culpables o negligentes de los trabajadores a su servicio. Tan es ésto así que apenas hay una página de todas las de este libro en que el contrato de trabajo o alguna figura conexas no aparezca en primer plano o como telón de fondo de las sentencias que se analizan. Quizá deba decirse incidentalmente que en el Derecho romano ocurría lo propio, aunque la realidad dominante fuera entonces no la del trabajo por cuenta ajena, que es un trabajo libre, sino la de la esclavitud, régimen de trabajo forzoso sobre el que descansa la ficción jurídica de que trabaja por cuenta propia, a través de una herramienta o semoviente, quien lo hace a través de o utilizando los servicios de esclavos.

Aunque heroicamente defendido por sus especialistas, el derecho de responsabilidad por *tort*, al descansar esencialmente sobre la noción de culpa o negligencia va quedando relegado a un segundo plano ante la aparición de responsabilidades objetivas o por riesgos, señaladamente en las normas sobre tráfico vial y accidentes de trabajo. Los casos de responsabilidad objetiva en el Derecho común de los *torts* son mínimos, quedando apenas limitados a la responsabilidad del dueño de los animales «fieros» por los daños que causen éstos y a supuestos muy concretos de tenencia en el inmueble propio de bienes cuyo escape accidental, que no sea por fuerza mayor, a otros predios pueda causar daño a éstos, en la forma precisada por una vieja y muy conocida y citada decisión (*Rylands versus Fletcher*, 1868).

Quizá convenga anotar también como peculiaridades prácticas más notables:

1.º Que la escasa cuantía de las indemnizaciones por muerte en favor de las familias contrasta con la dureza extremada de las que se reconocen en favor de las propias personas que sufren el daño directamente, sobre todo cuando éste consiste en incapacidades permanentes para el trabajo o en lesiones graves.

2.º La resistencia moderna a imputar a persona determinada en nuestro mundo complejo todas las responsabilidades cuantiosas que pueden derivarse de un acto negligente; típicamente el Derecho anglosajón se aproxima oblicuamente al tema, analizándolo a través de la doctrina del carácter mediato del acto negligente en relación con el evento dañoso (como se hace, por ejemplo, en el ruidoso caso *Wagon Mound*, Consejo Privado, 1961), pero la tesis es a la postre, la misma que, se ha sostenido recientemente por Savatier: «ha devenido moral y económicamente imposible imputar *siempre* a un culpable la responsabilidad [civil] de *todo* el daño que ha causado» (*Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile*, París, 1968; págs. 5, 24 y 31; las cursivas en el original).

3.º La indecisión, característica también del Derecho americano, en la aproximación de los conflictos laborales consistentes en un *boycott* secundario, respecto del cual las decisiones son oscilantes y en muchos casos:

contradictorias; aunque cuando el péndulo judicial oscila en exceso (y esto es lo que ocurrió en *Rookes versus Barnard*, 1963, al comprender dentro de la intimidación la consistente en la amenaza de ruptura de contratos de trabajo) el poder legislativo se encarga rápidamente de hacerlo volver a situación de equilibrio (la doctrina sentada en el caso mencionado fue rápidamente abrogada por la *Trade Disputes Act* de 1965).

El «remedio» típico frente al acto culposo es la acción indemnizatoria, si bien ésta puede adquirir matices punitivos (los *exemplary* y *punitive damages* frente a los meramente compensatorios) especialmente respecto de los actos que descubren una torpeza moral en su autor, como ocurre en las acciones civiles por injuria o calumnia, lo que en el fondo no es sino una construcción a través de la cual son indemnizables los daños morales. Ocasionalmente se utiliza, para las conductas lesivas, el remedio de la orden judicial prohibitiva (*injunction*), incluso en las relaciones de trabajo donde su problemática es muy singular y también muy sujeta a vaivenes; en este aspecto el Derecho británico es mucho más permisivo que el norteamericano, tras las fuertes limitaciones que en este impulso la Ley Norris-La Guardia (ver, últimamente, B. Aaron, *Labor Relations Law*, en L. Ulman, ed., *Challenges to Collective Bargaining*, Nueva York, 1967).

En conjunto el libro, como ocurre con los demás de esta colección y aunque la reseña de casos se hace en reducidísimos extractos, da una excelente visión inicial de los problemas jurídicos a que se refiere.

M. ALONSO OLEA.

**GULLON BALLESTEROS, A.: «Curso de Derecho civil. El negocio jurídico».**  
Madrid, 1969. Editorial Tecnos. Un volumen de 233 págs.

Hace apenas dos años que la bibliografía jurídica española se enriqueció con una obra maestra en la materia correspondiente al negocio jurídico. Entonces, su ilustre autor, el profesor De Castro y Bravo, justificaba la finalidad de su publicación en la necesidad de ofrecer no sólo unos conceptos jurídicos o un conjunto de teorías del análisis abstracto y genérico del negocio jurídico —tarea que, por lo demás, la Pandectística ya había iniciado y sus seguidores habían llevado a extremos incluso irreales—, sino el llevar a cabo el análisis de la jurisprudencia española en relación con el fundamento mismo del negocio jurídico, cual es el ámbito de la autonomía privada; el ver en conjunto y apreciar su significado institucional era para dicho autor una tarea necesaria, observando lo que tiene de vivo, de orgánico, con la postura del Derecho español, basada en la concepción espiritualista del Ordenamiento de Alcalá.

El profesor Gullón Ballesteros, con gran mérito al publicar ahora dentro del «Curso de Derecho civil» —que viene redactando— la parte correspondiente al negocio jurídico, ha conseguido una elaboración muy eficaz, tanto por su tono didáctico como por su labor de síntesis.

Esta obra, producto de las lecciones explicadas en cátedra, además de la utilidad que presenta para los fines de enseñanza, tanto por haber seleccionado las materias y su contenido como por haber logrado una claridad

y razonamiento expositivo perfectamente nítido y accesible a los alumnos, también implica una exposición muy completa, y al día, del panorama contemporáneo de la civilística europea, en su incesante labor de precisar el concepto y los elementos que componen el negocio jurídico.

A esta faceta teórica y formativa de la obra se añade la finalidad práctica o conclusiva, de ejemplificación, que nuestro fino civilista presenta con gran difusión y eficacia a través de toda su obra, además de evidenciar los resultados más evolucionados de nuestra jurisprudencia en su constante labor interpretativa del ordenamiento jurídico en función con la realidad social de nuestro tiempo y de los casos concretos en que se materializa dentro de las relaciones jurídicas.

El sentido de equilibrio que ha puesto el profesor Gullón en la elaboración de este curso de Derecho civil, al saber dosificar los elementos teóricos y jurisprudenciales para conocer el alcance del Derecho positivo acerca del negocio jurídico, se logra perfectamente en beneficio del que va a iniciarse en su estudio y también para el que ha de recapitular las nuevas facetas y las recientes aportaciones. De aquí la gran utilidad que presenta esta obra para todo jurista y que su valiosa tarea sea la medida más exacta de su aportación a la civilística española en materia del negocio jurídico.

JOSÉ BONET CORREA

**HERNANDEZ GIL, Antonio:** «Dictámenes. I. Personas, Bienes, Derechos reales. Obligaciones y contratos. II. Derecho de familia. Derecho de sucesiones, Cuestiones procesales». **Sucesores de Rivadeneyra, S. A. Madrid, 1968. I, 732 páginas; II, 622 págs.**

Don Antonio Hernández Gil, profesor ilustre y abogado de justa nombradía, ha dado lugar a quejas de discípulos y admiradores, que se duelen de lo escaso de su obra publicada (1). Estas lamentaciones han movido posiblemente a Don Antonio, a la publicación de estos dos volúmenes de Dictámenes. Por lo que bien merece gratitud, gratitud doble, por lo que los dictámenes contienen de enseñanzas y por haber destinado los beneficios de esta obra a la Institución protectora de Huérfanos de la Abogacía del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

La impresión de Dictámenes es una buena y antigua costumbre. En la vieja literatura jurídica, española y extranjera, es corriente encontrarlos bajo los títulos de *Allegaciones et consilia*, y de *Consilia sive responsa*. Modernamente, la bibliografía jurídica española se ha enriquecido con la publicación de colecciones de Dictámenes de abogados célebres, como lo fuera Don Luis Díaz Cobeña y Don Francisco Bergamín, y de catedráticos que ejercieron brillantemente la abogacía, así los de Don Felipe Clemente de Diego y de Don Nicolás Pérez Serrano.

---

(1) Las que explicables por el deseo de sus enseñanzas, no son del todo justificadas. El Profesor Hernández Gil, además de notas y artículos importantes ha publicado libros bien conocidos, como «El concepto de Derecho civil», «Testamento militar» y «Metodología del Derecho», más recientemente, «Derecho de Obligaciones», I, y «Función social de la posesión».

Los dictámenes han sido definidos, «soluciones prácticas para el caso objeto de consulta» (Garrigues), y se ha señalado que están en «equilibrio entre la doctrina y la exigencia práctica» (Pérez Serrano). Unos se emiten «pro parte» y como el informe forense están destinados al apoyo de los intereses del cliente, o para su ilustración y advertencia. Otras, puede haberlos, llamados «pro Justicia», tienen por objeto dar una opinión estrictamente objetiva, a la manera de tratadista o del Juez. Todos, sea cualquiera su género, tienen atractivo para el lector y son de provecho al abogado, mostrando el Derecho en los momentos más significativos de su aplicación a la realidad vida.

Los reseñados del profesor Hernández Gil ofrecen acrecentado el interés propio de los dictámenes de los grandes abogados, ya que su actualidad permite observar la estrecha conexión e influjo que tienen sobre la formación de la jurisprudencia más reciente. Cualquier abogado que le haya seguido con atención, advertirá enseguida dicha relación con algunas notables y discutidas sentencias del Tribunal Supremo, sin más que la lectura de los primeros dictámenes publicados.

