

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXIII  
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE  
MCMLXXX

# 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 Derecho civil

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 Registro  
y del Notariado

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
Notario de Madrid

Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIBA  
Profesor A. de Derecho civil y Abogado  
del I. C. de Madrid

## SUMARIO

Páginas

### Estudios monográficos

JOSÉ A. DORAL y MARINA MARTÍNEZ-PARDO: <i>Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses</i> ... ..	523
MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: <i>El sistema matrimonial según la Constitución y los acuerdos de la Santa Sede</i> ... ..	571
ANTONIO MORALES MORENO: <i>El alcance protector de las acciones edilicias.</i>	585

## Estudios legislativos

JOSÉ BONET CORREA: <i>El ordenamiento monetario español y el nuevo régimen jurídico de control de cambios</i> ... ..	687
--	-----

## Bibliografía

Libros ... ..	709
CORRAL, CARLOS; ECHEVARRIA, LAMBERTO DE: <i>Los acuerdos entre la Iglesia y España</i> , por R.—FORNES, JUAN: <i>El nuevo sistema concordatario español</i> , por R.—GARCIA DE ENTERRIA, E.; LINDE, E.; ORTEGA, L. I.; SANCHEZ MORON, M.: <i>El sistema europeo de protección de los derechos humanos</i> , por R.—RODRIGUEZ ADRADOS, ANTONIO: <i>Sobre las consecuencias de una funcionarización de los Notarios</i> , por M. R. V.—ROTONDI, MARIO: <i>Inchieste di Diritto comparato</i> , por R.—VALLET DE GOYTISOLO, JUAN: <i>Estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades</i> , por J. Bonet Correa.—VATTIER FUENZALIDA, CARLOS: <i>Sobre la estructura de la obligación</i> , por J. Bonet Correa.	

## Revista de revistas

A cargo de José R. Antón Riesco ... ..	725
--	-----

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

A cargo de José M. Chico y Ortiz ... ..	739
---	-----

## Jurisprudencia

<b>I. Sentencias comentadas</b> ... ..	759
<i>El «leasing» financiero y la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles</i> (Comentario a la Sentencia del T. S. de 28 de marzo de 1978), por Antonio Cabanillas Sánchez.	
<b>II. Sentencias</b> ... ..	786

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

I. S. S. N. 0210 - 301X  
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 XXXIII  
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE  
MCMLXXX

**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**

# Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses

JOSE ANTONIO DORAL (Catedrático de Derecho Civil)

J. MARINA MARTINEZ-PARDO (Magistrado)

SUMARIO: I. Planteamiento del problema.—II. Enfoque metodológico.—III. Características generales de la obligación de pago de intereses: 1. Carácter accesorio. 2. Deudas de dinero.—IV. Clases de intereses: 1. Referencias normativas. 2. Criterios doctrinales. 3. Distinción entre interés y figuras afines.—V. Fuentes de la prestación de intereses: 1. Intereses convencionales. 2. Intereses legales. 3. Valoración crítica de la doctrina tradicional.—VI. Examen del artículo 1.108: 1. Su ámbito propio. 2. Extensión del supuesto de hecho. 3. Relación con lo dispuesto en el artículo 1.124.—VII. La cuestión en el préstamo mutuo: 1. Incumplimiento de la obligación de pagar intereses. 2. Operaciones sustancialmente equivalentes al préstamo de dinero.—VIII. La jurisprudencia de equidad en materia de intereses: 1. Acción de resolución. 2. Acción de daños y perjuicios.—IX. Liquidación en sentencia de los daños y perjuicios.—X. Consecuencias de la equiparación legal entre intereses, daños y perjuicios: 1. Diferencia de trato entre acreedores. 2. Enriquecimiento sin causa. 3. Daño directo producido por incumplimiento: A. Dolo. B. Culpa. C. Mora.—XI. Soluciones propuestas: 1. Supuestos en que el prestamista haya previsto el incumplimiento. 2. Supuestos sin previsión: A. La posesión de dinero. B. Clases de posesión de dinero: a) Posesión natural; b) Posesión civil; c) Posesión de dinero de buena o mala fe. C. Liquidación de la gestión posesoria. 3. Propuesta de *lege ferenda*.

## I. PLANTEAMIENTO

El incumplimiento de una obligación dineraria es sancionado por el Derecho con la imposición coactiva del pago del principal y, además, pero sólo además, de los «intereses legales». Todo en virtud de la aplicación del artículo 1.108 del Código civil, mediante una interpretación de dicho precepto que resulta hoy insostenible.

La situación económica por la que atraviesa el mundo, el elevado índice de inflación y las dilaciones procesales, son aliados del deudor sagaz que recibe las ventajas de una fuente anómala de financiación. Cabe decir que el incumplimiento tiene «prima»,

la informalidad premio y la Sociedad, con la actual interpretación del concepto de daños y perjuicios y con la confusión de las distintas clases de intereses en una sola figura, está indefensa; sobre todo, quienes prestan con carácter ocasional o quienes por el rigor de los vínculos de parentesco, amistad, relaciones de clientela, etc., no prevén las consecuencias del incumplimiento o no se atreven a la hora de contratar a admitir tal posibilidad, porque ello atentaría a la honorabilidad y confianza depositada en el deudor. El problema no afecta, en cambio, a los prestamistas más o menos habituales ni, por supuesto, a las entidades mercantiles de crédito. Todas ellas con servicios organizados han redactado sus pólizas de crédito, sus contratos de préstamo previendo toda suerte de riesgos, garantías y rendimiento.

Por la vía de la libertad contractual y con el oportuno asesoramiento de juristas especializados, es difícil imaginar que un prestamista institucional resulte afectado por el retardo malicioso o simplemente casual en el cumplimiento de la obligación de devolver. A ello colabora la generosa adaptación de la jurisprudencia de equidad que no estima usurarios intereses que en otro tiempo merecían tal calificación.

El presente trabajo pretende ofrecer fórmulas para corregir desequilibrios patrimoniales a que da lugar el incumplimiento de la obligación de pagar intereses, en los casos en que resulta insuficiente la aplicación de las tesis tradicionales. Corrección a la que se puede llegar por una prudente aplicación de las propias normas del Código civil, siempre y cuando fijemos con claridad la prestación de intereses, el carácter de los intereses atendiendo a su fuente y la diferencia con prestaciones afines, como la de indemnizar daños y perjuicios.

La interpretación actual del artículo 1.108 pone de relieve la necesidad de una futura reforma del precepto; pero, entre tanto, una solución adecuada del problema por vía de exégesis que el texto legal no excluye, pudiera acallar el clamor social que denuncia la situación injusta a que conduce, devolver la confianza plena en los Tribunales y poner de manifiesto, una vez más, que el Derecho es para la vida y, generalmente, va detrás de ella.

## II. ENFOQUE METODOLOGICO

Se ciñe este estudio a ese tipo de prestaciones dinerarias (pago de una cantidad), entre las que figura la «prestación de intereses».

Con ser éste un tema de tanta actualidad como tradición histórica, falta un estudio de conjunto que facilite la comprensión cabal de una casuística rica en problemas y, sin duda, compleja en las soluciones; un estudio que permita advertir la unidad del articulado disperso en el Código civil aplicable a la materia. Cierto que un estudio exhaustivo de la prestación de intereses extra

vasa el estricto marco del Derecho civil, porque esta temática compone el núcleo que más decisivamente contribuye a la formación del Derecho monetario como especialidad, pero, todavía hoy, encuentra en el ámbito del Derecho civil su encaje más genuino.

Por diversos cauces, en la doctrina más reciente (1) se proponen medidas tendentes a paliar las consecuencias de una aplicación mecanicista de las normas que de alguna manera contemplan la puntualidad en el pago de las deudas de dinero, distinguiendo al efecto entre la *mora* y otras formas de contravención al tenor de las obligaciones por *retraso culpable*, y ese es también el criterio de las legislaciones modernas en Derecho comparado, artículo 1.153 del Código civil francés y 1.224,2 del Código civil italiano.

Pero eso no obsta a la afirmación de que sería oportuno un estudio de conjunto sobre el tema; afirmación que encuentra su apoyo en que a la prestación de intereses le son aplicables los criterios rectores y reglas generales que rigen la doble vertiente, económica y jurídica, de los intereses: en sentido *jurídico*, los intereses son frutos civiles que derivan «indirectamente» de una relación crediticia, son frutos del crédito, y, en sentido *económico*, por intereses se entiende el rendimiento «directo» «que devenga un capital», artículos 355, 3.º, 884, 1.049, C. c., S. de 30 diciembre 1914 y 27 octubre 1944, carácter que no desaparece cuando la prestación de intereses asume función indemnizatoria.

A esos aspectos privatísticos de la prestación de intereses desde la perspectiva del Derecho común atiende con preferencia este trabajo, por lo que sus conclusiones son extensibles también a otros campos.

Por parecer éste el enfoque más adecuado, la primera parte del presente trabajo está dedicada a exponer la configuración tradicional o clásica de dichas obligaciones con el fin de analizar luego, a la luz de aquellos criterios, su tratamiento actual desde una panorámica científica y jurisprudencial más abarcante.

Mientras que la configuración tradicional puede cuestionarse, la importancia práctica de estas obligaciones es incuestionable, hasta el punto de que ha podido decirse que «dominan ampliamente nuestra existencia y no tan sólo la vida económica» (2).

Esta importancia práctica justifica el análisis detallado de algunos aspectos que sólo indirectamente rozan con el problema concreto, cuya consideración principal suscita este estudio: la interpretación del artículo 1.108 desde el punto de vista del pago de intereses.

---

(1) Cfr. M. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II. Obligaciones. Parte general, Barcelona, 1970, pág. 53; L. Díez PICAZO, *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, A. D. C., 1969, pág. 404; J. CARDENAL FERNÁNDEZ, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1979, pág. 338.

(2) J. W. HEDEMAN, *Tratado de Derecho civil*, trad. y notas de J. Santos Briz, Madrid, 1958, pág. 88.

### III. CARACTERISTICAS GENERALES DE LA OBLIGACION DE PAGO DE INTERESES

#### 1. *Carácter accesorio*

Las obligaciones de pago de intereses tienen como característica común la de ser prestaciones *accesorias*. Esta es su nota dominante, así como es característica común a los intereses la de ser frutos civiles, artículo 355 del C. c., enlazados a la relación jurídica principal como el «producto» a la «fuente» productora: el artículo 1.108 consagra la regla de la productividad del dinero, que se refleja en muchos preceptos de modo positivo o negativo, aludiendo a las consecuencias de dejar un capital improductivo, artículos 264, 4.º; 269, 6.º; retrasar el empleo por su titular o beneficiarse de esa suma un tercero, artículo 1.724 del C. c.

Del carácter accesorio de las obligaciones de pago de intereses se siguen, entre otras, las siguientes consecuencias:

1.º Están incorporadas a una obligación principal de la que dependen (3) (deuda que los devenga u obligación de capital).

Por eso, al estar incorporadas a una obligación principal del mismo género, participan de su naturaleza y tiene relevancia jurídica la causa: *causa credendi, causa solvendi*... donde se encuentra en realidad la *ratio debendi*, por lo que no es la misma en todos los casos.

También por ser *parte*, le son aplicables los principios que rigen el *todo*, por lo que ha de acudir a esos principios informadores de la obligación principal en cada uno de los problemas relativos a su calificación como tales prestaciones de intereses, así como para aplicar por analogía las normas reguladoras; compra-venta, sociedad, préstamo...

2.º Su desenvolvimiento está sujeto a los mismos avatares de la obligación principal a que están incorporadas:

«Su existencia, dice OSSORIO MORALES, está siempre condicionada a la de ésta, de suerte que nacen con la obligación principal a favor del mismo acreedor, se transmiten con ella al cesionario y dejan de producirse cuando la obligación principal se extingue» (4).

La obligación de pagar intereses corresponde—como relación jurídica derivada— a la categoría lógico-jurídica conocida con el término genérico «obligaciones pecuniarias».

En este tipo de obligaciones, «lo debido» es una suma: una

---

(3) Una consecuencia es la liquidez del crédito, a efectos de la mora; por eso, los intereses «moratorios», a excepción de los que son resultado de la convención, que no fueran demandados al mismo tiempo que el principal no puedan reclamarse en nuevo pleito, S. de 21 noviembre 1890.

(4) J. OSSORIO MORALES, *Lecciones de Derecho Civil*, Obligaciones y contratos, Granada, 1956, pág. 74.

cantidad de dinero, cuya cuantía se fija en una *determinada* suma, y a estas obligaciones se aplica con propiedad el significado jurídico del término *deudas pecuniarias*, deuda pecuniaria *simple*; o, por ser *determinable*, «deuda de valor», se concreta en la liquidación en sentencia.

De este modo, dentro de la categoría global compuesta por las «obligaciones pecuniarias» pueden distinguirse, a su vez, dos especies:

a) Las *deudas pecuniarias* propiamente dichas, que son deudas de un importe determinado cuyo monto se concreta de antemano en una suma de dinero, que interviene en función de «medio de pago».

La deuda de dinero es, dice GARRIGUES, «normalmente» una deuda de determinado valor que se mide por ciertas unidades de dinero (5).

b) Las deudas relativas a un valor que ha de cubrirse con una suma. El dinero interviene en estas deudas con función diferente: tiende a llenar un «hueco de valor».

En estas deudas, el sentido del dinero se manifiesta empíricamente como una constante de valor (6), como expresión de cualquier valor patrimonial, tomando esa propiedad esencial que es la estabilidad valorativa.

El dinero interviene como «medida de valor», del valor de las cosas en sentido objetivo, por medio de su trocabilidad, por lo que se dice interviene como «dinero de sustitución» (cumplimiento por equivalente).

Todavía el primer grupo, pese a la aparente uniformidad de las deudas propiamente pecuniarias, admite una gran diversidad (7) y, en efecto, estas prestaciones de pago de intereses tienen unas características muy singulares.

No están sujetas al mismo régimen las deudas de los llamados «intereses convencionales», que las deudas de intereses «legales». Difieren, en efecto:

— Los principios normativos que informan su disciplina jurídica y prestan a las disposiciones legales una unidad sistemática SS. de 30 octubre 1956, 30 junio 1956, 19 marzo 1961...

— La fuente de la obligación principal respecto de que son prestaciones accesorias determina el modo en que ha de verificarse el pago.

Aquella distinción entre las obligaciones dinerarias de una cantidad debida (*deuda pecuniaria simple*) y las deudas estrictamente de valor (*deudas de valor*), ha sido recogida por la Jurisprudencia, SS. de 27 febrero 1945 y 21 de enero de 1978. Entre las deudas de valor figuran las de resarcimiento de daños, por razón de segu-

(5) J. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II, I. Madrid, 1940, pág. 228.

(6) G. SIMMEL, *Filosofía del dinero*, Madrid, 1977, pág. 115.

(7) J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, Derecho general de las obligaciones, Barcelona, 1959, pág. 233.

ro, obligaciones alimenticias, el pago de las legítimas... La deuda de valor proporciona un valor al patrimonio del acreedor, mientras que la deuda pecuniaria simple proporciona al acreedor una cantidad de dinero determinada. Por eso, cuando la obligación consiste en una «deuda de valor» el riesgo de la devaluación monetaria no afecta al acreedor o le afecta únicamente en escasa medida (8).

Las prestaciones dirigidas a la compensación de un enriquecimiento injusto son deudas de valor, en la medida, dice LARENZ, que si lo obtenido mediante éste no puede ser restituido, se dirigen a la indemnización del valor (9).

Puede afirmarse que la deuda de intereses es *siempre* accesorio: la deuda de intereses presupone una deuda de capital sin la cual no se pueden originar aquéllos (10).

Mientras que no tienen ese carácter típicamente accesorio las deudas de valor, entre las que figuran la prestación de daños y perjuicios y la pretensión de enriquecimiento injusto, porque el cumplimiento se hace «en forma» de prestación dineraria, pero sólo en «forma»; por eso no es preciso que figure una cuantía determinada desde el origen de la obligación.

El carácter accesorio de la deuda de intereses parece deducirse de los artículos 1.101 y 1.124; pero la jurisprudencia reconoce que el resarcimiento es una prestación sustitutiva o por equivalencia.

A efectos de este estudio ofrece especial interés el análisis de la indemnización en dinero como compensación de los daños derivados de la mora del deudor en el cumplimiento de una deuda de dinero, lo que requiere concretar, en estos casos, qué entender por daño; qué extensión tiene; cómo compensar el perjuicio; qué resortes pueden emplearse cuando no es suficiente para resarcir al acreedor con la suma obtenida más el interés legal; qué es el «mínimo» de reparación; qué alcance tiene la aplicación analógica relativa a las consecuencias de la mora del deudor cuando éste no sólo no hace «lo que debe —pagar en tiempo y forma—, sino que, además, hace «lo que no debe», abusar, a costa o otro, de su posición de ventaja ocasional, lo que constituye un caso de «dolo del deudor»; en definitiva, si la mora es el único retraso relevante a efectos indemnizatorios y por qué, en tal caso, se limitan esos efectos indemnizatorios al módulo de los intereses legales (11).

Las SS. de 21 enero 1978 y 29 de junio de 1978, que reiteran el

(8) KARL LARENZ, *Derecho de obligaciones*, Trad. notas J. Santos Briz, tomo I, Madrid, 1958, pág. 183

(9) KARL LARENZ, o. c., págs. 184 y ss.

(10) La obligación de pagar intereses es accesorio de la obligación de capital, en cuanto el origen y cuantía de la primera depende de la segunda. KARL LARENZ, *Derecho de obligaciones*, pág. 185.

(11) Vid. J. CARDENAL FERNÁNDEZ, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, págs. 190 y ss; E. GONZÁLEZ GARCÍA, *Ingresos indebidos y pago de intereses por el Estado*, en *Diritto e pratica tributaria*, XLIX (1978), páginas 827 ss.

criterio seguido en S. de 20 mayo 1977, relativas ambas a la indemnización de daños y perjuicios en general, distinguen como momentos diferentes:

1.º *Fijación de cuantía*: en materia de indemnización de daños y perjuicios en general, el órgano jurisdiccional ha de estar en cuanto a la fijación de su cuantía —cuando lo que se pide sea una reparación pecuniaria— no a la fecha de causación de aquéllos, sino al día en que recaiga en definitiva la condena a la reparación, o, en su caso, a la posterior en que se liquide su importe en el período de ejecución de sentencia.

2.º *La valoración de la conducta relativa al daño*, motivado por el retraso en el abono de la indemnización: las consecuencias del retraso en el abono de la indemnización y las agravaciones de la obligación (en el caso concreto por hallarse expuesto a la intemperie el inmueble dañado) han de recaer sobre quienes, sin fundamento, impidieren el cumplimiento a su tiempo de la obtención del resarcimiento.

¿Es aplicable el mismo criterio a las deudas pecuniarias *simples* cuando el deudor hace «lo que no debe»?

La referida sentencia precisa una salvedad: «toda vez que se trata no de una deuda pecuniaria simple, sino de una deuda de valor». De ese modo, el Tribunal Supremo parece preocuparse por no sentar en las deudas pecuniarias simples un criterio diferente al hasta ahora mantenido, sin duda consciente del alcance político, económico y social de las implicaciones, precisamente respecto a los «efectos de la inflación monetaria» (11 bis).

Pero por vía de exégesis entiendo que dicho criterio debiera ser extensivo a las obligaciones «simplemente pecuniarias». En apoyo de esta tesis cabe invocar, entre otros, estos argumentos:

— *histórico*; el Anteproyecto belga (Laurent), artículo 1.157, que fue tenido en cuenta en el Anteproyecto de 1882-1888, exceptúa de la regla de reducir los daños y perjuicios que resultan de la mora en las obligaciones que se limitan al pago de una cantidad a los intereses legales, el supuesto en que intervenga «dolo del deudor» (12); en tal caso, si el acreedor demuestra haber experimentado un daño corresponde al deudor resarcir con cantidad superior a la legal.

— *lógico*; puesto que la categoría genérica de ambas prestaciones —pecuniariedad de la prestación— es común, aunque tengan rasgos claramente diferenciales pecuniariedad inicial o final.

— *sistemático*; merced a lo dispuesto en el artículo 1.103, que es aplicable a *toda* clase de obligaciones.

---

(11 bis) Vid. J. BONET CORREA, *Las consecuencias de las alteraciones monetarias en la indemnización de daños y perjuicios* (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1977 y 21 de enero de 1978). A.D.C., 1979, págs. 257 ss.

(12) Cfr. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil español, 1882-1888*, Madrid, 1965, pág. 348.

Estos argumentos serán expuestos con mayor amplitud a lo largo de este trabajo.

A esa misma conclusión se llega aplicando la doctrina general relativa a los intereses como frutos civiles y, por analogía, las reglas de liquidación de un estado posesorio, la posesión de dinero ajeno.

#### IV. CLASES DE INTERESES

##### 1. *Diferencias normativas*

El artículo 355, en el apartado tercero, hace una descripción de los frutos civiles que no incluye los intereses. A tenor de lo dispuesto en este artículo, son frutos civiles: «el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas».

No figuran en dicha enumeración los intereses, pese a que tienen la consideración de frutos civiles y así confirma la jurisprudencia que el concepto de «interés legal»: «gramatical y jurídicamente se refiere siempre al producto o provecho de un «capital en dinero», S. de 29 de octubre 1944 (13).

El Código civil emplea el término intereses en numerosos preceptos (14).

##### 2. *Criterios doctrinales*

El término interés es susceptible de significados diferentes y puede atribuirse a conceptos distintos; lo que lleva consigo la necesidad de intercalar, en cada caso, otros términos determinativos, tales como «intereses personales», «intereses de demora» «intereses vencidos», «intereses de intereses», «intereses voluntarios», «intereses legales»...

Esta multiplicidad de significados obliga a delimitar el sustantivo común «intereses» y a excluir lo que, en rigor, no son intereses.

La característica más acusada de los intereses es su consideración de «frutos», a que se añade el calificativo de «civiles», artículo 354. De esa consideración prioritaria derivan dos notas comunes a los intereses:

1.º Que suponen una *relación jurídica* de que los intereses toman:

(13) En términos jurídicos, el concepto de interés, según Díez-Picazo y Gullón, hace referencia al precio en dinero por la utilización o el disfrute de un capital que sea también dinerario. L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1976, pág. 117.

(14) Artículos 1.881, 1.885, 1.049, 1.682, 1.724, 1.688, 273, 1.896, 1.120, 494, 495, 517 a 519, 502, 510, 505, 1.109, 1.916, 1.770, 884, 870, 1.110, 1.152, 1.126, 1.124, 1.838, 2, 1.896, 1.501, 1.303, 1.868, 1.295, 1.755, 1.756, 1.371, 286, 517.

a) Su fundamento: esto es, la razón inmediata de su exigibilidad. La deuda de intereses supone una obligación dineraria que los produzca (15).

b) *Su carácter*: en la doctrina suele invocarse comúnmente el término «correspectivo» para indicar la «onerosidad» de la deuda de intereses y ajustarla al engranaje causal de la equivalencia de prestaciones (16).

c) *Sus límites intrínsecos*, ya que la obligación principal de que dependen marca:

— *El origen*: el momento en que el deudor puede efectuar la prestación, el vencimiento.

— *La cuantía*: el «quantum» a que asciende la prestación. En los intereses en sentido estricto la cuantía se mide en proporción al importe de la suma adeudada, S. de 30 junio 1967.

— *La garantía*: el gravamen real que asegura la devolución se extiende a los intereses, artículos 1.871 del C. c.; 114 LH; 9 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, de 16 diciembre 1954.

d) *Los límites extrínsecos*, por ser determinante de los terceros perjudicados.

2.º Como fruto supone la «sustancia» que, en la vertiente económica, se entiende como «capital» en dinero. El «capital», se dice, produce «intereses», o, lo que es lo mismo, los intereses son frutos del capital en dinero, S. de 29 de octubre de 1944, antes citada. De aquí se derivan otras notas inherentes a la noción de intereses:

a) Su relación con el «frui», precio del disfrute de un capital en dinero ajeno o compensación del no disfrute: la «contraprestación» del dinero o la «retribución» del capital.

b) Participación de la misma sustancia: *remuneración* de una cantidad «debida» (17).

c) Las circunstancias relativas a esa idea predominante «proporcionalidad» y «temporalidad», puesto que, de otro modo, los intereses se confundirían con la «sustancia» de que «proceden».

De donde:

— El carácter de «fracción»: los intereses son fraccionables.

— El modo de satisfacerles: «periodicidad» (18): el deudor ha de satisfacer los intereses periódicamente, en pagos «parciales».

(15) Según la definición dada por el R. G. Z. 168: «son intereses» la remuneración expresada en una determinada fracción de la cantidad debida, que el deudor ha de satisfacer periódicamente por el uso de un capital consistente en dinero u otra cosa fungible.

(16) L. ARECHEDERRA ARANZADI, *La reciprocidad de las prestaciones*, Madrid, 1979, pág. 300.

(17) La deuda de intereses presupone, por tanto, una deuda de capital, sin la cual no se pueden originar aquéllos. J. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, tomo I, trad. notas J. Santos Briz, Madrid, 1958, pág. 184.

(18) Además de estar en función de una deuda principal de capital, los intereses están en función del tiempo durante el cual ese capital se disfruta. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I, II, pág. 342.

### 3. Distinción entre interés y figuras afines

Se excluyen del género común de intereses estos conceptos:

— Las prestaciones sustitutivas o por equivalencia: indemnización en dinero, por más que, a veces, se emplee de modo equívoco el término «intereses compensatorios», puesto que el interés, como fruto, supone *ventaja*: incremento patrimonial, producto, rendimiento de una deuda de capital.

— El resarcimiento de un daño en dinero, por la misma razón.

— Las rentas, que se basan en la idea básica de prestación por el uso de una cosa específica o en el carácter tuitivo, no en la de goce o disfrute de un capital en dinero ajeno (19).

— Las cuotas de amortización, que son simples «pagos a cuenta»: operaciones contables.

— Los dividendos, beneficios de empresa que dependen directamente de la existencia de beneficios.

— Descuento y recargo, porque la temporalidad nada tiene que ver en ellos con el carácter periódico de los frutos.

A cada uno de estos conceptos se aplican unos criterios diferentes, como ocurre también dentro del concepto intereses correspondientes, compensatorios, moratorios, que, como se verá, más que una clasificación de intereses resumen o aglutinan los principios informadores de la obligación a que se adscriben, respecto de la que son accesorias:

A) Los intereses «correspectivos» son aquellos a que con mayor propiedad convienen las características de la prestación de intereses (20):

1.º Prestación accesoria de una obligación principal: el crédito correlativo a la restitución de un capital o suma de dinero que el obligado tiene y de la que éste dispone en beneficio *propio*; disfrute en beneficio propio de una suma o capital ajeno.

2.º El interés objeto de la prestación accesoria, como beneficio o fruto civil, es correspondiente de la ventaja que le supone dilatar la restitución de la cantidad debida.

Ejemplo de esta clase de intereses lo suministra el artículo 1.682, en cuanto que si el obligado a aportar una suma (obligación principal) no la aporta, se convierte «de derecho» en deudor de intereses, mientras que la sociedad deviene titular del «crédito de restitución». Dicho precepto señala:

(19) La renta, con su misma reiteración, constituye la obligación debida por el deudor por carácter de principal. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, I, pág. 343. Sobre las figuras *análogas* a los intereses, Vid. M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, Derecho de obligaciones. Parte general, página 50.

(20) Como «frutos civiles» que derivan de la natural productividad del dinero y se fundan en el uso normal del mismo. Vid. J. CARDENAL, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, pág. 256.

a) El momento en que nace la obligación accesoria: el día en que debió aportar la suma y momento de formación del título que funda el derecho a percibir intereses.

b) No indica el *quantum*, que será proporcional a la suma debida: el importe del *beneficio* obtenido por quien goza.

c) Acreedor es la sociedad frente a quien goza o se beneficia en nombre propio de la suma que produce intereses. Si *además*, el incumplimiento produce *daño*, los intereses son moratorios: intereses por razón de morosidad. Se advierte cómo los intereses correspectivos «preceden» a la mora.

Aplicar a usos propios la cantidad debida produce un interés injustificado, artículo 1.724, interés *siempre* correspectivo y *eventualmente* moratorio, por retraso injustificado: así el mandatario «desde la revocación del poder». Vid. SS. de 2 abril 1979, 20 diciembre 1954.

Como intereses correspectivos pueden calificarse, además, los aludidos en los artículos 1.371 (sobre el crédito de restitución de dote); 884 (legado de suma); 1.115 (prestamo de interés); 1.724 (sobre mandato); 1.889 (gestión de negocios sin mandato)..., que responden también a la idea de frutos civiles.

Estos negocios jurídicos son fuente del *crédito* correlativo a la obligación principal de devolver o entregar una suma de dinero, *deuda* de capital.

La obligación accesoria de pago de intereses supone:

1. Fijación del momento a partir del que la prestación produce intereses, momento que suelen fijar las respectivas disposiciones legales:

— al morir el testador: artículo 870 (legado de crédito), y 884 (legado de cantidad).

— desde el día que debió aportar la suma a que venía obligado, artículo 1.682 (sociedad).

— desde el día en que se abra la sucesión, artículo 1.049 (colación).

— desde que se hizo saber el pago, artículo 1.838, 2.º (fianza).

— desde la disolución del matrimonio (art. 1.371, restitución de dote).

2. Ese *día* determina la «periodicidad»: *cada día*, a partir de él, nace el crédito; el «interés» es fruto del «crédito».

B) De otra parte, los intereses compensatorios, plantean el problema de su autonomía, porque recuerdan, sin identificarse con ellos, a los correspectivos; ejemplo típico de éstos es el artículo 1.501, apartado segundo: El comprador ha recibido una cosa fructífera y, por tanto, obtiene el goce y productividad de la cosa como un beneficio o incremento patrimonial. Ese incremento ha de ser contrarrestado con el interés que, como fruto civil, per-

tenece al vendedor, acreedor de una suma significativa en el precio de venta. Los frutos civiles son compensatorios del *no goce* de los frutos naturales o industriales: compensación de «frutos por frutos». La S. de 30 junio 1950 declaró que no son moratorios, sino compensatorios los intereses que establece el artículo 1.501, 2.º.

Se basan también en el *beneficio* que produce al adquirente la percepción de frutos de la cosa entregada. Que la cosa entregada produzca fruto o renta es condición básica; la S. de 30 de junio de 1950, antes referida, declara: «Sería faltar gravemente a la equidad que el comprador que retiene en su poder el precio de la compraventa obtuviese además el goce y producto de la cosa que le fue entregada, percibiendo con ello un enriquecimiento torticero a costa del vendedor que se desprendió de la cosa vendida y no recibió aún el precio de la misma» y para remediar esta situación, que se ha producido fuera de la voluntad de las partes, prescribe la Ley el «compensatorio» devengo de los intereses.

Dicha sentencia emplea el término «compensatorio», que sitúa entre los intereses «legales», y, realmente, son legales, pero en el sentido de que no provienen del contrato de compraventa, sino de una situación objetiva: «producida fuera de la voluntad de las partes» (21).

C) Los intereses moratorios se fundan en la idea de *daño* y, por tanto, no responden sólo a la nota común de *beneficio*, sino a la de *reparación* (sanción civil) conforme al «principio de reparación pecuniaria». En el pleito sobre intereses moratorios hay que enunciar:

— que la obligación *principal* respecto de la cual la prestación de intereses es *acesoria* existe, o, lo que es lo mismo, que la deuda es *liquida*, está «completamente determinada»; en expresión de la jurisprudencia, S. de 29 junio 1978, «en cuanto a cantidad ilíquida no cabe la mora», lo que es indispensable para la calificación de los intereses como «frutos civiles» en sentido jurídico.

— que, en consecuencia, desde la posición del acreedor el crédito es *exigible*, por lo que desde ese momento la atribución del beneficio del uso concedido al deudor puede resultar injustificado.

— la manifestación del acreedor al deudor de esa desautorización —declaración de voluntad recepticia—.

— que la *privación* del uso origina un *daño*; la conducta dañosa no requiere prueba, pero tampoco la excluye. La prueba de la realidad del daño mayor y la conducta dañosa persistente corresponde al acreedor y puede dejarse para el período de ejecución de sentencia la determinación de su cuantía. Esa cantidad a determinar se mide teniendo en cuenta el concepto económico de frutos, el *rendimiento normal* de un «capital en dinero».

---

(21) Los intereses compensatorios constituyen un medio para restablecer el equilibrio patrimonial e impedir que se verifique un enriquecimiento sin causa, J. CARDENAL, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, pág. 337.

Son, por tanto, conceptos distintos los de «intereses» y «daños y perjuicios», como se desprende, de otra parte, de las disposiciones legales que imponen una prestación de intereses y además la de daños y perjuicios en su caso, artículos 1.896, 1.682. Entre esos daños y perjuicios figura la devaluación de la moneda; al menos si se prueba que, previsiblemente, el acreedor, de disponer de ese dinero, no hubiera experimentado también las consecuencias dañosas, S. de 3 de mayo de 1976.

## V. FUENTES DE LA PRESTACION DE INTERESES

La clásica distinción entre intereses «legales» y «convencionales» tiene su reflejo en la normativa vigente: artículos 1.838, 1.896, 1.916...

Dicha distinción apunta a la fuente misma de la prestación de intereses, al título *material*: la voluntad—contrato, cuasi contrato—o la Ley.

Con ser ésta una distinción «basilar», tiene una importancia relativa, puesto que se inspira en la concepción bímembre de las fuentes de las obligaciones, que toma como predominantes la convención o la Ley, sin tener en cuenta otras fuentes, como pueden serlo la resolución judicial. En definitiva, es el *título* que funda el derecho a percibir intereses lo que se significa con los términos al uso: «intereses legales» y «voluntarios» o «convencionales».

La voluntad es, en esta materia, prevalente sobre la Ley, que tiene, al respecto, valor supletorio.

La necesidad de un título en que se funde el derecho a percibir intereses, indica que el capital no es de suyo productor de intereses, pero virtualmente los comprende: que funda el «derecho a percibir intereses». El título convierte en *actual* esa *potencialidad* que el dinero tiene de producirlos. Sin el pacto o disposición testamentaria, la deuda pecuniaria no produce, en general, obligación de pagar intereses. Pero cuando la Ley impone el pago de intereses, toma en consideración circunstancias que anudan esa *virtualidad* del dinero de producir intereses a la exigibilidad *actual*, v. g., por contrarrestar un beneficio injustificado, por incumplimiento de deberes de administrar, etc. A estas circunstancias se refiere la clasificación de los intereses legales (22).

### 1. Intereses convencionales

Su fuente es un negocio jurídico, unilateral o bilateral; se basan, por tanto, en el principio general de libertad negocial, de

---

(22) El concepto de interés legal —dice en uno de los considerandos la Sentencia ya citada de 27 de octubre de 1944— gramatical y jurídicamente hablando se refiere siempre al producto o provecho que devenga un capital en dinero; el artículo 63 C. de c. establece la presunción de que los comerciantes no tienen nunca voluntariamente improductivo su capital. S. de 15 de noviembre de 1977.

autonomía privada, aunque la norma explícita, de general aplicación, se contenga en el contrato de préstamo, artículos 1.755 y 1.756.

Los negocios sobre intereses, bilaterales (contrato, en su caso, donación) o unilaterales (testamento, promesa) tienen limitaciones legales (usura), cualesquiera que sea el tipo negocial elegido. La prestación de intereses usurarios es prestación con causa ilícita, así como el «ficticio aparato montado para disfrazar su ilicitud», S. de 30 junio 1967.

El préstamo es el contrato productor de intereses típico, pero no es el único contrato; también el depósito, mandato, contratos de tipo asociativo, compraventa y, en general, los negocios fiduciarios determinantes de la existencia de la obligación principal.

El negocio puede tener el mismo contenido que la obligación «ex lege», dirigido a disminuir o a aumentar la tasa legal y, en tal caso, la fuente es el negocio, no la Ley. El pacto de intereses estipulado por el tiempo en que el deudor no cumpla la deuda de capital que produce intereses legales no *nova* objetivamente la deuda y no la transforma en préstamo.

Que es el préstamo el contrato tipo de prestación de intereses que el legislador toma como modelo, se desprende de las siguientes disposiciones legales:

a) Del artículo 1.110, 1.º, norma excepcional, inspirada en el Código Napoleón, que ese Cuerpo legal estableció para el préstamo (23).

b) Artículos 1.755 y 1.756, especialmente en base a la presunción de que el dinero produce interés, formulada por la generalización de los «actos concluyentes»: quien «paga» intereses no estipulados no es, en rigor, «deudor»; el supuesto es análogo al derecho de retención fundado en la justa causa de retener.

## 2. Intereses legales

A diferencia de los intereses convencionales, los intereses legales están predeterminados tanto en el *an* como en el *quantum*, y cumplen una función típica expresada en la *ratio* de la norma que la regula (24), esto es, en el título que funda el derecho a percibir intereses. Entonces deriva directamente de la Ley. Como notas características a los intereses legales pueden señalarse las siguientes:

a) Su campo de aplicación es más estricto que el de los intereses convencionales.

b) La tasa de intereses legales está rígidamente fijada por la Ley, artículo 1.108, 2.º, completado por L. 23 julio 1908.

(23) En virtud de lo establecido en este precepto, el acreedor que recibe la cantidad que importaba el capital prestado, dando por liquidada la deuda sin reserva alguna respecto a los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos. S. de 20 mayo 1896.

(24) GIUSSEPE MARINETTI, *Interessi* (Diritto civile), *Novissimo Digesto italiano*, VIII, 3.ª ed., pág. 865; E. QUADRI, *Obbligazioni pecuniarie e svalutazione monetaria*, en *Rassegna di diritto civile*, directa da P. Perlingieri, 2.º número, 1980, pág. 547.

c) Se individualizan según criterios objetivos, por el *fin* no según criterios subjetivos, como pueden serlo los *motivos*. Se atribuyen siempre teniendo en cuenta las situaciones jurídicas que provocan un daño a otro o un enriquecimiento sin causa

d) El título legal señala el momento de formación y el acreedor de la prestación.

Por la función económica que cumplen, suelen clasificarse los intereses legales en tres tipos: moratorios, correspectivos, compensatorios:

a) Son intereses *moratorios* aquellos dirigidos a resarcir el daño originado por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones, dinerarias o no. Se fundan en el daño y pueden ser liquidados con una suma global que incluya intereses y daños y perjuicios (25).

b) Los intereses *correspectivos* se fundan en la presunción de productividad del dinero y representan una aplicación particular de la doctrina del enriquecimiento injusto.

Se basan estos intereses en dos postulados:

— al atribuir al acreedor intereses se elimina la previa situación de enriquecimiento injusto por el deudor.

— la suma de dinero ajeno produce interés presuntivamente, a no ser que se pruebe lo contrario.

Los intereses que son propiamente correspectivos deben distinguirse de los que, sin serlo, cumplen una función de correspectivos.

c) Son intereses *compensatorios* aquellos en que el interés atribuido viene a compensar el beneficio del goce de una cosa fructífera; compensan, v. g., el goce de la cosa fructífera por el comprador que todavía—siendo exigible—no entregó el precio de la cosa vendida al vendedor, artículo 1.501, apartado 2.º.

Estos intereses se valoran en proporción a los frutos y el «precio» es relevante para la determinación del *quantum*. Los intereses compensatorios corren desde el momento de la entrega de la cosa por el vendedor, no desde la conclusión del contrato.

Los intereses correspectivos *preceden* a la mora; los intereses moratorios la *siguen*; los compensatorios pueden sustituirse por otros moratorios (v. g., si la cosa entregada por el vendedor no es fructífera).

Cabe decir que cada uno de estos tipos de intereses legales responde a una idea diferente:

a) A la idea de *reparación*: los intereses moratorios.

---

(25) «La indemnización del daño ulterior, dice Cardenal Fernández, si se produce, no autoriza a desvirtuar el carácter pecuniario de la obligación incumplida, aunque no pueda discurrir por el cauce de los intereses moratorios —dada la limitación que establece el art. 1.108—; el derecho a percibir esta indemnización habría de fundarse en un retraso culpable, y una vez más se pondría de manifiesto que la institución de la mora del deudor no agota todos los supuestos de inobservancia del tiempo de cumplimiento de la obligación». J. CARDENAL, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, pág. 403.

b) A la idea de *resablecimiento* de un equilibrio roto: los intereses correspectivos.

c) A la idea de *compensación* de ventajas: los intereses compensatorios.

La nota dominante a estos últimos es que se fundan en la equidad pero su régimen actual reside en la histórica prohibición de intereses.

De aquí que actualmente tienda a interpretarse con extensión y emplear la analogía mientras que, paradójicamente, se duda, incluso, de la oportunidad de estas normas; con mayor motivo, al haberse formulado en el Título preliminar los principios generales informadores de aquéllas, art. 7.1 y 2.6,4.

### 3. Valoración crítica de la doctrina tradicional

La distinción tradicional entre intereses convencionales y legales resulta insuficiente en la economía moderna para albergar todos los supuestos de prestación de intereses; de aquí que la doctrina se afane ahora en la búsqueda de un «*tertius genus*» que comprenda los intereses que, como los moratorios, pueden ser convencionales o legales, sin ubicarlos dentro de esta última categoría, como una «subespecie».

Más aún, la mora no origina propiamente una deuda de intereses, por las siguientes razones:

a) Origina una «deuda de valor», no una típica deuda dineraria *simple*. La deuda, en este caso, es estructural y genéticamente autónoma: indemnización de daños.

b) Se basa en la idea de resarcimiento de un daño, por lo que sólo es concebible la *mora debendi* desde el momento en que la incerteza sobre la existencia de lo dañado viene eliminada. Los intereses moratorios se deben, no obstante, sin necesidad de que el acreedor pruebe *el daño* y la cuantía, a modo de una suerte de responsabilidad objetiva que se basa en la preponderancia de la responsabilidad sobre la culpabilidad.

La jurisprudencia requiere para la aplicación de los *intereses moratorios* que la «deuda de capital» reúna, entre otras, estas circunstancias:

1.<sup>a</sup> Que la cantidad adeudada sea líquida; la iliquidez de la cantidad adeudada es incompatible con la declaración de mora en el deudor; SS. de 22 octubre 1968, 19 de diciembre 1951, que se inspiran en el principio «*in illiquidis non fit mora*», SS. de 20 diciembre 1966, 18 noviembre 1960, 2 de junio 1953, 13 junio 1978...

2.<sup>a</sup> Que el deudor «conozca» la decisión del acreedor: la interpelación judicial como momento inicial de la obligación de pago de intereses o declaración de mora, S. 21 junio 1947, lo que responde a la idea de «temporalidad», característica de los intereses.

Que la obligación tenga «indiscutible existencia», la exigencia de que la cantidad sea líquida, responde precisamente a la característica de la prestación de interés, que, al ser accesoria, supone

una obligación principal existente: que el crédito correlativo sea líquido, vencido y exigible.

Pero, en lo que tiene la mora de *reparación* del daño, la liquidez no es connatural; puede producir daño al acreedor una deuda ilíquida y la propia jurisprudencia alude a esa posibilidad en alguna sentencia, v. g., daño motivado por actitud dolosa del deudor—retraso en la rendición de cuentas—, dificultar los datos precisos para seguir el juicio; la duración mayor o menor del litigio constituye una circunstancia ajena a la subsistencia de aquella obligación, S. de 21 de junio 1947. Que el daño no requiera probarse, en modo alguno excluye la prueba y, si se prueba, será aplicable el criterio de la *reparación*, al menos «*propter moram*»: de no probar el deudor que se hubiese deteriorado aunque no hubiera incurrido en mora (25 bis).

Cabría decir que, de los daños ocasionados «*propter moram*», el deudor moroso:

— *responde*, porque el retardo como *hecho* es relevante, artículo 1.101, artículo 1.902.

— *responde siempre* de los daños y perjuicios incluso por caso fortuito, artículo 1.896, de no probar el deudor no haber sido ocasionado por la mora. El acreedor en la mora *simple* no tiene que probar el daño; pero, si lo prueba—mora *compleja*— se traslada al deudor la carga de la prueba de que, v. g., el caso fortuito, le libera de su obligación; si demuestra que lo mismo pudo ocurrir de haberse entregado al acreedor con puntualidad.