También merecen elogio y agradecimiento la elegante presentación de los dos libros y su clara y elegante tipografía.—R.

**LALAGUNA, Enrique:** «Jurisprudencia y fuentes del Derecho». Editorial Aranzadi. Pamplona, 1969; 351 págs.

Reúne este libro a mi juicio, tres condiciones que lo sitúan en un primerísimo plano de la literatura jurídica contemporánea; la selección de los problemas en él estudiados, su tratamiento científico y la perspectiva doctrinal en que se desenvuelve.

Las fuentes del Derecho es uno de los grandes temas en que se centra el pensamiento jurídico; en torno a él se concita la atención de los juristas de todos los tiempos y en él se compendia y refleja la realidad del Derecho vigente en cada momento histórico. El nuestro bien puede caracterizarse por un afán de realismo que ha llevado en todos los países del viejo Continente a resaltar la importancia del estudio de la jurisprudencia para la elaboración científica y para la enseñanza del Derecho.

El tratamiento de un tema de tal magnitud admite objetivamente una gran variedad de planteamientos y puede responder a muy distintos propósitos. El libro que vamos a comentar se desenvuelve dentro del marco del Derecho civil español, que es la perspectiva de trabajo cotidiano del autor; en este sentido se trata de una obra de límites bien definidos. Sin embargo, el propósito constructivo del autor aparece cimentado en una revisión profunda de nociones fundamentales de la Ciencia del Derecho; en este sentido, la obra se proyecta más allá de los límites del *ius civile*, que en este aspecto viene a cumplir una vez más su noble condición de *ius commune*. Es interesante notar que el autor emprende esta obra en un momento de plena madurez, cuando ha recorrido ya todos los caminos del Derecho civil y del Derecho. Por ejemplo, el estudio que nos ofrece de las antinomias no es propiamente un estudio de Teoría general del Derecho, sino una explicación

sobre el origen y sobre los criterios de solución de las contradicciones legales, para la que se toma como campo de análisis cinco de las más importantes antinomias de nuestro Código civil.

En cuanto a la actualidad de la obra, parece oportuno tener en cuenta, además de la importancia del tema y el modo de tratarlo, el estado de nuestros estudios sobre esta materia. En los últimos cinco años se han publicado en España tres obras, que no tienen precedente, sobre fuentes del Derecho civil español: *El Anteproyecto del Código civil de 1882-1888*, de Manuel Peña (Madrid 1965), *El Código civil*, Edición crítica, de Jerónimo López y Carlos Melón (Madrid 1967), y los *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, de Luis Díez-Picazo (Madrid 1965, 1969). Los primeros constituyen dos aportaciones de incalculable valor crítico como fuentes de conocimiento de nuestro Derecho civil. La obra de Díez-Picazo, sin haberse propuesto un estudio sobre el sistema de fuentes, encierra una lección metodológica de subido valor para su estudio al mostrarnos, con la sabiduría práctica de quien hace primero y luego enseña, que la jurisprudencia «es quizá la fuente donde mejor se aprende lo que el Derecho es». Enlazándose a esta serie de obras monográficas, la obra de Lalaguna se centra sobre el estudio de las fuentes del Derecho en la actual realidad legislativa y jurisprudencial española. En este sentido viene a ser también una obra fundamental y en cierto modo, teniendo en cuenta su carácter monográfico y su propósito constructivo y realista, también sin precedentes. Sobre las fuentes del Derecho sólo contábamos hasta ahora con las exposiciones de conjunto de la Parte General de los Tratados y Manuales de Derecho civil, que, por su valía han servido de modelo al estudio de las fuentes en otras disciplinas. En este panorama, el libro de Lalaguna, que en muchos aspectos enriquece notablemente los capítulos de las obras de Parte general, ofrece un tratamiento de las fuentes que rompe con el tono tradicional y despliega una amplia problemática que se proyecta sobre el entero paisaje de las instituciones civiles.

Toda la obra está animada por la preocupación constante de lograr una aproximación entre la teoría y la práctica del Derecho, como subraya Díez-Picazo en el sugestivo Prólogo que sirve de Introducción al libro. Esta idea dominante juega de distinto modo en las dos partes en que se divide la obra. En la parte primera, dedicada a la noción y valor de la jurisprudencia, el nexo entre teoría y práctica se establece *desde la teoría*. En la parte segunda, sobre las relaciones entre jurisprudencia y fuentes, la aproximación entre teoría y práctica se intenta exponer *desde la práctica*. Esta segunda parte, que cubre dos tercios de la obra, será objeto principal de nuestro comentario.

Por lo que a la primera se refiere, me limitaré a llamar la atención acerca de dos puntos de especial importancia.

Ante todo, merece destacarse —como aportación original del autor— su esfuerzo, brillantemente logrado, de subrayar la *realización de lo justo* como punto de vista dominante para explicar el genuino valor de la jurisprudencia. Su pensamiento (que nos ofrece con un alarde de valoración crítica de las posturas actuales más en boga) pienso que se sintetiza en estas dos afirmaciones complementarias: a) «en la decisión culmina el proceso de conocimiento práctico al cristalizar en ella *la realización de lo que es justo*».

(p. 89); b) «ninguna norma jurídica es exactamente aplicable a una situación jurídica concreta. Transformar el Derecho positivo ante las situaciones jurídicas singulares es el oficio propio del conocimiento prudencial, o, si se prefiere, obra de interpretación, en el sentido clásico de la palabra. El Derecho que se define como aplicable en el plano del conocimiento práctico, se realiza cuando el conocimiento práctico cristaliza en una decisión. La más genuina forma de realización del Derecho es la jurisprudencia» (pp. 91-92).

El capítulo tercero, con que se cierra la primera parte, se dedica a la jurisprudencia y Ciencia del Derecho, y pone de manifiesto que el autor posee un profundo conocimiento, un verdadero dominio, de la metodología jurídica contemporánea. Su valor reside tanto en lo que nos dice, como en lo que nos sugiere. Baste anotar —como afirmación central— que, al decir de Lalaguna, «no es dudosa la fecundidad de una actitud metodológica abierta a la consideración de la realidad jurídica singular tal como esta realidad es conformada por las decisiones de la jurisprudencia» (p. 104), pensamiento del que se extraen importantes consecuencias.

Al iniciar la segunda parte de su obra, el autor advierte la necesidad de distinguir dos cuestiones con frecuencia confundidas: a) una se refiere a si la jurisprudencia debe ser considerada como fuente de Derecho objetivo; b) otra, a las relaciones que existen entre la jurisprudencia y cada una de las fuentes de producción de Derecho en un determinado ordenamiento jurídico. Ambas cuestiones son tratadas por extenso en los capítulos cuarto y sexto, mientras se dedica un capítulo intermedio a considerar la jurisprudencia como interpretación, con particular examen de las posibilidades creadoras de la interpretación jurisprudencial en el Derecho español, esclarecidas por Lalaguna tras un estudio profundo de los artículos 5.º y 6.º del Código civil.

El capítulo sexto y último —el más extenso del libro— constituye, a mi juicio, algo así como una prueba del fuego a que el autor ha querido someter las tesis sentadas en los capítulos anteriores. Y pienso que la prueba resulta convincente, a lo que en buena parte contribuye el acierto de haber adoptado un punto de mira desde el que se abarca un panorama muy extenso del Derecho civil; panorama que permite apreciar, a través de múltiples cuestiones de vivísimo interés, el juego de recíprocas influencias que existe entre la actividad jurisprudencial y el ordenamiento jurídico. Quedan así precisadas las relaciones de la jurisprudencia con la ley escrita, con las normas consuetudinarias y con los principios generales. Y esto se hace mediante el examen de un cúmulo tal de supuestos, tomados de la problemática actual del Derecho civil, que es necesario renunciar a dar de ellos una referencia siquiera sumaria.

Con gran amplitud estudia las imperfecciones intrínsecas del ordenamiento (y entre ellas como más grave deficiencia, sus antinomias); así como las limitaciones que impone a la ley, especialmente, el paso del tiempo (problemas de silencio, inadecuación e insuficiencia). Esta doble serie de cuestiones, magistralmente tratadas por el autor, hacen ver con enorme claridad la diversa contribución que para resolverlos pueden ofrecer la doctrina científica y la jurisprudencia. El examen detenido de múltiples ambigüedades en el texto de nuestro Código civil, y el estudio de sus más notables

antinomias (arts. 51-69, 190-195, 464-1.955, 623-629, 759-799), comprueba la afirmación de que la Ciencia jurídica se halla en mejores condiciones que la jurisprudencia para encontrar el origen de las imperfecciones intrínsecas, cuya determinación supone de ordinario un trabajo paciente de interpretación histórica. Pero la jurisprudencia supera a la Ciencia jurídica en la tarea de descubrir y apreciar los casos en que la ley guarda silencio o es insuficiente, lo que comprueba Lalaguna con numerosos ejemplos, que se refieren a cuestiones muy actuales del Derecho civil de la más diversa naturaleza.

Un jugoso examen de lo que denomina «errores de la jurisprudencia», producidos por una interpretación deficiente o superficial, le lleva a estudiar los procesos de dogmatización, tan frecuentes entre nosotros; fenómeno que traiciona el fin propio de la verdadera jurisprudencia. Y le lleva a proponer su depuración para cuya tarea —de indudable importancia— señala la contribución que puede aportar la doctrina científica.

Tal vez el mayor mérito del libro del Profesor Lalaguna reside en hacernos descubrir lo que la jurisprudencia es y, por tanto, en hacernos valorar la doble función que le corresponde en la aplicación del Derecho y en el progreso de la Ciencia jurídica, funciones que cumplirá con enorme provecho si ella, consciente de sus propios límites, se deja también ayudar de la Ciencia del Derecho.

AMADEO DE FUENMAYOR.

«Les juridictions familiales au service de l'enfant». Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires (Rennes, Mai 1966). Librairies Techniques, París, 1968, 127 págs.

Bajo la apariencia modesta de una reunión ordinaria de juristas prácticos que desde su creación en 1960, vienen celebrando los Institutos de Estudios Judiciales en Francia, se oculta un tema de singular trascendencia para el Derecho de Familia. En su Ponencia final el profesor Raynaud destaca la extensión considerable de la intervención del Juez en la vida de la familia, intervención debida a su juicio al creciente desorden de nuestra época y a la debilitación de la autonomía familiar, de suerte que en las costumbres disminuye la autoridad paterna y se relajan los vínculos entre los miembros de la familia. Ello obliga a plantearse el problema de si nuestros órganos judiciales están preparados para asumir las nuevas funciones que el Derecho de Familia les está encomendando y, verosíblemente, les encomendará todavía en el futuro—. En Francia, de modo similar a lo ocurrido entre nosotros, el legislador ha ido estableciendo empíricamente determinadas competencias específicas en materia de protección de la familia y de los menores, con ciertas especialidades en materia de procedimiento; la práctica, además, está ensayando nuevas fórmulas, como las intentadas en Bordeaux y en Lille. Propiamente hablando no hay todavía una verdadera jurisdicción familiar, a excepción de la limitada competencia atribuida a los Jueces de Menores. Cabe plantear con todo rigor la conveniencia de una única jurisdicción para la familia y para los menores, que entienda tanto de:

las cuestiones personales como patrimoniales, lo mismo de la protección civil que de la tutela penal. El tema apenas si ha sido debatido entre nosotros, pero bien merece una serena reflexión. La ocasión puede ser la, al parecer, inminente reforma del Concordato, que puede determinar, eventualmente, la atribución a la jurisdicción civil de las causas de separación de los matrimonios canónicos. No cabe duda que las cuestiones de estado civil, los procesos en materia de matrimonio, filiación, adopción y tutela, envuelven decisiones sumamente delicadas que no pueden resolverse con la misma metodología que las puramente patrimoniales. La meditación sobre estos temas puede atraer la atención sobre la actual organización de los Tribunales Tutelares de Menores, cuya plena integración en la jurisdicción ordinaria acaso pudiera plantearse.

La temática es muy amplia y puede enriquecerse con la lectura de este volumen que reúne las Ponencias presentadas al indicado Coloquio por profesores de la Universidad y por Magistrados especializados.

GABRIEL GARCÍA CONTERO.

**O'CONNOR, Gabriele J. y MCGUINNESS, J. Louise:** «The Law of Contracts». Londres, Sweet & Maxwell Limited, 1969 (XII + 89 págs.).

En esta serie de libros elementales para ayuda rápida de la memoria de estudiantes y profesionales, la anterior edición de *Contracts* (confiada a otros autores, V. Watts y S. Corble) es del año 1957, y quizá el fenómeno más claro y definido para el período de doce años que separa ambas ediciones es la progresiva invasión por el derecho estatutario o legal de un ámbito tradicionalmente reservado a las decisiones y precedentes judiciales característicos del *Common Law*. En efecto, se notician, entre otras, la promulgación de las siguientes leyes:

— En 1960 la ley sobre *Corporations* (pág. 17), que autoriza a este tipo de personas jurídicas a celebrar contratos no formales, eliminando la regla conforme a la cual todos en los que fueran parte debían serlo *under seal*.

— En 1963 y 1964, las leyes sobre juegos y apuestas (pág. 47) que al autorizar y regular éstas, dan validez en Derecho a los contratos aleatorios resultantes de su regulación y que cumplan con sus condiciones básicas (todos los que juegan deben tener iguales posibilidades de ganar; el monto total de las apuestas debe ser pagado como premios; ningún pago distinto de la apuesta puede exigirse para tomar parte en el juego).

— En 1967, la ley sobre error y dolo en la contratación (*misrepresentation*; págs. 23, 32-36) que, aparte de otras importantes reglas, establece la también derogatoria del *Common Law*, de que el oferente es responsable del error en su oferta, aunque no sea fraudulenta ni notoriamente descuidada o temeraria, «salvo que pruebe que tenía motivos razonables para creer y creía efectivamente, al tiempo de contratar, que los supuestos de hecho de su oferta eran verdaderos».

— En 1968, la ley sobre descripción y etiquetado de productos (pág. 33), conforme a la cual el accidente derivado de la confianza en la descripción,

genera una responsabilidad por los daños y perjuicios causados para el fabricante o vendedor, si aquélla era falsa o confusa.

Por supuesto, las decisiones judiciales han seguido produciéndose pero, como se nos recalca en el prólogo, pocas son trascendentales: «la gran mayoría de los casos recientes son únicamente ejemplos modernos de proposiciones bien establecidas... pueden encontrarse [ya] en sentencias del siglo XIX» (pág. III). Quizá entre los más importantes se encuentre la decisión *Beswick versus Beswick*, que reflexiona con gran extensión sobre la compleja doctrina de *Common Law* en cuanto a los contratos en favor de tercero, tema respecto del que se trata de mantenerse la prohibición —más bien la ineficacia del pacto o su inexigibilidad— general de principio, con la admisión de numerosas excepciones; el tema está ligado al también complejo de la exigencia de causa o *consideration* en los contratos no formales, y la regla de que el tercero beneficiario no la da ni ofrece.

Otra decisión de suma importancia fue la ruidosa recaída en *Rookes versus Barnard*, en 1963, ampliatoria de la responsabilidad de los Sindicatos por los daños resultantes de la inducción a la ruptura de un contrato de trabajo por los afiliados al mismo, vigente un convenio colectivo. Pero la doctrina sentada en la misma fue rápida y expresamente derogada por la *Trade Disputes Act* de 1965 conforme a la cual los actos ejecutados en vista o como parte de un conflicto de trabajo no dan lugar a responsabilidad «por la sola razón de que constituyan una amenaza de incumplir un contrato de trabajo o de inducir a otro a incumplir un contrato de trabajo en el que éste sea parte» (el texto de esta ley, y una reflexión sobre la misma en nuestras *Leyes sindicales británicas*, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1967).

Ultimamente, y como dato de interés para los especialistas en Derecho del trabajo, decir que siendo la regulación de éste básicamente de *Common Law* e indiferenciada dentro de la doctrina general de los contratos (aunque también con numerosos «asaltos» legislativos definitivos algunos, como la regulación de la forma del despido e indemnizaciones debidas por los mismos, en virtud de la Ley sobre contratos de trabajo de 1963; coyunturales otros, como las rígidas limitaciones a los aumentos de salarios que derivan de las leyes de precios y rentas de los años 1966 y 1968), en este libro aparecen numerosas referencias a los mismos; así el rígido carácter contractual, y no de hecho, de la relación de trabajo (pág. 7), el carácter no contractual de los servicios benévolos (págs. 12 y 21), la personalidad jurídica estricta del Sindicato, pese a no ser técnicamente una *Corporation* (pág. 41), la posibilidad del menor de veintiún años de celebrar contratos de trabajo y de aprendizaje en su beneficio (pág. 43), la regulación de los pactos restrictivos de la actividad del trabajador que constituyan competencia al empresario con posterioridad a la extinción del contrato de trabajo, cuando los mismos no sean abusivos o restrictivos de la libertad de trabajo (pág. 49), etc.; los ejemplos podrían multiplicarse.

El libro noticia también el proyecto de ley, no aprobado al tiempo de su edición (*Family Law Reform Bill*), conforme al cual la mayoría de edad y la consiguiente capacidad plena contractual se alcanzaría a la edad de dieciocho años en vez de a la actual de veintiuno.

Como todos los volúmenes de esta misma colección, éste constituye un excelentísimo libro introductorio y breve a los temas generales del Derecho anglosajón de las obligaciones contractuales.

M. ALONSO OLEA.

**PAGANO, Vincenzo:** «Nullità del matrimonio e Divorzio nella Republica Federale di Germania». Dott. A. Giuffrè. Milano, 1969; 84 págs.

El doctor Pagano ha prestado un indudable servicio ofreciendo la traducción completa de la Ley Matrimonial Alemana de 20 de febrero de 1946, con las sucesivas reformas hasta la Ley de 11 de agosto de 1961. Ante la multiplicación de relaciones jurídicas, así como de matrimonios mixtos italo-germanos, la obra presenta una inmediata vertiente práctica. El autor, sin embargo, no se ha limitado a ofrecernos una mera traducción del texto alemán —lo que por sí mismo, hubiera sido útil en el presente caso—, sino que ha enriquecido la obra con notas de introducción sobre el Derecho Matrimonial alemán, ocupándose de los antecedentes históricos, de la estructura de la Ley, esponsales, celebración, efectos del matrimonio, patología del matrimonio, normas procesales y del Derecho Internacional Privado. Tanto estas notas, que preceden al texto de la Ley, como las numerosas a pie de página que acompañan a la traducción literal de la misma, demuestran un amplio conocimiento de la doctrina alemana en la materia. Se trata de indicaciones muy ricas en referencias a artículos de revista, prestándose menos atención a las obras generales, acaso por darlas por conocidas. Hay también abundantes referencias jurisprudenciales. En algún caso la concisión de la nota, hace disculpable cierta superficialidad.

GABRIEL GARCÍA CANTERO.

**RUIZ VADILLO, Enrique:** «Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil», 2.<sup>a</sup> edición corregida y aumentada. Editorial Ochoa. Logroño, 1968; 456 págs.