Por eso, en la medida en que se irroga un daño, ulterior, sobrevenido «*propter moram*», no debiera requerir la liquidez del crédito al no ser en este extremo típica prestación accesorias—por tanto, la liquidez no siempre es «requisito» del daño; también producen efectos dañinos los retrasos por créditos ilíquidos. La jurisprudencia requiere que la cantidad sea líquida, S. de 29 junio 1978, en el sentido de que el crédito sea ya exigible para que devengue intereses legales, en la medida en que el interés es *fruto civil* que deriva indirectamente a través de una relación jurídica, fruto del crédito (vencido, líquido, exigible).

Pero, por lo que se refiere al daño, al «mayor daño», el interés como fruto civil no tiene por qué ser el producto *indirecto* obtenido a través de una relación jurídica, sino el *directo*, en el sentido en que lo emplea la propia jurisprudencia de que el interés es fruto civil que devenga un capital, SS. de 30 diciembre y 27 octubre 1944, criterio económico más explicable cuando cumple el dinero una función nítidamente indemnizatoria.

El daño y su liquidación se fijan en la resolución judicial que, por el sistema de procedimiento rogado, requieren petición de parte; pero, en general, la doctrina se centra más bien en las fuen-

---

(25 bis) M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II. Derecho de obligaciones, página 131; L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, página 160.

tes de autonomía y Ley, sin detenerse a considerar que esta materia se rige, ante todo, por los principios generales como fuente prioritaria.

Entre otros principios informadores de la deuda de intereses pueden señalarse los siguientes:

— *nemo locupletari debet cum aliena iactura*, en que se fundan los intereses llamados correspectivos, principio general que debe aplicarse con la máxima extensión, pero que la autonomía privada puede excluir.

— El equilibrio de prestaciones (intereses correspectivos).

— El principio de equidad y la buena fe (intereses compensatorios), que permite extender la analogía, la *eadem ratio*, a otros intereses no específicamente regulados por disposiciones legales, como la aplicación del principio de adquisición de frutos por el poseedor de buena fe.

— A los daños producidos por retraso culpable, moroso o no, se aplican los principios que rigen el Derecho de daños.

## VI. EXAMEN DEL ARTICULO 1.108

### 1. Su ámbito propio

A tenor de lo dispuesto en este artículo, «si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal».

La simple lectura de este precepto permite advertir el marco en que se sitúan los intereses moratorios. Este precepto señala:

A) La cuestión previa, el presupuesto de su aplicación, que se ciñe al pago de las deudas dinerarias: «pago de una cantidad de dinero».

B) Pero siendo esa la «cuestión previa» no es la «cuestión principal», sino que dicho precepto fija el régimen a que está sujeta la indemnización por mora, régimen que puede haberse previsto—«no habiendo pacto en contrario»—o no. Esa precisión indica, de otra parte, el carácter dispositivo de la norma, norma *especial* relativa al resarcimiento de daños. La norma de carácter *general*, que se deduce de la relación con otros artículos, pone de relieve que no es la «culpa», el criterio subjetivo de la intencionalidad, sino el «daño» el punto hermenéutico y, por ende, la reparación.

De este precepto se deducen los siguientes elementos componentes de la mora:

1.º Que la cantidad principal haya sido reclamada y, por tanto, que el crédito sea exigible (art. 1.100) (26).

(26) F. HERNÁNDEZ GIL, *La intimación del acreedor en la mora ex persona*, A. D. C., 1962, pág. 351.

2.º Que el deudor retenga injustificadamente la cantidad que adeuda. A la retención como hecho alude el precepto con el término «incurriere», que supone un retardo, antes irrelevante, del que se desprende que las obligaciones pueden cumplirse con retraso.

3.º Que el cumplimiento sea posible —cumplimiento moroso— aunque origine un daño al acreedor, quien sufre el perjuicio de la privación del uso de lo que se le debe por causa imputable al deudor: retener cantidades indebidamente, S. de 20 junio 1947 y que la medida legal de los intereses puede compensar.

Como puede advertirse de la lectura atenta del precepto, el legislador contempla los diversos aspectos relativos a la deuda de intereses desde la posición jurídica del acreedor y deudor:

a) El título originador de la deuda (deuda de cantidad), título que confiere un ámbito de poder y legitimación para hacer efectivo el devengo de intereses incluso no convenidos.

b) La posición del deudor, que *retiene* lo que debe restituir; el retraso, el simple retraso, situación de hecho, no es desde la intimación *tolerado*, artículo 444: desde el momento mismo en que el deudor «incurre» en mora se deben intereses; a modo de una responsabilidad objetiva que no nace de la culpa, sino del daño.

c) La posición del acreedor, la mora conlleva un daño patrimonial basado en la privación del uso del dinero; por daño ha de entenderse no sólo la lesión a un elemento patrimonial—el deudor de crédito— a que atiende el «interés legal», sino también la repercusión que dicha lesión representa en el patrimonio entero. A esa repercusión aluden otros artículos que complementan el régimen de la mora.

La indemnización del daño admite grados; el interés legal puede entenderse como «indemnización del mínimo» respecto del «máximo» de indemnización que abarcarse la «integridad del daño» (27).

En efecto, ese retraso dañoso, puede ser:

— voluntario, intencional o doloso (28), S. de 20 diciembre 1954.  
— negligente, omisión o descuido: falta de la actividad positiva para realizar el pago.

— simplemente casual, a que se refieren las Sentencias del Tribunal Supremo que reiteran el criterio según el que los daños y perjuicios están «debidamente representados» por los intereses legales, SS. de 24 noviembre 1894, 6 mayo y 17 noviembre 1911, 5 mayo 1959, 20 diciembre 1954...

La misma regla de que el retraso es causa del efecto dañoso rige en supuestos que no pueden calificarse de mora propiamente dicha, v. g., porque la obligación es ilíquida y no tomar en conside-

(27) J. J. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La mora*. Madrid, 1978, pág. 112.

(28) Caracterizado el dolo por el «propósito de dañar injustamente» (S. de 31 octubre 1924) o porque se cometa por aquel a quien puede beneficiar el fin propuesto (S. 25 octubre 1928). Vid. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 151.

ración el daño equivaldría a premiar la falta de diligencia, S. de 29 diciembre 1954 (con relación al retraso injustificado de la rendición de cuentas desde que se revocó el poder al mandatario).

En este sentido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.501, 2.º, el comprador debe intereses si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta, cuya aplicación supone que el comprador no ha incurrido en «mora solvendi», si bien «retiene» en su poder el precio de la compraventa y además obtiene el goce y producto de la cosa que le fue entregada; para evitar un enriquecimiento injusto —retención sin causa justificada— prescribe la ley el «compensatorio devengo de interés», S. de 30 de junio de 1950. Estos intereses compensatorios corresponden desde el momento en que el dinero —precio no satisfecho— debió entregarse, SS. de 30 octubre 1956 y 26 mayo 1966. De esta suerte, los intereses compensatorios tratan de impedir el daño derivado también de una retención injustificada.

Dichos intereses compensatorios —en sentido amplio— prescinden, no eliminan, del ilícito, en que figuraría el perjuicio recibido por la devaluación monetaria si el acreedor *demuestra* que, en otras circunstancias, no lo hubiera experimentado, artículo 1.499 del Código italiano (29) y artículo 1.896, 2.º del C. c.

Cabe decir que en ninguno de los dos supuestos de prestaciones de interés, moratorios y compensatorios, es la intencionalidad el centro de referencia normativo, sino las medidas tendentes a *prevenir* (intereses compensatorios) o a *evitar* un daño (intereses moratorios).

De aquí que la clasificación de intereses convencionales y legales, moratorios, compensatorios, etc., corresponda a los diferentes resortes que permiten el resarcimiento del daño en las prestaciones dinerarias: por acuerdo; de modo automático —compesación de frutos—; por reclamación.

Todas estas medidas suponen que el dinero es «productivo» —frutos civiles— y que la merma o privación de esa productividad por intervención de tercero ocasiona un daño.

El artículo 1.108 ha de interpretarse —reparación— por lo tanto, dentro del conjunto de disposiciones relativas al retraso en el cumplimiento de las obligaciones. Refiriéndose al artículo 1.501 del C. c., la S. de 13 abril 1931 declara que este precepto no puede apreciarse «aisladamente», sino que debe ser, en cada caso, «armonizado con los demás preceptos generales que definen la mora, como los artículos 1.100, 1.101, 1.108 y otros de este Código», criterio reiterado en S. de 19 mayo 1961.

Una primera consecuencia de la mora es que el ejercicio de acción judicial impide la ulterior posibilidad de cumplimiento tardío; o, lo que es lo mismo, precisa el alcance de la buena fe basada en la

---

(29) BIANCA, *La vendita e la permuta*. Torino, 1972, pág. 1036; A. DI MAJO, *Prassi giurisprudenziale e indirizzi legislativi in tema di svalutazione monetaria dei debiti pecuniari*, en Foro it., 1979, V. c. 101.

creencia de que el acreedor autorizaba o concedía el cumplimiento con simple retraso. En ese sentido, la mora declarada supone «culpa», entendida ésta como posesión viciosa de dinero ajeno, «mala fe»; al liquidarse el estado posesorio, como todo poseedor, ha de restituir los frutos, civiles, o intereses, lo que no le exime del abono de los daños, artículo 455 C. c.

Ese carácter «compensatorio» se fija también en la restitución—liquidación de la gestión posesoria— (posesión de dinero) y no excluye el daño experimentado por el «deterioro» de la cosa fructífera: la depreciación o devaluación del dinero que produce intereses.

El ámbito propio del artículo 1.108 corresponde al retraso cualificado—dilación jurídicamente relevante— porque cuando el retraso es voluntario o negligente cabe estimarlo dentro del dolo o culpa como formas de cumplimiento anormal de las obligaciones, a que se aplica lo dispuesto en otros preceptos, artículos 1.101, 1.105, 1.103, etc.

De aquí que si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriere en mora, la indemnización que resarcirá de los daños inherentes al retraso serán los intereses legales, merced a lo dispuesto en el artículo 1.108; pero, si esa mora es susceptible de encajar en el campo del dolo o la culpa no será suficiente la declaración legal de pago de intereses para restaurar el equilibrio patrimonial roto y, de ser así, pudiera producirse un enriquecimiento injusto.

El artículo 1.108 parece fijar, en consecuencia, el daño *mínimo* resarcible que corresponde a la mora simplemente casual en las prestaciones dinerarias y ese precepto contiene una *regla de liquidación del daño simplificada*: es una liquidación simplificada porque todo es fácil, en expresión de Manresa: «la facilidad de apreciación, lo mismo en cuanto a la existencia de la causa que a la extensión de los perjuicios»; constituye excepción a las reglas generales de responsabilidad, no da lugar a discusiones, no encuentran tampoco dificultades los Tribunales: «por lo mismo que la determinación y la procedencia de la indemnización se halla establecida en la Ley» (30).

El artículo 1.108 es una forma especial de indemnización de daños y perjuicios, que se ciñe al supuesto de la reparación cuando el deudor de una obligación dineraria incurre en mora, sin extenderse a otros daños y perjuicios que tengan carácter diferente.

No excluye ese precepto—por no ser esa la *ratio juris*—la normativa aplicable a cualquier otro evento lesivo, o daño resarcible; el área de los perjuicios a reintegrar, como pueden serlo la diferencia de valor; el perjuicio conocido en la terminología francesa con el nombre de «comercial»; o daños ulteriores que origina el cum-

(30) J. M. MANRESA, *Código civil*, pág. 96.

plimiento tardío, elementos objetivos y verificables del daño (31); la indisponibilidad de una cantidad que conlleva otros perjuicios valorables, v. g., medidas penales por retraso en la imposición fiscal, seguros sociales, etc.

El artículo 1.108 consagra pues el principio según el cual las obligaciones dinerarias proponen, pero no imponen el puntual cumplimiento: ni dilatar el pago ni tampoco pagar antes del tiempo previsto, v. g., por anticipar el vendedor la entrega de la cosa vendida.

La mora denuncia una situación de retraso en el cumplimiento, y a esa situación está conexas, en su caso, la imputación de una responsabilidad distinta de la propiamente dolosa o culposa.

## 2. Extensión del supuesto de hecho

La doctrina clásica atendiendo prioritariamente la posición jurídica del deudor admite que la culpa es elemento integrante de la mora; «la culpa, dice Manresa, es elemento integrante, por lo general implícito, y con relación a los demás modos de incumplimiento..., hace preciso también que concurra para que el deudor pueda ser condenado a la indemnización de daños y perjuicios (32).

Dicho criterio concuerda —añade— con algunas legislaciones extranjeras, como el artículo 97 del Código suizo de las obligaciones y 1.218 del Código italiano, que permiten la prueba en contrario del hecho culposo formando una presunción de culpa que impone el hecho presunto —la falta le es imputable— si no prueba su inexistencia. Entiende MANRESA que virtualmente el contenido de estos preceptos es el mismo que el del Código *civil español*, pero con la ventaja, por la redacción, que abrevia la tarea de mejor comprender su sentido y alcance.

Ese punto de vista generaliza una extensión del supuesto de hecho de la norma examinada innecesaria e injusta: agregar «culpa» donde dice simplemente «mora».

## 3. Relación con lo dispuesto en el artículo 1.124

Para que surja la obligación de pagar daños y perjuicios será preciso acreditar el hecho, doloso o culposo, el daño efectivo y la relación de causa a efecto (33).

Constatado el hecho doloso en virtud de un título, necesariamente judicial, la sentencia y la cantidad que en ella se reconozca al acreedor lo «debido», no es en modo alguno «deuda de intereses» en sentido propio; es restablecimiento de la integridad de la

(31) V. MAZEAUD, en Rev. Trim. drit. civil, 1955, pág. 611, y G. L. PIERRE-FRANÇOIS, *La notion de dette de valeur en Droit Civil. Essai d'une Théorie*, París, 1975, págs 72 ss.

(32) J. M. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, vol. I, 6.ª ed. revisado, por M. Moreno Mocholi, Madrid, 1967, pág. 170. El Código no exige de forma expresa la culpabilidad del deudor, si bien se infiere del artículo 1.105 y así lo confirma la jurisprudencia, S. de 21 diciembre 1954.

(33) El artículo 1.218 del Código civil italiano se refiere al resarcimiento del daño por incumplimiento inexacto de la obligación, que puede resar-

cosa dañada por el deudor: «dinero de sustitución»· «deuda de valor» (34).

La S. de 20 de octubre de 1884, separa, como conceptos distintos, los de «interés legal» en concepto de mora y la indemnización de daños y perjuicios; en el caso controvertido que motiva esa sentencia la condena al pago de la cantidad demandada con el interés legal de un seis por ciento, y además, a la indemnización de todos los perjuicios que la falta de pago de dicha cantidad haya ocasionado a los demandantes «es indudable que, precisa uno de los considerandos, la Sala sentenciadora condena por un solo concepto a una doble indemnización».

El artículo 1.124 es una secuela del principio de reciprocidad—cumplimiento de contratos con prestaciones correspectivas—y permite distinguir también, como conceptos distintos los de daños y abono de intereses. A la obligación de indemnizar se llega además desde la idea de responsabilidad, para la que es preciso probar:

- el hecho; incumplimiento, retraso malicioso, etc.
- la relación de causalidad.
- el resultado dañoso.

A diferencia de lo dispuesto en el artículo 1.108, no se da por probado el daño; en dicho precepto, el retraso jurídicamente relevante del pago de una obligación dineraria produce un daño, el inherente a la mora, cuya valoración o módulo se impone al juzgador («interés legal»).

Para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.124 no basta, en cambio, cualquier «incumplimiento», dilación o retraso.

Este precepto sí que contiene una norma de presunción: el hecho presunto (preponderancia de la culpabilidad) se impone de no probar el *hecho obstativo*—falta de la «intencionalidad»—y así se desprende de una reiterada jurisprudencia, SS. 9 diciembre 1966, 2 enero 1961, 4 noviembre 1958, 3 mayo 1953... De probarse la falta de intencionalidad, entra el retraso en la categoría de la mora simplemente «casual».

Esta interpretación de los artículos 1.108 y 1.124 del C. c. pone de relieve su respectivo ámbito, sin hacer innecesario uno de ellos y sin excluir la razón de equidad en que se funda, con el grave inconveniente de imponer un enriquecimiento injusto por una simple desacertada interpretación del artículo 1.108, interpretación que habría de rechazarse por «irracional y absurda».

La regla de «liquidación simplificada» (35) del artículo 1.108, tiende a evitar la resolución, que, por ser una medida *más enérgica*, exige también una prueba más compleja. Los intereses moratorios se deben *aunque* el acreedor no pruebe haber sufrido ningún *daño*, lo que no ocurre con la indemnización por «daños y perjuicios».

cirse no sólo con intereses legales, sino con otras medidas, como pueden serlo una reducción proporcional del precio.

(34) M. ALBALADEJO, *La mora en las obligaciones recíprocas*, R. C. D. I., 1968, págs. 9 y ss.

(35) Si es «liquidación», por más que simplificada, es «deuda de valor»,

Por su parte, la resolución del contrato por vía del artículo 1.124 no excluye tampoco los intereses moratorios, y es, por tanto, compatible dicho precepto con lo dispuesto en el artículo 1.101, cada uno de ellos en su respectivo ámbito.

Los intereses moratorios y los otros derivados del resarcimiento por incumplimiento forman la suma debida (36); los intereses moratorios, prescinden del ilícito porque tienden a compensar al acreedor simplemente de la ventaja que el deudor obtiene a costa del mismo acreedor; salvo que el acreedor pruebe haber sufrido un daño mayor o, además, otro daño ocasionado por el retraso, le corresponden intereses moratorios en la medida legal. El acreedor puede probar que, de haber utilizado la suma, la hubiera sustraído a los efectos de la depreciación del dinero, imputando ese daño a dolo o culpa del deudor. Por último, la mora compensa al acreedor de la ventaja unilateral experimentada por el deudor, no si esa ventaja es bilateral, que contempla como hipótesis, el artículo 1.124.

Si se trata de la reintegración de un daño derivado de un «ilícito», la constitución en mora parece superflua, lo que ocurre en la resolución del contrato por incumplimiento que comprende daños y perjuicios e intereses (37).

El eventual agravio por la devaluación monetaria, sólo es resarcible si concurren las circunstancias previstas en el artículo 1.101 el daño de devaluación (38), daño que en otros ordenamientos se presume, si deriva de un ilícito; en definitiva, ha de atenderse a la incidencia que el daño en un elemento patrimonial produce en el patrimonio entero (39).

La indemnización «especial» por mora, artículo 1.108, difiere de la prevista en el artículo 1.124, entre otras, por estas notas:

1.º El fundamento; la acción de resolución se funda en la equidad (40), responde a un principio de equidad. S. de 26 de junio de 1941, 2 enero 1961, 16 octubre 1955, 16 octubre 1958.

2.º La mora requiere vía judicial, mientras que la acción resolutoria puede ejercitarse también por un cauce extrajudicial.

3.º Los Tribunales pueden moderar y prorrogar el plazo de cumplimiento.

4.º La acción de resolución se refiere a toda clase de obligaciones, no sólo a las dinerarias.

5.º El tiempo, a los efectos de este precepto, artículo 1.124, no

(36) BIANCA, *La vendita e la permuta*, vol. 7, t. 1.º, Trattato di Diritto civile italiano, Torino, 1941, pág. 978, nt. 3.

(37) BIANCA, *La vendita e la permuta*, pág. 513.

(38) El daño de devaluación se presume en la jurisprudencia italiana cuando deriva de un ilícito extracontractual, por la calificación de deuda de valor, vid. Bianca, Forchielli, pág. 519.

(39) A. DE COSSIO, *La teoría del patrimonio*. En estudios en honor del profesor Serrano Serrano, Valladolid, 1965, págs. 125 ss.

(40) Sobre la equidad como fundamento general de la corrección monetaria. Vid. F. FUEYO LANERI, *Corrección monetaria y pago legal*, Bogotá Colombia, 1978, pág. 93.

tiene una importancia esencial; por eso los Tribunales pueden conceder un plazo, S. de 5 enero 1935.

6.º El artículo 1.108 emplea el término interés como sustitutivo de los daños y perjuicios en las obligaciones sobre pago de cantidad de dinero, S. 6 mayo 1911, con significado diferente al término empleado en el artículo 1.124: el resarcimiento de daños y perjuicios impuesto por este artículo exige probar la existencia real del daño y que el cumplimiento del contrato se resista arbitrariamente, de propósito, lo que es indiferente a efectos de la mora. SS. de 20 mayo 1950, 24 de febrero 1966.

Es ese sentido restrictivo el que aconseja impedir la resolución del vínculo contractual —favor negotii— por lo que exige incumplimiento y no basta el mero retraso en el pago, S. de 27 noviembre 1961, 12 mayo 1955, 5 julio 1965.

## VII. LA CUESTION EN EL PRESTAMO MUTUO

Fuente de interés es, dice LACRUZ BERDEJO, desde luego el pacto: «ante todo, el contrato oneroso de préstamo mutuo, destinado precisamente a facilitar capital al mutuuario a cambio de un precio (intereses convencionales). Su cuantía, añade, tiene como límite la prestación de usura (41).

En el préstamo es donde se plantea con mayor intensidad el problema de la alteración monetaria, puesto que en otros contratos como la compraventa, el acreedor —vendedor— está a salvo de los daños ulteriores derivados del retraso en el pago del precio, v. g., caso de devaluación por la vía del 1.124; pero el prestamista que no previó riesgos, devaluaciones, garantías ni imaginó el eventual incumplimiento, se encuentra con una posición agravada tanto por la «presunción de gratuidad» como por la aplicación indiferenciada del artículo 1.108.

Una solución a este problema, por vía doctrinal, aconseja la revisión de la idea de gratuidad del préstamo, de los efectos del incumplimiento de la obligación de devolver y su inevitable marco contractual entre los clasificados como unilaterales y reales.

Pero en el fondo de este problema doctrinal late el mismo escollo de una determinada interpretación de los artículos 1.108 y 1.124: el común sentir de que el incumplimiento de una obligación dineraria, conduce a la aplicación del 1.108 y excluye el 1.124, cuyo espíritu o *ratio*, en definitiva, se aplica si se tiene en cuenta que tanto da resolver como cumplir con daños y perjuicios en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.101.

Las SS. de 14 de marzo 1913, 30 octubre 1917, declaran que no entra en el juego el artículo 1.124 cuando se trata de obligaciones que estando incorporadas a un contrato unilateral o bilateral, tienen mero carácter accesorio. En el préstamo de dinero, el pacto de dinero, el pacto de intereses, sin duda tiene carácter accesorio.

(41) J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos Derecho civil*, II, Derecho obligaciones, Barcelona, 1979, pág. 174.

## 1. Incumplimiento de la prestación de pagar intereses

Uno de los puntos más debatidos en el préstamo es, precisamente, si el acreedor puede pedir la resolución contractual cuando deja el deudor de pagar intereses; son posibles dos hipótesis:

a) Que medie pacto; en cuyo caso, ninguna duda cabe acerca de su admisión.

b) Que nada se haya previsto; al efecto, se proponen dos opiniones en favor de la resolución. Una de ellas, de carácter más bien dogmatista, parte de la «naturaleza» del préstamo, constituyéndolo como bilateral a efectos de aplicar el artículo 1.124. Otra, más realista, da por supuesta la aplicación del artículo 1.124, destacando la idea de «onerosidad» respecto de la «bilateralidad» y haciendo gravitar en aquélla el porqué de la resolución (42).

Pero, en realidad, la aplicación del artículo 1.124 no tiene en este caso objeto, porque el prestamista *cumple* con la entrega del dinero, y si el prestatario «*incumple*» la de pagar intereses, la satisfacción del acreedor se produce por vía de ejecución de una prestación dineraria, que conduce al mismo resultado.

## 2. Operaciones sustancialmente equivalentes al préstamo de dinero

Para hacer aplicable el artículo 1.124 por el cauce de la bilateralidad se encubre el préstamo bajo la apariencia de otros contratos: sociedad, compraventa con pacto de retro (43), lo que, en definitiva, supone procurar el amparo de una norma entendida *a priori* como inaplicable. Y ese amparo es innecesario, pues es igual resolver el contrato de préstamo, que exigir su cumplimiento.

Si el incumplimiento del deudor es doloso o culposo tiene su ámbito propio en el artículo 1.101, con la imposición de daños y perjuicios, además de la mora, artículo 1.108, por el retraso, que concede los intereses legales. La indemnización no *excluye* el interés legal, aunque lo *absorba*, y el juego de ambos preceptos permite la concurrencia de intereses, la medida legal y el incremento de interés por resarcimiento del daño ulterior. Así se explica que el mutuo deje de ser en Derecho moderno, en la doctrina, en la jurisprudencia y en la misma legislación, contrato *gratuito* para convertirse en *oneroso*: «mutuo con interés» (44).

(42) J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, pág. 332.

(43) Refiriéndose a la compraventa con pacto de retro, la S. de 3 de mayo de 1976 recoge la opinión desfavorable a esta forma anómala de garantía, al considerar la figura como «semillero de fraudes y pleitos», por estimar que se presta a encubrir negocios usurarios y resultar desequilibradas las prestaciones, eficacia real y precio asignado.

(44) Sobre la satisfacción del acreedor como elemento del «hecho jurídico» en que el pago consiste, Vid. N. CATALÁ, *La natura juridique du payement*, París, 1961, pág. 157.

El mutuo con interés requiere la «individualización» de la suma que se transmite, lo que no puede hacerse sin que preste su consentimiento y aprobación el deudor (mutuatario). Puede convenir una persona que adeuda a otra una suma de dinero que se obliga a pagarla «a título de préstamo con intereses dentro de un determinado plazo», o prestar una suma—mutuo con interés—con el fin de custodia; un primer paso de esta transformación es el depósito bancario: el cliente transmite al banco la propiedad del dinero y éste se obliga a devolver otra suma igual al cabo de cierto plazo y pagar, entre tanto, un determinado rédito, operación conocida con el nombre inexacto de «depósitos irregulares».

La generalización del mutuo con interés se facilita por la normativa mercantil y la práctica bancaria.

El contrato de apertura de crédito es una forma evolucionada de mutuo en que no se requiere pacto expreso para fijar el interés y resulta decisivo el momento de la restitución, que ha de ser:

— no arbitrario, para tener en cuenta las oscilaciones de la moneda, los gastos fiscales, S. de 31 mayo 1950.

— distinguir el cumplimiento—fruto civil, interés—del incumplimiento.

— el riesgo de improductividad del capital o suma de dinero que ha de devolverse.

— la atribución de intereses «en proporción al tiempo» de duración de la obligación.

Es de advertir, por contraste, que la Ley 14 marzo 1856, artículo 2.º, indica que *podrá* pactarse convencionalmente interés en el simple préstamo, pero este pacto *será nulo* si no consta por escrito. A esa idea responde todavía el Código, pero hoy, de pagarse interés:

- a) se presume que es préstamo (causa).
- b) se presume que esa causa es lícita.
- c) se presume que, en definitiva, el préstamo es con interés.

Es la libertad para fijar el tipo de interés la que no es absoluta; las medidas limitativas son las siguientes:

— *conversión del contrato*: reducir el interés según la escala marcada como límite mínimo por el interés legal.

— *reembolso anticipado o desistimiento* unilateral del contrato: modo de terminación del mutuo. El mutuatario ha de dar aviso y pagar los intereses vencidos, pero no la deuda de intereses atrasados «con exceso».

Pero, sobre todo, esa onerosidad del préstamo mutuo con interés se debe a que actualmente se reconoce una moderada prevalencia a la doctrina valorista sobre la nominalista, admitiéndose que para que el pago de la deuda sea completo ha de restituirse una cantidad de igual valor adquisitivo; a lo que se llega también con la interpelación de la mora de entenderse como medida conminatoria si se aplica la doctrina de la reparación integral, que permi-

te agregar el resarcimiento del mayor daño, que no arranca de un título negocial, sino fáctico (45).

### VIII. LA JURISPRUDENCIA DE EQUIDAD EN MATERIA DE INTERESES

La Ley de represión de la usura rige para el mutuo con pacto de interés y esa función cumple la mora, artículo 1.108, para el mutuo de dinero sin pacto de interés; aunque el mutuo sea gratuito por naturaleza, el prestatario no puede reclamar intereses pagados, sólo se protegen los intereses futuros, y si el que recibe el préstamo incumple la restitución puntual, puede el acreedor constituir la mora, lo que pone de relieve que el principio de que «el dinero produce intereses» tiene aquí también su operatividad.

El prestatario si pactó dilación o plazo no puede devolver tampoco *antes* de tiempo, lo que pone de relieve en cualquier caso si hubo precisión del daño, el riesgo de la devaluación: de permitir esa restitución anticipada, pudiera ampararse un enriquecimiento sin causa justificada, una ventaja sin contrapartida. En este sentido puede afirmarse que el mutuo de dinero, aunque no sea «bilateral» es contrato siempre «oneroso», interés retributivo.

Pero eso, si bien es innecesaria la aplicación del artículo 1.124 no es inaplicable el principio en que este precepto se inspira, la equidad, que permite efectos análogos a la «jurisprudencia» de equidad con pacto de intereses «excesivos o desproporcionados», a lo que conduce, v. g., convertir el «precio de la lesión» —intereses debidos—, en «derechos de empresa», alterando el destino del crédito empleado sin contrapartida como «fondo comercial», así como apreciar el daño ulterior lesivo a la actividad industrial y, en último término, a la garantía patrimonial.

#### 1. *Acción de resolución*

Si el mutuuario no paga a su tiempo los intereses pactados o no constituye las garantías convenidas, el mutuante, puede pedir la resolución del contrato y la devaluación de lo prestado antes del vencimiento del plazo, por incumplimiento de una de las partes.

---

(45) De un acto lícito no puede surgir un derecho del dañado al resarcimiento de un daño mayor: el eventual daño no se convierte en daño jurídico, permanece como mero hecho. Vid el comentario a la Sentencia 12 marzo 1979 del Tribunal de Casación italiano sobre resarcimiento del daño ulterior de F. SANTORO-PASSARELLI, *Inopponibilità dell'atto pregiudizievole / risarcimento del danno*, en Riv. Trim. de Diritto e proc. civile, 1979, pág. 898 y a la de 9 enero de 1978 relativa al «mayor daño» en tema de obligaciones pecuniarias, com. en Riv. di Diritto Civile, 1979, Parte II, 18.

## 2. Resarcimiento de daños y percepción de frutos civiles

¿Cómo diferenciar la restitución del dinero con sus intereses —que son frutos civiles— y el resarcimiento del daño? A mi modo de ver, han de distinguirse:

$$\frac{\text{Atribución}}{\text{privación}} = \frac{\text{ventaja}}{\text{daño}}$$

El fruto es producto o beneficio y, como tal, ventaja, pero no todo beneficio es fruto; hay «beneficios» que no son «frutos» por las siguientes razones:

1.º No derivan de una operación o relación jurídica de que son accesorios.

2.º Son beneficios que provienen de un *hecho* —«obra del azar»— y no de una *relación jurídica*. Algo parecido a lo que ocurre con los «aumentos», «accesiones», «tesoro oculto».

En estos casos, la atribución como frutos supondría una privación, un daño, que es calculable y resarcible: un lucro que no proviene de la iniciativa, gestión o diligencia en nuestro caso del que usa dinero ajeno, de la gestión directa.

Ahora bien, puede decirse que la cuestión no estriba tanto en determinar si estas ventajas son fruto, como en saber si ha de engrosar o no el patrimonio *a quo*, al titular del «bien productivo» en que el dinero consiste; si el derecho que corresponde al acreedor a la restitución de los frutos comprende otras ventajas conexas con la utilización de la «cosa-madre», ¿cómo separar las ventajas del uso con el disfrute *abusivo*? Es aquí donde ha de entenderse en sus justos límites la idea de «correspectivo», característica y límite de la idea de fruto civil; más allá del «correspectivo», del beneficio del goce, está el daño (46). Los frutos y los daños no son entidades homogéneas que se deducen una de otra. El daño consiste en la privación injustificada del goce virtual, de la lesión al derecho de crédito producida por conducta ilícita ajena, que atribuye las ventajas a esa esfera patrimonial; la lesión del *goce directo* del objeto de la prestación producida a quien concedió el *goce indirecto* —relación crediticia— en determinadas condiciones: fijación de fechas, etc.

El legitimado por el daño dispone de dos acciones:

1. De restitución de frutos: interés.
2. De resarcimiento de daños: reparación integral.

El incumplimiento de una obligación dineraria produce *siempre* lesión del uso directo y violación de una situación preconstituida —relación jurídica, análoga a la del poseedor que realiza frutos mayores con lesión al tipo de producción—. Los frutos civiles no

(46) P. BARCELONA, *Frutti e profito d'impresa*. Milán, 1970. pág. 83.

representan entonces el valor del goce, no son «correspectivos» y no hay razón para atribuir un beneficio económico a un sujeto sin que su iniciativa intervenga, sino que procede del ilícito de la posesión, de la posesión de mala fe de dinero ajeno. De tal suerte, el «interés» se convierte en «lucro» (47), en ganancia, para el «obligado».

Vuelve a cobrar importancia la vieja distinción entre el interés intrínseco—daños que afectan a la cosa o a su estimación—y extrínseco, daño que proviene de la cosa, pero encuentra su origen fuera de ella (48).

Así como en Derecho histórico se entendía que «tomar dinero con usura» es una forma de daño (daño emergente, *extra rem*), hoy lo es prestarlo «sin usura».

El ejemplo que propone de «lucro cesante» SCAEVOLA (49), coincide—con la salvedad de las diferentes circunstancias económicas—con la orientación actual de la doctrina italiana: para SCAEVOLA el dinero que una persona «no acostumbrada a negociar», destinaba a comprar alguna cosa y, por la mora del deudor, no pudo hacerlo es lucro cesante; pero «habrá que demostrar que la cosa de que se trata se hallaba, en efecto, en condiciones de ser comprada».

## IX. LIQUIDACION EN SENTENCIA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

El acreedor impagado puede acudir a la acción de reclamación del principal, más los intereses que procedan, y si la acción se extiende a la reclamación de daños y perjuicios distintos de los intereses, ejercitada la acción de reclamación de daños y perjuicios, la prosperidad conlleva la liquidación, es decir, la determinación del monto o el establecimiento de las bases para que tal fijación se produzca.

La liquidación, salvo determinación voluntaria de las partes, en cuyo caso habría que pensar en la transacción, se efectúa por la vía judicial, a instancia de parte, con los límites de la congruencia y respeto a los demás principios rectores del proceso.

Su momento es la sentencia, pues así lo establece el artículo 360 de la LEC; es decir, que «cuando hubiera condena de frutos, intereses, daños y perjuicios» (vuelve la Ley a distinguir los «intereses» de los «daños»), se fijará su importe en cantidad líquida o

(47) El interés debido a los comerciantes se llamaba en el Derecho histórico «lucro», SCAEVOLA, *Código Civil*, t. 19, pág. 554.

(48) En uno de los considerandos de la S. de 3 de mayo de 1976 se afirma que «la prolongada situación posesoria —en el caso concreto, compraventa con pacto de retro—y el hecho de que la devaluación o depreciación sufrida por la moneda después de dieciséis años produciría un notable enriquecimiento injusto del actor» que «no puede ampararse».

(49) SCAEVOLA, *Código Civil*, pág. 560.

se establecerá, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación.

En el supuesto de que no sea posible ni fijar la cantidad ni establecer las bases dentro de la propia sentencia, cabe que la condena se haga a reserva de «fijar su importancia» y hacerla efectiva en la ejecución de sentencia.

La ejecutoriedad de la resolución se tramitará conforme a los artículos 919 y ss. de la LEC, en que se dan cauces distintos para los casos de sentencia líquida, teniendo por líquido también el cálculo de los intereses si la sentencia fija el porcentaje y los supuestos de cantidades ilíquidas.

En todo caso ha de tenerse presente que la fijación en ejecución exige la previa declaración de su existencia en la propia sentencia que se ejecuta, pues si ella no la contiene cabe obtenerla en la fase de ejecución. Un momento, pues, a alegar la existencia y pedir la condena es la fase procesal de declaración y sólo cuando la sentencia reconoce su existencia e impone la reparación del daño causado por el retraso en el pago cabe utilizar los caminos antes indicados (50).

## X. CONSECUENCIAS DE LA EQUIPARACION LEGAL ENTRE INTERESES, DAÑOS Y PERJUICIOS

La equiparación que hace la doctrina tradicional entre «intereses legales» y «daños y perjuicios», al interpretar lo dispuesto en el artículo 1.108, responde a una clara influencia histórica operada por doble fuente: el carácter conminatorio de la sanción pecuniaria en razón del retraso (efluvio de la antigua prisión por deudas) y la prohibición canónica de intereses en las deudas pecuniarias civiles (51).

Todavía POTHIER describía los «intereses moratorios» como aquellos que «debía alguno en pena de su tardanza», y esos los debía «desde el día de su emplazamiento» (52).

Se desprenden de dicha configuración dos notas que motivan la línea clásica:

a) Que no es suficiente el retraso, sino la interpelación o admonición del acreedor.

---

(50) Que la acción de daños y perjuicios es distinta de la reclamación de intereses tiene también apoyo legal en la propia Ley de ventas a plazos, cuyo artículo 11 distingue las acciones de cumplimiento, resolución, rescancimiento y de indemnización.

(51) Ese es también el criterio jurisprudencial: el pago de la cantidad y los intereses legales con exclusión del rescancimiento del daño, Sentencias de 24 noviembre 1894, 19 junio 1903: no cabe imponer en concepto de mora el pago de intereses y el abono de daños, porque cuando la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurre en mora, la indemnización consiste, no habiendo pacto en contrario, en el pago de los intereses convenidos y, en su defecto, el legal.

(52) *Tratado de las obligaciones de Pothier*. Parte primera, traducido al español con notas del Derecho patrio. Barcelona, 1839, pág. 364.

b) Que el día del «emplazamiento» es decisivo, no sólo cuando interviene sentencia, como si se tratase de una deuda de valor.

Ahora bien, queda a las claras el carácter de «pena», no de «interés». Semejantes intereses, dice POTHIER, se adjudican «por razón de daños y perjuicios» y forman una «deuda distinta» del capital; es decir, no tiene carácter *acesorio*, como las deudas pecuniarias *simples*, o, lo que es lo mismo, no son intereses.

De ahí deduce este autor una consecuencia práctica, referente al «descuento», esto es, a la imputación de pagos, cuando tiene varias deudas el que paga una cantidad: «lo que paga el deudor, dice, cuando no se expresa de qué debe descontarse, se entenderá recibido a cuenta del capital más bien que de los intereses». Y ello, en virtud de que «deben preferirse las deudas que tienen intereses a las que no los tienen». En último término, porque los «intereses moratorios» no son propiamente intereses, sino medida del resarcimiento o pena.

### 1. Diferencia de trato entre acreedores

Otra de las consecuencias prácticas de dicha equiparación entre intereses y daños es la diferencia de trato entre los acreedores.

No sólo porque ahora el acreedor impuntualmente pagado se encuentra inerte ante la impunidad de una conducta reprochable, sino, además, porque gravitan en perjuicio suyo las consecuencias de aquella «despenalización», recibiendo un trato desigual al que reciben otros acreedores en situaciones igualmente reprochables, producidas por otras tardanzas o retraso malicioso por el mero hecho de que las prestaciones no sean nítidamente pecuniarias, artículos 1.182, 1.896, 2.º, 1.096, 3.º, 1.744, etc.: *Ubi est, eadem ratio ibi est eadem dispositio*. La interpretación tradicional conduce, de otra parte, a estas anomalías:

a) El pago de la suma debida y los «intereses legales» produce la extinción de la obligación, con independencia de que satisfaga o no la pretensión del acreedor; de ese modo, se convierte el pago en «acto unilateral», abstracción hecha de que la prestación sea o no conforme a su «objeto» (53).

b) Los «intereses legales» no sólo no forman «deuda distinta del capital», sino que, antes bien, son una «deducción» de la suma debida en los casos del pago desviado en el tiempo.

### 2. Enriquecimiento sin causa

Otra incongruencia es el desfase de ese criterio con las modernas orientaciones del enriquecimiento sin causa. En la moderna doctrina del Derecho de daños es tendencia común la reparación *completa* o integral del daño, tanto patrimonial como moral; esto es, ampliar la aplicación, cualquiera que sea la fuente u origen del

---

(53) N. CATALÁ, *La natura juridique du payement*, París, 1961, pág. 260.

daño. El daño se repara completamente con su *valor actual*, calculado sobre el monto total de la deuda y no sobre una parte o porción de ella (54).

Se basa ese criterio, entre otras razones, en que, de otro modo, se produciría una disminución injustificada en el patrimonio del damnificado—pérdida que uno ha sufrido.

Con el absurdo de que el responsable obtenga un enriquecimiento sin causa, lo que es, a todas luces, contrario a la equidad y a la justicia (55).

Ese «reajuste» supone tener en cuenta no sólo el tiempo anterior—el del «emplazamiento»—, sino también y, sobre todo, la fecha del pago efectivo.

Si se entiende por daño no sólo el ocasionado a un elemento patrimonial, sino a la repercusión que en el patrimonio entero tiene la violación de alguno de sus elementos, podemos aplicar esa misma doctrina al caso que nos ocupa. La tasa legal del daño producido por el retraso tiende a compensar el daño experimentado en un elemento—crédito pecuniario—, pero no consigue obviar la repercusión producida en todo el patrimonio del acreedor: solvencia, confianza, solicitud de créditos innecesarios..., en definitiva, la compensación «parcial» no elimina el hecho de la disminución injustificada en el patrimonio del acreedor y el correlativo enriquecimiento que al deudor supone esa anómala fuente de financiación sin contrapartida equivalente; lo que, sin duda, es contrario, no sólo a la justicia y a la equidad sino, incluso, a la lógica; también las leyes de la lógica adquieren «rango jurídico», S. de 11 de mayo de 1964, y sus reglas prevalecen siempre que sean racionales, como en nuestro caso, SS. de 27 de diciembre de 1951, 10 de octubre de 1963.

### 3. Daño directo producido por incumplimiento

#### A) DOLO

El retraso intencionado es una forma de artificio o «propósito de dañar injustamente a otro», S. de 31 octubre 1924, cometido por aquel a quien puede beneficiar el fin propuesto, S. de 25 octubre 1928. Tal retraso intencionado es, de ordinario, el modo de comportarse el deudor moroso, que, pese a la mora, cumple una suerte de *dolo negativo* y, hace notar el profesor DE CASTRO, que en

(54) F. FUEYO LANERI, *Corrección monetaria y pago legal*, pág. 94.

(55) «El alargamiento de la funcionalidad del enriquecimiento sin causa—dice Alvarez Caperochipi—, se produce así tanto estableciendo nuevos casos de proponibilidad de la acción, al ampliarse el concepto «enriquecimiento», como ampliando el objeto de la misma, la medida del enriquecimiento». J. A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El enriquecimiento sin causa*. Santiago de Compostela, 1979, pág. 160; sobre la preponderancia de la responsabilidad sobre la culpabilidad, Vid. J. L. GARCÍA WISCHFELD, *Ensayo sobre temas varios del Derecho de daños*, R. D. P., 1979, pág. 1027.

el Derecho vigente no hay dificultad para atender el dolo por omisión (56).

Expresión concreta de esa conducta dolosa se encuentra en la tardanza del deudor que pretende aprovechar un ambiente de amistad y confianza, S. de 20 febrero 1923.

Tener presente el dolo, en cualesquiera de sus manifestaciones, positivo o negativo, es secuela de la perenne virtualidad de la buena fe, que, en la castiza formulación romana, tendía a que «astutos y engañadores» no se aprovechen de su astucia. D. 4, 3, 1, pr. La buena fe es contraria al dolo y fraude. D. 17, 2, 3. En tal sentido, incorporado como principio informador la buena fe en el Título preliminar, artículo 7,1, no sólo no hay dificultad en Derecho vigente para atender el dolo por omisión, sino que se sitúa como el vértice a que debe plegarse la recta interpretación de los artículos del C. c. referentes al cumplimiento puntual de las deudas de dinero, artículos 1.108, 1.110, etc. De alguna manera, la propia jurisprudencia recoge ese criterio, en SS. 22 febrero 1901, 19 noviembre 1904, 21 octubre 1924, 25 octubre 1928 y, en fecha más reciente, en S. de 20 diciembre de 1954.