El autor, modestamente, en unas palabras preliminares, pone de relieve que su libro «sólo quier ser una síntesis de los principales temas del Derecho civil con el apoyo de ilustres autores».

Tiene como propósito, añade, «servir de instrumento a la Ciencia económica y con el deseo de incorporar a la problemática del Derecho todos aquellos aspectos económicos que en cierta manera la condicionan y dan sentido». Lo que aporta a la obra características propias y originales, que la distinguen de las usuales síntesis o manuales.

La «Introducción», indica su título, tiene por finalidad el estudio teórico-práctico del Derecho civil, y para realizarla debidamente, la obra se ha dividido en tres partes: Exposición teórica, Casos prácticos y Técnica de aplicación.

La parte primera o teórica trata de las cuestiones fundamentales del Derecho civil, siguiendo el siguiente orden: Parte general. Teoría general

de obligaciones y contratos, Contratos en particular, Derechos reales, Derecho de familia y Derecho de sucesiones.

La exposición es clara, se utiliza una amplia y escogida bibliografía —aunque preferentemente las obras de Castán y Sánchez Calero— contiene una abundante información de la jurisprudencia y no sólo del Tribunal Supremo, y se aclara el texto con ejemplos bien escogidos y aleccionadores; en general, al menos. Nos permitimos esta última reserva, pensando en algún caso. Así, se pone como ejemplo de interpretación doctrinal, las propuestas sobre el artículo 823 C. c., contradictoriamente, por Falcón y Ramos, de una parte, y de la otra por Castán. El lector inexperto puede pensar que se trata de una discrepancia en una cuestión opinable (p., 29, nota 7). De utilizarse como ejemplo, habría de ser de error o extravío doctrinal. Parece evidente que el padre o la madre puede disponer de la mejora en favor de los hijos legítimos y nunca de los hijos naturales. La tesis de Castán se apoya no sólo en los antecedentes de la disposición (que recordará el mismo Falcón, al tratar del Derecho anterior al Código, ed., 1888, p. 243) sino en la letra clara de la Ley; el padre o madre puede disponer de una de las dos terceras partes destinadas a legítimas (art., 823); esas dos terceras partes son las que constituyen la legítima del hijo legítimo (art. 808; par. 1.º, art. 840) y una de las dos terceras partes de las que constituyen esa misma legítima es de la que puede disponer el padre o la madre «para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes *legítimos*» (art. 808, par., 2.º).

La segunda parte de la obra está dedicada a casos prácticos. Están bien elegidos, en general resulta interesante y ha de ser de gran utilidad para la enseñanza. Respecto de unos supuestos se hace referencia a la disposición que puede resolver el caso, y en otros se ofrece la solución, con unas breves indicaciones. Como en la parte primera se hacen afirmaciones discutibles, como es natural. También nos parece que al estudiarse algún caso se han deslizado expresiones poco afortunadas. Así, se dice: «La falta de consentimiento del menor no produce la inexistencia absoluta, como en el caso de los locos o sordomudos, por cuanto los menores pueden ratificar los contratos celebrados una vez llegada la mayoría de edad, ya de manera expresa o tácitamente, dejando pasar el plazo de cuatro años que señala el C. c.» (págs., 328-329). Posiblemente, el autor se refiere a los actos en que se pruebe la falta del consentimiento y por ello no haya habido contrato (art. 1261); lo que también puede ocurrir con el menor. En cambio, no puede referirse al supuesto del incapacitado por locura o sordomudez, cuyos contratos son anulables y no inexistentes (art., 1300 y 1301), cuya acción de impugnación caduca por el paso de los cuatro años (art. 1301 par. último); siendo por ello sus contratos aptos para la confirmación (art., 1310-1312).

La parte tercera, contiene diez modelos de documentos, todos importantes para la práctica. Quizá, hubiera convenido indicar la utilidad de la intervención notarial, que no sólo sirve de orientación a los interesados, para evitar dificultades y resolver dudas, sino especialmente para preparar la prueba de la reclamación hecha o del pacto celebrado; que en otro caso puede resultar ineficaz.

En resumen, y como impresión final de su lectura, puede concluirse que la obra comentada habrá de ser de utilidad para los estudiantes de la Fa-

cultad de Ciencias Económicas y Comerciales de la Universidad de Bilbao (para la que especialmente se redactara), también para el repaso de los escolares de la Facultad de Derecho y hasta los mismos profesionales habrán de encontrar en ella sugerencias de interés.—R.

**SAMUELS, H.:** «Industrial Law». 7.<sup>a</sup> edición, Londres, Pitman Paperbacks, Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd., 1969 (218 págs.).

El breve *Derecho industrial*, de Samuels, es una de las obras introductorias sobre la materia más acreditada en Gran Bretaña. Siete ediciones desde la primera aparecida en 1931, con revisiones y reimpressiones varias algunas de ellas la atestiguan sobradamente.

La presente edición, 7.<sup>a</sup>, tiene como novedades básicas sobre la anterior, de 1960, los estudios sobre la *Contracts of Employment Act* de 1962 que establece periodos mínimos de preaviso para los despidos no disciplinarios, y la *Redundancy Payments Act* de 1965 que regula los despidos por crisis y establece una compleja serie de indemnizaciones en favor de los trabajadores cuyos contratos se hayan extinguido por esta causa, cargando los importes de las mismas por cierto al seguro nacional, al que a tal efecto se proporcionan recursos adicionales mediante el incremento de las cotizaciones correspondientes a la protección contra el paro forzoso.

Por supuesto, noticia también el libro las modificaciones de las leyes del seguro nacional (la general y la especial de accidentes de trabajo) y su sustitución por nuevos textos refundidos en los años 1965 y 1966. En cambio, la Ley de precios y rentas de 1966, con su rígida congelación de salarios y consiguiente impacto sobre la contratación colectiva de condiciones de trabajo, se reseña en un apéndice, pero sin discurrirse a fondo sobre la misma.

En su estructura el libro dedica al contrato de trabajo su básico capítulo II, en un tratamiento típico de *Common Law*, precedido del relativo al contrato de aprendizaje y seguido de otro referente a la regulación legal de los salarios, existente respecto de aquellos sectores con contratación colectiva no desarrollada; se estudian también en este capítulo las prohibiciones derivadas de las *Truck Acts*.

Siguen dos capítulos comparativamente larguísimos sobre las leyes de fábricas referentes, como es sabido, sustancialmente a normas sobre seguridad e higiene en el trabajo y responsabilidades derivadas de su incumplimiento, junto con los preceptos prohibitivos y sancionadores en cuanto al trabajo de las mujeres y de los menores; incluidas las limitaciones en cuanto a las jornadas y horarios de éstos.

Aislado del régimen de seguridad social (al que se dedica el capítulo VIII, y sin comprender éste el Servicio nacional de sanidad) aparece en el capítulo VI el estudio del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional, con una reflexión relativamente detenida sobre la noción legal de accidente y la elaboración jurisprudencial de la misma.

El capítulo VII llevaría por rúbrica en un libro continental la de *Derecho colectivo del trabajo*, estudiándose en el mismo los Sindicatos y asociaciones

de trabajadores y de empresarios y los convenios y conflictos colectivos. Por supuesto, en este capítulo —como en los restantes en general— se hace un estudio estrictamente legal y jurisprudencial, sin penetrar en el derecho vivo que es el acostumbrado o el recogido en los convenios.

Un capítulo relativamente extenso, que se inserta sin duda por su utilidad práctica para las empresas, se refiere a lo que pudieran denominarse «servicios sociales» que por las mismas pueden ser creados en beneficio de sus trabajadores, insistiéndose particularmente en los requisitos que deben llenarse para obtener los beneficios fiscales previstos por las normas legales.

El último capítulo se refiere a la conciliación y arbitraje laborales; es brevísimo y sin entrar en los temas procesales básicos.

No pierde el libro de Samuels el carácter elemental introductorio que siempre le ha caracterizado; como tal puede ser utilizado muy provechosamente, aunque para estudios más especializados o conocimientos más profundos haya que acudir a otras fuentes doctrinales, como puedan serlo cubriendo más o menos la misma materia, los de Fridman Gayler o Mansfield-Cooper o, en parcelas seleccionadas, el de Batt para el derecho estricto del contrato de trabajo o el de Citrine para el sindical y el de convenios y conflictos colectivos.

MANUEL ALONSO OLEA.

«*Sulla collaborazione medico-giuridica*», (Memorie presentate al III Corso medico-giuridico 4 dicembre 1966.) Università di Ferrara. Edizioni Minerva Medica. Torino, 1967; 160 págs.

El Tercer curso Médico-Jurídico reunido en la Universidad de Ferrara se propuso estudiar el siguiente tema, «¿Se considera oportuno iniciar una colaboración más estrecha entre médicos y juristas? En caso afirmativo ¿cómo debería efectuarse tal colaboración, al margen de la médico legal que actualmente se lleva a efecto?». Este tema tan sugestivo reunió a Catedráticos de la Facultad de Derecho, de la de Medicina, Fiscales y especialistas en cuestiones penitenciarias. A simple vista, si el Derecho se basa y presupone la libertad, parecería evidente que el jurista prestase la máxima atención a los presupuestos y condicionamientos médicos, biológicos y psicológicos del acto humano. Ocurre así, tradicionalmente, en algunas ramas del Derecho, como el Penal, mientras que en el Derecho civil la colaboración entre médicos y juristas ha sido, hasta ahora reducida. Actualmente hay algunas materias en las que el civilista, cada vez más, requiere el concurso de los especialistas; así ocurre con el extenso campo de las enfermedades mentales, o con el moderno Derecho de familia (impedimentos matrimoniales, prueba de la filiación, adopción). Por último, los avances de la medicina en materia de transplantes de órganos, han originado abundante literatura médico-jurídica.

Aparte del interés general que despiertan todas las ponencias aquí recogidas, merece destacarse la del Profesor Montalbano que se ocupó específicamente de la estrecha colaboración entre médicos y juristas en la Administración de Justicia Civil y Penal. Por lo que se refiere a la primera.

alude a la tutela civil de los Derechos de la personalidad, ocupándose del derecho a la vida, a la integridad física, a los problemas derivados de las intervenciones quirúrgicas, actividades deportivas, y a la libertad sexual. No se puede, sin embargo, aceptar la contraposición que Montalbano introduce entre imputabilidad psicológica y responsabilidad moral, definiendo a esta última como carente de valor objetivo y en contraste con la ciencia. Por este camino es de temer que el Derecho se convierta en pura mecánica de reflejos condicionados.

GABRIEL GARCÍA CANTERO.

**UNIVERSIDAD DE NAVARRA.** «Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas». Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, 1969. I, 655 págs.; II, 633 págs.; III, 625 págs.; IV, 643 págs.; V, 680 págs.; VI, 670 págs.

La muerte de don José Castán ha puesto bien de relieve el general aprecio y consideración que ha merecido su persona y su obra, y el sentimiento de todos al perderlo.

Sus amigos y admiradores han tenido el consuelo de que, en vida, conociera el cálido testimonio de admiración y afecto que significan estos Estudios en su honor, promovidos por la Universidad de Navarra y en el que han colaborado tantos ilustres juristas.

La publicación de los Estudios de Derecho civil, ha sido como un símbolo del tránsito del vivir humano. La obra comienza con la solemne dedicatoria de la obra por el gran Canciller de la Universidad de Navarra a don José Castán, Presidente de los Amigos de la Unievrnsidad de Navarra y, con una cariñosa presentación en la que se retrata la figura del homenajeado, debida a los profesores Fuenmayor Champín y Sancho Rebullida. El sexto y último tomo, termina con la nota lúgubre del fallecimiento de don José Castán, en una dolorida «In Memoriam», escrita por las mismas plumas de los profesores Fuenmayor Champín y Sancho Rebullida.

Los estudios constituyen una obra sorprendente, que impresiona a simple vista, por la gran extensión de sus seis grandes tomos y por la calidad de su contenido. Es un testimonio bien elocuente de afecto al maestro, y una manifestación insuperable del potencial de creación y de eficaz organización de la Universidad de Navarra.

Ni en España ni en el extranjero se conoce la publicación de un número tal de trabajos en honor de un hombre de ciencia. Distribuida en seis gruesos volúmenes, de copiosas páginas, más semeja una Enciclopedia que un libro homenaje; y bien puede considerarse como la cuidada selección de lo escrito durante diez años en una buena Revista de Derecho. Contiene unos ciento ocho estudios monográficos; si no hemos contado mal. Debidos a unos dieciséis catedráticos españoles, catorce profesores adjuntos, doce jueces y magistrados, seis miembros de la carrera judicial, catorce notarios, siete registradores de la propiedad, algunos abogados y un investigador del Consejo de investigaciones científicas. La colaboración extranjera, americana y europea, también considerable, pues se cuenta la de más de treinta y dos profesores.

La abundancia abrumadora del material contenido en *Estudios de Derecho civil*, cierra prácticamente las puertas a cualquier intento de una reseña crítica y hasta de dar cuenta detallada de cada uno de los trabajos que comprende; para realizarla de modo cumplido, conforme a su indudable importancia, hubiera sido necesario llenar un fascículo entero de este Anuario. Obra de tal magnitud, ha de ofrecer, y así sucede, desigualdad en la calidad de las contribuciones; hay trabajos menos buenos, la mayoría de ellos son excelentes y muchos constituyen importantes contribuciones a la ciencia jurídica.

Para orientación del lector y para el más fácil fichaje de los diversos estudios, el volumen VI contiene: Índice de cada volumen; Índice sistemático e Índice alfabético de colaboradores. La clasificación sistemática se hace bajo los siguientes epígrafes: I. *La figura y la obra del profesor Castán Tobeñas*. Sección en la que se incluyen los trabajos de: Fuenmayor y Sancho, Montilla, Agúndez, García Cantero, Marsá; amén de una reseña de las publicaciones de don José Castán. II. *Derecho civil*; dividido en: I. Parte general (trabajos de Alonso Pérez, Anglada, Arregui, Bianca, Bonet Correa, Calvo Soriano Colombo, Díez-Picazo, Domínguez Benavente, Esperanza, Fuenmayor, Gómez, Hernández Gil (Antonio), Jiménez Asenjo, Madruga, Martín Pérez, Menéndez Pidal, Mozos (de los), Ogayas, Pascual y González Pascual Quintana, Pitlo, Sols, Valladao). 2. Derechos reales (Trabajos de Alvarez Romero, Baur, Ballarín, Díaz Palos, Doral, Espín, Fuentes Lojo, Larrea, López Jacoste, Lorente Sánchez, Moreno Quesada, Puente, Reyes Monterreal, Rica y Arenal, Rotondi). 3. Derecho de obligaciones (con estudios de Alvarez Vigaray, Antunez Varela, Betti, Bonet Ramón y Bonet Bonet, Colombo Conde Pumpido, Espinar, García Bañón, García Valdecasas (Guillermo), Lalaguna, León, Sancho Rebullido, Santos Briz, Silva, Torralba, Yung). 4. Derecho de familia (contribuciones de Baxter, Borda, Cámara, Caparrós, Castro Lucini, Díez de Guijarro, Egea, Fernández Cabaleiro, Henrich, Nagore, Pala Mediano, Payne, Piñar, Puig Peña, Tapia, Villarino). 5. (Estudios de Albaladejo, Cabanillas, Castro Lucini, Cristóbal, Gschnitzer, Hernández Gil (Félix), Lacruz, López Vila, Martínez Calcerrada, Núñez de Dios, Piotet, Puig y Ferriol, Salinas. Simó, Vismara). 6. Derecho foral (trabajos de Arregui, Fuenmayor, Lacruz, Martín Ballester, Nagore, Palá, Pascual, Puig, Salinas). 7. Enseñanza del Derecho civil (contribuciones de Fueyo Laneri, Molinario). III. *Derecho agrario*, con estudios de Ballarín, Jordano Luna, Ourliac. IV. *Derecho Comparado*, en el que se incluyen los escritos de Castán Vázquez, Eichler, Fernández Cabaleiro y Palá Mediano. V. *Varios*, comprensivo de las aportaciones heterogéneas de Buen (de) Fraguas, Hoppel (von), López Medel, Moreno Mocholi, Rodríguez Arias, Ruiz Vadillo, Santo Izquierdo, Santo-Pinter y Weyer.

La dificultad de clasificar algunos trabajos, se advertirá que ha llevado a que algunos de ellos queden incluidos en dos e incluso en tres de los epígrafes del Índice sistemático.

No ha de silenciarse el cuidado y esmero con el que se ha realizado la edición; papel, letra y encuadernación son excelentes. Debiendo resaltar lo que es muy de agradecer y más todavía en una publicación hecha con tanta rapidez, la práctica carencia de erratas. Los amigos del profesor Castán

y los lectores de «Estudios de Derecho civil», deben por ello gratitud, no sólo a la Universidad de Navarra, sino también a los tipógrafos de Ediciones Universidad de Navarra, S. A.—R.

**VALLET DE GOYTISOLO, Juan:** «Sociedad de masas y Derecho». Madrid, 1969. Taurus Ediciones, S. A. Un volumen de 658 págs.

El ilustre jurisconsulto y académico, Notario de Madrid, Vallet de Goytiso, no necesita de presentación entre los privatistas españoles, tanto por su vasta obra monográfica, dentro del derecho civil, como por sus ensayos, conferencias y labor profesional. Sin embargo, al dar cuenta esta nueva gran obra no podemos menos que recordar aquella faceta tan entrañable y noble, no sólo del competentísimo jurista curtido en la práctica de la vida del Derecho, sino también del humanista que se presta generosamente a transmitirnos sus meditaciones y experiencias, su labor profunda y de pensamiento sobre el ser y la esencia del mundo y del hombre y, con preferencia, de un tema que le apasiona: el de la libertad de la persona, el de su conducta individual y pública ante la sociedad.

Vallet pertenece a esa generación tan cualificada, y tan trágica, de los que se enfrentaron con la vida y con la muerte ante las trincheras y que no sólo defendieron un orden con la violencia, sino que en la paz, paso a paso, hora a hora, han tratado racionalmente de ser artífices de la reconstrucción de una vida social más justa y equitativa, si bien, alejado totalmente de cualquier actividad política. Con la humildad de quien está dotado de mayores luces intelectuales, puede valerse de su patrimonio erudito y no sólo «hablar por boca ajena» —según nos dirá con una autenticidad sin fingimientos—, sino por la propia, para darnos, al fin, una auténtica lección de sabiduría.

A Vallet le ha tocado vivir la gallarda época de las dictaduras, del hacer crisis el sistema liberal capitalista y de la introducción del socialismo científico y marxista. Su obra, indudablemente, es producto de ese impacto. En sus páginas hay toda una actitud valiente y decidida frente a los viejos y nuevos sistemas, no sin un respeto a las sanas tradiciones y a las nuevas conquistas, sobre todo cuando plantea la necesidad de una «reconquista» de parte de aquellos conocimientos que hemos perdido sobre el valor moral del hombre.

De aquí que sus preocupaciones de estudio de la sociedad de masas, que la tecnología y estructura social de nuestra época ha traído como un mal necesario, sea su tema central de estudio abordando el proceso de masificación en relación con el Derecho, las circunstancias históricas que impulsaron a la destrucción de las antiguas estructuras, la sustitución del humanismo trascendente por la totalidad social inmanente con la fuerza destructora del materialismo dialéctico y, que nos muestre, hoy en día, como se levanta la bandera de la «libertad» abstracta contra las libertades concretas. Vallet pone al descubierto los postulados de racionalización, la rebeldía al orden natural y la pérdida de la interioridad y del sentido real sustituidos por una civilización del ocio organizado.