En esta última sentencia se plantea la cuestión en torno al carácter vinculante para el Tribunal de la aplicación de la doctrina común relativa a la mora. De modo expresivo, el profesor Albaladejo emplea, al comentar dicha sentencia, el término «se percata» de que el criterio según el cual no hay mora mientras la obligación es ilíquida «puede, en ocasiones, resultar dañoso» para el acreedor (57). Más bien se trataba de un caso típico de *dolo negativo*, en que el deudor se prevale de la amistad y confianza para el logro de un beneficio con detrimento del acreedor.

En el supuesto en esa Sentencia controvertido, el mandatario, una vez revocado el poder, retrasa injustificadamente la rendición de cuentas y entrega del saldo resultante. En esas circunstancias entra en juego lo dispuesto en el artículo 1.724 del C. c.: otro criterio equivaldría a premiar la negligencia del mandatario con el enriquecimiento injusto que implicaría la retención y disposición indebidas del dinero ajeno, con detrimento del poderdante que se ve constreñido a entablar un pleito para vencer la obstinada resistencia a rendir cuentas, sin posibilidad, mientras tanto, de disponer y aprovecharse de lo que le pertenece. Pese a todo, por consistir en el pago de una cantidad de dinero, el importe se traduce en el abono del interés legal o moratorio «por aplicación del artículo 1.108», sin que la referencia a lo dispuesto en el artículo 1.101 se lleve, en el caso concreto, a sus últimas consecuencias.

Puede suceder, adviértase GAUDEMET, que además del daño re-

---

(56) F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, t. X del Tratado práctico y crítico de Derecho civil, Madrid, 1967, pág. 152. Vid. también, E. QUIÑONERO CERVANTES, *El dolo omisivo*, R. D. P., 1979, págs. 346 ss.

(57) M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II. Derecho de obligaciones. Parte general. Barcelona, 1970, pág. 125.

sultante del retraso y regulado a tanto alzado por la Ley, el acreedor haya sufrido otro daño causado por el deudor. En tal caso, además de su crédito por «interés», tiene otro crédito por «indemnización» (58).

## B) CULPA

El daño puede estar producido por omisión culposa o conducta negligente, v. g., verse el deudor reducido por su culpa a un estado en que le es difícil cumplir.

La culpa no se presume; el acreedor debe probar el hecho perjudicial, que queda a su cargo.

En realidad, más que culpa en sentido estricto debe entenderse «mala fe»; que el deudor moroso cause un daño con su mala fe, «independientemente» del atraso. En último término, falta la buena fe «que debe reinar en los contratos» (59).

Que el pago se ajuste a la buena fe es una de sus condiciones, por lo que el pago ha de ser exacto, íntegro y *actualizado*. Al resarcimiento de tales perjuicios —dice POTHIER— (60) está tenido el deudor moroso de la misma manera que el que da lugar a ellos por una falta absoluta de cumplimiento, pero será más moderada «cuando no puede achacarse al moroso sino su negligencia y descuido» y, entonces, añade: «no deberá entrar en el cómputo más daños y perjuicios que los que pudieren preverse al tiempo de la celebración del contrato, o bien aquellos a que tácita o explícitamente se sujetó o se presume haberse sujetado el deudor».

Cuando la demora del deudor —advierte POTHIER— recae sobre una obligación que consiste en dar una suma de dinero es difícil prever esos daños y por eso recurre a una «especie de arbitramiento» el legislador para reducirlos a unos límites determinados.

Por eso, añade, en el «fuero externo» no puede pedir más intereses que los señalados, ya provenga la tardanza de simple negligencia, dolo o contumacia. En compensación puede pedirlos sin probar los perjuicios experimentados a causa de la demora.

Pero, en el «fuero de la conciencia» si los perjuicios son de mayor valor que los intereses, el deudor moroso o contumaz deberá indemnizarlos completamente, y no contentarse con la solución de los intereses que le marca la Ley; no empero así el deudor que hubiere sido sólo negligente. En el «fuero interno», dice POTHIER, «basta una interpelación privada y amistosa» no se requiere para constituir a alguno en demora interpelación judicial, lo que pone de relieve la relación con la equidad y la justicia.

(58) E. GAUDEMET, *Teoría general de las obligaciones*. México, 1974, pág. 415.

(59) Artículo 1.153 del *Code*, «el acreedor al que su deudor moroso ha causado, con su mala fe, un daño independiente de su atraso, puede obtener daños y perjuicios distintos de los intereses moratorios de su crédito». Sobre la interpretación y alcance del término «mala fe» abarcante de la culpa, Vid. E. GAUDEMET, *Teoría general de las obligaciones*, pág. 415.

(60) POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, pág. 103.

Cabe advertir en estas apreciaciones, que sirven de interpretación autorizada de la *ratio* normativa del texto legal referente a la mora, una diferencia clara entre la que pudiéramos llamar «causa legal» u origen, obligación *ex lege*, del pago de «intereses moratorios» —intereses legales— y «causa justa», hecho que justifica, razón suficiente, una atribución, interés *normal* del dinero, aunque no provenga *ex obligatio*, una indemnización integral o completa. Si bien no sería acaso exigible por *acción*, si es atendible por cauce de *excepción*. Si el deudor —por vía de hipótesis— paga espontáneamente intereses superiores a los que marca la ley, el pago no sería repetible porque no es «indebido» (arg. art. 1.976). Todo pago presupone una deuda y lo que se paga sin deuda es repetible. En nuestro caso, el pago del interés normal en lo que excede de la medida legal, de lo no constreñible, no sería donación; entenderlo como tal sería ir contra la realidad de las cosas, ya que, en expresión acertada de POTHIER, el deudor que *sabe* que *debe* y no está *obligado* al pago voluntario da si paga existencia jurídica a una obligación natural.

A esta diferencia se alude más adelante, al estudiar sus implicaciones en la causa de la posesión —causa de retener— en la liquidación de la gestión posesoria y en la conducta exigible al gestor oficioso de dinero ajeno.

La misma razón de ser ésta una materia donde es influyente la motivación ética —actuación antijurídica (a que responde la histórica diferencia entre «fuero interno» y «fuero externo») —, indica la aplicación del artículo 1.102, que funda el límite de la exención de responsabilidad por incumplimiento doloso en que lo contrario sería inmoral, «aunque sólo fuere porque podría inclinar a ser doloso al deudor que se sabe seguro de su impunidad» (61), no obstante el acreedor, acontecido el incumplimiento doloso, puede renunciar posteriormente a la acción.

### C) MORA

La mora propiamente dicha no es el *simple* retraso, la no entrega de la cantidad dentro del plazo, lo que sería también insuficiente para otros daños y perjuicios. Exige una advertencia enérgica —acto auténtico—, ya que mientras el acreedor no avisa al deudor se presume que tolera el retraso.

Por eso, mientras que es preciso probar el daño por dolo y culpa, no lo es la prueba del producido por mora: «en compensación puede pedirlos sin probar los perjuicios experimentados a causa de demora», lo que demuestra el carácter de intereses «compensatorios» o el carácter de «deuda de valor», medio de tutela civil del daño en las prestaciones pecuniarias.

(61) M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, Derecho de obligaciones, pág. 114. Sobre la progresiva objetivación del criterio de la culpa y la evolución de la noción de responsabilidad, V. RICARDO LEÓN ALONSO, *La categoría de la obligación «in solidum»*. Sevilla, 1978, pág. 72.

## XI. SOLUCIONES PROPUESTAS

### 1. Supuestos con previsión

El funcionamiento de la indemnización cuenta, en ese caso, con los mecanismos previstos para las deudas de numerario, garantías reales o personales, cláusula penal, etc...; los intereses que corren son los pactados y el «rendimiento» del capital preestablecido; la responsabilidad no nace de un hecho «distinto e independiente» de la obligación anterior, del vínculo entre las partes, del incumplimiento, sino que «se perpetúa» por falta de cumplimiento, a los «daños futuros».

### 2. Supuestos sin previsión: posible vía jurisprudencial.

En este caso, el alcance de la reintegración patrimonial tiene distinto marco y la responsabilidad diferente fundamento: más bien se basa la responsabilidad por un hecho perjudicial —retraso malicioso o *mora compleja*—, semejante a las consecuencias a que da lugar la responsabilidad por perjuicio efectivo de un bien poseído por otro —retención y disposición indebidas de dinero ajeno, S. de 20 diciembre 1954—, incluso si era poseedor de *buena fe* —retraso «tolerado»—, cuando se justifique haber procedido con *dolo*, artículo 457 del C. c. Lo que nos conduce al estudio de la *posesión del dinero*.

### A) LA POSESION DE DINERO

El Código civil, al regular la posesión, contempla prioritariamente las cosas o los derechos, sin referirse de modo explícito al dinero, artículo 430 del C. c.

Pero es evidente que el dinero es una cosa susceptible de posesión y, a la posesión de dinero, se da entrada, por diversos cauces:

— el dinero, como cosa genérica, o mejor, consumible, puesto que el uso normal del dinero consiste en gastarlo—uso no reiterado— y el gasto *normal* del dinero es la inversión rentable.

— el dinero, como objeto de tráfico jurídico: propiedad del dinero, usufructo de dinero, transmisión del dinero (préstamo), en general, los supuestos de subrogación real (*pretium succedit in loco rei*).

— el dinero como especificación de la acción (no reivindicatoria, sino *condictio*), que tiene influencia en la presunción del 464 del C. c.

— la posesión de dinero está comprendida en el artículo 440 del C. c.

Ahora bien, la posesión de dinero no ha sido objeto de estudio detallado, y, en consecuencia, quedan imprecisas no pocas cuestio-

nes que recobran luminosidad desde esta perspectiva de la posesión; entre otras, las siguientes:

1.º Si el dinero es un bien «productivo» —art. 1.109— ¿a quién pertenecen los frutos?; lo que nos lleva al estudio concreto de los diversos *títulos* de posesión de dinero.

2.º La correspondencia de los conceptos y estados posesorios con el modo de poseer el dinero.

3.º Los actos relativos a la posesión de las cosas en su adecuación a la posesión de dinero.

4.º El modo de ejercicio, la buena y mala fe, en la posesión de dinero.

5.º La aplicación de las reglas de liquidación de la posesión de las cosas a la específica liquidación de la posesión de dinero.

Ninguna duda cabe de que el dinero produce dinero (*pecunia parit pecunia*), pero los intereses —concepto jurídico más que económico— son *productos* que se obtienen del *crédito*, de aquellas relaciones jurídicas que tienen por objeto prestaciones de dinero: es interés, si se quiere, el *rendimiento económico* de las mismas.

Esas relaciones jurídicas fundamentan, como título, la posesión de dinero y a eso se debe que la deuda de intereses tenga siempre carácter *accesorio*, puesto que requiere el crédito (líquido, exigible) como la sustancia productora de que son *rendimiento económico*. Del mismo modo que los frutos naturales e industriales, el interés adquiere relevancia jurídica cuando la suma o capital está en titular distinto del dueño, de quien administra, usa o dispone dinero ajeno, lo que el Código civil regula en sede de las obligaciones, pero no han de perderse de vista las incidencias posesorias: no es lo mismo, en efecto, poseer dinero ajeno en nombre propio o en concepto de representante, voluntario o legal, a título de préstamo o en concepto de precario, por acto posesorio o por tolerancia...; en cada uno de estos supuestos, el régimen de la responsabilidad, las conductas exigibles, etc., difieren.

De aquí también que la buena o mala fe se refiera no sólo a la *intencionalidad* (dolo, culpa), sino, sobre todo, al *conocimiento* del vigor y alcance del título en cuya virtud posee dinero ajeno; diferente es, en efecto, la posesión posesoria de quien por error no piensa en el reembolso (concepto de dueño, buena fe) y, por tanto, no se excede en el uso *normal* y quien, al pensar en el reembolso, se *excede* prevaliéndose de esa situación en el modo de conducirse respecto del dinero ajeno.

La mora, en concreto, tiene doble incidencia: obligacional y posesoria. Por lo que se refiere al cumplimiento de la obligación, es un *presupuesto* —cumplimiento moroso—; por lo que se refiere a la posesión, un presupuesto del cambio de concepto posesorio.

Pudiera decirse que la falta de atención de la doctrina al tema de la posesión de dinero está justificada, porque lo más característico a la posesión es la defensa interdictal, remedio éste que no es aplicable al dinero.

Argumento falaz porque la propiedad del dinero no se niega por el hecho de que no sea ejercitable la acción reivindicatoria.

La razón más atendible de esa falta de atención acaso sea haberse ceñido a la tutela posesoria de las «cosas»: «corporales e incorporales».

Pero la posesión, de otra parte, presenta aspectos prácticos que rebasan esa forma de tutela; entre otros, los siguientes, que interesan a nuestro estudio:

- 1.º El valor legitimador del título posesorio.
- 2.º La aplicación de presunciones.
- 3.º Las reglas de liquidación.

El valor legitimador del título posesorio permite, v. g., la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.896 sobre el pago indebido a los deterioros o menoscabos «propter moram», regla especial que excluye la general del artículo 1.101, S. de 20 mayo 1959. Entre las presunciones figura la de buena fe, de que carece quien sabe que el título por el que retiene una cantidad no es suficiente para seguir poseyéndola —declaración de mora—; la reclamación del acreedor produce el efecto inmediato de la pérdida de la cualidad de buena fe al poseedor de una cantidad de dinero que retrasa el pago pese a ser advertido y noticioso de la solicitud del acreedor.

Las reglas de liquidación se corresponden con las medidas relativas a la percepción de frutos (frutos civiles), gastos, deterioro, de quien debe restituir al legítimo poseedor, al titular del crédito: de modo particular, la atribución de riesgos.

De aquí la necesidad de distinguir el título de la prestación accesoria de intereses, siempre dependiente de la relación principal crediticia, en cuya virtud el deudor posee.

## B) CLASES DE POSESION DE DINERO

### a) *Posesión natural*

La posesión del dinero, como la posesión de las cosas, puede ser natural o civil, según que sea la «mera» tenencia —prescindiendo de la existencia o no de título— o la «intención» expresada en un título determinado, contrato, testamento, de poseer el dinero «como suyo», es decir, conforme al título —relación crediticia—, en cuya virtud posee. Como el uso ordinario del dinero es gastarlo y el gasto normal del dinero es la inversión rentable, el grado de diligencia, actos de conservación, actos de administración y de disposición encuentran en el título en cuya virtud posee los límites positivos y negativos; obtener la rentabilidad del dinero es acomodar la conducta exigible al destino de la cosa.

La posesión natural del dinero encuentra su forma más precisa en quien tiene el poder efectivo de una suma que ha de devolver y devuelve con retraso. Quien debiendo pagar no paga *usa*, o posee o detenta (*corpus*) dinero ajeno.

De aquí, las precisiones del Código para poner de relieve la valoración jurídica de este hecho, del hecho de poseer un dinero ajeno:

1.º La necesidad de *intimación*, artículo 1.100, en relación con el 1.108, que eleva el *retraso* a la categoría jurídica de «mora» (retraso jurídico) y constituye al deudor en la obligación de *resarcir*, además de la obligación preexistente de *restituir*, artículo 268...

2.º La mora es «independiente» de la causa o «fundamento» de ese poder efectivo o señorío de hecho.

Esto es, lo mismo que sucede con la posesión de las cosas, el mero hecho de tener puede basarse en un *acto de tolerancia* del dueño, artículo 444, del que se sigue la negación de eficacia posesoria a los «actos meramente tolerados».

La intimación o advertencia al deudor viene a significar entonces la voluntad del acreedor *excluyente* de la tolerancia y, en consecuencia, un acto de acreditamiento de que el deudor «no ignora» que posee el numerario indebidamente, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 435 del Código civil.

La mora, la *simple mora*, como forma primera de relevancia jurídica del «simple hecho de poseer» dinero ajeno, supone:

1.º Que el dinero es un bien productivo—«intereses legales»— o daños y perjuicios moratorios: SS. de 21 de octubre de 1911 y 29 de octubre de 1944, que consideran el interés, tanto legal como el interés del interés una vez «liquidado» como producto o provecho que devenga un capital en dinero.

2.º Que puede estar poseído sin título; el *hecho* mismo de poseerlo es origen de consecuencias jurídicas.

3.º La interpelación hace conocer al deudor la exigencia del acreedor y, por tanto, la eventualidad de que el deudor no posee de buena fe y puede responder por deterioro o pérdida. Ocurre, como en la posesión, que en cualquier momento en que sobrevenga ese conocimiento el poseedor deja del serlo de buena fe y desde ese instante se expone al pago de los daños y perjuicios. La interpelación es uno de los actos que acreditan que el poseedor tiene *conocimiento* de la eventual retención indebida de dinero ajeno. El momento decisivo para la indemnización por mora coincide con el de la interrupción de la posesión a efectos de los frutos, si el momento en que cesa el derecho a los frutos es desde el emplazamiento, S. de 27 de marzo 1950; desde la contestación a la demanda, S. de 26 abril 1948; desde el acto de conciliación, S. de 26 mayo 1966, términos análogos a la interrupción de la posesión civil, conciliación, artículo 1947, citación judicial, artículo 1945, contestación a la demanda. En general, la fijación del momento definitivo coincide con la presentación de la demanda, a cuyo momento se retrotrae la Sentencia (Delgado Echevarría) (62).

(62) Sobre el derecho de posesión como el «derecho a seguir poseyendo», Vid. S. I. IACRUZ BERRIETO, *Elementos de Derecho civil*, III, Derechos reales. Vol. I. Barcelona, 1978, págs. 68 y 73.

Pero con relación a la posesión, la S. de 4 noviembre 1976 aprecia la mala fe a partir del requerimiento para el acto de conciliación, criterio coincidente con la de 26 mayo 1966 respecto de los intereses moratorios.

4.º Que el poseedor «moroso», si hiciera desde la advertencia suyos los frutos, obtendría un enriquecimiento sin causa justificada, equivalente al empobrecimiento experimentado por el legítimo titular al ser privado del uso normal del dinero, empobrecimiento que debe ser *reparado* como daño concreto y real.

5.º Dicha reparación la efectúa el legislador, artículo 1.108, de modo simplista, rápido y casi automático —«arbitraje legal»—, con la pragmática solución de dictar una decisión coyuntural en sentido económico, estableciendo el «rendimiento mínimo del dinero» (cabén pactos estableciéndolos superiores), que constituye una especie de cobertura presunta de los daños resultantes de la posesión ilegítima.

Este «mínimo legal» no cubre todo el posible daño (piénsese en la pérdida sufrida por la disminución del poder adquisitivo de la moneda, que, de no compensarla, haría al poseedor de dinero de peor condición al poseedor de cosas).

6.º La posesión de dinero ajeno por el deudor moroso —simple mora— es la situación posesoria *mínima*: a la responsabilidad, mediando retraso, son aplicables los artículos 457 y 1096 con sentido sancionador.

7.º El acreedor que *intima* al deudor ejercita un acto de constatación, acto análogo al desahucio por precario o contra quien ocupaba el dinero por «mera tolerancia».

También puede aplicarse al acreedor la doctrina de la posesión: aunque esté temporalmente desprovisto de la suma debida y de sus intereses, el acreedor tiene en cualquier caso el *ius possidendi*, correspondiente a su título: el título de crédito.

Son conceptos diferentes los de *título*, en cuya virtud alguien posee y la *posesión* misma: si el derecho del acreedor a los frutos es consecuente con el título v. g., prestación pactada, la protección del título cubre la de los intereses, lo que, v. g., ocurre si la deuda es líquida, de existencia determinada.

Pero si el derecho a los frutos se protege por el mero *ejercicio*, esa protección es posesoria, siguiendo en este punto la argumentación del Marqués de Olivart (63), expuesto en el libro, todavía clásico, de la posesión: «el derecho es consecuente con su título», a lo que responde, en nuestro caso, el artículo 1.108 con la expresión «pacto en contrario», que será el título o fuente de la prestación de intereses; mientras que, si se protege como el *hecho* de su ejercicio, entonces entra en la *protección de la posesión*.

---

(63) MARQUÉS DE OLIVART, *La posesión*, Barcelona, 1884, Imprenta de Jaime Jepus, pág. 483.

El hecho del ejercicio del derecho a los frutos, cuando no hay régimen voluntario previsto al respecto, se acredita a través de actos de típico sabor posesorio:

— *actos de tolerancia*: mientras el acreedor no avisa al deudor.

— *actos de reconocimiento*.

— *actos de reclamación* de la cantidad debida por título de préstamo, pago de lo indebido...

Por razón del título los intereses convencionales siguen el régimen pactado, el mismo que la relación principal de que derivan; de no ser convenidos, la percepción de frutos puede hacerse de mutuo acuerdo, «determinación acordada» o sin acuerdo, lo que requiere unas reglas generales, especiales, y unos principios informadores del régimen legal, compensación de ventajas, transmisión de riesgos, gastos...

Se advierte de nuevo cómo la distinción entre buena o mala fe es relevante en sede de posesión: restitución de frutos, reparación, y se presenta con mayor plasticidad con la liquidación de la gestión posesoria de quien ha de devolver o pagar la cantidad y los intereses; la retención indebida (intimación, pago de lo indebido...), es también relevante en orden a los menoscabos, daños y perjuicios. Desde la vertiente del acreedor es preciso considerar la equivalencia entre el interés y el riesgo del capital que influye en la proporción o cunatía de la suma, en la reintegración patrimonial.

En efecto, un perjuicio unilateral grave e injustificado, co!ocar todas las ventajas sólo para el deudor, rompe la equivalencia de la posición respectiva, el balance de intereses en juego, que pudiera describirse así:

#### *Acreedor:*

- Título en que se funda el crédito.
- Importe de la suma entregada de cuyo uso se priva.
- Proporción: medida de la cuantía de los intereses o retribución por el uso.
- Precio por aplazamiento de la obligación de restituir, justificado por el riesgo del capital; amparo de la suma de que carece; disminución del valor de uso...

#### *Deudor:*

- Suma recibida.
- Uso, disfrute: empleo del dinero.
- Disposición libre de esa cantidad dentro de los límites del título y de la cosa: interés «normal» del dinero, S. de 30 junio 1967.

b) *Posesión civil*

El artículo 430 del C. c. entiende por posesión civil aquella tenencia en que al hecho de poseer une la intención de hacer la cosa o derecho «como» propia.

En último término, la posesión civil se relaciona con el título en virtud del que se posee.

Posee en concepto de dueño (*animus domini*) el deudor el día en que cambia la posesión, v. g., conversión en deuda de préstamo de la deuda vencida.

Posee en concepto de dueño quien percibe o confiesa haber percibido—precio confesado—una cantidad como precio de la prestación efectuada; si luego ese vínculo se resolviera, surge la obligación de devolver y liquidar los frutos a partir de la constatación del cambio posesorio, que coincide con la prosperidad de la acción.

Pero cuando el dinero está en posesión de su dueño, la relevancia jurídica es mínima, porque sus consecuencias son otras, y a eso se debe que ni siquiera se incluya el interés en la enumeración de los frutos del artículo 354.

Tiene en cambio importancia cuando en virtud de un título un tercero usa de dinero ajeno, el «correspectivo del goce» en la doctrina italiana, que no es sino introducir la doctrina de la causa en la posesión; correspectividad es tanto como la prestación correlativa a la contraprestación del goce de una cosa; en definitiva, la equivalencia de las prestaciones.

Cuando es el prestamista previsor y el prestatario acepta, aquél, en uso de la libertad de pacto y valorando el destino del dinero en manos del prestatario, las dotes personales de éste, garantías y cautelas respecto a la coyuntura económica, exige cantidades superiores a la previsión mínima del legislador, eleva los intereses en cuyo monto cabe apreciar algo más que el puro interés del dinero como fruto de la posesión.

La posesión civil en concepto distinto del de dueño se contempla en diversos artículos; a título de ejemplo, veremos alguno en que se posee dinero ajeno como «representante» artículo 432—o adquirente del disfrute: usufructo de crédito si el deudor no notificado paga; artículos 269 y 273, que establece la responsabilidad por omisión de los deberes de colocar el dinero como buen padre de familia; artículo 186 «posesión temporal» del ausente, título legal de poseedor civil mientras dure la posesión (período productivo) y artículo 187... estos artículos ponen de relieve:

1.º Que, para el legislador, el dinero es productivo.

2.º Que es exigible un grado de diligencia para que el dinero produzca: actos posesorios de «conservación y disfrute».

3.º Unas reglas de liquidación, por vía convencional, automática (tutor) o judicial (ausencia).

Son supuestos expresivos de esa idea, además:

1.º Posesión por representantes legítimos, v. g., usufructo legal de los padres, ejercicio de los derechos posesorios de bienes de incapaces, artículo 443.

2.º Posesión por el administrador del concurso o por el albacea.

c) *Posesión de dinero de buena o mala fe*

En numerosos artículos se refiere el Código a la posesión de dinero de buena y mala fe.

Por señalar algunos de los que han servido a la doctrina para una clasificación de los intereses legales, nos referimos a éstos:

1.º Artículo 1.501, 3.º, el comprador *debe* intereses.

2.º Artículo 1.896, quien posee indebidamente de mala fe, debe interés y *además* deterioro (o devaluación).

3.º Artículo 1.682: aportación a la Sociedad.

4.º Artículo 1.838: en la fianza, pago por el fiador.

5.º Artículo 1.728: intereses de la cantidad anticipada y *además* daños y perjuicios.

Con respecto a las pretensiones de daños y frutos, civiles incluidos, la buena fe del poseedor se funda en la ignorancia de cualquier vicio que afecte al título de adquisición.

Es aplicable lo dispuesto en el artículo 434 respecto de la buena fe, presunta. Es «retraso malicioso» cuando el deudor renuncia a entregar lo debido constándole «prima facie» el mejor derecho del titular y que éste lo reclama (64). No lo es si el deudor de buena fe entiende que le asiste razón derecha para negarse a las exigencias de su adversario, SS. de 19 noviembre 1904 y 19 diciembre 1907.

## C. LIQUIDACION DE LA GESTION POSESORIA

El Código civil dedica los artículos 453 y ss. a determinar las consecuencias de un cambio posesorio, ¿cuáles son estas consecuencias en la posesión del dinero?

1. *Liquidación simple*: la que corresponde a la mora.
2. *Liquidación compleja*: por voluntad de las partes.
3. *Liquidación judicial*: distinguiendo:

---

(64) No se toma la palabra buena o mala fe en sentido impropio, tener por probable, suponer, sino en el uso propio de quien conoce que no es posible la sustitución, porque no responde al contenido objetivo de la prestación, y, en última instancia, tiene posibilidad de comprobarlo, ya que el acreedor no da su asentimiento. Sobre otras medidas relativas a combatir los efectos dañosos en las prestaciones pecuniarias. Vid. J. BONET CORREA, *El pago de los gastos necesarios y útiles de un poseedor ante las alteraciones monetarias*, en A.D.C. XXXI, 1978, pág. 459, y *La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias*, pág. 374.

1.º Frutos.

2.º Con buena o mala fe, daños y perjuicios, artículo 455 y 457, artículos que se corresponden con lo dispuesto para la posesión de dinero de los artículos 1.101 y 1.124, ya estudiados.

El poseedor de mala fe, según dispone el artículo 455, abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo «hubiera podido percibir». En consecuencia, el abono de los frutos *percibidos* se hace mediante el abono de intereses conforme a la tasa legal, no así los que «hubiera podido percibir» que, después de la reclamación, se basan en la ilicitud sobrevenida, como pueden serlo:

- La inversión rentable del dinero.
- La merma de garantía patrimonial.
- Las consecuencias originadas de hallarse privado del pago hasta la fijación definitiva del montante, si se prueba que es por causa imputable al deudor.
- Las consecuencias, en suma, de la devaluación—riesgo de la devaluación—siempre que éstas no sean un hecho económico (*deterioro material*) (65), sino *jurídico*, esto es, si el acreedor *demuestra* haber experimentado un daño ulterior superior, artículos 481 y 497.

El «deterioro» en la posesión de dinero consiste en el daño ulterior como puede ser la disminución de la consistencia económica originada por la devaluación, que ha podido o no ser prevista y, en todo caso, moderable por el Tribunal que exigirá la prueba del:

- 1.º Hecho culposo o doloso.
- 2.º Daño efectivo.
- 3.º Relación de causa a efecto.

Ahora bien, en la actuación judicial habrá que valorar el grado de previsión. Cuando el interés «superior» al normal del dinero revela de modo indubitado que las partes tuvieron en cuenta su depreciación, habrá que estar a lo querido por ellas y la moderación judicial podrá venir permitida por la Ley de usura, o, por la vía de la cláusula penal, artículo 1.152 (supuestos con previsión).

Cuando no haya sido previsto el incumplimiento, la imposición del daño por interés legal es automático y no cabe moderación por los Tribunales, pero éstos podrán conocer sobre la viabilidad de la acción de reparación de daños y perjuicios que son concurrentes, a instancia de parte y previa demostración de los requisitos antes enumerados.

En último término, es también aplicable el criterio en cuya

---

(65) Disminución de valor que, como la producida en las cosas por un hecho natural, produce una diferencia que hubiera perdido en todo caso el propietario.

virtud se entiende que el poseedor de mala fe está siempre en mora en el cumplimiento de su obligación de restituir (66).

### 3. Propuestas de «*lege ferenda*»

1.º Que los Tribunales, por todos los razonamientos anteriores, interpreten que el artículo 1.108 se refiere exclusivamente a la *simple mora*, perfectamente compatible con la *mora compleja*: es decir, la mora dentro de la cual es posible advertir la presencia del dolo o de la culpa.

2.º En el supuesto de que la solución anterior no sea viable, por la reiterada jurisprudencia contraria, se propone la modificación del texto legal del artículo 1.108 y nos atrevemos a dar dos redacciones:

a) Artículo 1.108: si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor «incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios consistirá en el pago de intereses convenidos». A falta de convenio, consistirá en el interés legal que fije el gobierno, que será compatible con lo dispuesto en el artículo 1.101.

b) Artículo 1.108, si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y si el deudor incurriere en *simple mora*, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y a falta de convenio, en el interés legal.

Cuando la mora comprenda cualquier otro modo de contravención al tenor de la obligación, habrá que estar, además, a lo dispuesto en el artículo 1.101.

Estas fórmulas que se exponen se caracterizan por:

1.º Respetar la voluntad contractual. Hacen posible, incluso, que las partes convengan sobre los daños futuros, pues sólo a falta de convenio entra en juego el interés legal más los daños y perjuicios.

2.º Impedir, como el Código quiere que se impida, la equiparación de todas las formas de cumplimiento *anormal* de las obligaciones.

3.º Proporcionar plena eficacia y absoluta veracidad a los artículos 1.102 y 1.103. Según el primero de los citados, la responsabilidad procedente del dolo es exigible en *todas las obligaciones*, y es *nula* su renuncia. Mal puede el Código contradecirse excluyendo del texto a las obligaciones pecuniarias y, menos aún, puede declarar la nulidad de la acción para hacerla efectiva cuando ha dicho que la renuncia es nula.

Según el artículo 1.103, la responsabilidad que proceda de negligencia es *igualmente* exigible en el cumplimiento de *todas* las cla-

(66) L. DÍAZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III, Derecho de cosas, Madrid, 1978, pág. 88.

ses de obligaciones (por consiguiente, las dinerarias también), pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos. Las fórmulas propuestas permiten la moderación por la vía de la reducción de los intereses convenidos, si fueren desproporcionados por la vía de la fijación del *quantum* y por la vía de la moderación de la culpa.

Queda a salvo la indemnización *automática* de la simple mora, que será el interés legal coyuntural.



# El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ¿ESTABLECE EL ACUERDO UN SISTEMA DE MATRIMONIO CIVIL FACULTATIVO DE TIPO LATINO?—III. IMPOSIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE ACEPTAR EL SISTEMA MATRIMONIAL FACULTATIVO DE TIPO LATINO: 1. *Obstáculos constitucionales a la eficacia civil de la competencia legislativa de la Iglesia en materia de matrimonio.* 2. *Obstáculos constitucionales a la eficacia civil de la jurisdicción de la Iglesia en materia de matrimonio.*—IV. ¿CUAL ES, PUES, EL SISTEMA QUE PERMITEN LA CONSTITUCION Y EL ACUERDO?

## I. INTRODUCCION

Conforme a la Constitución habría sido, sin duda, posible establecer en España el sistema del matrimonio civil obligatorio, con forma exclusivamente civil.

Este sistema ha sido defendido como el más respetuoso con la libertad religiosa (art. 16 de la Constitución) y el único que deja clara la distinción de ámbitos normativos, el estatal y el de las conciencias. El Estado sólo reconocería el matrimonio celebrado en forma rigurosamente civil, dejando en libertad a los contrayentes para celebrar o no, antes o después, ceremonias religiosas, carentes, como tales, de trascendencia jurídica (1). Yo creo que no es el sistema preferible (2).

Ahora bien, la opción por este sistema matrimonial ya no es posible al legislador español. Los poderes públicos, que están constitucionalmente obligados a mantener relaciones de cooperación con la Iglesia Católica (art. 16 Constitución), han concertado el Acuerdo sobre asuntos jurídicos con la Santa Sede, que acota las posibilidades del legislador. No puede éste moverse ya con la amplitud que le permite la Constitución, sino con la más limitada que le señala el Acuerdo.

---

(1) Cf. nota 5 y texto correspondiente. El sistema de separación de ámbitos se defiende por el padre TURRADO, O. P., *Vida Nueva*, 10 mayo 1980.

(2) Cf. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Matrimonio, Iglesia, Estado: hacia el gran cambio*, D. J. Enero-marzo 1977, págs. 177 y ss.

Según el artículo VI del Acuerdo:

«1) El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico.

Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio.

2) Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico, podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente.

3) La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales.» (2 bis).

El sistema legislativo posible tiene, pues, como queda dicho, dos límites: el constituido por las normas constitucionales y el constituido por las estipulaciones concordadas. Lo que no se puede, en modo alguno, es entender el Acuerdo en contradicción con la Constitución. Todo lo contrario: debe descartarse toda interpretación del Acuerdo—firmado (en 3 de enero 1979) y ratificado (en 4 diciembre 1979) cuando ya estaba en vigor (3) la Constitución—que contradiga las exigencias de la Ley Fundamental. No puede ser de otro modo, pues como expresa su artículo 95-1 «la celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contra la Constitución» exigiría la previa revisión constitucional.

(2 bis) En el protocolo final, y «en relación con el art. VI, 1)» del Acuerdo, se estipula:

«Inmediatamente de celebrado el matrimonio canónico, el sacerdote, ante el cual se celebró, entregará a los esposos la certificación eclesiástica con los datos exigidos para su inscripción en el Registro Civil. Y en todo caso, el párroco en cuyo territorio parroquial se celebró el matrimonio, en el plazo de cinco días, transmitirá al encargado del Registro Civil que corresponda el acta del matrimonio canónico para su oportuna inscripción, en el supuesto de que ésta no se haya efectuado ya a instancia de las partes interesadas.

Corresponde al Estado regular la protección de los derechos que, en tanto el matrimonio no sea inscrito, se adquieran de buena fe por terceras personas».

Cf. también disp. tr. 2.

(3) La Constitución entró en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el «Boletín Oficial del Estado» (disposición final, Constitución), es decir, el 29 diciembre 1978.

## II. ¿ESTABLECE EL ACUERDO UN SISTEMA DE MATRIMONIO CIVIL FACULTATIVO DE TIPO LATINO?

El sistema de matrimonio civil facultativo implica que los contrayentes pueden elegir entre contraer matrimonio en forma religiosa o contraerlo ante los órganos del Estado. Pero dentro del sistema facultativo se ha distinguido en el Derecho comparado el sistema que ha sido llamado latino y el llamado anglo-sajón. En el sistema llamado latino se reconocen dos clases de matrimonio, el religioso y el civil, sometidos uno y otro, en principio, a legislación y jurisdicción diferentes. El sistema anglo-sajón propiamente es un sistema de matrimonio civil obligatorio, puesto que está totalmente sometido a la legislación y jurisdicción del Estado, si bien una de las formas del matrimonio admitidas por la legislación civil es la religiosa.

Convencionalmente podemos aceptar estas denominaciones: sistema latino y sistema anglo-sajón. Pero advirtiendo enseguida nuestros reparos, pues son muchos los países latinos que no siguen sistema facultativo alguno, ni sólo en los países anglo-sajones está implantado el sistema anglo-sajón. Pero, en cambio, son notoriamente improcedentes, a pesar de que cuentan con un cierto apoyo sociológico, las denominaciones «sistema de matrimonio civil facultativo de tipo *católico*» (para el latino) y «sistema de matrimonio civil facultativo de tipo *protestante*» (para el anglosajón). No hace mucho tiempo se decía que «la Iglesia tiene que condenar también el matrimonio civil facultativo» (4), y, puestos a elegir, no todos los canonistas pensaban que, en abstracto, objetivamente y como institución del Estado, el matrimonio civil facultativo fuera preferible al matrimonio civil obligatorio (5). Yo creo simplemente que entre los teólogos católicos, no se tiene como única doctrina admisible—ni siquiera, preferible—, para un Estado no confesional, la del sistema latino. Y a la vez, es claro que deben evitarse denominaciones como «sistema católico» y «sistema protestante» que podrían envolver condenación «a priori» de una de las tesis y de quienes la sustentan.

Pues bien, la pregunta es la siguiente, ¿es posible conforme al Acuerdo y conforme a la Constitución la implantación en España de un sistema matrimonial al modo latino?

La tesis afirmativa es de Fuenmayor : «El acuerdo ha querido consagrar un sistema de matrimonio civil facultativo de tipo latino» (6). «El sistema de *exequatur* está diciendo de modo muy

---

(4) KNECHT, *Derecho Matrimonial Católico*, trad. Gómez, Madrid, 1932, pág. 94.

(5) Cf. KNECHT, pág. 94, nota 475.

(6) FUENMAYOR, *El marco del nuevo sistema matrimonial español*, R. G. L. J., septiembre 1979, pág. 294. También LÓPEZ ALARCÓN, *Sistema matrimonial concordado, Los acuerdos entre la Iglesia y España*, obra dirigida por Corral y De Echevarría B. A. C., Madrid, 1980, págs. 310 y ss. NAVARRO

expresivo que en el Acuerdo se contemplan dos ordenamientos jurídicos diferentes, que pueden entrar en liza... Si sólo hubiese un matrimonio civil (celebrado en forma religiosa) sería muy difícil de explicar que sobre él recayera un pronunciamiento de tipo eclesiástico, y, más todavía, que la jurisdicción eclesiástica lo enjuiciara con normas canónicas, y que lo actuado por esa jurisdicción debiera ser revisado teniendo en cuenta el Acuerdo con el Estado» (7).

Ciertamente el Acuerdo puede dar la impresión de que, más o menos, continúa el sistema hoy vigente (8): seguirían existiendo, a efectos civiles, dos clases de matrimonio, al canónico y el civil, uno y otros sometidos a legislación y jurisdicción diferentes. Esta solución parece apoyarse:

1.º En el artículo VI, 1), I, del Acuerdo: «El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado *según las normas del Derecho canónico*».

Nótese que estos términos son casi los mismos empleados en el artículo 23 del Concordato de 27 de agosto de 1953, y conforme a ellos en el Código civil se estableció: «El matrimonio canónico, en cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia católica (art. 75 Código civil).

2.º En el art. VI, 1), II, y puesto que, el matrimonio que *existe según la certificación eclesiástica* es el que ha de producir efectos civiles.

3.º Las cuestiones sobre el matrimonio canónico siguen siendo de la incumbencia de la jurisdicción eclesiástica, pues «los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho canónico, podrán

---

VALS (*El sistema matrimonial en la Constitución de 1978*, R. G. L. J., febrero 1979, págs. 127 y ss.; *Los efectos civiles del matrimonio canónico en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 entre la Santa Sede y el Gobierno español*, R. D. P., marzo 1980, pág. 221) estima que los Acuerdos y la Constitución permiten establecer un sistema facultativo de tipo latino para los católicos (y de tipo anglosajón para las demás religiones). Parte, sin embargo, de que el Acuerdo delinea, para los católicos, un sistema híbrido—muy peculiar—de latino y anglosajón (*El sistema matrimonial y la Constitución de 1978, El hecho religioso en la nueva Constitución española*, Salamanca, 1979, pág. 161). También en esta línea de NAVARRO VALS, FORNÉS, *El nuevo sistema concordatario español*, Pamplona, 1980, págs. 86 y ss. Igualmente para DÍAZ MORENO (*Sobre el futuro del matrimonio canónico en España*, «Razón y Fe», noviembre 1979) el sistema matrimonial establecido por los Acuerdos es «un sistema de matrimonio civil facultativo restringido o intermedio» (pág. 293). De todos modos, «al afirmarse que los efectos civiles se reconocen al matrimonio «celebrado según las normas del Derecho canónico», implícita, pero realmente, se admite *el valor civil del derecho substantivo canónico* que determina la habilidad de las personas (impedimentos), la validez del consentimiento y la eficacia de la forma» (DÍAZ MORENO, pág. 291).

(7) FUENMAYOR, *Ibidem*.

(8) Que desde la entrada en vigor de la Constitución es facultativo (cf. Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978).

acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontífica sobre matrimonio rato y no consumado» y «a solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil» (art. 6.º, 2, Acuerdo) (9).

En apoyo del sistema facultativo de tipo latino se puede invocar, además, el principio constitucional de libertad religiosa «sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley» (art. 16-1, Constitución) y que «los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española» (10). En el artículo 32 de la Constitución se establece «que la ley regulará las formas de matrimonio»; pues bien, la expresión del artículo 32 «puede concretamente tomarse como significativa de sistema o sistemas matrimoniales» (11). Es decir, puede significar lo mismo que clases de matrimonio (12); o sea, que es equivalente a la significación que la expresión «formas de matrimonio» tenía en la Base Tercera de la Ley de 11 de mayo de 1888, y así parece confirmarlo el artículo 149-I, 8.º de la Constitución. Para Fuenmayor, el sistema facultativo de tipo latino es, en conclusión, el «más acorde con la Constitución española» (13).

### III. IMPOSIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE ACEPTAR EL SISTEMA MATRIMONIAL FACULTATIVO DE TIPO LATINO

A. ¿Realmente los principios de la Constitución conducen hacia el sistema matrimonial facultativo de tipo latino? ¿Es éste el más acorde con la Constitución española?

En los países en que está implantado el sistema de matrimonio civil obligatorio, se parte también del principio constitucional de libertad religiosa. De este principio no saca, pues, el legislador, como consecuencia inevitable, que haya de darse efectos civiles a las normativas matrimoniales de las religiones de los contrayentes. Llegar, para España, a otra conclusión resultaría, en exceso, original.

De otra parte, no es fácil concluir que la Constitución, al decir, que la ley «regulará las formas de matrimonio», se está refiriendo

(9) Con excepción de las causas de separación (cf. Real Decreto-Ley 22/1979, de 29 de diciembre).

(10) «Por lo dispuesto en ese mismo artículo cabe, aún más, es deseable —mejor que un único régimen jurídico uniforme—, un sistema matrimonial que, tomando «en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española» (artículo 16, apartado 3), dé satisfacción a las aspiraciones de los distintos grupos religiosos, sin más limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley» (art. 16, ap. 2). (FUENMAYOR, pág. 297).

(11) FUENMAYOR, pág. 278.

(12) Así también LÓPEZ ALARCÓN, págs. 305 y ss.

(13) FUENMAYOR, pág. 300.

con estos términos, «formas de matrimonio», a una significación que la ley, con el beneplácito de la doctrina (14), había eliminado de la terminología vigente. Pero es que es más, por este camino interpretativo (que no comparto), se llegaría a la conclusión de que la Constitución atribuye al Estado *la exclusiva* de la regulación de las *clases* de matrimonio, religioso o civil. Porque es eso lo que significa que *la ley regulará*, es decir, que es cometido propio de la potestad legislativa del Estado. Y como tal no podría entenderse atribuida a otros órganos del Estado, ni remitirse a otros ámbitos normativos ajenos al Estado. Resultado, éste, que nadie pretenderá.