El ilustre jurista saca sus conclusiones con mano maestra al presentarnos las repercusiones en el orden de la justicia y el derecho mostrando el triunfo del positivismo legalista y la desinteriorización de la justicia, el igualitarismo aniquilador de la libertad en las democracias modernas, la pseudo-nivelación, el adocenamiento y la estandarización. Muestra como todo ello nos conduce a la pérdida de la libertad e independencia en el pensar, sentir y querer, y de la responsabilidad social, con el consiguiente empobrecimiento y degeneración interior del hombre.

Vallet hace ver como ante el fenómeno de masas en el Derecho se provoca la sustitución de la sociedad de familias, tradicional por su disolución en una sociedad de masas, configurándose un derecho de masas ideal, abstracto y como emanación positiva del Estado. La instauración de una política como técnica manipulada por quienes han perdido la noción del derecho, y al que confunden con las leyes emanadas de su voluntad, conduce al totalitarismo estatal, característico de la sociedad de masas y donde tan sólo son aparentes la división de poderes y libertades proclamadas con la consiguiente destrucción del pluralismo de las sociedades naturales, única garantía de las libertades civiles.

No podía faltar que Vallet estudiase una de las cuestiones claves como es la participación del individuo en los bienes de esta tierra, la propiedad privada, sus limitaciones y la intervención del Estado para lo que hoy se entiende e impone como función social de la propiedad. Las soluciones a la redistribución de la riqueza por medio del impuesto y sus límites adecuados, la propiedad del capitalismo anónimo y la propuesta de la reforma de la empresa, llevan a Vallet a examinar las transformaciones de la propiedad por efecto del capitalismo, la democracia industrial y la empresa socialista y socializada.

Particular atención le dedica a la cuestión de los asalariados en la empresa, la cogestión y el problema de la responsabilidad frente a la seguridad, así como la influencia de la economía en la vida social y del derecho con el estudio de los aspectos concretos de la destrucción del mercado por el neocapitalismo tecnoestructurado, el intervencionismo y el neodirigismo tecnocrático, especialmente la tecnocracia y los planes indicativos, la planificación por el Estado y por las fuerzas productoras del país.

Otros fenómenos de nuestra civilización, como la seguridad social, la inflación, el desarrollo con la masificación de las ciudades, la especulación del suelo y la vivienda son tratadas por Vallet con la pericia de su espíritu equilibrado y prudente del jurista de gran talla. No podía faltar una visión de conjunto final y la problemática sobre el tema central de la persona en la sociedad, la cuestión de la cultura y las masas, así como su casuística concreta con sus más importantes formulaciones e interrogantes: ¿qué se debe educar?, ¿qué hay que enseñar?, ¿a quién corresponde enseñar? Si un eminente jurista como Vallet se ha valido de la apoyatura ajena para mostrarnos una dirección de pensamiento ha sido para contrastar las voces de los historiadores, de los filósofos, de los sociólogos, de los economistas y de los moralistas, reuniéndolos ante una temática que el jurisprudente, no por ajeno, sino en cuánto artífice de las normas de conducta, en la convivencia,

tiene su palabra decisiva, casi la más responsable, dada su función de plasmarlas y aplicarlas.

Vallet no sólo ha desplegado un alarde erudito en su obra. Con ser valiosa esta aportación selectiva él ha ido concluyendo a lo largo y a lo ancho de toda esta problemática su personal criterio, ha apuntado y decidido las soluciones, nos ha dado el diagnóstico y también el remedio para conseguir la salud pública y privada de las personas en la vida social.

JOSÉ BONET CORREA.

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Antonio de LEYVA y ANDIA.  
Registrador de la Propiedad

## DERECHO HIPOTECARIO

1. *Es necesario el consentimiento de la mujer en el supuesto de adquisición, por el marido, de un inmueble en el que en garantía del precio aplazado, se constituye hipoteca. Distribución de responsabilidad hipotecaria. Obligación de no disponer. Pacto que constituye una limitación al principio de libre circulación de los bienes.*

A) El primer defecto de la nota es idéntico al decidido por la Resolución de 13 de mayo de este año, que declaró no ser necesario el consentimiento de la mujer en los supuestos de adquisición, por el marido, de un inmueble en el que en garantía del precio aplazado se constituye hipoteca, dado que el negocio concluido entra dentro de la categoría de los negocios complejos, de naturaleza unitaria, porque entre los elementos heterogéneos que lo constituyen hay una íntima soldadura al aparecer fundidas en una síntesis de diversas declaraciones emitidas que confluyen en un único negocio, que es resultado de las variadas causas que en él concurren, lo que trae como consecuencia que no pueda escindirse en los dos negocios que lo forman y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo, sino que, por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos que es la compraventa.

B) En cuanto al segundo defecto, la exigencia contenida en el artículo 119 de la Ley Hipotecaria de fijar la cantidad o parte de gravamen que recae sobre cada una de las fincas hipotecadas aparece cumplida tal como revela la cláusula tercera de la escritura calificada sólo en cuanto a la distribución de las costas, pero no en cuanto al principal, sin que el hecho de que en otra de las estipulaciones se haya señalado la parte de precio que en la compraventa corresponde a cada finca signifique que el Registrador haya de presumir o interpretar que esas mismas cantidades se toman como base para la distribución, máxime cuando no se hace ninguna referencia o remisión a ellas en la citada cláusula tercera.

C) En cuanto al tercer defecto, es de advertir que la cláusula séptima de la escritura contiene una obligación de no disponer en cuanto no permite al propietario transmitir libremente la cuota adquirida más que a determinadas personas, lo que si como obligación personal puede tener trascendencia caso de incumplimiento por la responsabilidad que.

podiera originar, desde el punto de vista registral, según el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, no tiene tal pacto acceso al Registro por no tener su origen en uno de los supuestos del artículo 26 ni haberse garantizado de otra parte su cumplimiento mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real, y sin que ello impida la inscripción de la escritura, de conformidad con lo establecido en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario.

D) El pacto contenido en la cláusula sexta, objeto del cuarto defecto de la nota, constituye una limitación al principio de libre circulación de los bienes, uno de los básicos de nuestro sistema hipotecario que aparece recogido, entre otros, en los artículos 26, 27 y 107, tercero, de la Ley Hipotecaria y en las Resoluciones del Centro directivo de 25 de noviembre de 1935 y 18 de noviembre de 1960, toda vez que al conceder al acreedor la facultad de considerar vencida la obligación si el deudor enajena el inmueble hipotecario, lo que en realidad se ha pretendido a través de este medio indirecto ha sido cercenar el poder de disposición del dueño de las fincas, al establecer una sanción para el caso de que llegue a transmitir las, que impide su acceso al Registro, sin perjuicio de sus efectos civiles, y que, por tanto, al igual que en el defecto tercero, habrá que negar la inscripción solamente del aludido pacto y no de la compraventa con hipoteca, una vez se subsane el segundo defecto señalado. (Res. de 4 de noviembre de 1968, *Boletín Oficial del Estado* de 20 de noviembre.)

*2. No puede extenderse una anotación preventiva de demanda de nulidad de un crédito hipotecario que en el registro aparece cancelado.*

Es requisito indispensable para practicar un asiento, por imperativo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que previamente aparezca inscrito en el Registro el derecho de la persona o personas a las que pueda afectar dicho acto, y en este caso la hipoteca controvertida aparece ya cancelada y, en consecuencia, sin que ostenten titularidad o derecho alguno los acreedores hipotecarios contra los que se dirigió la demanda base del mandamiento presentado.

Si bien los Registradores, como reiteradamente se ha declarado, no podrán revisar los fundamentos del fallo dictado por Jueces o Tribunales, ello no impide que con arreglo al artículo 99 del Reglamento Hipotecario hayan de tener en cuenta, al calificar, los obstáculos que puedan surgir del Registro, por lo que deben comprobar si el inmueble o derecho real —en este caso la hipoteca discutida— están inscritos a favor de la persona o personas contra las que se dirige la acción, pues caso de no estarlo no podrá proceder a la práctica de la anotación ordenada. (Res. de 5 de noviembre de 1968. B. O. del Estado del 21 de noviembre.)

3. *No puede practicarse una anotación de embargo en el registro cuando en sus libros figure ya anotada la suspensión de pagos del deudor embargado.*

En la suspensión de pagos es esencial la situación de igualdad en que se han de encontrar todos los acreedores que no tengan el carácter de privilegiados, lo que les obliga a la paralización de todas las acciones individuales que pudieran ejercitar para, en su lugar, proceder mediante una actuación colectiva a la obtención del correspondiente convenio que se impondrá a todos los interesados, incluso a los ausentes o a aquellos que no intervinieron, pues de otra forma estos últimos, como ya declaró la sentencia de 4 de julio de 1966, podrían resultar favorecidos si cobraban su crédito con preferencia al tiempo y a la cuantía, a los demás de la misma condición.

La Ley de 26 de julio de 1922, en su artículo 9, apartado 4.º, procura que se logren los efectos señalados al establecer que los juicios ejecutivos en que no se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados sigan su tramitación hasta la sentencia, pero que su ejecución quede en suspenso hasta que no se haya terminado el expediente, pues de esta manera el acreedor podrá obtener un título a su favor, pero sin que ello suponga una disminución en el patrimonio del suspenso, que ha de permanecer inalterado para servir de garantía común a todos los acreedores.

El mismo artículo 9 de la Ley especial, en su párrafo siguiente, ordena la suspensión de todos los embargos y administraciones judiciales, una vez que se haya solicitado la suspensión de pagos —lo que no es más que una consecuencia de lo que ha preceptuado en el párrafo anterior— y que sean los Interventores nombrados quienes actúen a partir de este momento, los cuales, dentro de su función, no podrán lícitamente satisfacer aisladamente un crédito a un acreedor singular, razones todas ellas que obligan a concluir que no puede practicarse en el Registro la anotación de embargo solicitada. (Res. de 14 de noviembre de 1968, *Boletín Oficial del Estado* del 29 de noviembre.)

---

En el mismo sentido se pronuncia la Resolución de 26 de noviembre de 1968 (*Boletín Oficial del Estado* del 12 de diciembre).

4. *Autorizadas en Barcelona varias escrituras de venta en las que consta que el comprador figuraba casado, pero sin que se hiciera constar la regionalidad de los cónyuges, e inscritas en el Registro de la Propiedad como bienes privativos del marido, al entenderse que era catalán y el régimen del matrimonio el de separación de bienes, no puede la mujer, por sí sola, a través de los documentos presentados, rectificar el conte-*

*nido del asiento registral para que los bienes aparezcan a nombre de ambos esposos sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal.*

Todo el problema deriva de la existencia en nuestra Patria de diferentes regímenes económicos-matrimoniales, junto con las dificultades propias de la prueba de vecindad, pues como ya declaró la Resolución de 3 de julio de 1967, el cambio de domicilio o residencia no lleva aparejado, en su caso, la modificación de la regionalidad mientras no se produzcan las circunstancias exigidas por el artículo 15 del Código Civil e, incluso producidas, la inmutabilidad del régimen matrimonial, una vez contraído el matrimonio, puede dar lugar a que si se reside en una región de distinto régimen legal y no aparece justificada la vecindad que se tenía en aquel momento se originen situaciones no concordadas con la realidad.

Para evitar en lo posible la anterior situación y se aplique a personas sujetas a Derecho común en provincias forales y viceversa una legislación civil que no es la que les corresponde, es por lo que el artículo 161 del Reglamento Notarial establece que se hará constar necesariamente en la comparecencia de la escritura la regionalidad de los otorgantes cuando el acto se otorgue fuera del territorio de su región y pueda influir en la determinación de la capacidad y legislación aplicable y —dadas las dificultades de prueba—, tal expresión se haría según el artículo 160, por lo que conste al Notario o resulte de las declaraciones de los interesados y de sus documentos de identidad, circunstancia ésta que no se tuvo en cuenta por el fedatario en las diferentes escrituras de compraventa autorizadas, en las que, si bien se hace constar el nombre del otro cónyuge, se omite toda referencia a la regionalidad y al reseñarse, de otra parte, la vecindad de los mismos en Barcelona ha dado lugar al asiento discutido.

Lo solicitado supone, por tanto, la rectificación de unos asientos registrales que pudieran ser inexactos, debido a un defecto de los títulos que les sirvieron de base para su práctica, y para proceder a ello no son suficientes los documentos presentados, pues según el artículo 40, d), se precisa ineudiblemente el consentimiento de su marido, como titular registral, o en su defecto resolución judicial. (Resolución de 17 de febrero de 1969, *Boletín Oficial del Estado* del 3 de marzo.)

5. *Para inscribir una obra nueva sobre solar perteneciente a varios dueños proindivisos no basta la declaración hecha por uno cualquiera de los copropietarios, sino que se requiere que en la escritura correspondiente comparezcan todos ellos.*

En un principio, a las declaraciones de obra nueva no se les concedió por la legislación hipotecaria la importancia que hoy día deben merecer, por entender que se trataba de hacer constar en el Registro una circunstancia meramente descriptiva no protegida por la fe pública registral, lo que motivó que fueran vistas con desfavor por este Centro, que

en varias de sus Resoluciones declaró la no necesidad de estas inscripciones, ya que al estar inscrito lo principal —el solar— lo estaba también lo accesorio, o como en la de 20 de mayo de 1965, que aunque no hubiera razón de oponer al propietario que tuviese la voluntad o capricho de registrar a su nombre el edificio construido, sería acertado acabar con la práctica de inscribir las edificaciones desligadas de todo contrato o relación de derecho.

No obstante lo expuesto, las declaraciones de obra nueva siguieron ingresando en el Registro al amparo de las disposiciones entonces vigentes, y en virtud de una práctica sancionada por el Centro directivo, hasta desembocar en la actual legislación contenida en los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento, en donde no se contempla en concreto el supuesto de una comunidad de propietarios sobre el solar, y por eso es suficiente para resolver el caso objeto de este recurso.

Si según el artículo 397 del Código civil, “ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ello pudiera resultar ventajas para todos”, parece que tampoco uno sólo de los comuneros podrá exigir la constancia registral de las alteraciones realizadas, bien por el mismo, bien por todos los comuneros o por algunos de ellos, y que se requiera que sean todos los copropietarios del solar quienes comparezcan en la escritura y describan la nueva obra realizada.

La construcción de un edificio puede acarrear alteraciones sustantivas en la titularidad dominical del solar sobre el que aquél se asienta, según resulta, por ejemplo, en los supuestos de los artículos 361 y 1.404 del Código civil o incluso en el de que por no haber concurrido los comuneros a los gastos de la edificación en la misma proporción en que son dueños del solar, hubiesen decidido alterar su participación en el edificio ya construido, posibilidades todas ellas que refuerzan la conveniencia de seguir la tesis que exige la unanimidad, a fin de que así resulten claramente determinados los derechos que a cada copropietario corresponden y el Registro publicará para conocimiento de los interesados y terceros. (Resolución de 20 de febrero de 1969, *Boletín Oficial del Estado* del 11 de marzo.)

6. *La resolución de 21 de febrero de 1969 (“Boletín Oficial del Estado del 12 de marzo) sienta la misma doctrina sobre idéntica cuestión.*

7. *Puede practicarse una anotación preventiva de demanda sobre una finca ganancial cuando la acción interpuesta para que se cumpla el contrato de compraventa lo ha sido sólo contra el marido.*

Una de las materias más debatidas a raíz de la modificación del artículo 1.413 del Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958, ha sido la naturaleza del “consentimiento uxoris”, introducido para los supuestos de enajenación de inmuebles y establecimientos mercantiles de carácter

ganancial, ya que se muestran divergentes las posturas de los autores patrios que van desde la tesis de una codisposición por ambos esposos hasta la que considera que el consentimiento de la mujer supone un negocio de asentimiento equivalente a la licencia marital, sin olvidar otras posiciones intermedias que dificultan la solución de los muchos y arduos problemas que pueden producirse.

El Tribunal Supremo, en las diferentes ocasiones en que ha entrado a examinar la cuestión, ha declarado reiteradamente que la potestad de disposición en los bienes gananciales corresponde exclusivamente al marido, y por eso rechaza la tesis de la codisposición y afirma que la mujer no es parte en los actos de administración y disposición que se realicen, aunque los consienta, y que esta actuación "integra un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de esta disposición en su propia esfera jurídica, que tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital".

Sobre esta base, el propio Tribunal Supremo ha entendido que la relación jurídico-procesal entre los contendientes está bien constituida cuando quien contrató con el marido le demanda solamente a éste —tal como sucede en el caso de este expediente—, ya que no es preciso que se demande también a la mujer para establecer el litis-consorcio pasivo, pues carece de acción contra ella.

Por tanto, dado el carácter ganancial con que aparece inscrita la finca en el Registro —con independencia de que se hiciera la inscripción a nombre de uno de los dos esposos—, no aparece vulnerado el principio de tracto sucesivo, ya que se ha interpuesto la demanda contra la persona que aparece únicamente legitimada para serlo pasivamente —el marido— y es forzoso reconocer, por tanto, que procede anotar la demanda solicitada. (Resolución de 28 de marzo de 1969, *Boletín Oficial del Estado* del 22 de abril.)

## DERECHO CIVIL

1. *Derecho de transmisión en la reserva del artículo 811 del Código civil.*

## ANTECEDENTES

1. Al fallecer en 19 de octubre de 1936 don José Jiménez Castro, en estado soltero, adquiere por sucesión intestada su padre, don Antonio Jiménez, la finca que el primero heredó de su abuelo materno y nace la obligación de reservar.

2. Hasta la muerte del reservista en 8 de enero de 1942 fallecen todos los parientes con derecho a la reserva con excepción de un hermano de la madre, don Félix Castro Jiménez, lo que podría plantear la cuestión de si cabría el derecho de representación en favor de sus descendientes.

3. En vida del reservatario, éste no ejercita el derecho de reversión

de la finca sujeta a reserva, lo que suscita el problema de si la reserva se ha extinguido o cabe el "jus transmisionis".

4. El carácter de reservable del inmueble no consta en el Registro de la Propiedad.

5. Don Enrique Crespo Alba, único heredero del reservatario don Félix, en escritura de adicción a la partición de bienes de su tío, incluye la finca discutida y solicita se inscriba a su nombre al dar por supuesto que el "jus transmisionis" ha tenido lugar.

---

El Registrador suspendió la inscripción solicitada "... en tanto no se declare judicialmente el carácter reservable de esta finca a favor de don Félix Crespo Jiménez, ya que, a tenor de lo que dispone el párrafo segundo del artículo 265 del Reglamento Hipotecario, el Registrador se abstendrá de asignarles el carácter de reservables a los bienes si los reservistas no lo hicieran constar expresamente, sin ser además suficiente para reputarlos de tales, los datos e indicaciones que resulten de los documentos presentados o de anteriores inscripciones".