La expresión «formas de matrimonio» parece referirse simplemente a los distintos modos de celebrarlo (como cuando el Código civil habla de formas de testamento (cf. arts. 11, 732 y también 676 y ss. Código civil, en relación con la rúbrica de la Sección correspondiente). Se trata de un aspecto del matrimonio que, a efectos civiles, asume también el legislador civil y precisamente para admitir formas extraestatales. Así parecen confirmarlo las siguientes palabras del Diputado que entonces era portavoz de la mayoría: «Precisamente la Constitución habla de *formas de matrimonio* y no de *clases de matrimonio*, porque aunque la ley civil de mañana, como la ley civil de hoy, regule dos formas de matrimonio, en la medida en que se remite a la forma canónica, lo que no puede pretender el legislador civil es, además, *regular el fondo del matrimonio canónico*, la institución canónica que vinculará a las conciencias de los que canónicamente se encuentren incorporados a la Iglesia o a la confesión en cuestión, lo que estaría implícito en el término *clase*» (15).

B. Pero hay más: Las exigencias constitucionales no sólo no determinan que haya de admitirse el sistema de matrimonio civil facultativo de tipo latino, sino que lo impiden. No cabe un sistema en el que el matrimonio pueda, cuando se opta por la forma religiosa, estar sometido a efectos civiles, a la legislación y jurisdicción eclesiásticas (16).

### 1. *Obstáculos constitucionales a la eficacia civil de la competencia legislativa de la Iglesia en materia de matrimonio.*

1.º Conforme a la Constitución, corresponde a la ley —es decir, al Estado en su expresión normativa— regular las *formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo* (cf. art. 32, Constitución): así, pues, el Estado no puede abdicar en favor de la Iglesia

(14) Cf., por ejemplo, LÓPEZ ALARCÓN, págs. 305 y 306. Según FUENMAYOR, se trataba de una terminología «errónea» (*El matrimonio y el Concordato español*, Discurso de recepción en Real Academia de Jurisprudencia, pág. 58).

(15) HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, *Diario Congreso*, 1978, pág. 4086.

(16) Sin que para España valgan soluciones que puedan permitirse, en cambio, en Italia, pues los obstáculos constitucionales no son los mismos, ya que en la misma Constitución de este país hay remisión expresa para estas cuestiones a los Acuerdos de Letrán (cf. Constitución italiana, art. 7.º).

su competencia exclusiva en relación con los impedimentos y formas del matrimonio (17).

2.º Si se entendiera el Acuerdo de otro modo, quedaría vulnerado también el principio de no discriminación jurídica por razón de religión (cf. art. 14 Constitución). A efectos civiles, quedarían escindidos los ciudadanos en dos mundos con legislación y jurisdicción diferentes, en uno de los cuales, en el canónico, hay discriminaciones jurídicas—de índole procesal (18) y de fondo—por razones religiosas. Las causas de nulidad serían diversas según la religión de los contrayentes.

Las cuestiones litigiosas sobre validez o nulidad de un matrimonio, incluso el contraído en forma religiosa, no pueden ser sustraídas a los Tribunales civiles—después insistiremos en esto—porque es una consecuencia insoslayable del reconocimiento constitucional del derecho de acceso a los Tribunales. Pues bien, no puede haber querido al legislador que los Tribunales civiles juzguen sobre el fondo del matrimonio aplicando las normas canónicas, que obligarían, además—como he indicado—, a hacer discriminaciones jurídicas por razón de religión contra el principio de no discriminación (cf. art. 14 Constitución). Pues la normativa religiosa del matrimonio—la canónica, por hipótesis—implica discriminaciones jurídicas por razones religiosas. Unas de modo directo: el matrimonio no sería civilmente eficaz, por ejemplo, si se interpone un impedimento de carácter religioso (votos solemnes, orden sagrado, parentesco espiritual, disparidad de cultos); o sería civilmente eficaz a pesar de existir un impedimento civil (el de edad), si no está aceptado como tal en el ordenamiento canónico (18 bis). Otras, aunque no impliquen en sí discriminaciones religiosas, las implican en cuanto que la normativa especial solamente tendría eficacia para un tipo de matrimonio que es distinto sólo por razones religiosas (discriminaciones estas últimas que no son tan incompatibles con el principio de igualdad (19).

---

(17) Ni siquiera cabe que se autorice, mediante Ley Orgánica, la celebración de Tratados en que se atribuya a la Iglesia el ejercicio de esta competencia legislativa, pues la Iglesia no es una *organización o institución internacional* en el sentido del artículo 93 de la Constitución. Con estos términos el artículo 93 parece referirse a las organizaciones o instituciones supraestatales o interestatales y no a la Iglesia, sujeto de Derecho Internacional.

(18) Sobre las discriminaciones de tipo procesal (doctrina de los *óbices*), véase M. PEÑA, *Matrimonio, Iglesia, Estado: hacia el gran cambio*, pág. 176.

(18 bis) Si se elevara—como está proyectado—la edad civil para casarse a los dieciocho años, los menores de edad mayores de catorce (mujeres) o dieciséis (varones), aunque no estuvieren emancipados, tendrían derecho a casarse (sin dispensas) sólo si contraen matrimonio canónico. El derecho a contraer matrimonio reconocido por el artículo 32 de la Constitución sufriría esta grave discriminación religiosa.

(19) Cf. en favor de la compatibilidad con el principio de igualdad: LÓPEZ ALARCÓN, págs. 314 y 315; NAVARRO VALS, *El sistema matrimonial en la Constitución*, págs. 148 y ss.; *El sistema matrimonial en la...*, págs. 128 y ss.

Cualquier discriminación jurídica por razones religiosas y, en particular, las causas de nulidad en cuanto articulen derecho a casarse con distinciones por razones de religión, iría en contra de la Constitución —por lo ya dicho— y en contra, además, de diversos Acuerdos internacionales: artículo 16-1, Declaración Universal de Derechos Humanos; 26, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 12 y 14, Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Ha de tenerse en cuenta que las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce —entre las que están las normas relativas al derecho de contraer matrimonio (art. 32)— «se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10-2 Constitución).

## 2. *Obstáculos constitucionales a la eficacia civil de la jurisdicción de la Iglesia en materia de matrimonio*

No puede entenderse que el Acuerdo atribuya a la Iglesia, a efectos civiles, competencia jurisdiccional en sentido propio, pues ello iría en contra de distintos preceptos constitucionales:

1.º El Acuerdo rompería el *principio de unidad jurisdiccional* (19 bis) que es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales» (art. 117-5.º, Constitución). Y rompería también el principio de *exclusividad* de la competencia de los Juzgados y Tribunales; «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes» (art. 117-3, Constitución). La Constitución se refiere a «todo tipo de procesos» y, por tanto, también a los procesos matrimoniales.

2.º Las resoluciones eclesiásticas en materia de validez o disolución del matrimonio no pueden ser ejecutadas de manera automática por los Tribunales del Estado. Ni siquiera es suficiente (20) un juicio de *exequatur* al modo como obtienen ejecución las sentencias extranjeras (control de la competencia, del procedimiento, del respeto al orden público) (cf. arts. 951 y ss., LEC). Por el contrario, es necesario que la cuestión de fondo sea ventilada ante los Tribunales civiles, dando *posibilidades de defensa* a las partes y al Ministerio Fiscal.

Ello es una exigencia del carácter unitario y excluyente de la jurisdicción del Estado y del reconocimiento constitucional del derecho de acceso a los Tribunales: «Todas las personas tienen

(19 bis) Compárense artículos 117-7 Constitución y 32 de la derogada Ley Orgánica del Estado.

(20) Contra lo que piensan, por ejemplo, DÍAZ MORENO, pág. 292, o NAVARRO VALS, *El sistema matrimonial español y la...*, pág. 161.

derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión» (art. 24-1). De acuerdo con este precepto, y más particularmente, señala el artículo 6.º-1 del Convenio de Roma que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y en un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil» (21). Sin que quepan aquí tampoco discriminaciones religiosas (cf. arts. 6-1 y 14 del Convenio de Roma) (22).

De otra parte, las cuestiones sobre validez o nulidad del matrimonio afectan a la vida privada y familiar. Pues bien según el artículo 8.º del Convenio de Roma «toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar», el cual, también, «ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de... religión» (cf. art. 14 del Convenio). Lo cual no sólo exige que el Estado se abstenga, sin discriminaciones, de ingerencias en la vida familiar, sino que impone también a los Estados, proporcionar, sin discriminaciones, medidas accesibles (cf. Arret AIREY de la Cour de Estrasburgo de 9 de octubre 1979, núm. 33), para proteger la vida privada y familiar.

#### IV. ¿CUAL ES, PUES, EL SISTEMA QUE PERMITEN LA CONSTITUCION Y EL ACUERDO?

El del matrimonio civil obligatorio con forma religiosa facultativa, caracterizado, además, por una cierta relevancia civil de las decisiones eclesiásticas sobre la existencia del vínculo matrimonial.

A. Corresponde en exclusiva al Estado, conforme a la Constitución, la regulación del matrimonio, sin hacer distinciones por motivos religiosos. Por el Acuerdo el Estado sólo está vinculado a reconocer efectos civiles al matrimonio *celebrado* según las normas del Derecho canónico. Es decir, debe admitirse, como una de las *formas civiles* de celebración del matrimonio, la celebración *in faciem Ecclesiae*.

---

(21) Cf. también arts. 2.º y 14, Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, y 2.º y 10, Declaración Universal de Derechos Humanos.

(22) Además el Estado, si quiere respetar la libertad de las conciencias, no puede, a voluntad de un cónyuge, imponer al otro el fuero eclesiástico, pues —como ya expresé en otra ocasión—, aunque por su libre opción se hubiera casado canónicamente, podría ser que, por cambio en su actitud religiosa —que no se puede indagar (cf. art. 16-2 Constitución)—, el sacramento, los canones y el fuero eclesiástico hubieran dejado de tener sentido. Imponer entonces la jurisdicción eclesiástica significaría vulnerar también el principio de libertad de *cambiar* de religión (cf. arts. 16, Constitución; 18, Declaración Universal de derechos humanos; 18, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 9.º, Convenio de Roma; 2.º, Ley Orgánica 7/1980 de 5 junio, de Libertad Religiosa.

Por eso, aunque el matrimonio sea canónico, no basta para decidir, a efectos civiles, su nulidad, que así se decida por los Tribunales eclesiásticos. Las declaraciones canónicas de nulidad sólo «tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al *Derecho del Estado* en resolución dictada por el Tribunal competente» (cf. art. VI, 2), Acuerdo). Lo que equivale—en negativo— a decir que la regulación de los *requisitos* corresponde al Derecho del Estado (23).

¿Qué ha obtenido entonces la Iglesia en los Acuerdos? Por de pronto dar vigencia a una cierta concepción desestatalizada del matrimonio. El ordenamiento del Estado regula y reconoce el matrimonio, pero ni crea la institución como tal, ni la intervención de un órgano del Estado es absolutamente necesaria para la constitución de un matrimonio en concreto. Para solemnizar el matrimonio, los contrayentes pueden prescindir del Estado. El que se celebra conforme a las propias creencias también tiene significación civil. Con ello se trata de conservar el profundo sentido religioso del matrimonio, con la consiguiente influencia en la estabilidad de la familia.

En esta línea podríamos decir que la posición de la Iglesia ha avanzado notablemente respecto del sistema del Código tras la adaptación al Concordato de 1953. Según el artículo 77 del Código civil, los contrayentes estaban obligados a promover la intervención del Juez Encargado en la celebración del matrimonio canónico. Y la inscripción del matrimonio, que era requisito necesario para el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico (cf. Protocolo final Concordato, A); artículos 76, Código civil, y 70, Ley Registro Civil), ordinariamente había de practicarse en virtud del acta civil levantada por el Juez-Encargado en el momento de la celebración canónica (cf. arts. 77, Código civil, y 71 Ley del Registro Civil). En cambio, tras el Acuerdo de 1979, ya no se impone la intervención del Juez Encargado y «el único título para practicar la inscripción es la simple certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio, bien la presenten directamente los interesados, bien sea remitida por el Párroco al Registro competente» (Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado 15 febrero 1980). Además, conforme al Acuerdo la inscripción no es necesaria—como decía el Concordato de 1953— «para el reconocimiento, por parte del Estado, de los efectos civiles» (cf. Protocolo final, A, Concordato 1953), sino sólo «para el *pleno* reconocimiento de los mismos» (art. VI, 1), II, Acuerdo); es decir,

---

(23) La Santa Sede en el propio Acuerdo admite la posibilidad de que las normas canónicas que regulan el matrimonio canónico (validez, nulidad) no tengan reconocimiento a efectos civiles; de ahí la utilidad de la reserva y advertencia contenidas en el apartado 3: «La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las *normas canónicas que lo regulan*». (Y no sólo «a respetar sus propiedades esenciales»: la unidad y la indisolubilidad, canon 1.013).

el Estado, aún antes de que haya inscripción, ya reconoce, en principio, aunque no de modo pleno (24), los efectos civiles del matrimonio, los cuales se entienden producidos desde la celebración (25).

Ahora bien, si la inscripción en el Registro «se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio» (cf. art. VI, 1), II, Acuerdo), ¿no está ello diciendo que este matrimonio se rige exclusivamente, en cuanto a los requisitos de existencia, por el Derecho canónico? Pues téngase en cuenta que como la inscripción en el Registro va a significar la declaración oficial de que el matrimonio existe con toda la fuerza de los pronunciamientos registrales (cf. arts. 53, 327 Código civil; 2.º, 3.º, 4.º, 69 Ley Registro Civil), no cabe el acceso de un acto jurídico al Registro sin juicio previo sobre su legalidad, el cual corresponde al Encargado del Registro (cf. art. 27, Ley del Registro civil). Y, en este caso, el juicio sobre la legalidad parece restringido a la comprobación formal de que se da la certificación eclesiástica exigida, incumbiendo a los órganos eclesiásticos el juicio sobre si el matrimonio existe o no, naturalmente conforme a la legislación que les es propia.

Pues bien, no es ésta la significación del precepto. Con él se trata simplemente de asegurar prácticamente la «desestatalización formal» del matrimonio y de evitar, por tanto, la presencia del Juez o la duplicidad de expedientes (civil y canónico). El Encargado del Registro Civil no puede exigir otro título, para la práctica de la inscripción, que «la certificación eclesiástica» del matrimonio. Lo que no quiere decir que, presentada esa certificación, *siempre* haya de inscribirse el matrimonio. Eso no ocurre ni en el sistema civil adaptado al Concordato de 1953, pues conforme a este sistema no podrá inscribirse el matrimonio canónico si constara auténticamente que «cualquiera de los cónyuges estuviera ya casado legítimamente» (cf. artículo 252 Reglamento Registro Civil). No es que, tras los Acuerdos, determinado matrimonio, el canónico, quede excluido del ordenamiento del Estado, sino simplemente que el Encargado del Registro juzgará *sólo* por los datos auténticos que le proporcione la certificación eclesiástica (y el propio Registro) (cf. art. 27, Ley Registro Civil).

Es muy posible que con este sistema el Registro Civil publique matrimonios canónicos civilmente inválidos. Pero se ha optado por esta solución y sus riesgos, por sus ventajas prácticas (26). Ordina-

---

(24) Y siempre sin perjuicio de las reglas del Estado en protección de los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas (cf. Protocolo Final, II, Acuerdo).

(25) Es de advertir que a solución análoga había de llegarse, por vía de interpretación, en relación con el sistema del Concordato de 1953. Pero ahora esta solución se acoge de modo expreso.

(26) No debe hacerse depender la totalidad del sistema de la patología del caso singular.

riamente el matrimonio canónico será, a la vez, válido conforme los Acuerdos, el Estado espera la colaboración de los órganos eclesial ordenamiento del Estado. Y ello, no sólo porque así ocurrirá estadísticamente, sino también porque, conforme al espíritu de siásticos para evitar matrimonios civilmente inválidos (27). La fácil solución dada al acceso registral afianza la fuerza del principio del «favor negatii» o del «favor matrimonii», intensifica la doctrina del matrimonio putativo y evita, prácticamente, que un Encargado del Registro se pronuncie sobre cuestiones tan graves como la nulidad de un matrimonio solemnemente celebrado.

B. Corresponde en exclusiva a los Juzgados y Tribunales españoles, conforme a la Constitución, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en las causas matrimoniales. Esto no impide que, aún dentro del territorio español, los órganos eclesiásticos, que son extraestatales, puedan arrogarse, en su ámbito y a sus efectos, funciones jurisdiccionales, sin que en ello se vea usurpación de funciones públicas. Es más, cabe incluso entender que la exclusividad de la potestad jurisdiccional civil no es incompatible con la libre sumisión, a efectos civiles, de las partes principalmente interesadas a órganos extrajurisdiccionales —los órganos eclesiásticos—. Pero, como las cuestiones matrimoniales como cuestiones de estado civil son de interés público y de carácter indisponible, las resoluciones de los órganos eclesiásticos no tendrán directamente —a efectos del Estado— el valor de Sentencias, aunque en cambio, pueden constituir una base para facilitar el correspondiente proceso civil. Este proceso civil no puede ser reducido a una supervisión meramente formal (de competencia, de procedimiento, de orden público); debe referirse también al fondo: sólo tendrá eficacia en el orden civil una declaración de nulidad o un divorcio de matrimonio rato y no consumado, si la resolución canónica se declara *ajustada al Derecho del Estado* —en cuanto al fondo también, naturalmente— *en resolución dictada por el Tribunal Civil competente* (cf. art. 6.º 2, Acuerdo). Y una y otra parte —y el Ministerio Fiscal— habrán de tener en el proceso civil, posibilidades de defensa (para evitar la tacha de anticonstitucional si se negara la indefensión).

¿Pero cómo puede darse eficacia civil a una resolución canónica que declare la nulidad por causa no admitida en el Ordenamien-

---

(27) Muy posiblemente el Estado puede esperar de la Iglesia que, en correspondencia a la eliminación de todo expediente civil previo, ponga obstáculos canónicos a la celebración de matrimonios que civilmente serían inválidos (y a veces, incluso delictuosos: bigamia). En esta línea, en el modelo —aprobado por la Conferencia episcopal— de certificación eclesiástica de la existencia de matrimonio canónico a efectos de la inscripción en el Registro Civil, consta, por declaración de los contrayentes, la edad respectiva y si están o no vinculados civilmente; de modo que el encargado del Registro Civil, a la vista de la simple certificación eclesiástica, podrá denegar la práctica del asiento por constar que el matrimonio no reúne requisitos civiles de validez.

to civil, y a solicitud de «cualquiera de las partes», es decir, incluso de la que civilmente no estaría legitimada para invocar la causa de nulidad? Podría contestarse que, conforme al Acuerdo, las resoluciones canónicas sólo tendrán eficacia civil «si se declaran ajustadas al Derecho del Estado», y por tanto, sólo cuando la nulidad es promovida por persona civilmente legitimada al efecto y antes de que transcurra el plazo civil de caducidad. Mas, ¿qué sentido dar entonces al artículo 6.º del Acuerdo cuando prevé que a solicitud de cualquiera de las partes, tendrá eficacia en el orden civil la resolución eclesiástica sobre matrimonio rato y no consumado *si se declara ajustada al Derecho del Estado*? El Acuerdo no impide—todo lo contrario, invita a ello—que el Estado introduzca en su regulación, y sin discriminaciones, especiales supuestos de divorcio, o de cesación de efectos civiles, cuando según la creencia de los cónyuges deje de existir entre ellos el vínculo matrimonial (por nulidad, por disolución), siempre que haya un mínimo de garantías civiles de que no se obtienen por esta vía resultados contrarios a los principios fundamentales (repudio, libre disenso, amparo de la conducta desleal de uno de los cónyuges). Muy posiblemente, sin embargo, puede parecer poco pastoral hoy a la Iglesia que el Estado avance en esta línea, que parece sugerir el Acuerdo. Pero también podrá resultar criticable—creemos—reconocer sólo a los católicos un divorcio privilegiado, el que resultaría de las decisiones eclesiásticas sobre matrimonio rato y no consumado si—con discriminación de fueros—hubieran de tener, como regla, efectos civiles. Este resultado sería anticonstitucional pues corresponde al Estado regular las causas de disolución (art. 32-2, Constitución), y no puede abdicar en favor de la Iglesia esta competencia legislativa (cf. nota 17); además, la regulación legal de tales causas debe hacerse sin discriminaciones religiosas (cf. art. 14 Constitución).



# El alcance protector de las acciones edilicias

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

## § 1. INTRODUCCION

*Planteamiento del problema.—Dificultades que ofrece la protección del comprador.—Cuestiones que suscita la regulación jurídica: La reiteración de remedios.—Delimitación del tema.*

## § 2. ANTECEDENTES HISTORICOS

I. DERECHO ROMANO: *Los remedios del Ius Civile.—La protección de los Ediles Curules.—La evolución del sistema.—II. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL: Rasgos de la regulación de las Partidas.—A) Las acciones edilicias: objetos a los que se refieren.—La acción redhibitoria y estimatoria.—Los defectos de la cosa, presupuesto de las acciones edilicias.—La buena fe del vendedor. Plazos de ejercicio de las acciones redhibitoria y quanti minoris y forma de practicar su cómputo.—B) La posibilidad de otros remedios: a) La actio empti. b) La protección del comprador en caso de dolo: Construcción de la acción por dolo y su problemática.—El régimen de la indemnización por dolo en el ejercicio de las acciones edilicias.—La ampliación de los supuestos de responsabilidad.—C) Pactos de exclusión de la responsabilidad del vendedor.—III. LA CODIFICACIÓN Y SUS TRANSFORMACIONES.*

## § 3. SUPUESTO DE HECHO Y NATURALEZA JURIDICA DE LAS ACCIONES EDILICIAS

I. LAS ACCIONES EDILICIAS EN EL CÓDIGO CIVIL: *Su delimitación en las normas del saneamiento por vicios ocultos.—Referencia a otras figuras especiales de protección del comprador: Saneamiento por gravámenes ocultos de la cosa vendida.—Consideraciones en torno al artículo 1.460 del Código civil.—Acciones relativas a diferencias de cabida o calidad en las ventas de inmuebles.—II. EL SUPUESTO DE HECHO DE LAS ACCIONES EDILICIAS: Carácter unitario del mismo.—Presupuestos jurídicos de las acciones edilicias: enumeración.—El papel de la ley y la voluntad en las acciones edilicias.—Los vicios redhibitorios: Construcción objetiva y subjetiva del concepto del vicio.—El funcionamiento del sistema objetivo a*

*través de los criterios del tráfico.—Los límites de la protección que ofrece el sistema objetivo.—Los posibles significados jurídicos del vicio redhibitorio.—Criterio seguido por el Código civil: A) Los vicios redhibitorios en las ventas de animales y ganado. B) Los vicios redhibitorios en las ventas de los demás objetos.—Criterios doctrinales en la interpretación del artículo 1484.—La expansión de las acciones edilicias.—Vicios redhibitorios y ausencia de cualidades.—Límites en la asimilación de la ausencia de cualidades a los vicios.—El concepto de vicio redhibitorio.—Los vicios redhibitorios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.—*

**III. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ACCIONES EDILICIAS:** *El incumplimiento como criterio de fundamentación de las acciones edilicias.—La cuestión del incumplimiento de un deber de prestación.—La insatisfacción del interés del acreedor.—Fundamentación de las acciones edilicias en las anomalías del negocio: El problema de la equivalencia de prestaciones.—Los vicios y la base del negocio.—Los vicios y el error.—La independencia de ambas figuras: Consideraciones críticas.—Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—Precisiones acerca de la naturaleza de las acciones edilicias.*

## § 1. INTRODUCCION

### *Planteamiento del problema*

Hay un fenómeno social que, con múltiples matices circunstanciales, la realidad nos ofrece con reiteración. Es frecuente que quien compra una cosa, la reciba con defectos que no pudo advertir al contratar o serle entregada, o careciendo de ciertas cualidades con las que podía contar. En tal situación han de producirse consecuencias desventajosas para el comprador. En primer lugar, la cosa no le presta la utilidad esperada, provocándole ello perjuicios diversos. Esa falta o disminución de utilidad se proyecta además sobre el contrato, haciendo excesivo el precio pagado o injustificados los gastos hechos con ocasión de él. Los defectos del objeto pueden, además, producirle daños, en su persona (ej.: accidente del automóvil por fallo de los frenos), en otros bienes de su patrimonio (ej.: aves pestíferas), o hacerle responsable por los daños que causen a la persona o patrimonio de tercero. Por ello, en todos estos casos, cuando las anomalías cualitativas del objeto revisten cierta entidad, se justifica que al Derecho se le plantee el problema de la protección del comprador.

Nada mejor para comprender el interés práctico del problema que acabamos de señalar, que aludir a la frecuencia con que el mismo se ha planteado ante nuestro Tribunal Supremo, como puede advertirse en el apéndice, que se incluye al final del trabajo para no fatigar, por el momento, al lector.

### *Dificultades que ofrece la protección del comprador*

La tarea de proteger al comprador tropieza en nuestro caso con ciertas dificultades:

*Primera:* La variedad de circunstancias que concurren en cada caso, justificando, en torno a un mismo problema básico, una protección matizada y con diferente alcance. Por citar ejemplos: No puede mezclarse el tratamiento del problema en las ventas genéricas y específicas. Aun dentro de la venta específica, tampoco puede protegerse de igual manera al comprador a quien se vendió la cosa, sin asegurar nada acerca de su estado, que a aquél que fue engañado, o al que se le aseguraron cualidades inexistentes. Igualmente, si el vendedor ha fabricado el objeto, habrá que atender a esa circunstancia para establecer su responsabilidad.

Esas y otras particularidades deben ser advertidas y valoradas al matizar el régimen de protección del comprador. Teniendo en cuenta que no siempre el intérprete va a encontrar fijadas tales diferencias en el supuesto de hecho de la ley, aunque estén justificadas en los principios que inspiran la regulación de la materia.

*Segunda:* La propia estructura de cada ordenamiento jurídico. En los Códigos civiles se contienen una serie de remedios de posible aplicación, sobre cuya oportunidad y conexión tiene que decidir el intérprete. A este aspecto, que representa un problema importante en la construcción de la protección del comprador, vamos a aludir a continuación con más detalle.

*Tercera:* La existencia, junto al sistema configurado por la ley, de un posible sistema de protección pactado, que apoyado en la autonomía de la voluntad, se hace cada día más frecuente y tiende, incluso, a desplazar a aquél. No hay que olvidar que, en la sociedad actual, estadísticamente el mayor número de operaciones de venta corresponde a objetos nuevos, respecto de los cuales, las condiciones generales, normalmente impuestas por el fabricante o vendedor, intentarán configurar, de modo autónomo, su responsabilidad por las anomalías del objeto (garantía de fabricante o del vendedor) (1). Atendiendo al verdadero significado de las condiciones generales (2), hay que reconocer que al sistema de protección legal le sigue correspondiendo un papel muy destacado: establecer, al menos, los límites concretos de exoneración, por el contrato, de la responsabilidad del vendedor. Es frecuente que éste, ofreciendo al comprador, como elemento de captación, una garantía no prevista en la ley y de limitado alcance, intente privarle, a través de las condiciones generales que utiliza, de defensas legales más importantes, a veces irrenunciables.

Se ha destacado la insuficiencia del sistema legal para responder a las exigencias de la práctica, advirtiendo que los modelos contractuales previstos en el Código (se dice respecto al BGB, pero vale para el nuestro) no responden a las necesidades de ésta (3). Mas esa advertencia no puede entenderse en el sentido de minimizar aquí el papel de las normas del ordenamiento, para abandonar la regulación a la espontaneidad social, porque ello sería muy peligroso, teniendo en cuenta los intereses en juego y el des-

(1) Cfr. ESSER - WEYERS, *Schuldrecht*, bes. Teil - 1 (1977), págs. 81 y ss., en donde trata de la regulación de los vicios en la práctica de los contratos.

(2) Cfr. CASTRO, *Condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes* (1961); también el mismo autor en *El arbitraje y la nueva «Lex Mercatoria»*, ADC (1979), págs. 666 y ss.

(3) ALONSO PRIETO, pensando en las reglas del saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, se refiere a una «inoportuna rigidez de la ley» para resolver las cada vez más frecuentes reclamaciones del comprador, frente al vendedor constructor, en materia de edificación, *Las acciones de saneamiento en la compraventa de edificios*, RDP (1971), págs. 254-255.

equilibrio de fuerzas entre las partes contratantes. Por el contrario, partiendo de las normas del ordenamiento se impone a la doctrina la tarea de buscar y fijar los principios desde los que atender a las situaciones no previstas en la ley; y al legislador, en ciertos casos, la exigencia de recogerlos en la formulación de nuevas normas (4).

### *Cuestiones que suscita la regulación jurídica: La reiteración de remedios*

Ha podido afirmarse, con razón, que una de las cuestiones más discutidas de todo el derecho de la compraventa es la relación de la pretensión de garantía (contenida en la regulación del contrato de compraventa) con las reglas generales del Derecho de obligaciones.

Ello es debido no sólo a las dificultades que señalamos en el apartado anterior (variedad de supuestos, y estructura del ordenamiento), sino a las enormes posibilidades de construcción dogmática que ofrece el tema. La protección del comprador por las anomalías cualitativas del objeto impone enfrentarse, en alguna medida, con la cuestión, y aunque aquí vayamos a hacerlo sólo desde una perspectiva limitada, conviene, de entrada, recordar brevemente los términos en que la misma se plantea.

El Código civil español contiene, dentro del título de la compraventa, un conjunto de reglas para proteger al comprador en caso de existencia de vicios ocultos en la cosa adquirida: Se hallan en la sección del saneamiento, en los artículos 1.484 a 1.499. No se ha

---

(4) Considera ALBERTO BERCOVITZ una exigencia impuesta por nuestra Constitución al legislador, «establecer normas de carácter imperativo sobre la garantía que debe soportar el vendedor en relación con los vicios de la cosa vendida, pues —entiende— en nuestro ordenamiento el problema básico radica en que, según el artículo 1.485 del Código civil, la regulación legal es de carácter dispositivo con la limitación de lo dispuesto en el artículo 1.486», *La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil*, en *Lecturas sobre la Constitución española*, II (1978), pág. 34, en donde además se refiere a otros aspectos de interés para vosotros, como condiciones generales de contratación, págs. 30 y ss., responsabilidad del fabricante, págs. 34 y ss.

La ley alemana sobre «Condiciones generales», *Gesetz zur Regelung des Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGB-Gesetz), de 9 de diciembre de 1976, considera ineficaces determinadas cláusulas en relación con la prestación de garantía (art. 11, n. 10) o responsabilidad por las cualidades aseguradas (art. 11, n. 11); puede verse la traducción española de GARCÍA AMIGO, M., en *RDP* (1978), págs. 384-401. Puede verse información sobre la tendencia al control de las condiciones generales en el Derecho comparado, en BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, vol. I (1979); ahí se recogen trabajos de diferentes autores y los textos, traducidos al italiano, de la Loi n°78-23 enero 1978, Unfair Contract Terms Act de 1977, y de la AGB-Gesetz alemana.

limitado el Código a recoger en ese lugar, lo que en sus orígenes supuso la aportación del Edicto de los Ediles, es decir, las acciones redhibitoria y estimatoria, decantadas por la evolución histórica particular de nuestro Derecho; a la regulación de estas acciones añade, en parte como precipitado histórico, otros remedios oportunos a los problemas en juego, que se entremezclan con las reglas de las acciones edilicias (cfr. arts. 1.486, II, 1.494, 1.495, II, 1.498).

Además de este conjunto de reglas especiales existen otras normas y figuras generales del derecho de obligaciones, en conexión con el problema de los vicios, que pueden ser utilizadas para proteger al comprador. Particularmente las que se refieren a la anulación del contrato por vicio del consentimiento (error, dolo) y las relativas a la responsabilidad por incumplimiento; figura de perfiles no siempre precisos e inequívocos. Respecto de cada una de ellas y en relación con las acciones edilicias se nos va a plantear, con matices diferentes, el problema de la compatibilidad de remedios, problema agudizado por la ampliación del uso de las acciones edilicias. Dadas sus ventajas (particularmente, basarse en la mera existencia del defecto), la práctica ha mostrado tendencia a extender su campo de aplicación, ensanchando el concepto de vicio oculto hasta abarcar la ausencia de cualidades pactadas. Con lo cual su supuesto de hecho se aproxima al de otras figuras de carácter general.

Ha señalado ampliamente la doctrina que la figura de los vicios, debido a la exigencia de que el defecto sea oculto, presupone un error del comprador acerca de las cualidades del objeto. Por ello se ha visto dividida entre quienes sostienen que las reglas sobre vicios excluyen a las generales del error (*lex specialis derogat generalis*), y los que opinan que se trata de remedios concurrentes.

Se ha intentado también buscar la similitud existente entre el supuesto de hecho del saneamiento por vicios y el incumplimiento de las obligaciones. En este sentido hay autores que se preguntan, si la entrega de una cosa defectuosa —en la venta de cosa específica— representa un caso de incumplimiento, al menos parcial, del deber de prestación del vendedor. La doctrina se divide al dar respuesta a esta pregunta. Hay autores que niegan pueda hablarse de incumplimiento, tratándose de una obligación específica. Otros, en cambio, entenderán que en ese caso se produce un incumplimiento parcial o un cumplimiento defectuoso, lo cual plantea un problema de conexión entre las reglas generales del incumplimiento de las obligaciones y las especiales de los vicios ocultos; problema ante el cual se presentan, de nuevo, las dos posibles soluciones (compatibilidad, aplicación de la ley especial) que acabamos de señalar a propósito del error.

*Delimitación del tema*

Este trabajo se plantea la cuestión de la responsabilidad del vendedor por los defectos de la cosa. Esa responsabilidad puede fundarse, al menos como hipótesis, en las reglas especiales (saneamiento) o en las reglas generales del derecho de obligaciones. A la coordinación de estos dos posibles ámbitos de responsabilidad es interesante atender; mas por el momento, como primer paso para un estudio posterior, vamos a limitarnos a considerar aquí del saneamiento por vicios ocultos, como forma más específica de responsabilidad por las anomalías del objeto vendido.

Dentro de este primer recorte del tema, para mayor claridad intentaremos, a continuación, precisar qué aspectos se van a tratar y cuáles quedan excluidos.

1. Como es obvio, no vamos a tratar aquí de la acción de nulidad fundada en el error o el dolo, pues aunque su efecto incida en la protección del comprador de un objeto defectuoso, no corresponde a una forma de responsabilidad del vendedor, sino a un problema de validez del contrato. Esto no excluye que, al tratar de la naturaleza de las acciones edilicias, hayamos tenido que considerar su relación con la figura error y los remedios generales del mismo.

2. Tampoco vamos a entrar, por el momento, como acabamos de señalar, en la responsabilidad del vendedor, por defectos de la cosa, fundada en las reglas generales del derecho de obligaciones que contemplan la insatisfacción del interés del acreedor por causa imputable al deudor. Nos limitamos al saneamiento por vicios ocultos, a través de las llamadas acciones edilicias.

3. Nuestro estudio se va a dedicar al supuesto de hecho y a la naturaleza jurídica de las acciones edilicias, estando precedido de una breve introducción histórica que facilite su comprensión. En ese estudio histórico se ha procurado resaltar el conjunto de remedios en los que se inserta la protección edilicia del comprador.

4. En cuanto al objeto, vamos a plantear la cuestión de la responsabilidad edilicia del vendedor, en torno a todas las anomalías que, en razón de la ley o del contrato, puedan justificar la protección del comprador. Se trata de verificar las posibilidades de ampliación y los límites del concepto, «vicio redhibitorio».

5. Nos limitamos a la consideración del problema en el contrato de compraventa, que es precisamente en el que nuestro Código desenvuelve la regulación del saneamiento. Se pretende así,

por el carácter paradigmático de este contrato, buscar un modelo de tratamiento del problema, susceptible de extenderse a otros contratos, con las modificaciones que aconsejen sus peculiaridades.

6. Forzoso es separar el tratamiento del problema en la venta específica y genérica. Vamos a limitarnos aquí a estudiarlo en la venta específica, que, como veremos más tarde, es precisamente el modelo sobre el que surgen en Roma las reglas del contrato de compraventa, y en el que pensaron los Ediles, al crear las acciones redhibitoria y  *quanti minoris*.

7. En relación con los sujetos vamos a contemplar aquí, tan sólo, la relación existente entre vendedor y comprador, con objeto de centrarnos más en el problema principal planteado. Conscientes de que en esa relación no se agota la problemática subjetiva. Hay otros aspectos de enorme interés: singularmente, la posible proyección de la responsabilidad del vendedor frente a un posterior adquirente, destinatario final de la cosa, cuando se da una conexión económica entre ambas transmisiones; así sucede en el proceso de distribución de los bienes desde el fabricante hasta el consumidor.

8. Señalamos, para terminar, que nuestro estudio va a desarrollarse, fundamentalmente, en torno al Código civil, no entrando, por ahora, en la consideración del Código de comercio. A ello no nos mueve una división, siempre arbitraria, de disciplinas, ni siquiera el hecho de que las normas estén recogidas en dos Códigos diferentes. La razón es otra: el diferente modelo de venta tenido en cuenta en la regulación de uno y otro Código. Las normas del saneamiento por vicios ocultos del Código civil se adaptan, como en sus orígenes romanos, a la compraventa de cosa específica, e incluso, casi siempre, conocida del comprador al contratar. Por el contrario, las del Código de comercio, aunque no excluyan ese tipo de ventas (cfr. art. 328 princ. CCo.), se ocupan preferentemente de ventas genéricas, o en las que el objeto, aunque esté individualizado, no ha sido reconocido por el comprador en el momento de contratar (cfr. art. 326 CCo.) y que cualitativamente se describe a través de diferentes mecanismos usuales en el comercio (cfr. artículo 327 CCo.).

Para concluir esta introducción merece resaltarse la importancia de las acciones edilicias para la protección del consumidor, cuando el producto adolece de defectos de fabricación. Normalmente no es el fabricante el que vende el producto a quien lo consume, sino un comerciante; el fabricante es, por tanto, ajeno a la relación de venta. Si el producto defectuoso causa un daño a otro bien del comprador podrá (no sin dificultades) exigir responsabilidad por vía extracontractual al fabricante; pero difícil-

mente por el daño o perjuicio que se produce en la compra del objeto defectuoso, aunque sea él, y no el comerciante, la causa del efecto. Gracias a las acciones edilicias el comprador puede, al menos, obtener cierta reparación del comerciante vendedor, a pesar de su buena fe y de no haber intervenido en la fabricación del producto (5).

---

(5) Cfr. FIKENTSCHER, *Schuldrecht* (1969), pág. 403; ROJO, A., *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974.

## § 2. ANTECEDENTES HISTORICOS

### I. DERECHO ROMANO

Para comprender mejor la evolución histórica de la protección al comprador por los vicios de la cosa, en las ventas de cosa específica, conviene partir de una breve exposición del Derecho Romano, punto de arranque necesario del tratamiento jurídico de la cuestión en la etapa posterior.

Conviene recordar que la construcción romana de la responsabilidad del vendedor por los vicios materiales de la cosa responde a las exigencias de la compraventa de cosa específica y al contado, y resulta, por tanto, inadecuada a las ventas genéricas. Se ha destacado, además, cómo «incluso... en el Derecho Clásico y en el Postclásico parece que no se conoce el contrato de compraventa de cosas genéricas, o, por lo menos, no se encuentra en las fuentes ningún ejemplo claro de tal tipo de compraventa genérica». «El comercio por mayor, en particular de granos y vinos, es probable que se sirviera para los negocios de compraventa genérica, no de este contrato, sino de la *stipulatio*» (1).

En Roma se va a producir un entrecruzamiento de remedios, que subsiste en las etapas posteriores. A un sistema de protección civil se superpone el sistema honorario, fundado en las acciones edilicias, produciéndose en la evolución posterior notables influencias entre ambos. En esta superposición de acciones civiles y edilicias, con perfiles no siempre bien delimitados, encontrará camino el Derecho Común para adaptar la responsabilidad del vendedor a las exigencias de la época.

#### *Los remedios del Ius Civile*

Desde finales de la República el vendedor responde, a través de la *actio empti*, por los defectos de la cosa, en los casos siguientes:

a) Por lo que en la venta ha asegurado en relación con la cosa; sea la ausencia de vicios, sean determinadas cualidades atribuidas (2).

(1) JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano* (1937), § 140, n. 3.

(2) KASER, *Das Römische Privatrecht* (1971-1976), § 131, pág. 557, cita: Lab. D. 18, 1, 78; Gayo D. 18, 6, 16; Pomp. D. 19, 1, 6, 4.

La forma que debe revestir el acto de asegurar varía según evoluciona el sistema. En un principio, la responsabilidad del vendedor se limitaba a lo prometido solemnemente en la venta realizada por *mancipatio* (*dicta in mancipio*) (3). La desaparición de la *mancipatio* hará que se suavicen las formalidades para la asunción de garantía por el vendedor: Simples promesas o afirmaciones del vendedor en torno al estado de la cosa bastarán para hacerle responsable por la inexactitud de lo prometido o afirmado (4).

b) Por dolo (*dolo malo*), caracterizado por haber *ocultado* el vendedor al comprador determinados vicios de la cosa que le son conocidos (5); y también, según KUNKEL, «por la *afirmación*, hecha sin formalidades, de reunir la cosa determinadas cualidades, para sorprender al comprador» (6).

c) La *stipulatio* permite también al vendedor garantizar la ausencia de determinados vicios en la cosa, o la atribución de determinadas cualidades.

Los efectos, tanto de la *actio ex empto* como de la *actio ex stipulatu* (acciones civiles ambas), se circunscriben al resarcimiento del daño sufrido por el comprador, sin que éste pueda imponer la resolución del contrato (7). La cuantía de la indemnización es cuestión más discutida. ARANGIO RUIZ sostiene que tanto la *actio ex stipulatu* como la *actio empti* conducen sólo al resarcimiento del daño sufrido por el vendedor al pagar un precio superior al valor de la cosa (8), pero este criterio no resulta por todos compartido. Respecto a la *actio empti*, afirma KASER, que el «*quod actoris interest*», al que la acción se dirige, abarca no sólo la devolución del menor valor de la cosa misma, sino también la indemnización de determinados daños indirectos: daños experimentados por el comprador por el hecho de haber recibido la cosa con defectos, que no abarcan sólo el interés negativo, sino más bien el interés positivo, ya que, según él, estas dos clases de interés no habían sido aún diferenciadas conceptualmente por los romanos (9). En cuanto a la *stipulatio*, el comprador obtendría, a través de ella, el abono de la cantidad comprometida en concepto de pena (ej.: *stipulatio duplae*); pero era frecuente que tal pena no se fijara, limitando su contenido a una promesa en torno al estado

(3) JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, § 145, pág. 333.

(4) JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, § 145, pág. 336.

(5) KASER, *Op. cit.*, § 131, pág. 557.

(6) JÖRS-KUNKEL, *Op. cit.*, § 145, págs. 334, cita, en contra, el criterio de HELDRICH, para quien en este caso no procede la *actio empti*, sino la *actio de dolo* (*Verschulden bei Vertragsabschluss*) (*Leipziger rechtswissenschaft Studien*, 7, págs. 7 ss.).

(7) ARANGIO RUIZ, *La compravendita in Diritto Romano* (1954), pág. 361.

(8) *Compravendita*, pág. 361.

(9) *Op. cit.*, § 131, págs. 557-558, especialmente nota 39; criterio diferente en JÖRS-KUNKEL, *Op. cit.*, § 144, núm. 2.

de la cosa, lo cual nos plantea, al igual que en la *actio empti*, el problema de la determinación del interés del comprador que debe ser resarcido (cfr. Ulp. D. 87, 2, 31) (10).

### *La protección de los Ediles Curules*

Los Ediles Curules, encargados en Roma de la vigilancia de los mercados, tenían jurisdicción en relación con los contratos que solían celebrarse en estos lugares, disponiendo, como magistrados, del *ius edicendi*, del cual hicieron uso para regular el problema que aquí consideramos (11). El Derecho Edilicio constituyó una rama del Derecho Honorario, emanada del Edicto anual establecido por estos magistrados, que poco a poco se convierte en traslativo, llegando a ser sistematizado definitivamente por SALVIO JULIANO, junto al Edicto del Pretor (12). A ellos se debe la creación de las acciones redhibitoria y *quanti minoris*, a las que todavía hoy se designa con el nombre de acciones edilicias. Ellas han sido, en el Derecho histórico, y continúan siendo, en el actual, pieza clave en el sistema protector del comprador por los vicios de la cosa.