La Dirección General sienta la siguiente doctrina:

Como uno más de los problemas derivados de la aplicación del artículo 811 del Código civil, se encuentra el de si cabe el "jus transmisiones" del derecho de los reservatarios, que mantiene dividida a la doctrina patria, pues mientras unos autores se inclinan por la postura afirmativa en base fundamentalmente al artículo 1.112 del Código que establece la regla general de transmisibilidad de los derechos, y a que el reservatario adquiere el dominio de los bienes sujetos a reserva en el momento del fallecimiento del reservista, por lo que se encuentran dentro de su patrimonio, o al menos lo está su derecho a aceptar o repudiar esa sucesión, que se transmitirá a sus herederos de conformidad con el artículo 1.006 del mismo Código civil, otros autores sostienen que no es posible la aplicación del "jus transmisionis", dado el carácter personalísimo que tiene el derecho a la reserva, por lo que si el reservatario fallece sin haber reclamado los bienes, nada transmite a sus herederos porque no aparece consumada la misma.

Una postura intermedia mantiene la aplicación del "jus transmisionis" en todos aquellos casos en que la reserva se hubiese cumplido voluntariamente por el reservista, tanto en acto inter vivos como mortis-*causa* o resultare cumplida, en su defecto, de la aplicación de las reglas de la sucesión abintestato —lo que no es el caso contemplado en el supuesto—, pero no tendrá lugar dicho "jus transmisionis" cuando al no ser heredero por título alguno el reservatario del reservista, no haya ejercitado el primero su derecho a reclamar los bienes reservables, todo ello debido al carácter personalísimo del mismo.

Con excepción de la sentencia de 14 de junio de 1945, que incidentalmente declara la transmisión al sucesor del derecho a la reserva no ejercitado, el Tribunal Supremo mantiene reiteradamente la postura negativa,

dado que el derecho a la reserva de bienes del artículo 811 del Código civil es de carácter personalísimo y sólo cabe su ejercicio por la persona que reúna las circunstancias previstas en la Ley, sin que pueda transmitirse a otras que no estén dentro del tercer grado, ya que debido a aquel carácter, la acción quedó extinguida si no la ejercitó el reservatario, y solamente si éste fallece después de haber hecho la reclamación, sus herederos podrán pedir los bienes reservables, pero no porque se les haya transmitido su derecho a la reserva, sino como continuadores de la personalidad del causante y haber éste manifestado su voluntad de adquirirlos.

Lo expuesto revela la prudencia en que ha de desenvolverse esta materia en la que tantos interesados pueda haber, y de la que es fiel reflejo la propia Ley Hipotecaria en los artículos 185 y 188, en donde se establece que los reservistas podrán, sin el concurso de los reservatarios o sus representantes legales, hacer constar en el Registro la calidad de reservables de los inmuebles, dado que sobre ellos pesa la obligación de dar cumplimiento a la reserva, pero si no sucede así, según ordena el artículo 265 del Reglamento Hipotecario, los Registradores se abstendrán de asignarles este carácter al practicar los correspondientes asientos cuando no sean estos reservistas quienes lo pidan, incluso aunque de los datos o indicaciones que resulten de los documentos presentados o de anteriores inscripciones pudieran parecer que se trataba de una reserva.

De todo lo expuesto resulta que no aparece firmemente acreditado en los documentos presentados el derecho del solicitante, supuesto necesario para que pueda tener lugar la inscripción pedida, tal como declaró la Dirección General con relación a un supuesto de bienes reservables en la Resolución de 16 de septiembre de 1947 sino que por el contrario, de la exposición de los hechos acaecidos realizada por el Notario, es posible que puedan aparecer otras personas interesadas, circunstancia esta última que basta para entender justificada la posición del Registrador hasta tanto no presten aquellas el debido consentimiento al acto o en su defecto, se presente la resolución judicial correspondiente, caso de que la cuestión se haya ventilado ante los Tribunales, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la Ley. (Res. de 19 de febrero de 1969, *Boletín Oficial del Estado* del 7 de marzo.)

## *2. Facultades del albacea contador-partidor para determinar el carácter de bienes reservables.*

La naturaleza jurídica de la reserva viudal y la posición que ostentan el reservista y los reservatarios aparece muy controvertida en la doctrina patria, pues mientras unos autores entienden que en toda reserva de este tipo se está ante una sustitución fideicomisaria o una situación de desdoblamiento de usufructo y nuda propiedad, en la que el reservista sería un fiduciario o usufructuario y los reservatarios tendrían el carácter de fideicomisarios o nudos propietarios, con lo que estos últimos sucederían directamente al cónyuge premuerto, otros autores se inclinan por considerar

que los reservatarios a quien suceden es al reservista, dado que la reserva tiene el carácter de una legítima especial, concretada en unos bienes determinados que se localizan dentro de la herencia del bínubo.

En los preceptos comprendidos en la sección segunda, capítulo V, del libro III del Código civil, que regula la materia, parece desprenderse que los bienes reservables forman parte de la herencia del reservista (y no de la del cónyuge premuerto, de donde proceden), ya que: a) al fallecimiento del cónyuge, el sobreviviente recibe los bienes sin limitaciones, entran a formar parte de su patrimonio y puede enajenarlos válidamente (artículos 974 y 976 del Código civil); b) la sucesión en los bienes reservables se realiza separadamente y con independencia de la del cónyuge premuerto, puesto que el artículo 973 prescribe que en la sucesión de aquellos bienes se seguirán las reglas de la línea descendente, aunque a virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto o hubieren renunciado o repudiado su herencia"; c) el reservista puede mejorar (artículo 973-1.º) y desheredar (artículo 973-2.º) a los reservatarios de los bienes reservables y la mejora, ordinariamente, sólo puede hacerla por delegación del premuerto "cuando no hubiera contraído nuevas nupcias" (artículo 831).

Al formar parte los bienes reservables de la herencia del reservista, podrá el albacea contador-partidor, designado por el testador con amplias facultades, resolver todas las incidencias de las operaciones particionales, entre las que se encuentra, tal como declaró la sentencia de 2 de marzo de 1959, la de fijar reservas sin necesidad de que hayan de comparecer los reservatarios como herederos del difunto, ya que en este caso la partición no tendría carácter unilateral al intervenir otras personas, además de las que el testador designó para el cumplimiento y ejecución de su última voluntad; todo ello sin perjuicio de la posibilidad por parte de los reservatarios de impugnar los actos del contador cuando no estén acordes con la voluntad testamentaria o se hayan hecho contraviniendo sus derechos.

En el supuesto concreto de este expediente no se determinaron en las operaciones particionales del cónyuge premuerto los bienes que el bínubo adquirió por su participación en la sociedad de gananciales o con cargo a la cuota legal y tercio de libre disposición de la herencia de aquél, ni tampoco aparece que después, tanto el padre reservista como los reservatarios ciertos y mayores de edad, a que se refiere el artículo 185 de la Ley Hipotecaria, solicitaran se hiciese constar en el Registro la calidad de reservables de los bienes para que de esta forma quedara determinado cuáles formaban esa masa, por lo que, en virtud de lo expuesto en los considerando anteriores, debe concluirse que, atendidas estas circunstancias (y ante la falta de concreción habida), puede el albacea contador-partidor proceder a deslindar los bienes que tienen el carácter de reservables. (Res. de 14 de abril de 1969, *Boletín Oficial del Estado* del 6 de mayo.)

## DERECHO MERCANTIL

*Denominación coincidente entre sociedad anónima a constituir, con otras constituidas según certificado del Registro de Sociedad*

La cuestión que se plantea en este recurso es si puede imponerse a una sociedad una denominación: "Cerámica San José", coincidente con la de otras dos que aparecen ya constituidas según el certificado del Registro de Sociedades incorporado a la escritura, "Cerámica San José, Sociedad Limitada" y "Cerámica de San José (Espigares y Quesada, Sociedad Limitada)", y con una de ellas solamente, conforme a un segundo certificado presentado al solicitar la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil.

La Dirección General sienta la siguiente doctrina:

El Registro de Sociedades creado por el Reglamento del Registro Mercantil en 1919 tiene como misión centralizar en un fichero único todas las denominaciones de Sociedades Mercantiles constituidas en España, a fin de proporcionar a través de los certificados, tanto a los particulares como a los funcionarios especialmente aptos en estas cuestiones, como son Notarios y Registradores, la información necesaria para que se cumpla lo prevenido en los artículos 2 de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada e impedir que se adopte por las nuevas Sociedades a constituir una denominación susceptible de confundirse con otra preexistente.

En el presente caso es forzoso estimar que se está ante una situación de identidad, pues la simple variación en cuanto a la primera de las palabras que componen la denominación elegida —Cerámica— del singular por el plural, con la supresión de la letra "s" y total igualdad en las dos restantes de carácter específico no establecen variación apreciable en cuanto al nombre elegido, y lo mismo habría que decir respecto de la otra Sociedad preexistente, pues aquí la semejanza es total, a excepción de la preposición "de" intercalada, que tampoco viene a introducir suficiente diferenciación.

La posibilidad fáctica a que alude el Notario en su informe, de llegarse a constituir con un mismo nombre varias sociedades a consecuencia de que la petición de certificados del Registro Central sea simultánea o casi simultáneamente hecha por diferentes personas, interesante de "iure condendo", para una futura reforma legislativa, debe tratarse de evitar, y no es argumento que pueda dar lugar a que el Notario, a la vista de un certificado afirmativo —como ocurre en este caso— autorice la constitución de una sociedad con una denominación ya utilizada, pues a través de esta certificación tiene la información y los elementos de juicio necesarios para el cumplimiento de su función. (Res. de 4 de diciembre de 1968, *Boletín Oficial del Estado* del 21 de diciembre.)

Suscripción anual: España, 400,— pesetas.  
Extranjero, 540,— pesetas.  
Número suelto: España, 125,— pesetas.  
Extranjero, 150,— pesetas.