Hay una característica de la jurisdicción de estos magistrados que interesa aquí resaltar. Mientras el Pretor podía entender, en principio, tanto de las acciones civiles, como de las pretorias de su propia creación (jurisdicción unitaria), en el caso de los Ediles no sucede lo mismo: La naturaleza de la acción, el que ésta sea civil o edilicia, determinará dos tipos distintos de jurisdicción. Los Ediles Curules limitan su jurisdicción a las acciones por ellos creadas, y no pueden conocer, por tanto, cuestiones relacionadas con las acciones civiles. Ello significa, en nuestro caso, que la *actio empti* no puede plantearse ante ellos, ni siquiera para proteger al comprador por los vicios de la cosa. A su vez, las acciones edilicias no pueden plantearse ante el Pretor Urbano o Peregrino (13). Esta división jurisdiccional quizá sea la razón de que el Edicto del Edil amplíe la protección del comprador, en las ventas que contempla, a supuestos en que hubiera podido bastar la protección derivada de la *actio empti*, provocando, en ciertos casos, en que el supuesto de las acciones edilicias coincide con el de las civiles (14), una superposición de remedios (*adiuvendi iuris civilis gratia*).

El sistema protector de los Ediles Curules va a constituir, por lo expuesto, un sistema especial de protección del comprador que se aplica según los siguientes criterios:

- 
- (10) Cfr. JÖRS-KUNKEL, *Op. cit.* § 144, n. 3.  
 (11) KUNKEL, *Historia del Derecho romano* (1964), págs. 29, 83.  
 (12) ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, pág. 361.  
 (13) Cfr. ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, págs. 361-362.  
 (14) Sin embargo se discute qué protección añaden las acciones edilicias a la protección civil, cfr. ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, págs. 366, 367.

1. Criterios de lugar. Como consecuencia del espacio en que ejercen su jurisdicción los Ediles, sus acciones se limitan a las ventas celebradas en los mercados.

2. Criterios relativos al objeto. El edicto de los Ediles se refiere sólo a esclavos (15) y animales (16). Trátase además de dos edictos diferentes, e incluso considerados de distinta época, teniéndose por más reciente el relativo a las ventas de animales de tiro y carga (17).

3. Criterios referidos a las anomalías que se consideren relevantes. Ello es debido a que aquí opera un concepto objetivo de vicio, en cierta medida absoluto, en lugar de un concepto pre-determinado por la voluntad de las partes, y, por tanto, de carácter relativo. En las fuentes se contiene la enumeración de vicios admitidos y excluidos (18), habiendo determinado esa referencia, la influencia de este planteamiento en la etapa posterior (19).

El sistema protector de los Ediles, aun siendo un sistema especial, no va a privar al comprador de la posibilidad de utilizar, ante la jurisdicción correspondiente, los remedios propios del *Ius Civile*. Ello es así, incluso en los casos en que el remedio edilicio no se ha dado *suplendi iuris civilis*, sino *adiuvendi iuris civilis gratia* (20).

Dejando a un lado los problemas particulares que plantea la interpretación de los textos romanos, como más propios de especialistas, y limitándonos a lo que constituye el núcleo básico de la protección edilicia, que ha influido en el Derecho moderno, recordemos que los Ediles ofrecen —según resulta de una generalización de diversos textos— dos acciones, a elección del comprador, la *actio redhibitoria* y la estimatoria o *quanti minoris*. La primera le permite recuperar el precio pagado, devolviendo la cosa comprada (21). A través de la segunda puede obtener una reducción del precio, en la medida del menor valor que tiene la cosa

(15) Ed. D. 21, 1, 1, 1.

(16) Ed. D. 21, 1, 38.

(17) KASER, *Op. cit.*, § 131, pág. 560.

(18) Cfr. KASER, *Op. cit.*, § 131, pág. 560.

(19) Ej. en las Partidas, P. 5, 5, 63-65.

(20) ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, pág. 367. Por ej., el simple silencio del vendedor de buena fe no estaba sancionado; no determina la *actio empti* y sí la protección edilicia. En cambio las declaraciones positivas engañosas del vendedor daban lugar a protección civil honoraria.

(21) De «innovación audaz» califica ARANGIO RUIZ la introducción de la acción redhibitoria en el sistema romano, que desconocía la regla de la resolución de los contratos por incumplimiento. Así justifica lo limitado del plazo de su ejercicio, limitación paliada, en cierta medida, por la forma de practicarse el cómputo: se trata de seis meses útiles, que no corren hasta que el comprador no haya tenido posibilidad de ejercitar las acciones, *Compravendita*, pág. 369.

por razón del vicio. El plazo respectivo de ejercicio es seis meses para la acción redhibitoria y un año para la *quantum minoris*.

En cuanto al supuesto de estas acciones, KASER hace la siguiente enumeración aplicable a ambas:

a) Si el vendedor no manifiesta determinados vicios de la cosa enumerados en el Edicto.

Punto de partida de la construcción de la responsabilidad edilicia es la obligación que el Edicto impone al vendedor de hacer saber al comprador determinados vicios del objeto, a los que el mismo se refiere. El silencio del vendedor será el presupuesto de estas acciones, sin hacer distinción en razón a su mala o buena fe.

Esta es la aportación nueva de los Ediles, comparada con el supuesto de las acciones civiles; mas la protección edilicia no queda limitada a ese caso, y se ofrece en otros, superpuesta a la protección del Derecho civil.

b) Si el vendedor declara expresamente, o bien promete bajo forma de *stipulatio*, que el esclavo carece de determinados defectos o tiene determinadas cualidades.

c) Si el vendedor se ha comportado dolosamente (22).

### *La evolución del sistema*

La evolución del Derecho Romano en lo que concierne al problema que estamos estudiando, ni es fácil de trazar con detalle, ni tampoco tiene para nosotros un interés esencial. Sí podemos, sin embargo, destacar, esquemáticamente, las tendencias por las que se orienta.

La evolución se acusa tanto en las acciones edilicias como en la *actio empti*:

1. La aportación de los Ediles, hacer responsable aún al vendedor de buena fe por los vicios de la cosa, se va a verter en el *Ius Civile*, transformando el supuesto de hecho de la *actio empti*. En el Digesto encontramos textos referentes a la *actio empti* en los que se contempla la doble posibilidad de que el vendedor fuera de buena o mala fe, determinando, claro está, diferentes efectos en cuanto a la indemnización (23).

(22) KASER, *Op. cit.*, § 131, págs. 559-560.

(23) «Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto» (Ulp. D. 19, 1, 13, pr.). Cfr. también POMPONIO D. 18, 1, 45: «si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit».

De otro lado, la configuración de los efectos de las acciones edilicias va a influir en los de la *actio empti*. Así, en tiempo de Justiniano, la *actio empti* va a procurar al comprador por lo menos indemnización del daño de la confianza, pero, a su elección, también la redhibición o reducción del precio (24). La *actio empti* adquiere así una función redhibitoria o estimatoria.

2. También las acciones edilicias van a experimentar una importante transformación. Justiniano, según entienden los romanistas, a través de interpolaciones, las extenderá a cualquier clase de objeto vendido (25).

De esta manera con Justiniano se produce una enorme aproximación entre los remedios civiles y pretorios, hasta el punto de privar a éstos de utilidad práctica (26). Sin embargo, en esa contraposición de acciones civiles y pretorias encontrará más tarde el Derecho Común apoyo para ofrecer una protección matizada a los intereses del comprador, teniendo en cuenta los diferentes supuestos.

## II. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

En la evolución posterior de la protección del comprador por los vicios ocultos nos interesa, sobre todo, el estudio del Derecho histórico español, en cuanto ha podido influir en nuestro Derecho actual. En este sentido son las Partidas (27) el elemento básico sobre el que nuestra doctrina histórica construye la responsabilidad del vendedor por los vicios de la cosa, llegando a través de ellas, en razón a sus influencias romanas, al estudio de los textos del *Corpus Iuris* (28).

(24) KASER, *Op. cit.*, §§ 264, 393. Cfr. también ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, pág. 369, nota 1.

(25) D. 21, 1, 1, 1, princ. Cfr. IGLESIAS, *D. Romano* (1962), pág. 393, ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, págs. 395 ss.

(26) Así KASER, *Op. cit.*, § 264, págs. 393-394. MONIER llega a afirmar «Se produce una verdadera fusión del Derecho de los Ediles y del Derecho civil: la redhibición y la reducción del precio», *Manuel*, pág. 165.

(27) Confirma esta idea el hecho de que los autores anteriores al Código hagan sus comentarios sobre estas leyes, sin incluir otras leyes nacionales, cfr. GUTIÉRREZ, *Códigos IV* (1877), págs. 380-389.

(28) Sobre el problema de los vicios puede verse: ASSO-DE MANUEL, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, Madrid (1775), págs. 298-299; AYLLÓN LAYNEZ, JUAN, *Ultrariensis illustrationes sive additiones eruditissimae ad varias resolutiones Antonii Gomezi*, Lyon (1692), tomo II, cap. II, nn. 49, 50, 51, páginas 168-170; BALDUINUS, F., *Annotationes in titulo de Aedilitio Edicto et redhibitione, et quanti minoris, ex libro XXI Pandectarum*, París (1547); BARBOSA, AGUSTÍN, *Colectanea in Codicem Justiniani (ex Doctrinis tum priscis, tum neotericis)*, Lyon (1720), trata «De aedilitiis actionibus» en lib. IV, tit. LVIII, págs. 267-273, ofrece al principio una nota bibliográfica; CÁNCER, JACOBO, *Variarum resolutionum juris universalis caesarei, pontificii, et municipalis principatus Cathalauniae*, Venecia (1760), leve referencia en 3, 1, n. 81; COVARRUBIAS,

### Rasgos de la regulación de las Partidas

Las Partidas regulan la protección del comprador por ciertos defectos de la cosa (P. 5, 5, 63 a 66). También atienden, de forma más limitada, a la protección del arrendatario (P. 5, 8, 14) (29).

---

*In regula possessor malae fidei ullo tempore non praescribit*, en *Opera Omnia*, Zaragoza (1583), parte 2, § 11, n. 5; DOMAT, *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel, Le Droit Public, et Legum Delectus*, París (1667), vol. I, páginas 48-50; DONELLO, H., *Comment. ad titulum de aedilitio edicto*, dentro de: *Comment. in selectos quosdam titulos digestorum*, vol. I, en *Opera Omnia*, tomo X, Luca (1766), col. 1293 a 1327; DONELLO, H., *Commentariorum de Iure Civile libri viginti octo*, Frankfurt (1596), lib. XIII, cap. III (*De Aedilitio edicto*); Díez de Montalvo, A., *Las Siete Partidas del sabio rey D. Alfonso el nono... con la glosa del insigne Dottor...*, Lyon (1550), vol. II, en P. 5, 5, 63-66; GÓMEZ, A., *Variae Resolutiones iuris civilis, communis et regii*, Lyon (1701), tomo II, cap. II, nn. 48 y 49, págs. 228-229; GÓMEZ DE LA SERNA, P.-MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho civil y penal de España*, Madrid (1886), tomo II, págs. 260-262; GREGORIO, P., *Sintagma iuris universi atque legum pene omnium gentium, et rerum-publicarum praecipuarum, in tres partes digestum* (1587), III, págs. 140-144; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil*, Madrid (1877), tomo IV, págs. 380-389; GUZMÁN, A., *Tractatus de evictionibus...*, Lyon (1576), *quaestio LXI*, págs. 274-282; HERMO-SILLA, GASPAR, JUAN y SEBASTIÁN, *Notae, Additiones, et resolutiones ad glosas legum Partitarum D. Gregorii Lopetii*, Ginebra (1726), págs. 855-866; HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia Philipica*, Madrid (1790), trata de la acción redhibitoria en el lib. I *Comercio terrestre*, cap. XIII, págs. 316-323; LÓPEZ, G., *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el nono, nuevamente glosadas por el licenciado...*, Madrid (1555); MEXIA, *Laconismus seu chilonium pro pragmaticae quae panis pretium taxatur* (1569), pág. 34; MOLINA, LUIS, *De iustitia*, tomo II (*contractibus*), Cuenca (1597), ahí disp. 353; MOLINEO, C., *Tractatus de eo quod interest*, Colonia (1598), nn. 48 ss., págs. 66 ss.; POTHIER, *Oeuvres* (ed. Siffrein) *Traité du contrat de vente*, en tomo 3, París (1821), págs. 128-142; SALA, J., *Ilustración del Derecho real de España*, Madrid (1820), I, págs. 265-267; SURDO, G. P., *Decisiones*, Lyon (1600), dec. 146, págs. 296-299, dec. 288, nn. 46, 55, 56, 57, 58, 59, 60, págs. 609-616; YAÑEZ DE PARLADORIO, J., *Opera juridica, sive Rerum Quotidianarum differentiarum sesquicenturia; et quaestiones practicae-forenses duodeviginti...*, Ginebra (1734), págs. 30, 291.

(29) P. 5, 5, 63. *De la casa, o torre, que deve seruidumbre, o que fuere tributaria, vendiendo un ome a otro, si la encubre el vendedor, se puede desfazer la vendida.*

Casa, o torre, que deve seruidumbre a otro, o que fuesse tributaria, vendiendo vn ome a otro, callando el vendedor, e non le aperciendo dello a aquel que la compra; por tal razon como esta puede el comprador desfazer la vendida: e es tenuto el vendedor, de tornarle el precio, con los daños, e menoscabos que le viniessen por esta razon. Otrosi dezimos, que si vendiesse vn ome a otro algun campo, o prado, que sopiesse que criava malas yeruas, e dañosas para las bestias que las paciessen, e quando lo vendiesse se callase, que lo non quisiessen dezir al comprador; que es tenuto porende el vendedor, de tornarle el precio al comprador, con todos los daños quel vinieren porende. Más si esto non sopiesse el vendedor quando la vendio, non seria tenuto de tornar mas del precio tan solamente.

P. 5, 5, 64. *De la tacha, o maldad que ouiesse el sieruo, que vn ome vendiesse a otro.*

Tacha, o maldad auiendo el sieruo, que vn ome vendiesse a otro, assi como si fuesse ladron, o ouiesse por costumbre de fuyrse a su señor, a otra maldad

Como rasgos principales de los textos que se acaban de citar podemos señalar los siguientes:

---

semejante destas: si el vendedor sabia esto, e non lo dixesse al comprador, tenuto es de recibir el sieruo, e deue al comprador tornar el precio, con todos los daños, e los menoscabos que le vinieron eude. E si lo non sabia, deue fincar el sieruo al comprador. Pero es tenuto el vendedor, de tornarle tanta parte del precio, quanto fuere fallado en verdad, que valia menos por razon de aquella tacha. Esso mismo dezimos que seria, si el sieruo ouiesse alguna enfermedad mala encubierta.

P. 5, 5, 65. *Que la vendita de cauallo, o mulo, o otra bestia, que vn ome vendiesse a otro, se puede desfazer, si el vendedor encubre la tacha, o la maldad del.*

Cauallo, o mulo, o otra bestia vendiendo vn ome a otro, que ouiesse alguna mala enfermedad, o tacha, por que valiesse menos; si lo sabe el vendedor, quando la vende, deuelo dezir; e si lo non dize, luego que el comprador la entendiere aquella enfermedad, o tacha, fasta seys meses puedela tornar al vendedor, e cobrar el precio que dio por ella; e el vendedor es tenuto de lo recibir, e tornar el precio al comprador, maguer non quiera. E si fasta los seys meses non demandare el comprador el precio, despues non lo puede demandar, e fincaria la vendita valedera; como quier que fasta vn año puede el comprador fazer demanda, a aquel que le vendio la bestia, que le peche, o le torne tanta parte del precio, quanto fallassen en verdad, que valia menos por razon de la tacha, o de la enfermedad que era en ella. E destos plazos adelante, non podria el comprador fazer ninguna destas demandas. E este tiempo de los seys meses, e del año sobredicho, es deue començar a contar, desde el dia que fue fecha la vendita.

P. 5, 5, 66. *Como non puede ser desfecha la vendita de la bestia, si el vendedor dize paladinamente, a la sazón que la vende, la maldad que ha.*

Manifiestamente diziendo la tacha, o la enfermedad el vendedor al comprador del sieruo, o de la bestia que le vende, si el comprador, seyendo ende sabidor, le plaze de la compra, e recibe la cosa por suya, e da el precio por ella; si despues desto se quisiere arrepentir, non lo podria fazer; nin seria tenuto el vendedor, de recibir la cosa, nin de tornarle el precio. Esso mismo dezimos que seria, si se auiniesse en el precio ambos a dos, e fuesse fecha la vendita en tal manera, que por tacha que ouiesse la bestia, non la pudiesse desechar el comprador. Mas si el vendedor dixesse generalmente, que la bestia que vendiesse auia tachas, e encubriesse, callando, las que auia, o diziendolas embueltas con otras engañosamente, de manera que el comprador non se pudiesse apercebir; entonce dezimos, que seria tenuto de recibir la cosa que assi vendiesse, e de tornar el precio, a los plazos que diximos en la ley ante desta.

P. 5, 8, 14. *Del ome que alquila a otro toneles, o vasos malos, o quebrantados, para meter y vino, o olio, o otra cosa semejante.*

Toneles, o otros vasos malos, o quebrantados, alquilando vn ome a otro, para meter y vino, o olio, o otra cosa semejante; si por culpa de aquellos vasos se perdiere, o se empeorare, rescibiendo mal sabor aquello que y meten; si aquel que lo rescibe a loguero, non es sabidor de la maldad de los vasos quanto los logo, tenuto es el señor dellos, de pechar al otro el daño e el menoscabo que rescibio por culpa dellos; maguer que el señor non fuesse sabidor, que eran malos, o quebrados: e esto es, porque todo ome deue saber, si es buena, o mala, aquella cosa que aloga. E porende dezimos, que logando vn ome a otro montes, o prados, para pasturas de ganados, o de bestias; si aquello que alogo para esto, ha malas yeruas, que matan, o empeoran por ellas los ganados que las pascen; si el señor es sabidor desto, es tenuto de lo dezir paladinamente, o de pechar al otro el daño, e el menoscabo, quel

1. Las defensas del comprador se otorgan en razón de la presencia de gravámenes o vicios ocultos en la cosa comprada o arrendada, vicios que, en ocasiones, se enumeran de modo concreto.

2. No se ofrece un régimen jurídico unitario en el tratamiento de la responsabilidad del vendedor por razón de los vicios. Por el contrario, se hace una regulación fragmentada, según el objeto de que se trate, distinguiendo: ventas de inmuebles (P. 5, 5, 63), de siervos (P. 5, 5, 64) y de animales (P. 5, 5, 65), sin mencionar las ventas de bienes muebles (30).

3. Tampoco se califica o atribuye nombre a la acción que se ofrece al comprador en cada caso (por ej.: redhibitoria, *quantum minoris, ex empto, de dolo*); se describen tan sólo los efectos prácticos a que puede conducir el ejercicio de la acción.

No existiría problema en ello, si cada efecto práctico descrito sólo pudiera ser obtenido a través de una determinada acción; mas no ocurre así, porque, como ya sabemos, en la evolución del Derecho Romano se había producido una coincidencia entre los efectos de la *actio empti* (que admite una función redhibitoria o estimatoria) y los de las acciones edilicias. Las Partidas imponen en este punto a la doctrina una tarea interpretativa, para la delimitación de acciones, pero al propio tiempo ofrecen unos textos flexibles que han de permitir seguir construyendo, como en Roma, un sistema múltiple de protección del comprador.

La falta de uniformidad y, a menudo, también de claridad de que adolecen estas leyes de las Partidas, hará muy importante la labor de la doctrina. Los autores irán construyendo sobre ellas una teoría general, uniforme para todos los objetos (31), cuyos últimos resultados se perciben operantes en el momento de la codificación (32).

#### A) *Las acciones edilicias*

Comencemos señalando el régimen de las acciones edilicias en nuestro Derecho histórico. Para ello trataremos por separado de

viniese por la maldad de aquellas yeruas. Mas si el señor non sopiese tal maldad, estonce non sería tenuto de pecharle los daños, nin los menoscabos; mas dezimos, que non le deue demandar el loguero nin el otro non es tenuto de gelo dar.

(30) En la venta no se habla de los bienes muebles; quizá por el influjo del texto del Edicto de los Ediles. Se menciona, en cambio, en el arrendamiento (P. 5, 8, 14).

(31) A. GÓMEZ, *Variae resolutiones*, II, cap. II, n. 48 (1701), pág. 228.

(32) Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN, *Elementos*, II (1886), págs. 260-262; GUTIÉRREZ, *Códigos*, IV (1877), págs. 890 ss.

diferentes aspectos. La primera tarea es detectar su presencia, ya que, como sabemos, no se las menciona, y sus efectos pueden confundirse con los de las *actio empti*. En ese intento de detectar su presencia, comenzaremos estudiando el objeto a que se refieren.

### *Objetos a los que se refieren*

Las Partidas aluden en la venta a los vicios de los inmuebles (P. 5, 5, 63), animales y esclavos (P. 5, 5, 64-65-66), y en el arrendamiento a vicios de ciertos objetos muebles (toneles y vasos) e inmuebles (P. 5, 8, 14). Pese a esta referencia no podemos, de entrada, afirmar que las acciones edilicias sean oportunas para cada uno de estos objetos, porque al no designarse la acción, sino los efectos, surgen dudas acerca de si los mismos están referidos a una acción civil o a las edilicias.

Si nos atenemos al texto de las Partidas, el empleo de las acciones redhibitoria y *quantum minoris* es perceptible, por vía de interpretación, en las ventas de animales, porque se coloca al comprador la limitación temporal de ejercicio correspondiente a las mismas (seis meses, un año) (P. 5, 5, 65). Por una razón analógica, basada en el Derecho Romano (33), podemos extenderlas a las ventas de esclavos, a pesar de que en ellas no exprese el texto legal los límites temporales señalados (P. 5, 5, 64). En cambio, la dificultad surge en relación con los objetos inanimados (muebles e inmuebles). A los vicios de los bienes muebles no se alude siquiera en los preceptos de la venta, aunque sí se aluda a los vicios de determinados bienes muebles en los del arrendamiento. Y en cuanto a los vicios de los inmuebles, contemplados en la Ley 63, no se establece limitación temporal alguna para el ejercicio de la acción, ni se menciona el efecto alternativo propio de las acciones edilicias (deshacer la venta, reducir el precio).

Con todo, el tenor literal de estas leyes tampoco nos permite hacer, de entrada, exclusiones. Las limitaciones que nos ofrecen para la extensión de las acciones edilicias no son insoslayables, y se pueden explicar por dos razones: Primera, porque se hace una regulación fragmentaria y asistemática, en la que lo no incluido no queda necesariamente excluido. Segunda, por la influencia de los textos romanos que contienen el edicto de los Ediles, residuo de los primeros pasos evolutivos de aquel sistema, cuando todavía se limitaba a los animales y esclavos la utilización de las acciones edilicias (34).

---

(33) Cfr. SAMPONTS Y BARBA, MARTÍ DE EIXALA, FERRER Y SUBIRANA, en *Las Siete Partidas*, III (Barcelona, 1843), pág. 130, en su adición a la glosa de GREGORIO LÓPEZ.

(34) Cfr. GREGORIO LÓPEZ, *Glosa*, 10, P. 5, 5, 65.

La poca claridad de estos textos no ha de servir de obstáculo para que nuestra doctrina histórica extienda la utilización de las acciones edilicias, más allá de los animales y esclavos, a los bienes muebles (por ej.: libros, paños, maderas) (35) y, más tímidamente, hasta a los inmuebles (36), excluyendo, en cambio, su empleo respecto a las cosas incorpóreas (37). Ello no ha de plantear problema, aun en aquellos casos en que la naturaleza duradera del objeto aconsejó el empleo, con la misma función que las edilicias, de acciones civiles, perpetuas (por ej.: inmuebles y hasta ciertos muebles), porque el contenido protector de la acción edilicia es el mismo que el de la civil, y además dura menos que ésta. La cuestión va a plantearse, en cambio, en un sentido inverso: No todos los tipos de bienes a que pueden referirse las acciones edilicias son susceptibles de constituir el objeto de las acciones civiles de función paralela, ya que la larga duración de éstas aconseja que no se utilicen en relación con los vicios de objetos perecederos.

#### *La acción redhibitoria y estimatoria*

A propósito de estas acciones, en las Partidas se nos plantea una doble cuestión. 1) Detectar su presencia. 2) Caracterizar su supuesto de hecho y efectos.

Según hemos señalado, aunque las Partidas no las designen por su nombre (38), podemos detectar su presencia por los efectos; especialmente cuando se limita el plazo para deshacer la venta o pedir la reducción del precio al tiempo de un año o seis meses, propio de las acciones edilicias, como ocurre claramente en la Ley 65 (P. 5, 5, 65), referida a las ventas de animales.

Pero recordemos que la doctrina extiende las acciones edilicias a las ventas de otros objetos, admitiendo que la acción redhibitoria o, en su caso, la *quanti minoris* se encuentran recogidas no sólo en esa Ley 65, sino también en la 63 y 64.

El supuesto de hecho de la acción redhibitoria y estimatoria no aparece coincidente en los textos legales. El hecho de que la resolución de la venta suela concederse en casos en que el vende-

(35) A. GÓMEZ, «*De emptione et venditione*», en *Variae resolutiones*, II, cap. II, n. 48 (1701), pág. 228. Véase, también, G. LÓPEZ, *Glosa 1.ª*, P. 5, 5, 65, quien, pese a lo que advierte en la *glosa 10* de la misma ley, no niega esa posibilidad, que apoya en la opinión de AZO y BALDO.

(36) Cfr. G. LÓPEZ, *Glosa 3*, P. 5, 5, 63; también, HERMOSILLA, *Addiciones, glosa 1*, P. 5, 5, 65, n. 4, con especial referencia a los vicios ocultos de los edificios (del techo o paredes, construcción extralimitada...); HEVIA BOLAÑOS, *Curia filipica*, I, XIII, n. 9.

(37) Así G. LÓPEZ, siguiendo a BALDO, *Glosa 1*, P. 5, 5, 65.

(38) Así también lo destaca GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN, *Elementos*, II (1886), pág. 260.

dor obró de mala fe produce la impresión de que el efecto redhibitorio tiene un supuesto complejo, que abarca tanto la presencia de vicios, como el dolo del vendedor. Tal apreciación que sugiere la simple lectura de la ley (cfr. P. 5, 5, 63, 64 y 65) no es infundada: El propio GÓMEZ DE LA SERNA, en el siglo XIX, afirma respecto a la acción redhibitoria: «Por lo visto no tiene lugar ... si no ha intervenido dolo de parte del vendedor» (39). En cambio, para conseguir la reducción del precio sería suficiente la mera presencia de los vicios.

Mas esta interpretación literal de los textos legales es superada por la Glosa. GREGORIO LÓPEZ extiende la acción redhibitoria a los casos en que el vendedor ignora el vicio de la cosa, limitándose entonces su efecto a deshacer la venta, sin indemnización (40). De esta manera sienta las bases para construir un supuesto unitario de las dos acciones edilicias, en el que quepa la opción del comprador entre una y otra.

Las acciones edilicias quedan así caracterizadas:

1. La acción redhibitoria faculta al comprador para «tornar —la cosa— al vendedor e cobrar el precio que dio por ella: e el vendedor es tenuto de la recibir, e tornar el precio al comprador, maguer non quiera» (41).

2. La acción *quanti minoris* faculta al comprador a «fazer demanda, a aquel que le vendio (la bestia), que le peche o le torne tanta perte del precio, quanto fallasen en verdad que valia menos por razón de la tacha, o de la enfermedad que era en ella».

¿Cuál es el criterio a seguir, en cuanto a la reducción del precio? En el Derecho Común algunos autores, distinguiendo entre la acción *quanti minoris* civil y la honoraria, sostenían que una de las diferencias entre ellas está en que la civil «tiende a conseguir la diferencia entre lo que dimos por la cosa y lo que hubiéramos ofrecido» (estimación del precio según apreciación del comprador), mientras que la honoraria considera la diferencia entre el precio pactado y el valor real de la cosa (42). Mas esta distinción no fue por todos compartida. A parte de los textos que se invocan en contra, se apunta que la estimación singular no merece ser atendida «nisi secum dum id quod communiter attenderet». GREGORIO

(39) *Elementos*, II (1886), pág. 260.

(40) *Glosa* 3, P. 5, 5, 63; *Glosa* 4, P. 5, 5, 65.

(41) HEVIA Y BOLAÑOS ve en el efecto de la acción redhibitoria una *restitutio in integrum*, «porque el vendedor y el comprador... han de ser puestos en el mismo estado del tiempo que se hizo el contrato de compraventa». Curiosamente, el comprador también paga al vendedor de buena fe los gastos del contrato (corretajes, alcabala), *Curia Filippica*, I, XII, n. 37 (1790), págs. 322-323.

(42) Así: BARTOLO, BALDO y P. DE CASTRO, cfr. G. LÓPEZ, *Glosa* 4, P. 5, 5, 63.

LÓPEZ opina que en las Partidas se ha seguido, al parecer, esta segunda dirección (43).

### *Los defectos de la cosa, presupuesto de las acciones edilicias*

Las Partidas hablan en términos generales de los vicios de la cosa, empleando expresiones como éstas: tacha, maldad, enfermedad; enfermedad mala encubierta; mala enfermedad o tacha por que valiese menos... Además se refieren a defectos concretos: Unas veces a modo de ejemplo, como ocurre en la Ley 64 (siervo ladrón o que oviese por costumbre fuyrse a su señor) y otras como único supuesto previsto en la ley (ej. «campo o prado que criaua malas yeruas»).

Por su parte, los intérpretes, más en contacto con la práctica, nos ofrecen, en general, la impresión de que operan fundamentalmente con un concepto objetivo de vicios de la cosa, utilizado según criterios del tráfico (44), donde sin embargo la voluntad puede operar para aumentar las garantías del comprador (45).

La noción de vicio invade el supuesto de hecho de las acciones edilicias, hasta el punto de que incluso cuando se habla de cualidades se les da un significado peyorativo; así se dice que el vendedor está obligado a «exprimere qualitates, quae possunt emptorem a contractu retrahere» (46).

Los defectos han de ser ocultos. El texto legal no siempre se cuida de repetirlo en cada caso, como hace a propósito de la enfermedad mala encubierta; pero esa exigencia va implícita en su sentido. En general la Ley 66 excluye la protección cuando el vendedor manifiesta el defecto. Igualmente se exige que el vicio sea en su causa, anterior a la venta, aunque sean posteriores sus manifestaciones (47); y de carácter significativo.

### *La buena fe del vendedor*

Los textos de las Partidas son claros respecto a la acción *quantum minoris*; su ejercicio aparece previsto en casos de buena fe del

(43) GREGORIO LÓPEZ, en *Glosa 4*, P. 5, 5, 64.

(44) Cfr. por su carácter práctico, HEVIA Y BOLAÑOS, *Curia Filipica*, I, XIII, nn. 10 ss. Una idea diferente de vicio en MOLINA, *De iustitia*, II (1597), *disput.* 353, col. 598, distinguiendo, vicio *in substantiam*, *in quantitate (mensura, pondus)*, *in qualitate* (enfermedad animal, medicina que no cura).

(45) HEVIA Y BOLAÑOS, *Curia Filipica*, I, XIII, n. 24: «También ha lugar la redhibitoria, o *quantum minoris* en otro cualquiera defecto de la cosa que el vendedor prometa o asegure no tener».

(46) HERMOSILLA, *Additiones*, L. 64, n. 5.

(47) HEVIA Y BOLAÑOS, *Curia Filipica*, I, XIII, 25.

vendedor (cfr. P. 5, 5, 64); no exige, por tanto, que éste haya actuado de mala fe. Respecto a la acción redhibitoria, en cambio, sabemos que nos presentan a un vendedor de mala fe, que conoce y calla los vicios (P. 5, 5, 64 y 65); por eso, junto al efecto resolutorio propio de esta acción, se prevé una amplia indemnización, por dolo.

Frente a este criterio literal prevalece, según sabemos, otro en la práctica, invocándose la autoridad de GREGORIO LÓPEZ. Se entiende como ocurría en Derecho Romano, que no excusa nunca al vendedor la circunstancia de ignorar el defecto de la cosa vendida (48). Tal interpretación se acogerá tanto en la doctrina (49) como en la práctica (50) en los momentos anteriores a nuestra codificación y se recoge, tanto el P. 1851, como en el Código civil.

#### *Plazos de ejercicio de las acciones redhibitoria y quanti minoris y forma de practicar su cómputo*

Sabemos ya que las Partidas sólo fijan expresamente el plazo de ejercicio de estas acciones en relación con las ventas de animales (P. 5, 5, 65) (51), guardando silencio, en cambio, en las de inmuebles (P. 5, 5, 63) y esclavos (P. 5, 5, 64). El plazo que establece es seis meses para la acción redhibitoria y un año para la *quanti minoris* (53).

La doctrina, por su parte, extiende los plazos que fija la ley en las ventas de animales, a las de otros objetos. Esta extensión se practica en las ventas de esclavos y en las de otros objetos muebles (por ej.: libro viciado, paño de mala calidad, madera en mal estado), pero no llega a alcanzar a las ventas de inmuebles (54). Tal vez por considerar más adecuada para ellos la *actio empti* (55).

(48) SANPONTS-MARTÍ DE EIXALA-FERRER, *Las Partidas*, III (1843), 130, en adición a la glosa de GREGORIO LÓPEZ.

(49) GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN, *Elementos*, II (1886), 260, nota 2; GUTIÉRREZ, *Códigos*, IV (1877), 384. En sentido opuesto FALCÓN, *Exposición doctrinal del Derecho civil español*, III (1882), p. 550.

(50) S. 28 marzo 1863, cfr. GUTIÉRREZ, *Códigos*, IV (1877), 384.

(51) Acertadamente lo advierte GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN, *Elementos*, II (1886), 261.

(53) Este plazo corre incluso contra la Iglesia, cfr. GREGORIO LÓPEZ, P. 3, 29, 26, glosa 6 («tres años»); AYLÓN, *Additiones ad varias resolutiones*, de A. GÓMEZ (1692), pág. 168.

(54) GREGORIO LÓPEZ, *Glosa*, 4, P. 5, 5, 64, y *Glosa*, P. 5, 5, 65; HERMOSILLA, *Additiones a Glosa 10*, P. 5, 5, 65 (1726), pág. 861, nn. 15-16; A. GÓMEZ, *Variae Resolutiones*, II, cap. II, n. 48: «idem est quis vendat pannos, libros, vel similes res mobiles vitiosas»; GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN, *Elementos*, II (1886), 261, nota 2, demostrando la pervivencia de esta interpretación; expresamente dice: «La Ley 63... sin limitación de tiempo concede al comprador la facultad de deshacer la venta».

(55) Cfr. HERMOSILLA, *Additiones, glosa 6*, P. 5, 5, 63.

La forma de practicarse el cómputo nos demuestra la flexibilidad de las acciones edilicias y la amplia protección que permitían, pese a la teórica limitación del plazo de ejercicio. En este punto la doctrina se enfrenta con la necesidad de interpretar un texto poco claro de las Partidas, en el que se contienen afirmaciones no del todo coherentes. Tanto dice «desde el día en que fue fecha la vendida», como «luego que el comprador la entendiere aquella enfermedad» (P. 5, 5, 65). GREGORIO LÓPEZ explica esa aparente contradicción en armonía con el Derecho Común: Puesto que se trata de acciones útiles (56), la afirmación de que el cómputo se inicia en el momento de la venta se hace bajo el supuesto de que el comprador hubiera tenido conocimiento del vicio luego de celebrado el contrato (57). Este criterio es seguido, en general, por nuestra doctrina (58), señalándose también una equiparación de la ignorancia supina al conocimiento del comprador (59).

#### B) *La posibilidad de otros remedios*

Los términos en que se expresan las Partidas, aun en los casos en que los plazos de ejercicio de la acción son los propios de las acciones edilicias (cfr. P. 5, 5, 65), han de permitir a la doctrina entender que queda abierta la posibilidad de ejercicio de otras acciones civiles y, por tanto, perpetuas. Así la referida ley 65 dice: «Destos plazos adelante non podría el comprador fazer *ninguna destas demandas*». Las acciones referidas en esa ley son, precisamente, las edilicias, como ya hemos reconocido, en base al plazo limitado en que se deben ejercitar. Pues bien, si aun en ese caso, se extinguen en los plazos señalados, y su extinción no se considera que impida el posible ejercicio de cualquier otra acción, con mayor razón en los casos en que no es seguro que el texto legal piense exclusivamente en las acciones edilicias, ni señale plazos para deshacer la venta o pedir rebaja del precio.

La influencia del Derecho Romano hará que, como otros posibles remedios, se piense preferentemente en la *actio empti* y en

(56) D. 21, 1, 19, 6; D. 21, 1, 55.

(57) «De lo contrario, añade, a más de una contradicción tendríamos una disposición opuesta a la del Derecho común (C. 4, 58, 8 y D. 21, 1, 19, 6); GREGORIO LÓPEZ, *Glosa*, 11, P. 5, 5, 65; HERMOSILLA, *Additiones* (1726), pág. 861, n. 17.

(58) Puede verse: GÓMEZ, *Variae Resolutiones*, tomo II, cap. II, n. 48: «tempus currit a tempore scientiae et non ante», se apoya en D. 21, 1, 55, glosa ordinaria y doctrina de los doctores; HERMOSILLA, *Additiones*, P. 5, 5, 65, n. 17, pág. 861, con información; GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN, II (1886), 262; GUTIÉRREZ, *Códigos*, IV (1877), págs. 384-385; A. GÓMEZ también señala que los seis meses de la acción redhibitoria se computan desde la venta, no desde la entrega, ya que la redhibitoria no se da por razón de la enajenación, *Ad leges Tauri*, LT. 70, n. 16 (1768), pág. 667; cfr. también SALA, *Ilustración*, I (1820), pág. 265.

(59) HERMOSILLA, *Additiones*, glosa 5 ss., P. 5, 5, 65, n. 17, pág. 861.

la *actio* de dolo. El problema que hoy nos plantea nuestro Código civil en cuanto al posible empleo de la acción resolutoria del artículo 1.124 (acción de carácter general) para proteger al comprador por las anomalías cualitativas de la cosa, no se presenta en nuestro Derecho histórico. La razón está en que no se conoce aún una acción resolutoria general, como la del artículo 1.124 del Código, basada en el incumplimiento, lo cual será una novedad introducida posteriormente, en el momento de la codificación (60).

(60) El Derecho romano no conoce una formulación genérica de la exigencia de causa suficiente, equivalente a la que se contiene en el art. 1.274 de nuestro Código. Superado el formalismo en los negocios consensuales como la compraventa, el ordenamiento va imponiendo, poco a poco, en la regulación del tipo contractual, exigencias explicables desde la causa. Se ha señalado así, con especial referencia a la compraventa, cómo va apareciendo, paulatinamente, en el Derecho clásico la interdependencia de sus prestaciones mutuas, JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano* (1937), pág. 300. Y como manifestación de esa mutua dependencia se presenta a la *exceptio non adimpleti contractus*, JÖRS-KUNKEL, *Op. cit.*, págs. 300-301; manifestación, ésta, sin duda de alcance más limitado que la que hoy conocemos como acción resolutoria.

Con los contratos innominados se apunta en Roma la noción de causa genérica, en cuanto que lo que se da o se hace sirve de causa a la obligación, CASTRO, *Negocio jurídico* (1971), pág. 173; IGLESIAS, *Derecho romano* (1962), páginas 420-421. Al propio tiempo se sientan las bases para la elaboración posterior de la acción resolutoria. El Derecho postclásico, al construir esta categoría contractual, les dota de una *actio praescriptis verbis* que unida a la *condictio ob causam datorum* permitía al contratante que había entregado la cosa (presupuesto del nacimiento del contrato) optar por exigir la contraprestación, mediante la *actio*, o la restitución de lo entregado, mediante la *condictio*, cfr. JÖRS-KUNKEL, *Op. cit.*, págs. 347-350; posibilidad que no se extiende a los contratos nominados de carácter bilateral. Como señala IGLESIAS, «en los contratos nominados de carácter bilateral no se otorga a la parte cumplidora la posibilidad de elegir entre la ejecución y la resolución del vínculo contractual», *Derecho romano* (1962), pág. 420. En estos contratos la posible resolución era obra del pacto (*lex commissoria*). En este sentido se nos recuerda que «las condiciones resolutorias fueron de especial importancia en los contratos de compraventa, en los cuales, desde tiempos antiguos, eran usuales una multitud de cláusulas típicas acordadas con la finalidad de resolver el contrato, dadas ciertas circunstancias», entre ellas la «*lex commissoria*» para el caso de no pago del precio (D. 18, 3, 2), JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, págs. 121-122.

Las Partidas, siguiendo la misma orientación que el Derecho romano, tampoco conocen una acción resolutoria generalizada a toda relación obligatoria con prestaciones recíprocas. Los atisbos de la misma siguen moviéndose dentro de ciertos contratos innominados (*do ut des, do ut facias*), en los cuales, si el que recibe no cumple su obligación, «en su escogencia es del otro de demandarle la cosa que le dio por esta razón, o quel peche los daños, e los menoscabos que porende rescibio» (P. 5, 6, 5; cfr. también P. 5, 14, 41 y 43). Tal resolución no alcanza a la venta, en la que sólo opera la eficacia resolutoria del pacto (condición resolutoria) (P. 5, 5, 58), con el que tal vez se supla, en caso de incumplimiento, la falta de una acción resolutoria general.

Ha de ser la doctrina posterior la que favorezca la generalización, sin duda apoyándose en el influjo de DOMAT y POTHIER (cfr. ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, 1972, págs. 118, 120, 121), pero también favorecida por la propia evolución de nuestro sistema jurídico, a partir del Ordenamiento de Alcalá. La resolución por incumplimiento se recoge ya en el Código de comercio de 1829 dentro de la regulación del contrato de compraventa: «Cuando el vendedor no entregare los efectos vendidos al plazo que convino con el comprador, podrá ése pedir la rescisión del contrato,

De la *actio empti* y de la acción fundada en el dolo del vendedor vamos a tratar por separado a continuación. Dejamos en cambio a un lado los problemas que puedan plantearse en la relación de las acciones edilicias y la fundada en el error. Tales problemas, a diferencia de los que ocurre con la *actio empti* y la *actio* de dolo, no aparecen considerados por los autores en el comentario a las leyes de Partidas que tratan de las acciones edilicias.

#### a) *La actio empti*

Como ocurrirá en el Derecho Romano por efecto de las mutuas influencias de los remedios civiles y pretorios, en nuestro Derecho histórico se va a superponer la protección de la *actio empti* a la de las acciones edilicias, coincidiendo, en parte, en sus respectivos supuestos de hecho. Interesa aquí destacar, a propósito del Derecho histórico español, cómo se construye la relación entre ambas clases de acciones; qué hay de común y de diverso entre ellas.

La evolución del Derecho Romano había producido una expansión del supuesto de hecho de la *actio empti* que ya conocemos: Igual que las acciones edilicias, la *actio empti* podía utilizarse por la mera existencia de un defecto en la cosa, e, incluso, habiendo actuado el vendedor de buena fe (61). En esto se da una coincidencia de supuesto de hecho entre la acción civil y las edilicias.

La aproximación entre las acciones edilicias y la *actio empti* se acentúa si tenemos en cuenta sus efectos. La *actio empti* permite, como aquéllas, obtener la resolución de la venta (función redhibitoria) o la devolución del exceso de precio cobrado (función estimatoria).

o exigir reparación de los perjuicios que se le sigan por la tardanza, aun cuando ésta proceda de accidentes imprevistos» (art. 363) (cfr. SAMPONTS-MARTÍ DE EIXALA-FERRER Y SUBIRANA, *Las Siete Partidas*, III, 1843, págs. 126-127, nota 320). La resolución por incumplimiento aún se generalizará más en la codificación civil, y así el Proyecto de 1851 llega a decir: «La condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliere su obligación» (art. 1.042). Tal generalización se resalta por la doctrina. Para GARCÍA GOYENA «se sobreentiende en todos los contratos bilaterales, porque se presume que ninguno quiere quedar obligado sino en el caso de que la otra parte cumpla su obligación» (*Concordancias*, art. 1.042); su argumentación se reproduce por otros autores como GUTIÉRREZ (*Códigos*, 4, 1877, pág. 188) y GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN (*Elementos*, 2, 1886, pág. 220), citando éste la sentencia del Tribunal Supremo de 29 enero 1867 en la misma dirección. Esta evolución culmina en artículo 1.124 del Código civil.

(61) En su utilización se distingue si el vendedor obró de buena o mala fe. Ni GREGORIO LÓPEZ ni HERMOSILLA aclaran el alcance de esta distinción que invocan («facta distinctioe scientiae vel ignorantiae»); se limitan a relacionarla con el texto de ULPIANO que recoge la opinión de JULIANO en D. 19, 1, 13, príc.) y que distingue la condena del vendedor de la cosa («tantum ex empto actionem praestaturum, quanto minoris essem empturus») o lo conozca («omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei»).

Donde se encuentra la diferencia fundamental entre unas y otras acciones es en el plazo; las acciones edilicias son temporales, la *actio empti* es perpetua. Esta diferencia de plazo va a servir para marcar otra distinción, en cuanto al objeto a que se aplican. En este sentido recuerda GREGORIO LÓPEZ en su Glosa: «Los Ediles, según BALDO..., atendiendo tan sólo a las cosas animadas, las que son frágiles y corruptibles, consideraron impropio el que la acción fuera perpetua; al paso que el derecho civil atiende a las inanimadas, las que por lo regular son de mayor duración» (62). Con ello se intenta delimitar el ámbito de aplicación de unas y otras acciones, según la naturaleza del objeto; y como resultado habrá unos objetos (percederos) a los cuales se aplican las acciones edilicias, y otros (duraderos) a los que se aplican las acciones civiles. Mas, según hemos señalado ya, donde esta determinación de campos adquiere sentido práctico, no es en la delimitación del ámbito de las acciones edilicias, cuanto en el de las acciones civiles. Nuestra doctrina histórica, cuando sigue el Derecho Común, estima aplicable la *actio empti* si el objeto defectuoso es duradero: Así ocurre en el caso de la venta del predio que cría malas hierbas o en la de otros bienes inmuebles defectuosos (*pro aliis rebus soli*); igualmente en la venta de bienes muebles defectuosos, como madera de mala calidad o un libro viciado. En cambio, en general (63), la considera impropia para objetos frágiles y corruptibles, como esclavos y caballerías de toda suerte, a los cuales tiende a aplicar, exclusivamente, las acciones edilicias (64).

Este intento de diversificación de las acciones por razón de su objeto se ve limitado en sus resultados por la generalización de las acciones edilicias a todos los objetos. En relación con los objetos duraderos, da la impresión de que la posibilidad de utilizar la *actio empti* no excluye la oportunidad de la acción redhibitoria y *quantum minoris* (65). En ellos el comprador va a contar con un doble sistema de defensa, civil y pretorio, diferenciándose uno y otro por su duración.

Con todo hay que advertir que esta superposición de acciones civiles y pretorias, hecha con el intento de ensanchar la protección del comprador de determinados objetos duraderos, va a exceder a las necesidades de la práctica. Admitida la utilización de las acciones edilicias para toda clase de objetos, tanto animales como muebles o inmuebles, y computado su plazo desde el momento en que el comprador descubre el vicio, se ofrece un sistema suficientemen-

(62) GREGORIO LÓPEZ, *Glosa 10*, P. 5, 5, 65.

(63) Otro criterio en GUZMÁN, *De evictionibus* (1676), LXI, n. 62.

(64) Principalmente, GREGORIO LÓPEZ, *Glosa 10*, P. 5, 5, 65; HERMOSILLA, *Additiones*, *glosa 10*, P. 5, 5, 65, nn. 15 y 16, en los cuales se basa la exposición del texto.

(65) Cfr. HERMOSILLA, *Additiones*, *glosa 6*, P. 5, 5, 63.

te flexible para proteger al comprador, que al mismo tiempo tiene la ventaja de no prolongar injustificadamente los plazos. Quizá por ello se vaya olvidando la doctrina paulatinamente de la *actio empti*. En esa transición del sistema doble al sistema único de remedios merece situarse la postura de ASSO y DE MANUEL, que hace sólo referencia al ejercicio de las acciones edilicias, pero sin aplicar los límites temporales propios de ellas a las ventas de inmuebles (66).

### b) *La protección del comprador en caso de dolo*

Como expresión en el terreno contractual de la general repulsa que el dolo merece, nuestro Derecho histórico impone al contratante que emplea tales medios, el deber de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la otra parte. A lo cual se añade, en los casos en que el dolo haya impulsado a la celebración del contrato, la facultad de pedir su anulación (67).

Un ejemplo típico de la responsabilidad por dolo (dolo incidental) se encuentra en los textos de las Partidas referentes a los vi-

---

(66) *Instituciones del Derecho Civil de Castilla* (1775), pág. 306. En relación con lo expuesto en el texto, cfr. GÓMEZ, *Variae resolutiones*, II, nn. 48 ss. (1701), págs. 228 ss.; SALA, *Ilustración del Derecho real de España*, I (1820), págs. 265 ss.; HEVIA Y BOLAÑOS, *Curia Filipica*, tomo II, libro I (1790), páginas 306 ss.; FEBRERO, *Librería de jueces, abogados y escribanos*, 4.<sup>a</sup> ed., II (1852), nn. 3.288 ss., pág. 406; GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN, *Elemento de Derecho Civil...*, II (1886), pág. 260; GUTIÉRREZ, *Códigos...*, IV (1877), págs. 380 ss.

(67) Distingue entre el dolo que da causa al contrato (P. 5, 5, 57) y permite su anulación, y el dolo incidental. «Dolum dici dare causam contractui, quando quis dolosis suasionibus inducit alium ad vendendam rem, seu locandam, quam alias non erat venditurus seu locaturus», HERMOSILLA, *Additiones, glosa 1*, P. 5, 5, 57 (1726), 844, n. 28. «Dicitur dolus incidere in contractu, quando quis vendere volentem dolo deceperit, atque ita cum verus et purus consensus adsit, venditio valet tamen deceptus petet supplementum residui actione ex ipso contractu», HERMOSILLA, *Op. cit.*, 845, n. 2.

La distinción persiste en el s. XIX; GÓMEZ DE LA SERNA, *Elementos*, II (1886), 182, y se refleja en el Código civil (art. 1.270); SÁNCHEZ ROMÁN, invocando el criterio de las Partidas, insiste en que el dolo incidente sólo da derecho a indemnización (las citas jurisprudenciales no siempre son totalmente oportunas por su contenido), *Estudios de Derecho Civil*, IV (1899), págs. 197 y 222.

El deber de indemnización es la consecuencia más general del dolo. Incluso la nulidad propia del dolo causal se interpreta, en ocasiones, como manifestación especial del deber de indemnización. Así GARCÍA GOYENA: «El dolo... no impide que las partes hayan consentido libremente, y si se anula el contrato, es tan sólo como una indemnización del perjuicio causado por el que ha dado ocasión para contraer», *Concordancias*, art. 992, III (1852), página 26. Su argumentación la recoge literalmente GUTIÉRREZ, *Códigos*, IV (1877), 42. También se refleja la misma idea en MARTÍ DE EIXALÁ, que a propósito del art. 378 del Código de comercio de 1829 decía: «Este artículo habla en términos absolutos del dolo en el contrato o en su cumplimiento: sin embargo, nosotros opinamos que si el dolo dio causa al contrato habrá lugar a la rescisión como medio de reparar el perjuicio», *Instituciones del Derecho Mercantil de España* (1875), pág. 191.

cios de la cosa comprada, sobre los que vamos a tratar a continuación (68).

Antes de cualquier consideración convendrá destacarlos:

1. En el comienzo de la ley 63 (P. 5, 5, 63) encontramos la siguiente referencia:

«Casa o torre, que debe servidumbre a otro, o que fuese tributaria, vendiendo un hombre a otro, callando el vendedor, non le apercibiendo dello a aquel que la compra; por tal razón como esta puede el comprador desfacer la vendida: e es tenuto el vendedor, de tornarle el precio, con los daños e menoscabos que le viniesen por esta razón...»

Advirtamos que el Derecho Común no previó en este caso la posibilidad de resolver la venta, y limitaba los efectos a la indemnización. Las Partidas, en cambio, prevén la resolución. La Glosa de GREGORIO LÓPEZ, entendiendo que éstas amplían el criterio del Derecho Común, interpreta extensivamente el texto de la ley que acabamos de transcribir. Según su criterio, «podrá el comprador elegir entre demandar la indemnización, dejando en pie el contrato..., o devolver la cosa, conforme aquí se expresa», es decir, reclamando indemnización si el vendedor actuó de mala fe (69).

A propósito del silencio del vendedor («callando del vendedor» dice la ley 63), GREGORIO LÓPEZ distingue en su glosa dos supuestos: Si el vendedor ignora la carga de la cosa (lo que explica su silencio); o si, por el contrario, la conoce, y no obstante calla, supuesto al cual parece circunscrito el texto legal. De esta alternativa de posibilidades extrae consecuencias: El vendedor que calla, a sabiendas, la carga de la cosa «es responsable de todos los daños o intereses» (P. 5, 5, 63). El que ignora la carga, responde, tan sólo, del menor valor que tiene la cosa a consecuencia de la carga, y esa responsabilidad puede ejercitarse a través de la acción *quantum minoris* (70); es más, si como es posible en las Partidas, el comprador prefiere deshacer la venta (redhibitoria), de no haber mala fe en el vendedor se podrá obtener la resolución sin ningún tipo de indemnización.

2. Aún se prevé otro caso en el texto de la misma ley 63 (P. 5, 5, 63): «Otrosí decimos, que si vendiese un ome a otro algún campo, o prado, que supiere que criaba malas hierbas, e dañosas para

(68) La importancia de este caso se pone de manifiesto en la atención que merece a la doctrina, al tratar del dolo; como muestra cfr. ESCRICHE, *Diccionario*, S. V. *Dolo* (París, 1851), pág. 567.

(69) GREGORIO LÓPEZ, *Glosa 4*, P. 5, 5, 63.

(70) GREGORIO LÓPEZ, *Glosas 3 y 5*, P. 5, 5, 63.

las bestias que las paciesen, e quando lo vendiese se caillase, que lo non quisiere decir al comprador, que es tenuto por ende el vendedor, de tornarle el precio al comprador con todos los daños quel vinieren por ende. Mas si esto non sópiese el vendedor quando la vendió, non sería tenuto de tornar más del precio solamente».

Los criterios anteriores se aplican, en este caso, a vicios materiales del inmueble, con clara diferenciación si ha mediado o no dolo del vendedor (71).

Una regla análoga se encuentra en el arrendamiento de montes o prados, para pastar ganado, con malas hierbas que matan o dañan al ganado (P. 5, 8, 14): «Si el señor es sabidor desto, es tenuto de lo decir paladinamente, o de pechar al otro el daño, quel viniese por la maldad de aquellas hierbas. Mas si el señor non sopiese tal maldad, entonces non sería tenuto de pecharle los daños, nin los menoscabos».

3. Un nuevo caso de dolo encontramos en la ley 64 (P. 5, 5, 64), en relación con los vicios o defectos de ánimo del esclavo. Por razones prácticas, no se admitía la acción redhibitoria en relación con tales vicios del esclavo (72); mas se dirá: «a causa del dolo del vendedor todas las acciones degeneran». Así se justifica en un caso como ése, que el comprador pueda, además de obtener indemnización de daños y perjuicios, deshacer la venta.

4. Dentro de las reglas de los vicios de la cosa en el contrato de compraventa las Partidas no incluyen, como sabemos, referencia a los bienes muebles inanimados; mas a ellos se extienden los mismos criterios indemnizatorios, en base a principios generales, y a una razón de analogía con otra ley referida al arrendamiento de toneles y vasos (P. 5, 8, 14).

### *Construcción de la acción por dolo y su problemática*

Los textos legales que tratan del deber de indemnización por dolo del vendedor no son suficientemente expresivos para permitirnos extraer de ellos conclusiones directas acerca de la naturaleza de la acción indemnizatoria fundada en el dolo. No podemos saber si se trata de una acción independiente (*actio de dolo* como

---

(71) HERMOSILLA, *Addiciones*, glosa 4, P. 5, 5, 63 (1726), 853, n. 12, y glosa 3, P. 5, 5, 65 (1726), 859, n. 9. Distinción («secundum distinctionem scientiae vel ignoratae venditoris»), en términos más generales, presente en G. LÓPEZ, *Glosa* 10, P. 5, 5, 65, y de general arraigo.

(72) «Quia cum vitia animi infinita, si pro eis daretur actio, lites essent ininfita», HERMOSILLA, *Addiciones*, glosa 3, P. 5, 5, 64, n. 22.

a veces se denomina), de un aspecto de las acciones edilicias, o de una de las manifestaciones de la propia acción del contrato, es decir, de la llamada *actio empti*.

Por otra parte el problema de la calificación de la acción se nos ofrece en un contexto jurisdiccional, diferente del romano. No existe ya la dualidad de jurisdicciones, a que hemos aludido en otro lugar, con acciones de ejercicio exclusivo en cada una de ellas, lo cual forzaba a los Ediles a extender su protección edictal, incluyendo en ella remedios ya reconocidos por el Derecho civil. En el sistema romano calificar de civil la acción para reclamar por dolo implicaba excluir su posible ejercicio ante el Edil, que era, precisamente, el único magistrado que podía conocer de las acciones edilicias. Pero superado ese sistema jurisdiccional, la calificación de la acción indemnizatoria como acción civil, no excluirá su ejercicio con las acciones edilicias, para ampliar los efectos de éstas.

Aun superada la dicotomía jurisdiccional romana, la calificación de la acción de indemnización no resulta irrelevante, ni exenta de efectos prácticos, ya que en el Derecho intermedio los plazos de prescripción se mantienen diferentes para las acciones civiles y edilicias.

En nuestro derecho histórico se atribuye a la acción de indemnización por dolo del vendedor una naturaleza y régimen jurídico independientes de los de las acciones de saneamiento; independencia que la doctrina destaca en la medida en que necesita aplicar un régimen jurídico diferente del de las acciones edilicias a los plazos de prescripción. Se considera que la extinción de las acciones de saneamiento por el transcurso del tiempo, no implica la de la acción de indemnización fundada en el dolo del vendedor. Para ello invocando, incluso, la autoridad de SANTO TOMÁS, se parte de un criterio moral, la persistencia de la obligación moral de compensar el daño («manet obligatio in animae»), y a esa obligación se dota de una sanción jurídica. Este puente tendido entre lo moral y lo jurídico aparece destacado en COVARRUBIAS, quien, en base a otros sólidos apoyos doctrinales, afirma: «Nec tamen ex hoc concluditur actio de dolo, si is, qui actionem temporariam praescripsit eo usus fuerit» (73).

---

(73) COVARRUBIAS, *Ex relatione regula, possessor mala fidei. De regulis iuris, libro sexto*, II-V, n. 5, en *Omnia opera*, tomo II (1583), pág. 861.

Exponente de la vigencia práctica de este criterio: MEXIA, *Laconismus seu chilonium pro pragmaticae quae panis pretium taxatur* (1569), n. 151, pág. 34, quien, invocando al PANORMITANO, ANGELO, ROMANO y COVARRUBIAS, desenvuelve en ese sentido la *Glosa 10*, P. 5. 5. 65, de GREGORIO LÓPEZ. Con el mismo alcance HERMOSILLA, *Additiones* (1726), 861, n. 16.

Reconocida la independencia (74), con respecto a las acciones edilistas, de la acción fundada en el dolo, tendrá ya menor relevancia práctica precisar si tal acción es la propia *actio empti* o una acción independiente, ya que en uno y otro caso trataríase de acciones civiles y por tanto perpetuas. COVARRUBIAS, es cierto, se refiere a la «*actio de dolo*», pero el empleo de tal nombre no intenta caracterizarla por contraposición a la *actio empti*, sino a las acciones adilicias. El criterio predominante en la doctrina, en la cual no se hace de este punto una especial cuestión, es que la indemnización fundada en el dolo se exige a través de la propia acción del contrato (75). Podría hablarse así de una *actio de dolo*, tan sólo, para delimitar un supuesto especial de ejercicio de la acción contractual.

### *El régimen de la indemnización por dolo en el ejercicio de las acciones edilicias*

Que la acción de indemnización por dolo sea independiente de las acciones edilicias no impide que pueda interponerse junto a éstas para ampliar su eficacia. Ahí se nos plantea un problema de compatibilidad que hay que referir separadamente a la acción redhibitoria y *quanti minoris*.

1. Históricamente no plantea especiales dudas la compatibilidad de la indemnización por dolo con la resolución propia de la acción redhibitoria. Tal compatibilidad se encuentra reconocida en las leyes 63 y 64 (P. 5, 5, 63 y 64) y a ella no se opone la ley 65 (P. 5, 5, 65), porque no prevé indemnización por dolo.

2. El problema de la compatibilidad con la acción estimatoria queda afectado, en su planteamiento práctico, por la circunstancia de que el limitado efecto indemnizatorio de la acción estimatoria queda cubierto y hasta ampliado por la indemnización que se funda en el dolo. En realidad no estamos ante un caso de incompatibilidad de acciones, ya que el comprador podría, aunque ello sea poco probable, limitarse a ejercitar tan sólo la acción estimatoria, aun existiendo dolo en el vendedor. Se trata más bien de un caso de falta de interés para el ejercicio de la acción *quanti minoris*, si el comprador ha sido ya ampliamente indemnizado en base al dolo.

---

(74) Resulta esta independencia en los casos en que sana el vicio: «Si durante la litis del juicio redhibitorio, la cosa se hace sana, cesa la redhibitoria... estando [el vendedor] ignorante del vicio al tiempo de la venta, y no en dolo; mas estando en dolo él... lo contrario se ha de decir, como lo resuelve Cepola», HEVIA Y BOLAÑOS, *Curia Filipica*, I, cap. 13, n. 36 (1790), pág. 320.

(75) HERMOSILLA, *Addiciones* (1726), 845, n. 2, 861, n. 16. Se reitera en el s. XIX por GÓMEZ DE LA SERNA, *Elementos*, II (1886), pág. 182.

En teoría cabría pensar en una hipotética opción del comprador entre la acción por dolo y la *quanti minoris*. Las dos conducen a resultados indemnizatorios, sólo que los de la primera son mucho más amplios que los de la acción edilicia, y abarcan, incluso, los que podrían conseguirse a través de ésta. Por ello, en la práctica hay que prever que el comprador optará casi siempre por la acción que le resulta más favorable, es decir, la fundada en el dolo. De esta manera la *actio quanti minoris* quedará relegada a los casos en que no haya mediado dolo.

En esa perspectiva concreta del juego de los intereses en conflicto se sitúan tanto nuestro Derecho histórico como el propio Código civil (art. 1.486 II). Por ello, según que el vendedor sea de buena o mala fe, se entenderá procede, respectivamente, la indemnización por el menor valor de la cosa o la más amplia de los daños y perjuicios sufridos por el comprador, quedando así excindido el campo de aplicación de las respectivas acciones.

#### *La ampliación de los supuestos de responsabilidad*

La propia noción de dolo con su equivalente, la culpa lata, va a permitir ampliar el supuesto de responsabilidad recogido en el texto de las Partidas, del cual sin duda se parte. Teniendo en cuenta el texto legal y la interpretación de la doctrina podríamos construir, en base a la noción de dolo, los siguientes supuestos de responsabilidad.

1. Las Partidas, como ya sabemos, consideran que el vendedor ha obrado dolosamente si silencia al comprador los vicios de la cosa que conoce (P. 5, 5, 63 y 64; P. 5, 8, 14).

2. Se afirma por la doctrina, no sin razón, que también se halla en dolo, a efectos de indemnización de daños y perjuicios, el que asegura lo que ignora («in dolo est, qui asserit id quod ignorat») (76). Por ejemplo, el vendedor que en relación con la servidumbre o carga de la cosa afirma que la misma es libre. Otro caso en el que de forma curiosa se hace aplicación de esta regla son los vicios morales del esclavo. Sabido es que el vendedor no tiene obligación de responder por ellos, a no ser que incida en dolo; a estos efectos se considera dolo, haber afirmado el vendedor de manera inexacta que el esclavo carecía de un determinado vicio, aunque la existencia del mismo le fuese desconocida al hacer esa afirmación (77).

3. Igualmente se equipara al dolo la ignorancia crasa o supina de los vicios de la cosa por el vendedor. En tal caso se presume el

(76) HERMOSILLA, *Additiones*, P. 5, 5, 63, n. 6, II (1726), pág. 852.

(77) HERMOSILLA, *Additiones*, P. 5, 5, 64, nn. 22 y 23, II (1726), pág. 857.

conocimiento y se impone la indemnización de daños y perjuicios (78).

Fuera de la compraventa encontramos en las Partidas recogido este criterio a propósito del arrendamiento de toneles o vasos defectuosos, que causan daño al arrendatario. La razón legal de la responsabilidad del arrendador que no conocía el defecto es «que todo ome debe saber si es buena, o mala, aquella cosa que aloga» (P. 5, 8, 14); la que da la Glosa es que «tal vicio se pudo conocer fácilmente por el arrendador» (79).

4. El incumplimiento de las reglas de pericia propias de una profesión será otro criterio de responsabilidad ligado en cierta medida al anterior. Se emplea para construir la responsabilidad del artesano que vende su propio producto o la del que habitualmente se dedica a la venta de un tipo de bienes, comerciante (80).

La enumeración de supuestos que acabamos de hacer nos permite concluir que el dolo, dentro de ciertos límites se nos presenta como una noción flexible, que, en su expansión, va a permitir aumentar la responsabilidad del vendedor, reforzando así la protección del comprador.

(78) GREGORIO LÓPEZ, *Glosa* 5, P. 5, 5, 63; HERMOSILLA, *Additiones*, n. 14, II (1726), pág. 853.

(79) GREGORIO LÓPEZ, *Glosa* 1, P. 5, 8, 14.

(80) El tema de la responsabilidad del fabricante o comerciante vendedor, tema que ha cobrado capital importancia en el momento actual, aparece considerado por DUMOULIN en su tratado «De eo quod interest», en el cual intenta determinar los límites de la indemnización de daños y perjuicios, según la constitución de JUSTINIANO, «De sententiis quae pro eo quod interest proferruntur» (C. 7, 47), texto que había planteado ya a la doctrina enormes dificultades de interpretación. Con ocasión de ese comentario va a plantearse el problema de la indemnización de los daños producidos por las cosas defectuosas que vende el que las fabricó, o quien se dedica al comercio, DUMOULIN, *Tractatus de eo quod interest*, Coloniae Agripinae, 1597, nn. 49, 50, 51.

La importancia en la materia del tratado de DUMOULIN se ha resaltado por LUPOT, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milán, 1969. A ello se añade un especial interés para nosotros, por haber inspirado a POTHIER (*Vente*, n. 214), que a su vez influye en GARCÍA GOYENA.

«Según algunos autores —afirma GARCÍA GOYENA— no debe admitirse a los peritos o artifices ignorancia, aun de los defectos no manifiestos que pudieron y debieron conocer fácilmente por las reglas de su oficio o profesión. Esta opinión, que tiene algún apoyo en el artículo 1.534 (antecedente del 1.593 CC.) y lo tenía en la ley recopilada 4, título I, libro 10, ha sido sancionada, porque *imperitia culpa adnumeratur*, 132 de *regulis iuris*», *Concordancias*, art. 1.406, III (1852), pág. 397.

Esta construcción histórica de la responsabilidad del fabricante basada en la impericia no es suficiente para justificarla en el momento actual, en el cual el defecto del producto puede muy bien no ser resultado de la impericia, sino un riesgo que, en determinadas proporciones, es difícil de evitar en todo proceso de fabricación.

## C) Pactos de exclusión de la responsabilidad del vendedor

Nuestro Derecho histórico, sin duda advirtiendo el peligro de fraude, atendió minuciosamente a este tipo de cláusulas. Los criterios limitativos que vamos a exponer se aplican tanto a las acciones edilicias como, con mayor razón, a la acción de responsabilidad por dolo del vendedor, y a la *actio empti*, civil, con función redhibitoria y estimatoria, según la regulación que de ellas hace el Derecho Común, a que aludimos anteriormente.

En las Partidas (81) se nos apuntan dos modalidades del pacto de exclusión:

1.<sup>a</sup> La advertencia de la tacha excluye el saneamiento por ella, según resulta del siguiente texto:

«Manifiestamente diciendo la tacha, o la enfermedad el vendedor al comprador..., si el comprador, seyendo ende sabidor, le place la compra, e recibe la cosa por suya, e da el precio por ella... (82).

2.<sup>a</sup> Si la venta se hace,  
«de manera que por tacha que hubiese la bestia, no la pudiese desechar el comprador» (83).

La práctica posterior ha de destacarnos con mayor claridad este doble supuesto. En este sentido, se ha de excluir el saneamiento, «cuando el vendedor *dice y declara* al comprador *la tacha* o vicio de la cosa», y «cuando el comprador *las renuncia* (las acciones de saneamiento), o dice en la venta, que por tacha que tuviere la cosa, no la pedirá» (84).

Pero en el Derecho Común se ha de excluir la eficacia del pacto de renuncia a las acciones de saneamiento, cuando el vendedor conoce la existencia de los vicios de la cosa y guardar silencio (85). E incluso llegará a afirmarse que también es inoperante la renuncia si el vendedor había asegurado que la cosa carecía de vicios (86).

Sin duda debió ser frecuente que el vendedor de mala fe, para escapar a la nulidad de la cláusula de exclusión acudiera a fórmu-

(81) P. 3, 18, 65 y 5, 5, 66.

(82) P. 5, 5, 66.

(83) P. 5, 5, 66.

(84) HEVIA Y BOLAÑOS, *Curia Filípica*, 1, 13 (redhibitoria), nn. 28, 30. Al referirse a la renuncia cambia la explicación de HERMOSILLA, que destacaba el aspecto contrario, ser pacto de liberación del vendedor, *Additiones*, P. 5, 5, 66, nn. 7 y 9.

(85) GREGORIO LÓPEZ, *Glosa 2*, P. 5, 5, 66.

(86) HERMOSILLA, *Additiones*, P. 5, 5, 66, n. 10; se apoya en BALDO.

las generales y oscuras de declarar los vicios, intentando, a través de ellas, expresar los vicios en forma que pudieran pasar inadvertidos el comprador. En el propio texto de las Partidas se recogen algunas de estas fórmulas: decir «generalmente que la bestia que vendiese había tachas e encubriese, callando, las que avía, o diciendolas envueltas con otras engañosamente, de manera que el comprador non se pudiese apercibir» (87).

Las Partidas, siguiendo el criterio del Derecho Común, consideran que este tipo de manifestaciones no permiten liberar al vendedor de la obligación de responder por los vicios (88). No sólo se atiende al hecho de que el comprador no puede, a través de ellas, conocer el defecto («de manera que el comprador non se pudiese apercibir»), sino además a la razón fraudulenta con que el vendedor las ha realizado («causa decipiendi emptorum») (89).

La práctica posterior establecerá la regla de que el vendedor, cuando manifieste los vicios de la cosa, deberá hacerlo de forma «manifiesta, clara y especialmente, y no oscura, ni confusa, ni generalmente» (90).

La protección al comprador, tal como acabamos de exponerla, supone una restricción a la autonomía de la voluntad. No bastará pactar que el comprador renuncia al saneamiento o que se vende la cosa con todas sus tachas, para que deje de responder el vendedor de mala fe. Sin embargo este criterio del Derecho Común chocará con lo que vulgarmente entienden los no versados en Derecho, para quienes sin duda ha de prevalecer el respeto a la palabra dada. Es así como se formó un «uso de feria», en las ventas de animales y ganados, que HERMOSILLA, al informarnos de él, considera «contra iuris regulas», «contrarium de iure est statutum» (91). Uso, sin duda, de arraigo en la práctica, como demuestra el que haya sido tomado en consideración por el Código civil (artículo 1.493) (92), a pesar de las críticas que pudiera merecer. Según él, el vendedor que vende un animal «con sus tachas buenas y malas a uso de feria» no está obligado a la redhibición, aunque después resulte ser enfermo o defectuoso. Advertíase que HERMOSILLA no menciona expresamente la exclusión de la acción estimatoria, ni tampoco alude a la acción de responsabilidad por el posible dolo del vendedor.

(87) P. 5, 5, 66.

(88) HERMOSILLA recoge con abundantes citas este criterio de la doctrina, *Addiciones*, P. 5, 5, 66, n. 11.

(89) Expresión utilizada por HERMOSILLA, *loc. cit.*

(90) HEVIA BOLAÑOS, *Curia Filipica*, 1, 13 (redhibitoria), n. 28.

(91) HERMOSILLA, *Addiciones*, P. 5, 5, 66, n. 12.

(92) Curiosamente el art. 1.415 del P. 51, antecedente del 1.493 C.C., no lo tiene en cuenta.

## III. LA CODIFICACIÓN Y SUS TRANSFORMACIONES

Nuestra codificación introduce importantes cambios en el panorama que acabamos de exponer. Aunque el estudio detallado de los mismos corresponda hacerlo en el desarrollo de la materia, es útil destacar aquí las líneas fundamentales de ese cambio, y cómo queda planteado a partir de ese momento el problema que estudiamos. Básicamente, las directrices del Proyecto de 1851 (93) y del Anteproyecto del Código civil (94), coinciden con las del Código civil. Por eso podemos señalar, a la vista de los tres, unas directrices básicas de nuestra codificación, en cuanto al tratamiento de los vicios de la cosa. A ellas nos referimos a continuación:

1. Desaparece en las reglas especiales del contrato de compraventa relativas a los vicios ocultos, el doble sistema de acciones civiles y pretorias (*actio empti*, acciones edilicias), tal como estaba configurado en el Derecho Común. En adelante, la pretensión optativa del comprador entre «desistir del contrato» o «rebajar una cantidad proporcional del precio» (cfr. art. 1.486 I CC.) (95), se ejercerá procesalmente a través de la única vía de las acciones edilicias, como se infiere del artículo 1.490 (96). En consecuencia, la reclamación por vicios de los objetos duraderos, aunque sean inmuebles, desaparecida la *actio empti* en función redhibitoria o estimatoria, estará limitada al plazo de duración de las acciones edilicias.

2. Se crea una diversificación entre el tratamiento de los vicios en las ventas de animales y ganados y el resto de los objetos. De esta manera, se ofrece un régimen general y otro especial de saneamiento. Se produce con ello un fenómeno curioso, que merece ser destacado. Recordemos cómo en Roma el Edicto de los Ediles crea las acciones edilicias pensando precisamente, en las ventas de animales (y esclavos), y desde ellas se extiende su aplicación a los demás objetos. Se puede por tanto decir que, tanto en sus orígenes como en nuestro Derecho histórico, las acciones edilicias no fueron sino una generalización de ese sistema especial de protección al comprador, propio de las ventas de animales (y esclavos). Ese sistema pervive esencialmente, tras nuestra codificación, como régimen general, pero ha de sustraérsele su propio elemento generador, las ventas de animales, a las cuales se dota de un régimen especial mucho más estricto (arts. 1.491-1.499 CC) (97).

---

(93) Arts. 1.406-1.428, P. 51.

(94) Arts. 1.511-1.526, Anteproyecto Código civil, ed. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, Madrid (1965), págs. 555-567.

(95) Arts. 1.408. I. P. 51, v 1.513, I, Anteproyecto.

(96) Arts. 1.412, P. 51, y 1.517, Anteproyecto.

(97) Arts. 1.413-1.428, P. 51, y 1.518-1.526, Anteproyecto.

Pudiera tal vez pensarse, debido a la diversidad de plazos (cfr. arts. 1.490 y 1.496) (98), que esta doble regulación que ofrece nuestro Código intenta articular de un modo nuevo y distinto, el empleo de las acciones civiles y edilicias. Así cabría entender que ahora las acciones edilicias son las que, con una nueva regulación, se ponen a disposición del comprador en las ventas de animales, y que las acciones paralelas que se ofrecen para deshacer el contrato o reducir el precio en las ventas de los demás objetos no son las acciones edilicias, sino el resultado de una transformación de la *actio empti*. Así podría incluso apoyarlo la circunstancia de que en las reglas de los animales, el Código se permita hablar de la «acción redhibitoria» (art. 1.496 I) (99) o de vicios redhibitorios (art. 1.491, 1.495, 1.499) (100), cosa que no hace respecto de los demás objetos, en las reglas generales del saneamiento, en las que se limita a describir efectos, sin calificar la acción (101).

Mas el intento de entender viva en nuestro actual Derecho la contraposición histórica entre acciones civiles y pretorias, no parece correcto, ni tampoco tiene ya sentido. Hay que reconocer que las reglas generales del saneamiento se aproximan mucho más a la regulación histórica de las acciones edilicias que a la de las correspondientes acciones civiles; así, el plazo del artículo 1.490 es el tradicional de la acción redhibitoria y no el de la *actio empti*. Además, fuera del sistema procesal romano, y reconociéndose una única vía redhibitoria o estimatoria, carece de sentido práctico pararse en abstracto a determinar si los efectos que nos describe el artículo 1.486 I, con los límites temporales a que se refiere el 1.490, se logran por la vía de las acciones edilicias o de las civiles. Lo único que importa destacar es que las reglas del saneamiento, ya se trate de animales ya de otros objetos, engendran una sola opción protectora, de duración diversa, pero siempre limitada.

Por otra parte, las razones que en el siglo XIX conduce a nuestro legislador a crear una regulación especial del saneamiento por vicios de los animales, no son, ni mucho menos, un intento de traducir al Código el viejo sistema de acciones civiles y pretorias. Son, por el contrario, razones de carácter práctico: Las malas artes habituales en las personas que normalmente intervenían en ese tipo de ventas.

---

(98) En el P. de 1851 la regla general contenida en su artículo 1.412 coincide con la del Código, mas no ocurre así en las ventas de animales, en las que, haciéndose enumeración de vicios, se fijan plazos diversos para ellos, que oscilan entre nueve y cuarenta días (arts. 1.419, 1.421, 1.422, 1.423), «desde la entrega hecha al comprador» (art. 1.424). El Anteproyecto sigue, en cambio, el mismo criterio que el Código (arts. 1.517 y 1.523, I).

(99) Cf. *Anteproyecto*, arts. 1.523, 1.526.

(100) Cf. arts. 1.413, 1.417, 1.418, 1.420, 1.422, 1.423, 1.427, P. 51, y 1.518, 1.522, 1.525, *Anteproyecto*.

(101) Del mismo modo en el P. 51 y *Anteproyecto*.

3. En la codificación se manifiesta también un intento de acortar la duración de las acciones por razón de los vicios, que tiene diversas manifestaciones.

a) En cuanto a la duración de los plazos, se acortan enormemente los de la acción redhibitoria y estimatoria en las ventas de animales (cfr. art. 1.496 I), y el de la acción estimatoria en las ventas de los demás objetos se reduce de un año a seis meses. Esta unificación del plazo de las acciones edilicias (102) en el momento de la codificación, refuerza la idea de la existencia de un supuesto unitario en ellas.

b) También la forma de computar el plazo favorece la reducción del tiempo. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho Común, en el que se toma en cuenta el conocimiento de los vicios de la cosa por el comprador, el Código civil coloca de una manera fija en la entrega el momento inicial para el cómputo del tiempo (103).

4. El Código civil, igual que las Partidas, toma en cuenta el dolo del vendedor en la regulación de las acciones edilicias (cfr. art. 1.486 CC), pero esa consideración ha de plantear nuevos problemas interpretativos al hacerse en nuevos textos. Del mismo modo el propio fenómeno de la codificación, en el cual se produce una generalización de reglas, va a plantearnos en este caso otra cuestión interpretativa en relación en el empleo de las reglas generales del derecho de obligaciones.

---

(102) Decía GARCÍA GOYENA: «... No se descubre razón para la diversidad del tiempo o términos en que el comprador haya de manifestar su voluntad y usar de su derecho». *Concordancias*, art. 1.412, IV, pág. 403.

(103) A la fijación de ese momento se llega por una vía indirecta. Decía GARCÍA GOYENA: «Nuestro artículo señala seis meses desde la entrega de la cosa: porque desde entonces sólo puede el comprador conocer sus vicios o defectos.» *Concordancias*, art. 1.412, IV (1852), pág. 403.

En el Proyecto de 1851 el tiempo para la prescripción de toda obligación personal «empieza a correr desde que son exigibles» (art. 1.967, II), pues, según dice GARCÍA GOYENA, «sólo entonces puede haber negligencia». *Concordancias*, art. 1.967, IV (1852), pág. 325. En relación con la obligación de saneamiento por evicción, se señala que «no corre sino desde que tiene lugar la evicción» (art. 1.968, P. 51). En cuanto al saneamiento por vicios ocultos, parece que la exigibilidad surge desde el contrato, pero la acción no corre hasta la entrega, momento en que se da un conocimiento, al menos potencial, del vicio.

### § 3. SUPUESTO DE HECHO Y NATURALEZA JURIDICA DE LAS ACCIONES EDILICIAS

El problema que nos ocupa, el estudio, en sus distintas dimensiones, de la responsabilidad del vendedor por las anomalías cualitativas de la cosa, impone partir de las acciones edilicias (redhibitoria y estimatoria), pues, de siempre, han constituido el núcleo de la protección del comprador por los vicios de la cosa.

La primera tarea que en torno a ellas se nos ofrece es delimitarlas dentro de una regulación más amplia, que bajo el epígrafe «del saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida», ofrece nuestro Código civil. Posteriormente se atenderá a la fijación de su supuesto de hecho, y partiendo de él, se intentará establecer su naturaleza jurídica. Estas precisiones nos van a permitir considerar más tarde, en otro trabajo, otras posibles formas de responsabilidad del vendedor por razón de las anomalías del objeto.

#### I. LAS ACCIONES EDILICIAS EN EL CÓDIGO CIVIL

##### *Su delimitación en las normas del saneamiento por vicios ocultos*

El Código emplea el término saneamiento para designar lo que entiende como una de las obligaciones del vendedor: «El vendedor —dice— está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa vendida» (art. 1.461). El saneamiento es la obligación del vendedor de responder al comprador: 1.º de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida (saneamiento por evicción), o 2.º en el aspecto que aquí nos importa considerar, de los vicios o defectos ocultos que, en su caso, tuviera la cosa (art. 1.474). Esta regulación del saneamiento se desarrolla dentro de la del contrato de compraventa (arts. 1.475-1.499), y se extiende a otras figuras, por remisión (cf. arts. 1.553, 1.681).

En apartado separado, bajo el epígrafe, «del saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida», atiende el Código, en sus artículos 1.484 a 1.499, a esa causa de saneamiento que aquí nos interesa tratar. Ahí se recoge la regulación de las acciones edilicias entremezclada con otras reglas oportunas a la materia. Esta mezcla normativa nos plantea una cuestión: ¿Hasta qué punto las acciones edilicias conservan naturaleza independiente dentro de ese conglomerado de medidas jurídicas? ¿Podemos seguir hablando de esas acciones como acciones independientes, aunque encajadas en una reglamentación de perfiles más amplios?

O, por el contrario, ¿han perdido su sustantividad, subsumidas en una categoría más compleja y diferente, a la cual pudiéramos designar con el nombre de saneamiento o garantía? Categoría a la que incluso ha llegado a concebirse abarcando a la evicción, al entender que la «garantía por evicción y la garantía por vicios tienen fundamentalmente igual naturaleza jurídica» (1).

Por ello, justificar la independencia de las acciones edilicias es tarea previa; indispensable para poder tratar de su supuesto de hecho y su naturaleza jurídica. En ese intento convendrá empezar separando, en la regulación legal del saneamiento, una serie de supuestos, que por su diferente naturaleza conviene distinguir. A ellos aludimos a continuación:

1. Acciones redhibitoria y estimatoria (o *quantum minoris*), contempladas con carácter general, fundamentalmente en los artículos 1.484, 1.485, 1.486, I, 1.490, y en relación con los animales en los artículos 1.496 y 1.499.

2. La mala fe del vendedor determina ciertos efectos, también señalados por el Código en el saneamiento. A saber: a) Sólo si el vendedor «ignorara los vicios o defectos ocultos de lo vendido» se puede pactar con eficacia la exclusión de la garantía propia del saneamiento (art. 1.485, II). b) Además, siendo el vendedor de mala fe, los efectos de la protección al comprador se amplían. «Si el vendedor —dice el Código— conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión» (art. 1.486, II; también 1.487, 1.488, 1.489).

3. El párrafo primero del artículo 1.494 prohíbe la venta de los animales o ganados que padezcan enfermedades contagiosas: «Cualquier contrato que se hiciere respecto de ellos será nulo.»

4. En el párrafo segundo de ese mismo artículo se contiene otro supuesto de nulidad, aunque de distinto alcance: «También —se dice— será nulo el contrato de venta de los ganados y animales, si expresándose en el mismo contrato el servicio o uso para que se adquieren, resultaren inútiles para prestarlo.»

5. El artículo 1.495 establece la responsabilidad de quien interviene como perito, asesorando al comprador en la compra de animales. Si el profesor, por ignorancia o mala fe, dejare de descubrir o manifestar el vicio será responsable de los daños y perjuicios.

---

(1) RUBINO, *Compravendita* (1971), pág. 629, también BIANCA, *La vendita e la permuta* (1972), págs. 621 ss.

6. También se prevé en favor del vendedor la responsabilidad del comprador, que ejercite la acción redhibitoria, si se pierde o deteriora la cosa que tiene que devolver. Resuelta la venta, dice el artículo 1.498, el animal deberá ser devuelto en el estado en que fue vendido y entregado, siendo responsable el comprador de cualquier deterioro debido a su negligencia, y que no proceda del vicio o defecto redhibitorio. Debe recordarse aquí también el artículo 1.488, I.

Partiendo de estos supuestos hay que delimitar el de las acciones edilicias. Ciertamente, algunos de ellos no plantean problemas, porque claramente se perciben como algo diferente del saneamiento por vicios, si entendemos éste, siguiendo al Código civil, como una eventual dimensión de la responsabilidad del vendedor. Así ocurre con la responsabilidad del perito que reconoce la cosa (art. 1.495), o con la del comprador por cuya negligencia se deteriora el objeto que tiene que devolver, al deshacerse la venta (art. 1.498), pues, por definición, insistimos, el saneamiento implica una responsabilidad del vendedor (arts. 1.461, 1.474) y no de un tercero o del comprador.

Es también una figura distinta de las acciones edilicias, y, por tanto, no restringe en ninguna medida la sustantividad de éstas, la nulidad —*ex lege*— de las ventas de animales que padezcan enfermedades contagiosas. La razón es que mientras las acciones edilicias (y la propia figura del saneamiento) sirven para tutelar el interés del comprador, la nulidad a que se refiere el párrafo primero del artículo 1.494 se establece en consideración a razones de interés general, evitar la propagación de las enfermedades contagiosas de los animales. No se opone a esas diferencias el hecho de que el comprador pueda utilizar esta acción de nulidad para tutelar, indirectamente, su interés.

Tampoco puede confundirse con las acciones edilicias o afectar a su sustantividad, la acción de nulidad (anulación) de la venta de animales o ganados, por inutilidad para prestar el servicio o uso para que se adquieren (art. 1.494, II) (2). El propio Código la concibe como medida distinta de las acciones redhibitoria y estimatoria. Además, el hecho de que se trate de una novedad del Código, no recogida ni siquiera en sus antecedentes próximos, pone de manifiesto que estamos ante una acción distinta de las que componen la garantía inherente al contrato de compraventa; que sólo por razones de oportunidad pareció conveniente a última hora insertar en este lugar. Su presencia en este lugar permite recordar que, pese al carácter estricto de las acciones edilicias en las ventas de animales, existe la posibilidad de utilizar también las acciones

---

(2) Cfr. GÓMEZ CALERO, J., *Sobre la nulidad del art. 1.494 del Código civil*, RDP (1968), pág. 955.

generales de los contratos, reforzándose de este modo, en un caso que podría provocar mayores dudas, lo que en términos generales queda dicho en el artículo 1.506.

Llega así, por vía de exclusión, a planteársenos el problema de la sustantividad de las acciones edilicias, tan sólo en relación con la acción de indemnización del artículo 1.486, II, y concordantes. Fácilmente cabría mezclar, dentro de la figura del saneamiento, la acción redhibitoria con la de indemnización por mala fe del vendedor (cfr. art. 1.486, II), pues en el Código civil esta acción de indemnización aparece inserta, por razones prácticas, en el ejercicio de la acción redhibitoria, como si se tratase de una ampliación de los efectos de la misma, en vez de una acción distinta e independiente. Además el artículo 1.490 («acciones que emanan de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes») podría ser utilizado para justificar esa asimilación.

Sin duda se nos plantea un problema de coordinación de las acciones edilicias con la acción de indemnización, problema al que atenderemos en otro lugar. Pero admitir esa necesaria coordinación no impide reconocer desde ahora la independencia y caracterización separada de la acción redhibitoria y *quantum minoris*; tal independencia se justifica primero por razones históricas, en las que no vamos de nuevo a insistir, y queda reflejada como veremos, en el supuesto de hecho de las mismas. El estudio detallado de ese supuesto de hecho confirmará lo que ahora se anticipa: Las acciones edilicias son efecto natural del contrato, se basan en la mera existencia de vicios (dato objetivo) y no en una conducta del vendedor determinante de responsabilidad, como sucede en la acción de indemnización del artículo 1.486, II.

#### *Referencia a otras figuras de protección del comprador*

Menos problema ofrece, separar las acciones edilicias de otros remedios recogidos en otros lugares de la regulación legal del contrato de compraventa, a través de los cuales el comprador puede tutelar su interés, en relación con ciertas anomalías del objeto. A continuación nos referimos brevemente a ellas.

#### *Saneamiento por gravámenes ocultos de la cosa vendida*

En nuestros antecedentes históricos no se hace diferencia entre las «cargas ocultas» y los «vicios ocultos» de los inmuebles. Uno y otro caso se contemplan en una misma ley de las Partidas (P. 5, 5, 63), y la Glosa no pone en cuestión que las acciones edilicias se aplican a las cargas ocultas.

Esa conexión también se apunta, quizá como residuo histórico, en el enunciado del epígrafe que antepone el Código a la regula-

ción del saneamiento por vicios: «Del saneamiento por defectos o *gravámenes* ocultos de la cosa vendida.» Mas, a pesar del epígrafe, se rompe en la regulación, ya que el Código recoge el saneamiento por las cargas ocultas de los inmuebles en el artículo 1.483, contenido dentro del apartado del saneamiento en caso de evicción, fuera del saneamiento por vicios (3).

Las diferencias no provienen sólo del lugar. El artículo 1.483 aplica al saneamiento por cargas ocultas de los inmuebles un régimen que, sin ser el propio del saneamiento por evicción, no coincide con el de los vicios.

Aunque se considere que el efecto de «ejercitar la acción rescisoria, o solicitar la indemnización» (art. 1.483, II), equivale al obtenido a través de las acciones edilicias, las diferencias de régimen se perciben en cuanto al plazo de duración de la acción y en cuanto a su cómputo. Las acciones del artículo 1.483 duran un año en lugar de seis meses (cfr. art. 1.490). El momento en que se inicia el cómputo no es unitario como en los vicios. Conjugando los párrafos segundo y tercero del artículo resulta que el momento inicial será el del «otorgamiento de la escritura» —y no, simplemente, el de la «entrega de la cosa vendida—, si el comprador trata de ejercitar la que llama el Código acción rescisoria; y el «día en que se haya descubierto la carga o servidumbre», si trata de «reclamar indemnización».

#### *Consideraciones en torno al artículo 1.460 del Código civil*

El epígrafe que encabeza el capítulo del Código en que, como único artículo, se inserta el 1.460, dice así: «De los efectos del contrato de compra y venta cuando se ha perdido la cosa vendida.» Mas como suele ocurrir con los encabezamientos, la expresión empleada («efectos del contrato») no arroja suficiente claridad para valorar el alcance del precepto a que se refiere. Si entramos en la consideración del artículo se observa un distinto alcance de cada uno de sus dos párrafos. En el párrafo primero la inexistencia total de la cosa afecta a la validez de la venta. No es posible constituir el vínculo contractual por falta de objeto (art. 1.261, 2.º); por eso se dice: «Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato.» El problema planteado no coincide con el de las acciones edilicias.

La aproximación a los vicios se produce en el párrafo segundo, que dice: «Pero si se hubiese perdido sólo en parte, el comprador

(3) Una explicación histórica, la influencia del Código francés que maneja un concepto de evicción distinto del de nuestro Código (art. 1.626), en RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, *Algunas consideraciones en torno al artículo 1.483 del Código civil*, RCDI (1971), págs. 1.348 ss.

podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido.» Tal aproximación se advierte no sólo en el paralelismo de los efectos (desistir del contrato, rebajar el precio), sino en lo que es más determinante desde el punto de vista jurídico, en las concomitancias de los respectivos supuestos de hecho: En ambos existe una imposibilidad parcial de la prestación referente a la entrega de la cosa vendida. Y en cuanto el carácter de la misma (es decir, si se trata de imposibilidad cuantitativa o cualitativa) se ha puesto en duda que la diferencia esté en que las acciones edilicias prevean un caso de imposibilidad parcial, referido sólo a la cualidad del objeto, mientras que el 1.460, II, lo refiera exclusivamente a la cantidad (4).

Sin embargo, aun admitiendo esas analogías, la aproximación entre el artículo 1.460, II, y las acciones edilicias no es total. Hay diferencias en cuanto al supuesto de hecho y en cuanto a los efectos, que ponen de manifiesto que se trata de figuras diferentes. La primera diferencia se refiere al carácter manifiesto u oculto de la situación. El artículo 1.460, II, se aplica a defectos cuantitativos (y, por extensión, cualitativos) anteriores o coetáneos a la celebración del contrato, en sí mismo manifiestos, pero desconocidos, justificadamente, para el comprador al tiempo de contratar. Las acciones edilicias, en cambio, se refieren necesariamente a vicios ocultos y desconocidos del comprador al contratar (5). Esta diferencia es importante y justifica otra, en cuanto a los efectos.

En las acciones edilicias, el ejercicio posterior a la entrega de la cosa (cfr. arts. 1.490, 1.496, I, 1.499) se explica, para dar ocasión al comprador de descubrir los vicios. No así, en cambio, en la situación prevista por el artículo 1.460, II, porque los defectos son aparentes. En este caso el límite temporal para el ejercicio de las facultades del comprador debe ser el momento de la entrega, ya que en él se tiene oportunidad de descubrir las anomalías del objeto, anomalías que por su carácter aparente hubieran podido ser descubiertas por el comprador al momento de contratar, de haberse celebrado el contrato a la vista del objeto. No importa que el comprador hubiera reconocido la cosa antes de contratar, si el vicio sobreviene después del reconocimiento y existe al tiempo de la celebración del contrato, porque también aquí está justificada la ignorancia de la anomalía.

Podemos, pues, concluir afirmando que los vicios ocultos y la situación prevista en el artículo 1.460, II, son supuestos diferentes.

---

(4) BERCOVITZ, R., ADC (1969), págs. 807-809.

(5) Cfr. BERCOVITZ, R., ADC (1969), págs. 808-809.

### *Acciones relativas a diferencias de cabida o calidad en las ventas de inmuebles*

En los artículos 1.469 a 1.472 prevé el Código acciones, tanto a favor del vendedor como, en algún caso, del comprador, para deshacer la venta o rebajar el precio por problemas que, en cuanto a su cabida, surgen en la entrega de los inmuebles. Así, el comprador dispone de acción en los casos siguientes: a) Por tener el inmueble, vendido en consideración a su cabida, menor extensión de la que se le atribuyera en el contrato (art. 1.469, II). b) Por no ser alguna de sus partes de la calidad expresada (art. 1.469, III). c) Por no poder entregar el vendedor todo el terreno que se comprende dentro de los linderos de la finca, expresados en el contrato (art. 1.471, II).

Las diferencias que pueden advertirse en cuanto al supuesto de estas acciones y el de las edilicias pueden ser más acusadas cuando se trata de falta de entrega de una parte de la finca vendida (supuesto c) o de un defecto de cabida (supuesto a), pero no se hacen menores en caso de defecto de calidad (supuesto b). En efecto, el artículo 1.469 al referirse al caso en que una parte de la finca no sea de la «calidad expresada en el contrato» (párrafo III), con disminución del valor de la cosa vendida (párrafo IV), está contemplando un supuesto de ausencia de cualidades en la cosa, que por sus características puede ser equiparable a los vicios ocultos. Supuesto al cual, por otra parte, se atribuyen efectos jurídicos paralelos a los de éstos, aunque se coloquen mayores limitaciones a la facultad de deshacer la venta (cfr. párr. III y IV). Esos efectos, como ocurre con los de las acciones edilicias, duran también seis meses contados desde el día de la entrega (art. 1.472).

Tal aproximación en el supuesto de hecho y en los efectos a que hacemos referencia, no ha bastado para que el problema de los defectos de calidad de los inmuebles quedara en el Código civil tratado dentro del régimen de las acciones edilicias. Como en tantas ocasiones, han prevalecido también aquí las razones históricas sobre los criterios lógicos de ordenación, y estos defectos han conservado su regulación independiente.

## II. EL SUPUESTO DE HECHO DE LAS ACCIONES EDILICIAS

### *Carácter unitario del mismo*

La responsabilidad del vendedor por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque pueda ejercitarse a través de las acciones redhibitorias o *quanti minoris* con distinto alcance según se pretenda deshacer el contrato o rebajar el precio, tiene un su-

puesto de hecho unitario (6), descrito en el Código civil con carácter general en los artículos 1.484 y 1.485 (7). Cuando el saneamiento procede, es facultad del comprador optar (8) por uno u otro remedio (art. 1.486, I).

Es cierto que la fórmula utilizada en el artículo 1.484 para señalar cuáles son los vicios significativos podría inducir a confusión. Mas aunque diga que el comprador, de haber conocido los vicios de la cosa, «no la habría *adquirido* o habría dado *menos precio* por ella», está fuera de toda duda, a la vista del artículo 1.483 (9),

(6) Se suprimen, así, las dudas que suscitaba en el Derecho histórico la Ley de Partidas. El supuesto de hecho de la acción redhibitoria parecía diferente del de la acción *quanti minoris* en P. 5, 5, 63 y 65, al proceder el ejercicio de aquella acción tan sólo en los casos en que el vendedor conociera el vicio, es decir, fuera de mala fe. Mas la doctrina, de acuerdo con el Derecho romano, permitió utilizar también la acción redhibitoria, en los casos en que el vendedor ignoraba los vicios de la cosa; cfr. GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, art. 1.408; GREGORIO LÓPEZ, *Glosa*, n. 3, P. 5, 5, 63, y *Glosa*, n. 4, P. 5, 5, 65; HERMOSILLA, *Additiones*, glosa, 4, P. 5, 5, 65, aunque mantiene otra opinión en L. 64, n. 3; GUTIÉRREZ, *Códigos*, 4 (1877), pág. 384.

Este criterio ha de imponerse en la práctica anterior al Código civil. El Tribunal Supremo en sentencia de 28 de marzo de 1863 permite la utilización de la acción redhibitoria en la venta de un caballo con vicios ignorados por el vendedor. Pero el influjo de las Partidas se percibe, no obstante, en GÓMEZ DE LA SERNA, *Elementos*, II (1886), pág. 260; su interpretación, aunque más acorde con el texto de la Ley, carece de valor práctico.

(7) El Código ha uniformado también el plazo de prescripción, cosa que no ocurría en el Derecho histórico, en el que la acción redhibitoria prescribía a los seis meses y la *quanti minoris* al año.

(8) Algunas afirmaciones de autores clásicos podrían hacernos pensar que la facultad de optar no se consume hasta tanto no se estime la acción que se ha elegido; así: HERMOSILLA, «Si emptor redhibitoria agat et in iudicio non obtinuerit, actionem quanto minoris exercere non prohibetur», *Additiones*, glosa, 5 ss., P. 5, 5, 65, n. 19, y en el mismo sentido COVARRUBIAS, *Possessor malae fidei*, 2, 11, 5.

La razón del anterior criterio puede hallarse en las dificultades que ofrece el Derecho histórico para construir un supuesto de hecho unitario para las dos acciones de saneamiento, y en los diferentes plazos de ejercicio de las mismas, que hacen rechazable la acción redhibitoria en un momento en que aún es posible el ejercicio de la *quanti minoris*. Tras el Código civil la unidad de supuesto de hecho y de plazo de prescripción impone admitir de forma incuestionable que la fuerza de cosa juzgada que conlleva la sentencia en que se haya ejercitado una de estas acciones alcanza a la otra.

Pero, además, parece que el ejercicio extraprocesal de la opción que permite el Código civil debe ir acompañado de su consumición si así lo impusieran las exigencias de la buena fe (art. 1.258). El Código en el artículo 1.486, en que establece la facultad de opción, no la somete a forma, ni la liga al ejercicio procesal de la acción; refiérese por el contrario a su efecto sustantivo, desistir del contrato, rebajar el precio. No se impone que la opción se practique antes del ejercicio de la acción, de manera que cabe que el comprador denuncie al vendedor los vicios sin ejercitar la opción. Pero tampoco se excluye que pueda practicarse antes del ejercicio.

(9) La distinción que hace COVARRUBIAS en el supuesto de hecho de las acciones redhibitoria y estimatoria carece, a la vista del Código civil, de vigencia en el Derecho actual: «Datur autem actio redhibitoria, quando emptor si scivisset rei venditae vitium, eam nullo pacto emisisset»... «Si emptor empturus nihilominus foret, sed non tanti, agit quanto minoris» *Possessor malae fidei*, 2, 11, 5.

que no se intenta predeterminar la oportunidad de una u otra acción, según cuál hubiera sido esa actitud del comprador en el momento de celebrarse el contrato.

La regla general del artículo 1.486 en cuanto a la opción del comprador la extiende expresamente el Código al saneamiento por los vicios de los animales: «En las ventas de animales y ganados con vicios redhibitorios, gozará también el comprador de la facultad expresada en el artículo 1.486» (art. 1.499). A la vez, el 1.499 nos señala un límite para el ejercicio de la facultad de optar, que aunque esté situado dentro de las reglas especiales de saneamiento para animales, puede extenderse al resto de los casos. El comprador debe usar de la facultad de optar dentro del término que en cada caso establezca la ley para el ejercicio de las acciones de saneamiento.

El Tribunal Supremo, en S. de 25 de enero de 1957, rechaza el criterio mantenido en el recurso de que el ejercicio de la acción redhibitoria depende de la importancia de los defectos de lo vendido, como si no existiera un supuesto de verdadera opción del comprador. Frente a tal criterio, entiende que no puede negarse al comprador «el derecho a la elección entre esas dos acciones, porque tratándose de esas cosas que ha adquirido con el objeto de que le presten alguna utilidad, de la clase que sea, nadie puede conocer y juzgar mejor que él si llenan ese cometido en mayor o menor grado, o le son, por los defectos que tienen, completamente inútiles para la finalidad con que las ha adquirido».

Si las acciones redhibitoria y *quanti minoris* tienen un supuesto de hecho idéntico, no ocurre así con la acción de indemnización de daños y perjuicios, en el caso en que el vendedor sea de mala fe (arts. 1.486, II, ss.).

#### *Presupuestos jurídicos de las acciones edilicias: enumeración*

Empecemos enumerando los presupuestos jurídicos necesarios para el nacimiento de las acciones edilicias. Después se insistirá en algunos de ellos.

1. Es necesario, en primer lugar, que se haya celebrado un contrato de compraventa, o cualquier otro contrato oneroso que permita el ejercicio de estas acciones (por ei., arrendamiento, artículo 1.553) y no contenga pacto de exclusión de la responsabilidad por vicios (art. 1.485, II).

2. Además, que el objeto vendido (o en general el objeto del contrato) tenga vicios o defectos redhibitorios (10). Denominanse

(10) El Código civil piensa en los defectos de la *cosa*, por el modelo de contrato que contemple. Atendiendo a otros modelos de contrato se nos pue-

así, en terminología usual acogida por el Código (art. 1.498), aquellos que dan lugar al ejercicio de las acciones edilicias. Se caracterizan por los siguientes requisitos:

a) Han de tener cierta relevancia. Para el Código la tienen, «si... hacen —a la cosa— impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso, que de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella» (art. 1.484). O si, tratándose de animales, están determinados por la ley o por los usos locales (art. 1.496, II).

b) Han de ser preexistentes o simultáneos al contrato; es decir, existir al tiempo de su celebración (comp. art. 1.460). No pueden ser posteriores. Los vicios posteriores nos sitúan o ante un problema de riesgo (art. 1.452 (11)) o ante un problema de responsabilidad del vendedor por la custodia de la cosa (art. 1.094). En muchos casos será difícil precisar el momento en que se originó el defecto, momento que determina el régimen jurídico (art. 1.183, o acciones edilicias).

c) Han de ser *ocultos* para el comprador, pese a haber actuado con toda la diligencia que requieren las circunstancias, y, además, *desconocidos* del mismo, pues cabría que un vicio oculto llegara a ser conocido del comprador por vía diferente del reconocimiento del objeto (12).

El Código civil se refiere a esta exigencia en los siguientes términos: El vendedor «no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos» (art. 1.484).

Los anteriores requisitos constituyen lo que podemos denominar el supuesto básico de las acciones edilicias, porque lo integran

---

de plantear el problema de si se puede considerar situación equiparable al vicio oculto de la cosa, el que el vendedor, que monopoliza el conocimiento de la tecnología de utilización y reparación del objeto, no preste al comprador la colaboración que en el caso éste podía esperar, según las circunstancias del contrato. Esta reflexión la sugiere la lectura de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 noviembre 1978, sobre venta de un ordenador, en que el comprador encuentra deficiencias en el servicio técnico del vendedor y falta de programación; aunque en este caso no se acude a la disciplina de los vicios ocultos, sino a la de los vicios del consentimiento.

(11) El tratamiento jurídico del momento del momento de transmisión al comprador, del riesgo en el contrato de compraventa, influye en el momento en que hay que considerar la existencia de los vicios.

El momento de transmisión del riesgo al comprador es el momento límite en la aplicación de la disciplina de los vicios. Lo pone de relieve la fórmula empleada por el § 460 BGB, y antes, lo destacó POTHIER, *Vente*, n. 212.

(12) Acerca del carácter oculto del vicio pueden verse las sentencias del Tribunal Supremo: 31 enero 1970, 8 marzo 1969, 25 enero 1957, 10 junio 1952, 19 abril 1928, 25 enero 1924, 8 mayo 1918.

los elementos de hecho indispensables para su nacimiento. Notemos que no es necesario que medie *pacto* entre los contratantes; ni tampoco que el vendedor haya actuado de *mala fe*, ya que responde por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase (art. 1.485). Pero estos y otros elementos que no son indispensables para la génesis de la pretensión de saneamiento pueden, no obstante, presentarse en los casos de la realidad cuando existen vicios. Algunos son tomados en cuenta por el Código para transformar los efectos normales de la garantía del comprador; tal es el caso, por ejemplo, de la reiterada consideración de la posible mala fe del vendedor (art. 1.486 ss.). Cuando así ocurre, es preciso distinguir entre los elementos que integran el supuesto de las acciones edilicias (supuesto básico) y los que, correspondiendo a otras acciones, han sido tomados en cuenta por el legislador en la regulación de las edilicias (supuesto complejo).

### *El papel de la ley y la voluntad en las acciones edilicias*

Las acciones edilicias se fundan, por disponerlo así la propia ley, en el *hecho mismo* de haberse *celebrado un contrato* de compraventa de una cosa con vicios ocultos; son, por tanto, lo que puede llamarse un efecto natural del contrato. No es preciso que las partes hayan pactado la garantía; ni tampoco, que hagan previsiones expresas acerca del estado de la cosa, aunque no puede dejar de reconocerse que están íntimamente relacionadas con las previsiones implícitas. Para su funcionamiento basta con que se den los elementos esenciales del contrato de compraventa, a los que se refiere el artículo 1.445 del Código civil. Es decir: que uno de los contratantes se obligue a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero, o signo que lo represente. De ese escueto esquema contractual surgirá (*ex voluntate*) la obligación de entrega y (*ex lege*) la de saneamiento (arts. 1.461, 1.474, 1.484 princ.). Por eso se explica que las acciones edilicias funcionen incluso en las ventas judiciales (art. 1.489).

Que se reconozca que el fundamento de las acciones edilicias está en la ley, no significa que ésta ofrezca tal protección de espaldas al interés del comprador. La ley puede llegar por dos vías a la consideración de ese interés: tomando en cuenta el interés normal de un comprador en un caso semejante; o, en concreto, el interés de un determinado comprador, configurado según el contrato. A cada una de estas vías corresponde un sistema diferente de delimitación de los vicios, los cuales se suelen denominar sistema objetivo y subjetivos. Es significativo, para revelar que la protección edilicia no se construye por la ley sin consideración de la voluntad, recordar la exigencia de que el vicio sea oculto, y su exclusión en las ventas de desecho.

### *Los vicios redhibitorios*

Las acciones edilicias siguen hoy girando en torno a un concepto clave, el de vicio o defecto de la cosa. Más arriba, al tratar de los presupuestos jurídicos de las acciones edilicias, hemos enumerado los requisitos exigidos para que el vicio sea relevante. Aquella escueta referencia va a ser ahora ampliada con unas consideraciones más detalladas sobre algunos extremos importantes del concepto jurídico de vicio (vicio redhibitorio).

#### *Construcción objetiva y subjetiva del concepto de vicio*

En relación con los vicios de la cosa comprada, la doctrina moderna ha señalado dos formas contrapuestas de delimitarlos (13). Para hablar de ellas se refiere a una construcción objetiva y a otra subjetiva del concepto de vicios.

a) La construcción objetiva, en su forma más pura, delimita la noción de vicio atendiendo a criterios abstractos. Cabe, dentro de ella, que la regulación del saneamiento establezca un sistema tasado, con una enumeración limitada de los vicios relevantes (ej., las listas del Edicto del Edil), o un sistema abierto, que se integre merced a los módulos valorativos imperantes en el tráfico. En este caso, el vicio es un defecto (*peius*) del objeto, en relación con las cualidades que socialmente se consideran normales en objetos semejantes (14).

b) La construcción subjetiva delimita los vicios, atendiendo a lo querido por las partes en el contrato. Desde esta perspectiva se han definido así los vicios: «Cada *diferencia negativa* del objeto vendido en relación con las características que el comprador puede presuponer en él, según el contenido del contrato de compraventa» (15). Como puede advertirse, esta construcción toma en consideración la representación ideal del objeto que en el contrato han perfilado las partes y valora desde ella las anomalías del objeto singular.

Si las partes han caracterizado expresamente al objeto singular vendido, habrá de estarse a esa caracterización contractual, para delimitar cuáles son en ese caso los defectos del mismo susceptibles de ser tomadas en consideración. Si nada han pactado de forma expresa, se toman en cuenta los criterios imperantes en el tráfico, para interpretar o integrar la voluntad; considerando que si los contratantes nada han indicado, habrán querido lo que es

(13) LARENZ, *Schuldrecht*, II (1968), pág. 34; ESSER-WEYERS, *Schuldrecht*, II, 1 (1977), 35, 36; FIRENTSCHER, *Schuldrecht* (1971), 380 ss.

(14) La concepción objetiva que se apunta en POTHIER, *Vente*, n. 203, 206 ss.

(15) ESSER-WEYERS, *Schuldrecht*, II-1, 5.ª ed. (1977), pág. 35

normal en el tráfico. De esta manera los defectos considerados en una construcción objetiva en base al tráfico pasan a ser considerados en la construcción subjetiva en base a la voluntad.

En apoyo de la construcción subjetiva se afirma que «en el ámbito de la autonomía privada, sólo el contrato puede determinar qué desviación de la cualidad fijada contractualmente afecta a las posiciones de equivalencia de las partes configuradas en el contrato» (16); afirmación que, dejando a un lado la interpretación de las acciones edilicias que presupone, y considerando tan sólo la relevancia que atribuye a la voluntad, merece ser matizada.

Es cierto que sólo la búsqueda de una protección para el comprador puede explicarnos las acciones edilicias, pero esa idea no basta para justificar que estas acciones deban cubrir todo interés concreto del comprador referido a las cualidades de la cosa, como si de una acción de error o de incumplimiento se tratara. Puede bastar con que ellas ofrezcan un mínimo de protección, compatible con el de otras figuras, en la medida en que no haya quedado satisfecho el interés del comprador; cosa que ocurre cuando sólo se ofrece el saneamiento por los vicios que directa o indirectamente señale la ley.

El hecho de que estemos ante unas acciones de naturaleza singular es una circunstancia que no podemos dejar de tener en cuenta. Por eso, la ley que las reconoce es básica para explicar su naturaleza y delimitar su supuesto, y a ella, en cualquier caso, hay que atender prioritariamente; lo cual limita las posibilidades de una construcción dogmática generalizable. Cada ordenamiento puede llegar por diversos caminos a ese interés del comprador que se trata de proteger, y, en función del camino elegido, lograr que las acciones edilicias lo protejan de una manera más o menos intensa. En principio se pueden utilizar dos vías diferentes, la abstracta y la concreta, vías que corresponden a lo que se denomina construcción objetiva y subjetiva del concepto de vicios. En el primer caso, al fijar los vicios por medio de una lista, o tal vez según los valores de perfección y utilidad imperantes en el tráfico, se está ofreciendo un módulo abstracto de protección que, en la mayoría de los casos, pese a su carácter objetivo, podrá servir y ser suficiente para proteger el interés concreto del comprador. En el segundo caso, se protege directamente ese interés concreto que resulta del propio contrato.

Como puede advertirse los criterios del tráfico están presentes, aunque sea por razones diferentes, tanto en el sistema concreto como en el sistema abstracto de determinación de los vicios. Lo que ocurre es que en el primer caso la protección del comprador

---

(16) ESSER-WEYERS, *Schuldrecht*, II-1 (1977), pág. 36.

no se limita al módulo que ellos suministran, mientras que en el segundo caso sí.

La construcción subjetiva (concreta) tiene la ventaja de ensanchar las posibilidades de las acciones edilicias, pero exige que el ordenamiento permita esa extensión. Además, en la medida en que se acentúe la idea de protección del interés concreto del comprador, podemos encontrar dificultades para la utilización de las acciones edilicias. También se ofrecen mayores posibilidades de que el supuesto de las acciones edilicias coincida con el de la figura del error vicio, planteándose problemas de caracterización de su naturaleza y de compatibilidad de remedios. De todos estos aspectos trataremos más adelante.

*El funcionamiento del sistema objetivo a través de los criterios del tráfico.*

La reiteración de operaciones dentro de los distintos círculos sociales en que el tráfico se desarrolla provoca en ellos, espontánea y necesariamente, criterios uniformes de consideración de los objetos, por razón de su utilidad.

En cada uno de esos círculos el tráfico ofrece:

a) Unos criterios de clasificación de los objetos. Los objetos están en el tráfico diversificados, según su calidad y función (utilidad típica), surgiendo así unos géneros de tráfico en los que se agrupan cosas que por sus características se consideran equivalentes (cfr. art. 327 CCo.).

b) Unos criterios de perfección normal en los objetos de un mismo género, exigible a cada objeto que pueda clasificarse en el mismo.

c) Unos criterios de valoración de las anomalías de los objetos defectuosos de un género. De esta manera el tráfico nos ofrece un criterio para saber, respecto a cada género concreto, si el defecto de un objeto singular es relevante o insignificante. Esta valoración tiende a expresarse en unos módulos de reducción del precio en el mercado.

Para valorar la perfección de la cosa en un determinado contrato de compraventa atendiendo a los módulos del tráfico habrá que tener en cuenta:

- 1) El círculo social en que el contrato se ha producido.
- 2) El género en el que, dentro de los de ese círculo, pueda clasificarse al objeto. Para lo cual, en el caso de que la cosa se

haya tenido a la vista al contratar, han de ponderarse las consideraciones que en las partes pueda evocar su presencia; y si sólo se ha designado, el significado que pueda atribuirse, entre los contratantes, a esa designación.

3) La perfección normalmente exigida en el tráfico a los objetos de ese género. Por ejemplo, si las partes hablan de «muebles de lujo» y el comprador paga el precio que esa calidad de muebles tiene en el tráfico, la entrega de muebles mal acabados y, por tanto, de menos precio, puede hacer oportunas las acciones de saneamiento. En un caso así, el Tribunal Supremo entendió que la acción procedente sería la de saneamiento, ya caducada (S. 17 noviembre 1970).

En este aspecto de la perfección exigible al objeto importa recordar que la ley puede imponer en el tráfico ciertos criterios mínimos de perfección de los objetos de determinada función (ej., productos alimenticios...).

En el tráfico se va a producir, además del fenómeno expuesto, otro de gran significado para el funcionamiento de las acciones edilicias, cuyo interés se nos ha de descubrir en las páginas siguientes: una apreciación o estimación jerarquizada entre determinados géneros, con objetos capaces de prestar en diversos grados la misma función. Por ejemplo, un reloj de precisión (y más si lo es de una determinada marca acreditada) está en un género más valioso que otro reloj que carezca de esa cualidad. E igualmente, circunscribiendo más los géneros considerados, entre dos máquinas que realizan las mismas operaciones será más valiosa aquella que es capaz de ofrecer mayores rendimientos (mayor o menor calidad).

#### *Los límites de la protección que ofrece el sistema objetivo*

Aunque en el sistema objetivo la determinación de los vicios se haga a través de una lista o en virtud de los criterios del tráfico, según acabamos de explicar, a la voluntad de los contratantes le corresponde un determinado papel. Ella no puede ofrecer por sí sola unos criterios de perfección, distintos de los criterios objetivos que puedan justificar la protección del comprador, pero opera asumiendo o excluyendo los criterios del tráfico. Este papel excluyente de la voluntad se da incluso cuando el sistema alcanza niveles de gran objetivación, como pone de manifiesto el que nuestro Código, en las ventas de animales, no admita el saneamiento si fueron vendidos como desecho (art. 1.493). Por ello, los criterios objetivos de valoración que suministra la ley o el tráfico, en base a esa posibilidad de exclusión, se pueden reconducir al contrato. Es posible entender que si el contrato no se pronuncia acerca de la utilidad de la cosa, asume implícitamente la utilidad normal.

Mas el sistema objetivo permite proteger al comprador sólo en la medida en que en el contrato se hayan asumido los criterios de valoración objetivos que en cada caso deban ser tenidos en cuenta; o dicho de otro modo, en la medida en que del contrato no resulte que han sido rechazados o que no pueden ser utilizados. Por ello este sistema no podrá ofrecer protección al comprador en casos como los que a continuación se señalan.

a) Si el contrato no valora en el objeto las cualidades y utilidad normalmente consideradas en el tráfico de objetos en apariencia semejante, sino determinadas cualidades singulares del mismo. Por ejemplo, se compra un automóvil para destinarlo a un museo, por su cualidad de haber pertenecido a un personaje famoso, cualidad de la que, como más tarde se demuestra, carece.

b) Si por la propia naturaleza del objeto vendido o por la forma en que el mismo ha sido considerado en el contrato, no es posible establecer sus cualidades y utilidad en relación con un concreto género del tráfico. Así, la máquina vendida, a la que el contrato atribuye unas determinadas prestaciones que en su funcionamiento no es capaz de ofrecer, es una pieza singular, y, por tanto, no existen en el tráfico otras semejantes con las que compararla.

También puede ocurrir que en el contrato, por error, se haya clasificado al objeto de un modo diferente a como es clasificado en el tráfico. Por ejemplo, se venden como azúcar unos determinados sacos que en realidad contienen sal. El reloj de una determinada marca vendido está montado en la caja habitual de un modelo de mayor precisión, lo que confunde al comprador.

En estos casos la posibilidad de ejercitar las acciones edilicias se hace al menos incierta, pues, *strictu sensu*, la diversidad entre el objeto real y su representación en el contrato no es considerada como defecto en el tráfico. Haría falta operar con un concepto más amplio de defecto.

### *Los posibles significados jurídicos del vicio redhibitorio*

Antes de analizar qué son los vicios redhibitorios en el Código civil, vamos a mostrar las posibilidades que pueden ofrecerse en la interpretación de este concepto jurídico. Para ofrecer una más amplia gama de significados posibles, utilizaremos, mezclándolas, las dos construcciones, objetiva y subjetiva, a que acabamos de aludir.

1. Vicio redhibitorio puede ser sólo aquel que aparezca incluido en la lista que de ellos ofrezca una norma jurídica.

2. En un significado más amplio, aunque también de matiz objetivo, se puede considerar vicio lo que como tal considere el tráfico. Así sería la anomalía significativa en el tráfico, que padece el objeto vendido en relación con otras normalmente considerados de su mismo género, que, afectando a la función normal que podría esperarse de él, le hace menos valioso. Por ejemplo, las manzanas compradas, aunque tienen buena presencia, están por dentro llenas de gusanos; la botella de vino comprada contiene vino averiado.

3. Podríamos ampliar aún más el significado anterior, entendiendo que también existe vicio, en sentido jurídico, cuando el objeto vendido pertenece en realidad a un género (subgénero) de inferior calidad en el tráfico que el presupuesto en el contrato, por razón de lo cual su valor es inferior al precio que por él se pagó. Para que el comprador pueda merecer protección, será preciso, igual que en cualquier supuesto de vicios, que ese desajuste sea oculto. Por ejemplo, el vino que contiene la botella no es un vino averiado, pero sí de muy inferior calidad que la normal en el vino de las características que señala su etiqueta, circunstancia debida a un error padecido por el fabricante en el proceso de embotellado, error al cual es totalmente ajeno el comprador, e incluso puede serlo el propio vendedor (simple detallista).

4. En un sentido todavía más amplio cabría considerar también vicio redhibitorio a la carencia en la cosa de una cualidad singular, poco frecuente en las del mismo género, que, presupuesta en el contrato, afecta a la función que en el mismo se prevé. En este caso nos salimos ya de los moldes normales en el tráfico. La cualidad prevista no es usual y la función que de la cosa se espera tampoco es la normal; bien porque esa cualidad excepcional prevista en la cosa permite esperar de ella una utilidad de tipo no distinto al normal, pero en grado superlativo (ej. violín excepcional de entre los fabricados por un artífice), o porque la utilidad que la cosa pueda prestar es de tipo totalmente diferente al normal (ejemplo, automóvil de personaje famoso adquirido para museo). Este alejamiento de los moldes normales del tráfico hace que no podamos ya hablar de defecto, empleando este término en un sentido ordinario, aunque sí se nos plantee la cuestión de si tal situación permite el calificativo técnico de vicio redhibitorio; es decir, si la protección de las acciones edilicias puede y merece ser extendida a supuestos como estos.

5. Podemos por fin ofrecer un concepto muy amplio de vicios; más amplio que cualquiera de los que anteceden, a los que por su extensión abarcaría. En este sentido podría considerarse vicio la carencia en la cosa de las cualidades que el contrato la presupone para prestar la utilidad (actual o potencial) que le asigna. Con ello se formula un concepto que podría permitir considerar

vicios a lo que es muy dudoso que merezca tal consideración. Por ejemplo, si las partes han contratado la venta de unos determinados sacos de azúcar cuando realmente contienen sal, el objeto recibido carece de las cualidades que el contrato le presupone y no puede prestar la función que se le asigna; pero, a pesar de valer menos la sal que el azúcar, difícilmente podrá entenderse que el hecho de que en los sacos se contenga sal en lugar de azúcar constituye un vicio.

La enumeración de posibilidades y los ejemplos ofrecidos nos pone de manifiesto la dificultad de precisar el concepto jurídico de vicio, y al propio tiempo nos impone la necesidad de ofrecer un criterio para su determinación, que encuentre apoyo suficiente en nuestro Código. Este criterio ha de ser ante todo seguro; la práctica jurídica no puede permitirse estar operando con criterios demasiado abstractos, so pena de caer en el riesgo de inseguridad.

#### *Criterio seguido por el Código civil*

Tras la exposición anterior, hay que preguntarse: ¿Cuál es el criterio seguido por el Código civil español?

Nuestro Código separa el tratamiento de los vicios de los animales y ganados (art. 1.496), del que, con carácter general, da al resto de los objetos (art. 1.484). Por ello hay que separar el estudio del concepto de vicio en uno y otro tipo de venta.

#### *A) Los vicios redhibitorios en las ventas de animales y ganados.*

Comencemos por la regla especial, relativa a los vicios de los animales. El párrafo segundo del artículo 1.496, a propósito de la acción redhibitoria dice:

«Esta acción en las ventas de animales sólo se podrá ejercitar respecto de los vicios y defectos que estén determinados por la ley o por los usos locales».

Este artículo se limita a determinar qué anomalías del animal, por su naturaleza o magnitud, son vicios redhibitorios, sin pretender con ello agotar todos los elementos del supuesto de hecho. A esa determinación hay que añadir otros requisitos, entre ellos el carácter oculto de la anomalía relevante. De este aspecto se ocupa el artículo 1.495, para los casos en que ha intervenido perito por parte del comprador. No es correcto pensar, como se ha hecho, que el cometido del 1.495 sea otro; que delimite los vicios en modo contradictorio con el del artículo 1.496 (17).

---

(17) Cfr. MANRESA, *Comentarios*, X (1931) págs. 234, 235, así como la crítica que le dirige MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil XXIII* (1906), pág. 671, respecto a anteriores ediciones de los comentarios de aquél. Puede verse también BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, I (1979), pág. 739.

El artículo delimita los vicios por remisión a otras normas («vicios o defectos que estén determinados por la ley o por los usos locales»); es decir, sigue un sistema de determinación de los que hemos denominado objetivos. E incluso, dentro de él, mantiene un criterio restrictivo («sólo se podrá ejercitar»). Al no existir una ley que determine qué vicios son redhibitorios (18), corresponde esa función a los usos locales, con lo cual el sistema objetivo que funciona no es, en puridad, de lista cerrada, sino flexible, en función de los usos del tráfico, dentro del círculo local de que se trate.

La consideración de vicio redhibitorio queda limitada a los defectos del animal vendido que sean valorados como tales por los usos de la localidad de que se trate. No alcanza a las diferencias de calidad que no supongan defecto. Por ejemplo, se compra una partida de ganado merino presuponiendo una óptima calidad y rendimiento en su lana, que no tiene, circunstancia que no puede ser comprobada en el momento de la compra por estar las ovejas recién esquiladas.

Importa tener en cuenta, al interpretar el Código, el sentido que tiene en él haber establecido una regulación especial de los vicios ocultos en las ventas de animales. Los antecedentes históricos ponen de manifiesto que en este caso preocupó al legislador, evitar los innumerables pleitos a que podrían dar lugar los vicios ocultos de los animales.

El Código civil francés había seguido un criterio diferente: establecía una regulación uniforme para las ventas de todo tipo de objetos (cfr. arts. 1.641-1.649), con ciertas salvedades en cuanto al plazo de ejercicio de la acción; plazo breve, teniendo en cuenta la «naturaleza de los vicios redhibitorios» y el «uso del lugar en que se ha celebrado la venta» (art. 1.648). Mas, como recuerda PLANIOL, «el sistema establecido por el Código civil para los vicios redhibitorios había dado lugar a numerosas dificultades, aplicado a las ventas y cambios de animales domésticos», por lo que incluso la jurisprudencia estaba llena de contradicciones» (19). Sin duda influyó en ello las malas artes frecuentemente empleadas por las personas que intervenían en este tipo de tratos (20). Así se hizo necesaria una ley especial. Esa es la razón de la Ley de 20 de mayo de 1838, que sufriría modificaciones posteriores.

---

(18) El Proyecto de 1851 enumeraba los defectos (arts. 1.418-1.423). El Código no los enumera, aunque deja abierta la posibilidad de que una ley los determine. Esa ley no se ha dictado por ello se ha ponderado el valor interpretativo del Proyecto de 1851, así VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, III (1937), 381.

(19) *Traité élémentaire de Droit Civil*, II, 9.<sup>a</sup> ed. (1923), pág. 492, n. 1.469.

(20) Cfr. TROPLONG, *De la vente*, n. 550.

Esa ley será tenida en cuenta al redactarse el Proyecto de 1851. La Comisión, entendiendo que «la materia requería conocimientos especiales, quiso oír el ilustrado parecer de la Junta de Catedráticos de la Escuela Superior de Veterinaria», y con ese propósito se dirigió a ella en oficio de 19 de marzo de 1848. Esta emitió su dictamen el 29 del mismo mes; «en él se exponía la diferente práctica que sobre la compra o cambio de animales había entre Francia y España». El dictamen fue muy tenido en cuenta por la Comisión, hasta el punto de poder afirmar GARCÍA GOYENA: «Los artículos siguientes, desde el 1.415 hasta el fin del capítulo, son en todo su fondo y sustancia obra de la Junta (21).

La especialidad de las reglas de saneamiento por vicios en las ventas de animales puede justificarse, además de en el deseo de evitar el fraude, en un propósito de facilitar su tráfico, teniendo en cuenta la importancia de los mismos en la economía del siglo pasado (22). El logro de este propósito se acentúa aún más porque las ventas de estos objetos se han de celebrar frecuentemente en ferias, con lo cual no habrá ni siquiera lugar al saneamiento (cfr. art. 1.493 CC).

El criterio restrictivo respecto a las acciones edilicias, debido a la gran objetivación que en las ventas de animales adquiere el concepto de vicio redhibitorio, no excluye que las partes puedan pactar y presuponer en el animal vendido todo aquello que se acomode a su interés. Las normales posibilidades configuradoras de la autonomía de la voluntad no quedan limitadas, y así nos lo pone de manifiesto el párrafo segundo del artículo 1.494. Y en consecuencia el comprador dispone de los demás remedios protectores del ordenamiento.

Esta circunstancia de que el sistema de las acciones edilicias en las ventas de animales sea un sistema objetivo y por tanto muy próximo al seguido en Roma en el momento de su nacimiento, ayuda a comprender mejor su verdadera naturaleza; a pesar de que en el resto de los objetos hayan experimentados un mayor ensanche y más acentuado grado de subjetivación. No debemos olvidar que el saneamiento por vicios se nos ofrece en el Código civil como una figura unitaria en su función, como lo demuestra el artículo 1.474, aunque con ciertas peculiaridades en su funcionamiento en las ventas de animales. Estas peculiaridades no pretenden romper su unidad de sentido y naturaleza.

#### **B) *Los vicios redhibitorios en las ventas de los demás objetos***

Para el resto de los objetos el artículo 1.484 considera relevantes los vicios ocultos que tuviere la cosa vendida, «si la hacen impro-

(21) Cfr. el propio GARCÍA-GOYENA, *Concordancias*, art. 1.415.

(22) La resalta en Francia TROPLONG, *Vente*, n. 550.

pia para el uso al que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella».

La fórmula empleada se recoge, casi literalmente, del Proyecto de 1851 (art. 1.406 I), que a su vez está inspirado en el artículo 1.641 del Código civil francés. Como nos pone de manifiesto GARCÍA GÓYENA (23), existen influencias de ciertas corrientes generalizadoras perceptibles en el Digesto, en donde se dice: «proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriunque hominis impediatur, id dabit redhibitori locum» (24). El artículo 1.484 encuentra en este texto su fuente remota de inspiración, completándole con un inciso añadido («o si disminuyen de tal modo este uso...») para abarcar también a la acción *quantum minoris*.

El artículo 1.484 no nos define los vicios redhibitorios, pero, en contraste con el camino seguido por el 1.496, ofrece un criterio general para su delimitación, en el cual se destaca como elemento fundamental el efecto; es decir, la influencia en la función de la cosa. Lo que caracteriza al vicio redhibitorio es impedir o disminuir la función de la cosa comprada. De esta manera, siendo un estado en que se encuentra la cosa, se nos describe por un efecto, que, si bien siempre acompaña a ese estado, no es exclusivo del mismo. Puede ocurrir, como en las consideraciones precedentes se ha puesto de manifiesto, que la cosa no sea capaz de prestar la función que se le asigna en el contrato, sin que esa circunstancia implique en ella un estado defectuoso.

El 1.484, por tanto, se limita a ofrecernos un principio rector que nos puede ser útil para aproximarnos al concepto de vicio redhibitorio, pero que obliga a tener en cuenta otros elementos de interpretación. Incluso la idea (función de la cosa) que maneja exige una mayor precisión. Es importante saber de qué función se trata: ¿La normal de la cosa? ¿La particular que presuponga las partes en el contrato? Posibilidades que corresponden al doble planteamiento, objetivo o subjetivo, del concepto de vicios, al que más arriba se ha hecho referencia.

Una cuestión que nos suscita la interpretación del artículo 1.484, básica para la determinación del concepto de vicio redhibitorio en nuestro Derecho, consiste en saber si acoge sólo un sistema objetivo o permite emplear, al menos en cierta medida, criterios subjetivos para su determinación.

El texto del artículo no ofrece, a primera vista, una solución clara: Su referencia inicial al uso a que la cosa se destina, no nos

(23) *Concordancias*, III (1852), pág. 396.

(24) ULPIANO, *Libro primo ad edictum aedilium curulium*, D. 21, 1, 1, 8.

conduce claramente a un resultado concreto; así como tampoco predetermina una solución, su posterior consideración del comportamiento del comprador, que «no la habría adquirido (la cosa) o habría dado menos precio» por ella, pues este comportamiento expresa en el artículo la intensidad del defecto y no su naturaleza (subjetiva), ya que no puede ser aislado de la previa referencia, básica en el texto legal, al uso al que la cosa se destina. Así se nos pone de manifiesto al decir: «o si *disminuyen* de tal modo *este uso* que...». Además, la consideración del comportamiento del comprador, que nunca podrá extenderse a simples motivaciones internas no incorporadas al contrato (25), tanto puede tener sentido en un sistema objetivo como en un sistema concreto de determinación de los vicios. Se trata del comportamiento que previsiblemente, dada la magnitud del defecto, hubiera mostrado un comprador normal (cfr. art. 1.483), en las circunstancias concretas del contrato, de haber sabido que en la cosa se daban esas anomalías que pueden considerarse vicios, según el sistema (objetivo o subjetivo) que se admite.

En el manejo de los antecedentes históricos, resulta cierto que la fórmula del Digesto, en la que el 1.484 se inspira, tiene un matiz objetivo, y parece referida al uso normal al que la cosa suele destinarse: «*usum ministeriumque hominis*». Sin embargo esta inspiración en un texto romano no significa que el precepto inspirado tenga el mismo significado que el que le sirve de fuente de inspiración; por el contrario operando uno y otro en sistemas y momentos diferentes (cfr. art. 3-1.º CC) ha de tener cada uno su propio sentido. Por ello el texto romano en que el Código pudo inspirarse no le impone, de modo automático, un sentido diferente del que pueda resultar de su letra, unida a los demás elementos de interpretación.

En el manejo de los antecedentes próximos, importa el criterio autorizado de GARCÍA GOYENA. Este autor, al explicar el artículo correspondiente del Proyecto de 1851 admite el empleo, tanto de los criterios normales en el tráfico, como de los particulares del contrato, para precisar qué son los vicios. Es cierto que entre ellos establece una jerarquía; como si el sentido propio del precepto fuera el objetivo, pero ese sentido admitiera extensión.

Refiriéndose a ese sentido objetivo dice:

«Que le hagan impropia para el uso... o disminuyan, etc. Esta es una cuestión de hecho, cuando la ley no determina especialmente el vicio o defecto; y habrá de darse mucho en este punto a las declaraciones de peritos y al uso de la tierra (26).

---

(25) Así, en general, CASTRO, *Negocio jurídico*, págs. 136, 283-286, y en relación con el artículo 1.484, CASTÁN, *Derecho Civil*, IV (1961), 124, MUCIUS SCAE-VOLA, *Código civil* (1906), pág. 608.

(26) *Concordancias*, III (1852), pág. 396.

Si se acude a las declaraciones de peritos o al uso de la tierra, es porque estamos ante una valoración objetiva del vicio; y no en función del contrato.

A estas consideraciones añade otras, de matiz subjetivo, en sus comentarios:

«Según la ley 18, título I, libro 21 del Digesto y otras, había la misma responsabilidad cuando el vendedor prometía o afirmaba concurrir en la cosa ciertas buenas cualidades que realmente no tenía; y yo tengo por justa y digna de aplicarse hoy esta disposición, cuando aparezca que el comprador no habría comprado la cosa a saber que no tenía las calidades prometidas» (27).

Esa referida ley del Digesto decía así:

«Si el vendedor hubiese afirmado algo respecto del esclavo, y el comprador se quejase de que no era así, puede demandar por la acción redhibitoria o estimatoria (es decir, la reducción del precio). Por ejemplo, si hubiera afirmado que el esclavo era constante, laborioso, rápido, buen vigilante o capaz de reunir un peculio con su sobriedad y, por el contrario, se descubre que es inconstante, ocioso, dormilón, perezoso, lento y glotón» (D, 21, 1, 18).

De lo anterior se desprende que el artículo 1.484 no nos impone una construcción puramente objetiva del concepto de vicio redhibitoria; por el contrario la construcción subjetiva es admisible y en cierta medida puede resultar conveniente. Sin embargo, el problema se plantea al tener que establecer los límites de esa construcción subjetiva. Ahí el artículo no nos señala ninguno de modo expreso y para establecerlos tenemos que acudir a otros criterios. De ellos hay dos que parecen significativos: la función de las acciones edilicias y sus posibilidades estructurales. Criterios que, naturalmente, tenemos que valorar dentro del sistema construido por nuestro Código civil.

#### *Criterios doctrinales en la interpretación del artículo 1.484*

Las dos corrientes, objetiva y subjetiva, a que hemos hecho mención han sido mantenidas en nuestra doctrina, al interpretar el artículo 1.484. Las posibilidades para construcción subjetiva del concepto de vicio que ofrece el artículo, han sido utilizadas por algunos autores siguiendo un criterio de interpretación que, según hemos visto, se remonta al propio GARCÍA GOYENA; lo que ocurre es que no siempre se nos indican los límites hasta donde puede llegarse en la subjetivación. En dirección afirma MUCIUS SCAEVOLA: «Si nada se ha dicho, la cosa se considerará adquirida no para ta-

(27) *Concordancias*, III (1852), pág. 397.

les o cuales usos particularmente deseados, sino para los que según su naturaleza, son propios y normales» (28). De modo aún más elocuente, RODRIGO BERCOVITZ se muestra partidario de interpretar el uso a que la cosa se destina, en el artículo 1.484, no de manera «abstracta», sino «en el sentido concreto de uso a que se destina la cosa expresa o tácitamente en el contrato»; «de manera que el uso normal no tiene más que una función supletoria cuando no se puede deducir otro del contrato» (29). Conviene recordar que la construcción de BERCOVITZ está en armonía con el criterio que mantiene en cuanto a la naturaleza jurídica de las acciones edilicias, a las que caracteriza como un supuesto especial de error en el consentimiento. Sin poner en duda la coherencia de este planteamiento, importa desde ahora destacar que una construcción subjetiva del concepto de vicio redhibitorio, aunque sin duda acerque la figura a la del error vicio, no prejuzga por sí sola la naturaleza de las acciones edilicias. El hecho de que la ley, para aproximarse más al interés concreto del comprador, tome en cuenta el pacto, al delimitar los vicios, no excluye que esté en su propósito conservar los vicios ocultos, como figura protectora especial, distinta del error y concurrente con ella.

En un sentido opuesto BADENES GASSET opera con un concepto objetivo de vicio, que entiende como «anomalía por la cual la cosa se distingue de las otras cosas del mismo género, de la misma especie y de la misma calidad» (30). A esa idea de vicio contrapone la falta de cualidad como concepto diferente (31).

---

(28) *Código civil*, XXIII (1906), 608, pone ejemplos: un paraguas no ha de servir para bastón que permita apoyarse en él, un reloj de bolsillo no ha de ser despertador, un caballo no tiene que saber hacer ejercicios gimnásticos. En parecido sentido, MANRESA, *Comentarios*, X (1931), 211; cfr. también PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II-II (1956), 206.

(29) ADC (1969), pág. 786.

(30) *Contrato de compraventa*, I (1969), pág. 696, también en la segunda ed., I (1979), pág. 585. La definición de BADENES GASSET se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 enero 1970, aunque no se extraen de ella las consecuencias de fondo que la misma podría permitir extraer.

(31) La doctrina mercantil contrapone vicio oculto a defecto de calidad o cantidad, cfr. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, II (1969), págs. 78, 79; URÍA, *Derecho Mercantil* (1972), pág. 480; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil* (1973), pág. 380.

SÁNCHEZ CALERO considera que existe vicio, «cuando siendo idéntica la cosa entregada a la que fue objeto del contrato, tiene algunas alteraciones anormales (ej., vino agriado); y defecto de calidad cuando «no es idéntica la cosa contratada y la entregada» (ej., el vino tiene 11 grados en lugar de 15), *loc. cit.*

Por su parte, LANGLE, tras contraponer los vicios o defectos externos (art. 336 CCo.) a los internos (art. 342 CCo.), considera en relación con éstos que «puede originar discrepancias el concepto exacto de vicio; pero es llano que se trata de cualquier anomalía o imperfección de la cosa misma, no al considerarla en comparación con otra mejor, sino estimada en su propia individualidad, como perjudicial para el uso ordinario de la misma o como inferior a su naturaleza estado, tenido en cuenta al contratar». Y<sup>o</sup> añade: «Insistimos en que el concepto de cosa con vicio no equivale al de cosa materialmente diversa de la pactada: esta última hipótesis no sitúa jurídica-

Numerosos autores no nos ofrecen respuesta a la cuestión aquí planteada, porque no definen los vicios redhibitorios y se limitan a hacer una simple remisión al texto legal. Quizá por entender que es suficientemente claro el artículo 1.484; o más bien, porque prefieren operar con un criterio flexible, que vaya siendo integrado a través de la labor de los Tribunales.

### *La expansión de las acciones edilicias*

Hay una idea constante, presente en las acciones edilicias desde sus orígenes y de la cual reciben su propia significación: protegen al comprador por la menor utilidad y el menor valor de la cosa defectuosa. Pero esta idea, básica, adquiere necesariamente matices diversos en cada momento social, según el significado económico de las cosas y la clasificación de su utilidad.

En Roma, cuando los Ediles conceden su protección, están pensando en unos objetos concretos (esclavos, animales) con una utilización tipificada en ese modelo de economía, por lo cual es factible construir una lista de anomalías, también típicas, que la imposibilitan o reducen. Pero, aún dentro del propio sistema romano, se advierte que en la medida en que se intenta extender la protección, de las cualidades normales a unas singulares presupuestas en la cosa vendida, hay que cambiar los modelos de utilidad y al-

---

mente en el ámbito del saneamiento, sino del total incumplimiento de la prestación debida», *El contrato de compraventa mercantil* (1958), págs. 80-81.

Al manejar los criterios de la doctrina mercantil conviene tener en cuenta que el problema de la determinación del concepto de vicio no está planteado en el Código de comercio en los mismos términos en que se plantea en el Código civil. En éste, el artículo 1.484 está pensando en una venta específica, de cosa normalmente conocida por el comprador en el momento de celebrar el contrato («a la vista»). En las ventas mercantiles, por el contrario, lo normal es que la cosa se determine por medio del género, o, al menos, dada la celeridad del tráfico, que el objeto, si está individualizado, no pueda ser reconocido por el comprador hasta el momento de su recepción. A este criterio responden los artículos 327, 328 y, particularmente, el 336 del Código de comercio. En la venta mercantil lo que se plantea en el momento de la entrega es, o bien un problema de insuficiencia en la determinación contractual de las cualidades del objeto (cfr. art. 328 CCo.), o una cuestión de cumplimiento de contrato, por razón de las anomalías del objeto. Como ocurre en la venta genérica, cualquier anomalía del objeto, ya sea un vicio, ya un defecto de calidad, es susceptible de determinar incumplimiento. El párrafo cuarto del artículo 336 CCo. nos lo pone claramente de manifiesto: «En estos casos (es decir, en los de defecto en la cantidad o calidad de las mercancías recibidas) podrá el comprador optar por la rescisión del contrato o por el cumplimiento con arreglo a lo convenido, pero siempre con la indemnización de los perjuicios que se le hubieren causado por los defectos o faltas.» Así puede advertir la doctrina que el Código de comercio «llega a asimilar la prestación viciosa con ciertos supuestos de prestación diversa», SÁNCHEZ CALERO, *Op. cit.*, pág. 380. Asimilación que no es casual, sino necesaria en el tipo de venta que contempla. El problema que plantea la existencia de vicios ocultos en la compraventa específica a que se refiere el Código civil sólo se presenta en el modelo del Código de comercio, tras la recepción de la cosa, y de él se ocupa el artículo 342.

terar el sistema de valoración de los vicios. Tal es el caso del pasaje del Digesto que inspira el comentario citado de GARCÍA GONZÁLEZ. Con lo cual se nos pone de manifiesto que en tanto en cuanto se admite que la utilidad de las cosas no es un valor absoluto, sino relativo, hay que operar con un concepto también relativo de vicios redhibitorios.

Podemos contraponer un sistema absoluto a un sistema relativo de valoración de los vicios. En el primero se concibe la utilidad de las cosas de un modo simplista y poco diversificado, asignando una utilidad a cada tipo de objeto, y sin diversificar tampoco demasiado los tipos. Cualquier objeto es fácilmente encajable en un modelo de utilidad tipificada y sólo en éste, y se tiende a considerar a unos objetos como defectuosos y a otros como no defectuosos. Moviéndonos en un sistema así es relativamente fácil proteger al comprador ofreciendo una lista de defectos. Por el contrario, el sistema relativo de valoración de los vicios corresponde a un estado de gran diversificación de los objetos en el tráfico, concebida en función de su utilidad. Admite que dos objetos aparentemente iguales puedan ser muy diferentes en cuanto a la utilidad susceptible de prestar y a sus cualidades, sin que pueda afirmarse por ello que ninguno sea defectuoso, a la vista de las cualidades normales en los de su mismo género de tráfico.

La enorme diversificación de productos que impera en el modelo económico de la sociedad actual exige que la protección al comprador se amolde a una construcción concreta y relativa de los vicios, que tome en cuenta la utilidad concreta que se ha presupuesto por las partes en la cosa. Es más, para determinar la utilidad que la cosa debe prestar no bastará, en muchos casos, con su mera designación o contemplación, porque sus diferenciaciones funcionales no son aparentes; por el contrario hará falta descender a las consideraciones del contrato (p. ej., tipo de función y rendimientos asignados a la máquina vendida).

Desde el punto de vista del interés del comprador protegido a través de las acciones edilicias, el concepto de vicio redhibitorio, en estas circunstancias, forzosamente ha de experimentar ciertas transformaciones. Merecen asimilarse a los casos en que la cosa es totalmente inútil o defectuosa en relación con las del mismo género de tráfico tomado en cuenta en el momento de su adquisición, aquellos otros en que pertenezca, de modo no manifiesto, a un género de tráfico inferior y menos valioso que el presupuesto en el contrato, o carezca de las cualidades singulares previstas en el mismo, circunstancia que también la hace desmerecer. En todos estos casos se nos reproduce de un modo bastante parecido el mismo problema y aflora lesionado un mismo interés. La cosa, de modo no manifiesto al contratar sobre ella, carece de ciertas cualidades presupuestas (implícita o explícitamente) en ella, que la hacen menos útil al comprador y menos valiosa.

*Vicios redhibitorios y ausencia de cualidades*

La extensión del concepto de vicio redhibitorio a que acabamos de hacer referencia nos coloca el interrogante siguiente: ¿Hasta qué punto se puede equiparar a los vicios y permitir el ejercicio de las acciones edilicias, el hecho de que la cosa vendida carezca de determinadas cualidades que el contrato la presupone?

En el lenguaje ordinario vicio y ausencia de cualidades son términos a los que puede atribuirse significados diferentes. Así podríamos diferenciar, por ejemplo, el caso del automóvil al que no le funciona la marcha superdirecta, del que carece de esa marcha, poco frecuente; entendiéndose que en el primer supuesto se trata de un vicio y en el segundo de la ausencia de una cualidad. Sin embargo esta diferenciación, admisible en el lenguaje ordinario, no puede ser decisiva para el Derecho, que construye sus propios conceptos. Mas este criterio no es siempre compartido; por el contrario, BADENES GASSET opina que «el jurista como tal no puede fijar normas concretas sobre la distinción entre vicio y defecto de calidad, precisamente porque tal distinción no ha sido creada por la ley, sino que ha nacido en el mundo metajurídico» (32).

Moviéndose incluso dentro del ámbito de lo jurídico, «vicios» y «ausencia de cualidades» (usuales, pactadas) se ofrecen a menudo como dos figuras diferentes, a las cuales se atribuyen también efectos distintos. Recogiendo esta idea afirma BADENES GASSET: «Vicio es una anomalía que no se confunde con la pertenencia a un género diverso o a una especie diversa de la pactada, ni con el concepto de cualidad diversa de aquélla expresa o implícitamente pactada». A lo que añade: «En Derecho español, en caso de falta de cualidad de la cosa, serán aplicables las disposiciones generales, especialmente el artículo 1.124, por no existir precepto específico sobre la materia» (33). Con ello traslada al Derecho español una postura consagrada legislativamente en el Código civil italiano.

(32) *El contrato de compraventa*, I (1979), pág. 685.

(33) BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, I (1979), págs. 684 y 686. Y añade insistiendo en ello:

«Entregar un reloj o un despertador de calidad inferior, porque es de material ordinario, no quiere decir prestar una cosa viciada, aunque, como es natural, el reloj, el despertador de aquellas cualidades, puede tener una duración menor en relación con otros tipos y ser menos precisos en marcar el tiempo... Pero, en cambio, si el reloj o despertador tienen un muelle resquebrajado, o una rueda dentada corroída, por lo que no pueden funcionar o están condenados a pararse en breve tiempo, existe una anomalía respecto a la generalidad de aquella especie dada» (pág. 685).

Cuando se opera con un concepto objetivo de defecto existen, ciertamente, dificultades para asimilar a los vicios la ausencia de cualidades. Vicio es sólo lo que nos determina la norma o los criterios del tráfico. Mas, incluso en ese caso, no se puede construir la distinción entre una y otra categoría, atendiendo sólo a la naturaleza física de la anomalía. Ello supondría olvidar la fuente

En el Código italiano se distinguen, los *vicios*, que hacen a la cosa no idónea para el uso al que se la destina o disminuyen sensiblemente su valor (art. 1.490), y la *ausencia de cualidades* prometidas o esenciales para el uso al que la cosa se destina (art. 1.497). Esa distinción la justificaba el legislador porque origina dos acciones distintas, la redhibitoria (en alternativa con la *quantum minoris*) o la resolutoria ordinaria (34). En efecto, en caso de vicios, el comprador puede demandar, a su elección, la resolución del contrato o la reducción del precio, salvo que para determinados vicios los usos excluyan la resolución (art. 1.492); y en el de ausencia de cualidades, el comprador tiene derecho a obtener la resolución del contrato según las disposiciones generales sobre resolución por incumplimiento, si bien su ejercicio queda sometido a los mismos límites temporales que las acciones por vicios (art. 1.497) (35). Esta aproximación de efectos en cuanto a los límites temporales que se establecen para la acción resolutoria por ausencia de cualidades, evidencia hasta qué punto el propio legislador intenta reducir el alcance de esa distinción, creando en el tratamiento un cierto grado de asimilación.

Conviene constatar cómo la contraposición entre «vicios» y «ausencia de cualidades» que hace el Código italiano no es una contraposición necesaria ni una exigencia impuesta por la propia naturaleza de las cosas (36). Como ejemplo de ello puede citarse el Código civil alemán, que ha seguido un criterio diferente. En él también se opera con las categorías, vicios (*Fehlern*) y cualidades aseguradas (*zugesicherten Eigenschaften*), pero en ambas se ad-

---

jurídica de determinación (norma, tráfico), y atribuir a los criterios tecnológicos y a los peritos que los manejan una función que directa e inmediatamente no les corresponde. La construcción objetiva de los vicios impone atender a los elementos objetivos de determinación de los vicios que marca el ordenamiento, y no, exclusivamente, a criterios tecnológicos.

(34) Cfr. JEMOLO, *Azione contrattuale e azione redibitoria*, Riv. di Dir. Civ., XIII (1967), segunda parte, pág. 641.

(35) Como posibles efectos de la ausencia de cualidades, en principio, son admisibles: a) las acciones edilicias, b) la acción de nulidad por error, c) la aplicación de las consecuencias generales del incumplimiento. Cfr. AMORTH, *Errore e inadempimento nel contratto* (1967), págs. 15-16.

El artículo 1.497 del Código italiano ha creado una categoría difícil de delimitar a caballo de los vicios y del error-vicio (art. 1.429, 2); por eso ha provocado una enorme perturbación en la doctrina. El problema de la delimitación respecto a los vicios, aunque teóricamente difícil, va a ser en parte soslayable, en la práctica, por la parcial asimilación de efectos que prevé el párrafo segundo de ese artículo (limita los plazos para ejercitar la resolución a los de las acciones edilicias). En cambio se plantea con mayor significación práctica respecto a la figura del error, porque el plazo de ejercicio de ésta, cinco años (cfr. art. 1.442, I), es bastante más largo.

(36) RUBINO minimiza el alcance de la distinción entre vicios y defectos de calidad («se ha convertido en una sombra») hasta el punto de criticar al legislador «por haber conservado aparentemente una distinción que no existe ya sustancialmente», *La responsabilidad por defectos de calidad en la compraventa y sus diferencias con la garantía por vicios según el Código civil italiano*, RDP (1953), pág. 168.

mite el ejercicio de las acciones edilicias (§ 459 BGB). Además, la acción de daños —en sustitución de las acciones edilicias— es posible, tanto en caso de ausencia de cualidades aseguradas como en el de ocultación maliciosa de los vicios (§ 463 BGB).

El Código civil español no impone partir de una contraposición entre vicios y ausencia de cualidades pactadas, como si se tratara de supuestos que necesariamente hayan de producir efectos jurídicos diferentes. En nuestro Código, que sin duda valora la importancia de las cualidades de la cosa aún dentro de la venta específica, no se ha tomado en cuenta directamente esa ausencia para construir una figura especial e independiente, de efectos propios, ni se ha pretendido excluir el empleo de las acciones edilicias, si hay razones para ello. No es correcto entender que el artículo 1.494, II, por el mero hecho de considerar la ausencia de cualidades pactadas como un caso de error vicio, haya pretendido crear una categoría nueva o impida considerar vicios a la carencia de cualidades en las demás ventas.

En cuanto se supera la construcción puramente objetiva de los vicios, como ocurre en nuestro sistema jurídico, es difícil trazar una distinción segura, con efectos prácticos satisfactorios, enter vicios y ausencia de cualidades (37). Tal distinción no es ni siquiera útil en Derecho, ni necesaria para la aplicación de nuestro Código. En él no se contraponen dos supuestos estancos de diferente efecto: los vicios, dando lugar siempre y exclusivamente a las acciones edilicias, y la ausencia de cualidades, provocando la aplicación de las acciones generales de incumplimiento.

En un orden práctico los vicios de la cosa suponen también ausencia de cualidades, ya que las cualidades importan en Derecho, no tanto por su naturaleza, cuanto por su influencia en la utilidad que la cosa debe prestar. Lo que ante todo importa es que el despertador con un muelle oxidado no funciona, y que el que es de calidad inferior a la que presupone el contrato va a funcionar menos tiempo o peor. Por ello, en un orden funcional, uno y otro supuesto son asimilables; incluso parece más grave el primero, para el que, de contraponerse vicios y ausencia de cualidades, curiosamente se reserva el efecto más benigno. Si no nos lo impide la ley, ¿por qué no ofrecer en ambos casos al comprador las acciones edilicias?

De otro lado, las anomalías de la cosa que se consideran vicio con arreglo a criterios objetivos (ej., el reloj con el eje roto), pueden merecer el mismo tratamiento que la ausencia de cualidades pactadas; es decir, justificar el empleo de las acciones

---

(37) Vid. ESSER-WEYERS, *Schuldrecht*, II-1 (1977), pág. 36.

generales de responsabilidad. Así ocurre si el vendedor aseguró la ausencia de un determinado vicio, o actuó dolosamente (cfr. artículo 1.486, II).

Cuando se afirma que la ausencia de cualidades es un supuesto jurídico distinto de los vicios se olvida que la diferencia no puede estar en que se trate de ausencia de cualidades en lugar de vicios, sino en que las cualidades han sido expresamente pactadas, y, por tanto, «aseguradas» o «atribuidas» a la cosa por el vendedor; en tanto que la ausencia de vicios ocultos no es preciso que se «atribuya» o «asegure». La diferencia de tratamiento no está justificada en la naturaleza de la anomalía misma, sino en razón del por qué puede imputarse la misma al vendedor en cada caso. Por ello, aun en el sistema objetivo más puro, los vicios podrán merecer el mismo tratamiento que la ausencia de cualidades pactadas aunque éstas, en tal caso, no se consideren vicios redhibitorios.

#### *Límites en la asimilación de la ausencia de cualidades a los vicios.*

Abierto el camino expansivo de las acciones edilicias nos encontramos ahora ante la necesidad de marcar un límite a esa expansión, porque esa tendencia a ampliar el concepto de vicio redhibitorio no puede significar que cualquier caso de ausencia de alguna de las cualidades presupuestas en la cosa sea considerable como defecto y merezca la protección de las acciones edilicias. La ausencia de una cualidad no supone siempre defecto. Cualidad es todo elemento caracterizador de la cosa; según el diccionario, «cada una de las circunstancias o caracteres naturales o adquiridos que distinguen a las personas o a las cosas». Si partimos de esta idea, aunque no haya inconveniente en admitir que en ciertos casos la ausencia de cualidades presupuestas en la cosa pueda suponer un defecto, no es posible afirmar que necesariamente sea así, porque tal carencia no implica siempre imperfección. Pensemos, por ejemplo, en la máquina de avanzada tecnología que no sirve para prestar la función que el contrato le atribuye, pero tampoco está averiada.

A una total asimilación de la ausencia de cualidades a los vicios en la obligación específica podemos oponer, en primer lugar, el límite de la propia idea de «vicio», término que sigue conservando la ley para caracterizar al supuesto de las acciones edilicias. Es cierto que el concepto de vicio redhibitorio es un concepto jurídico, lo cual le atribuye su propio sentido, que no es preciso que coincida con el que el término vicio o defecto tenga normalmente en el lenguaje social. El Derecho puede acuñar y de hecho ha acuñado su propia idea de vicio, en la cual, ciertamente, no deja de estar presente el *peius* o defecto, aunque ese *peius* o defecto se conciba en términos relativos. La

noción jurídica de vicio impone una doble exigencia formal: Que la cosa carezca de cualidades que debería tener y que esa ausencia signifique inutilidad y un menor valor en ella.

Otro de los límites en la asimilación de la ausencia de cualidades a los vicios es la propia estructura y función de las acciones edilicias. Su consideración es fundamental para precisar el concepto de vicio redhibitorio. Según ya hemos señalado, es necesario que el defecto redhibitorio influya en la utilidad de la cosa y disminuya su valor; pero también hemos advertido cómo la utilidad puede subjetivarse, hasta el punto de ser una utilidad excepcional que no coincida con la tomada en cuenta normalmente en el tráfico (ej., coche para museo). Sin embargo, lo que no cabe subjetivar es la disminución de valor que se produce por carecer la cosa de la cualidad presupuesta, o por tener una anomalía con la que no se contaba. Que la cosa, por razón del defecto, valga menos de lo que valdría si careciera de él, es una exigencia del funcionamiento de las acciones edilicias, ya que en ellas el Código civil prevé un supuesto unitario, y ese supuesto debe permitir tanto el ejercicio de la acción redhibitoria como de la *quantum minoris*. El ejercicio de la acción *quantum minoris* no sería posible de no darse esta circunstancia.

El valor que se considera no es un valor subjetivo; no es el menor precio que hubiera dado el comprador por la cosa. No sólo por la dificultad de averiguar cuál hubiera sido la actitud del comprador en el momento de contratar, cuando nada de ello se ha incorporado al contrato, sino además porque esa vía nos puede conducir a resultados muy arbitrarios. Pensemos que el objeto comprado, aun siendo inútil al comprador, es mucho más valioso que el que se cree comprar; es posible que el comprador, a pesar de ello, hubiera dado un precio ínfimo por él, si no le ofrecía interés la compra del mismo.

El artículo 1.484, es cierto, puede prestarse a una interpretación subjetiva del menor valor de la cosa, al decir: «de haberlos conocido el comprador... habría dado menos precio por ella» (la cosa). Mas frente a esa interpretación ha de tenerse en cuenta: Primero, que el artículo 1.484 no trata de configurar el supuesto de la acción *quantum minoris*, sino de determinar qué son vicios; y para ello ha acudido a una fórmula generalizadora, quizá no del todo feliz, que en otro lugar hemos considerado ya, referida no al comprador concreto sino al comportamiento modelo de un comprador normal. Segundo, que es, propiamente, el párrafo primero del artículo 1.486 el que se ocupa del cuánto de la rebaja del precio. En él se sigue un criterio objetivo: la rebaja consiste en «una cantidad *proporcional* del precio, a juicio de *peritos*».

### *El concepto de vicio redhibitorio*

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones podemos formular un concepto de vicio redhibitorio que acoja la tendencia, ya apuntada, de relativizar la idea de defecto, sin traspasar los límites que impone la estructura y funcionamiento de las acciones edilicias. En este sentido podemos considerar vicio la ausencia de alguna cualidad presupuesta razonablemente en la cosa que, disminuyendo la utilidad que a la misma en el contrato se atribuye determina en ella un menor valor.

Partimos de una idea amplia de *cualidad*, en la cual tienen cabida todos los elementos que caracterizan al objeto singular, tal como se le presupone en el contrato, incluso la ausencia de vicios. La cualidad será normalmente una cualidad de la cosa, pero en el orden práctico en que operan los conceptos jurídicos no importa que la cualidad ausente no corresponda intrínsecamente al objeto sino a una circunstancia externa a él que el contrato le presupone, con tal que su ausencia la haga desmerecer. Así ocurre, por ejemplo, si la máquina vendida no tiene avería, pero en caso de que se produzca no podrá ser reparada por haber desaparecido el correspondiente servicio técnico.

La presuposición de cualidades es *razonable* y merece protección en la medida en que, dadas las circunstancias del contrato y la condición del comprador, éste ha podido contar con ellas. Para ello, un elemento muy importante es que la ausencia de cualidades sea oculta (art. 1.484).

Por exigencia del artículo 1.484, la ausencia de la cualidad ha de influir en la *utilidad* de la cosa, impidiéndola totalmente o disminuyéndola. Pero ¿qué utilidad se considera? La tendencia a relativizar o subjetivar el concepto de vicio, tendencia por otra parte justificable, impone atender a la utilidad asignada a la cosa en el contrato, aunque no coincida con los modelos normales de utilidad que maneja el tráfico. De este modo el contrato es siempre, en definitiva, el que de modo expreso o implícito (criterios del tráfico) nos ha de marcar el criterio para medir la utilidad de la cosa. Y moviéndonos en la función (normal o excepcional) que el contrato asigna a la cosa, debemos concebir la utilidad de manera amplia y flexible, de modo que nos permita abarcar a la que en cada caso deba prestar el objeto, ya sea la que directamente las partes hayan señalado o la que resulta posible y razonable dadas las cualidades que en el contrato se han atribuido a la cosa, o la que, en ausencia o insuficiencia de tales especificaciones, sea normal en el tráfico. Cualquier utilidad debe ser considerada, si se justifica desde el contrato, aun cuando en el tráfico fuere excepcional (ej.: automóvil que se vende

como pieza de museo). No hay por qué recortar, en principio, lo que merezca considerarse utilidad de una cosa, con tal de que su disminución sea económicamente cuantificable. La utilidad puede ser actual o potencial, referirse al uso de la cosa o a su consideración como valor patrimonial, cuando el objeto merece ese tratamiento; pensar incluso en la aptitud de la cosa para ser objeto de tráfico (mercadería).

Esta forma de entender la utilidad de la cosa es enormemente subjetiva y exige, por tanto, hacer hincapié en otro elemento que nos destaque, a pesar de todo, las exigencias objetivas de las acciones edilicias. Se trata de su *menor valor*. Sólo se justifica el ejercicio de esas acciones en la medida en que la carencia de una cualidad presupuesta en la cosa, determine, por sí, un menor valor en el mercado. Puede ocurrir, es cierto, que el mercado no haya asignado un precio a las cosas con cualidades excepcionales, porque valen lo que en cada caso el comprador quiera dar por ella; pero aún así nos puede ofrecer unos criterios objetivos. indicadores que ayuden a resolver el problema. Así, en el caso del automóvil adquirido como pieza de museo, el mercado no ha de ofrecernos el precio de tan singular objeto, pero sí ha de indicarnos que la carencia de esa cualidad lo convierte en automóvil normal, menos valioso, al que se le asigna normalmente un determinado precio.

Importa insistir en esa exigencia de que el menor valor de la cosa en el mercado sea precisamente la *consecuencia* de la falta de la cualidad, pues, de no ocurrir así, la cosa tendrá cualidades diferentes, pero no un vicio redhibitorio. Pensemos en un ejemplo: se compra y entrega un determinado saco de azúcar (cualidad presupuesta) que en realidad contiene sal, circunstancia que desconocían las partes. Dejando a un lado el problema del carácter oculto de esta circunstancia, advertimos que, aunque la sal carece de las cualidades del azúcar, es inútil al comprador y vale menos, no existe vicio redhibitorio en este caso, porque lo que determina el menor valor de la sal no es la carencia de las cualidades del azúcar, sino otras razones. Aplicando esta misma idea, podríamos, en cambio, considerar que existe un vicio, si comprándose un determinado cuadro de un pintor famoso resultara ser una copia del original, y la carencia de autenticidad significase en el mercado un menor valor del cuadro adquirido (38).

---

(38) Considerar que la falta de autenticidad de la obra de arte puede constituir jurídicamente un vicio redhibitorio, es algo que puede chocar a quienes operen con un concepto absoluto de vicio, basado en un estado anómalo de la cosa. Así, en el ejemplo que nos ofrece FIKENTSCHER, se podría justamente decir, siguiendo ese criterio, que el cuadro de un discípulo de Rubens, que en el contrato se atribuyó al maestro, no es un Rubens defectuoso, *Schuldrecht* (1971), pág. 378. Esa dificultad se supera operando con el concepto, más jurídico, de vicio redhibitorio, que se ofrece en el texto.

También puede ocurrir que, aun careciendo la cosa de las cualidades pactadas y siendo, por tanto, inútil al comprador para la función prevista en el contrato, tenga un valor superior al precio pactado; debido a que las partes no advirtieron al contratar una cualidad singular que la hace más valiosa. En ese caso tampoco serían oportunas las acciones edilicias, porque, objetivamente, el comprador carece de interés para exigir una rebaja del precio. Si el comprador deseara deshacer la venta (cosa poco probable en él y en cambio más pensable en el vendedor), tendría que intentarlo por la vía de la anulación por error, o, si es posible, por la del incumplimiento.

Podemos pues concluir que, aunque la cosa sea parcial o totalmente inútil, no existen vicios redhibitorios y, por tanto, no es posible el ejercicio de las acciones edilicias, si la reducción en la utilidad de la cosa no es causa de su menor valor; o, en otros términos, si su menor valor no proviene de la reducción de utilidad que conlleva la ausencia de alguna cualidad presupuesta. La determinación del precio es libre y, por ello, su carácter lesivo no es causa que por sí sola pueda directamente determinar el saneamiento. La protección del comprador cuando ha mediado un precio excesivo va unida indefectiblemente a la existencia de un defecto oculto y tiene que ser consecuencia del mismo.

### *Los vicios redhibitorios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*

La protección del comprador por razón de las anomalías de la cosa tiene lugar en la práctica, no sólo a través de las acciones edilicias sino también por medio de otros remedios generales como la resolución (art. 1.124), la indemnización de daños y perjuicios (art. 1.101) y hasta el error vicio. Entre las sentencias que se refieren a las acciones edilicias vamos a intentar seleccionar los criterios que nos indiquen, cómo concibe los vicios redhibitorios la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

La sentencia de 14 de marzo de 1973 se refiere a los vicios redhibitorios, pero los rechaza. Se trata de la venta de dos auto-

---

Sobre el problema puede verse: CONTURSI LISI, *La compravendita* (1970), págs. 554-556. BIANCA, *La vendita e la permuta* (1972), pág. 265. AMORTH: *Errore e inadempimento nel contratto* (1967), págs. 156 ss., en donde recoge bibliografía sobre el tema.

Frente a los criterios doctrinales que, invocando la individualidad del objeto, niegan que la falta de autenticidad de la obra de arte sea un vicio, la práctica le ha atribuido en alguna ocasión este carácter. Recordemos en Alemania la sentencia del Reichgericht que resolvió el conocido caso Ruysdael (RGZ 135, 340); sentencia criticada por FIKENTSCHER, *Schuldrecht* (1969), págs. 408-409.

claves para industria lechera, uno de los cuales estalla al ser instalado por personal de la casa vendedora. El Tribunal Supremo entiende que se trata de un defecto de montaje, ajeno a la consumación de la venta, caso en el cual procede imponer al vendedor la obligación de reparar (como había hecho la Sala), pero no procede reclamación por vicios ocultos. En esta ocasión recuerda que «para que el vendedor esté obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida y el comprador pueda ejercitar las acciones que le confieren los artículos 1.484 y 1.486 del Código civil, es menester que aquellos vicios hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin a que se destina y que no se encuentren a la vista de un modo manifiesto y ostensible».

Anteriormente, la sentencia de 31 de enero de 1970 enumeraba así los requisitos de los vicios: a) anomalía que distingue a la cosa de las de su misma especie y calidad; b) existente antes de la venta, aunque su desarrollo sea posterior; c) no conocida del adquirente, ni cognoscible por «simple contemplación de la cosa», atendiendo su preparación técnica; d) que no permite el uso que motivó la adquisición de la cosa.

El interés del estudio de la jurisprudencia no está, sin embargo, tanto en estas formulaciones que se permiten hacer las sentencias cuanto en los criterios empleados para resolver el problema sometido a su autorizado juicio. Por ello vamos a intentar recoger los que en nuestro campo ha utilizado el Tribunal Supremo para considerar vicio una anomalía de la cosa. Conviene advertir que esos criterios jurisprudenciales sólo importan, en cuando doctrina jurisprudencial, si son operativos, y no lo son, en nuestro caso, cuando el fallo, aun estimando oportuna la acción de saneamiento (*obiter*), no la admite por razón del plazo transcurrido; así ocurre, por ejemplo, en la sentencia de 22 diciembre 1971.

Para la determinación de los vicios en los casos concretos, el Tribunal Supremo considera unas veces al objeto vendido, en sí mismo; toma en cuenta lo que, dadas sus características externas, aparenta ser y se puede esperar de él; la perfección que aparenta tener y no tiene, considerada en función de su utilidad. Otras veces acude a lo que el pacto expresa en torno al mismo. Veamos algunos ejemplos:

La sentencia de 25 enero 1924 considera que existe vicio oculto en un automóvil (usado) con cigüeñal soldado, pues, aunque no sea inservible, hay una significativa disminución del servicio que puede prestar al comprador. Este, al ejercitar en su demanda la acción redhibitoria destacaba, además del desgaste del auto-

móvil, su excesivo consumo, la avería sufrida en ruta al probar por su cuenta el vehículo, el peligro que encierra la rotura del cigüeñal. Su acción merece ser estimada en las dos instancias, centrándose la cuestión en la casación sobre la soldadura del cigüeñal, a la que el vendedor, recurrente, pretende negar el carácter de vicio oculto.

Posteriormente, en la sentencia de 15 marzo 1965, se va a plantear también un caso de soldadura en un vehículo; esta vez la carcasa de un camión, vendido bajo la cláusula de que no lleva soldaduras ni interiores ni exteriores. Pero el planteamiento y la solución serán diferentes a los del caso anterior. El comprador no ejercita ni la acción redhibitoria ni la estimatoria, sino la de indemnización de daños y perjuicios, por no reunir el camión la condición pactada. Su pretensión no prospera en la Audiencia, ni da lugar a la casación del Tribunal Supremo, al entender éste que falta la necesaria demostración de los daños y perjuicios sufridos; y porque, además (argumento que envuelve al anterior), la soldadura mejora la resistencia de la pieza, y, en parte, salió así de fábrica, habiendo sido reforzada posteriormente, sin poderse precisar el momento, por lo que no es posible saber si fue entregada así por el vendedor.

La sentencia de 12 febrero 1931 considera vicio (acción redhibitoria) el que un automóvil, seminuevo, vendido por su propietario, tenga reiteradas y frecuentes roturas en la dirección, causadas por «un defecto de construcción y de funcionamiento..., debidas a que el órgano de la dirección no tiene las dimensiones adecuadas y necesarias al esfuerzo que debe soportar».

Se admite también la existencia de vicios redhibitorios: En la venta de un camión nuevo (aún en garantía), que, por la mala calidad de sus materiales, requiere reparaciones, e incluso la sustitución del motor por el comprador (S. 7 junio 1966). En la máquina nueva que, por su defectuoso funcionamiento, al no eliminar la electricidad estática y acumular el papel en los rodillos, no sirve para prestar su función, elevar papel (S. 8 marzo 1969). En el motor de embarcación instalado por el propio vendedor, que, por su anómalo calentamiento, determina el incendio de la nave (S. 10 febrero 1973). En el edificio nuevo que, por defectos en sus desagües, tiene humedades (S. 8 noviembre 1958); aunque en este caso puede suscitarse la duda de si los compradores ejercitan, en verdad, el saneamiento. También la sentencia de 10 junio 1952 considera fundado el saneamiento (acción estimatoria), por ciertos vicios del edificio adquirido: infiltraciones de agua, mal funcionamiento de servicios como el de calefacción y, al parecer, otros de los alegados en la demanda, cuya segura apreciación no podemos afirmar.

En cambio, en la sentencia de 20 noviembre 1969 no se admite la acción redhibitoria, a propósito de la venta de un automóvil de marca acreditada, aunque ya usado. Fundamentalmente, porque el comprador había renunciado al saneamiento por vicios; pero por si ofreciera duda la buena fe del vendedor, cuestionada por el comprador al tratarse de un perito, el Tribunal Supremo razona en estos términos en cuanto a los vicios: «Teniendo en cuenta que se trata de un coche usado» es incierto que «no reuniera condiciones para ser utilizado con normalidad, para circular y trasladarse de un punto a otro a la velocidad corriente en los coches de las características de aquél».

Como más arriba hemos señalado, importa también lo que en el pacto se exprese acerca del objeto, siempre que no esté en manifiesta contradicción con lo que el mismo aparenta ser. La necesidad de indicar en el contrato la función o rendimiento del objeto se nos presenta cuando su mera designación no basta para determinar su utilidad. Si se vende un camión nuevo de determinada marca, o un edificio, o unos muebles que están a la vista del comprador, su mera designación o contemplación puede sugerir una utilidad normal. Pero existen objetos, como ciertos tipos de maquinaria, en los que el pacto tiene que determinar sus características. En estos casos, para saber si hay defecto, tenemos que acudir a sus especificaciones. De ello nos ofrece muestras la jurisprudencia.

La sentencia de 7 junio 1909 toma en cuenta la potencia asignada al generador vendido, que el mismo no es capaz de prestar, para admitir que se deshaga la venta. Lo que también ocurre, en cuanto a la función asignada a la cosa, en la sentencia de 8 marzo 1969, anteriormente aludida.

Las afirmaciones del Tribunal Supremo en el caso que contempla su sentencia de 8 junio 1918, vuelven a ponernos de relieve el carácter relativo de los vicios redhibitorios y el papel que, en su determinación, hay que conceder al pacto; aunque en este caso no se estima que existieran. El Tribunal Supremo entiende que en la fábrica de aceites y harina, con tierra y caudal de aguas, que son objeto de la venta, no hay vicios ocultos: 1. Porque la finca se vende «con sus derechos de agua», sin asegurar cantidad (aunque el mediador la ofreciera con un caudal determinado). 2. Porque la cantidad de agua estaba a la vista. Añádase, además, el tiempo transcurrido entre la venta y la interposición de la demanda, capaz de determinar la extinción de la acción.

La sentencia de 31 enero 1970 valora el previsible destino del autobús vendido «en armonía con la actividad a que se dedica

el adquirente», para entender que hay vicio en él: no poderlo usar la empresa compradora, a plena carga, para el traslado de sus obreros.

También se justifica el saneamiento si el contrato ha tomado a la cosa por nueva, siendo en verdad usada. Así, en la sentencia de 14 octubre 1972, el Tribunal Supremo no casa la de instancia que había estimado la pretensión de reducción del precio (aunque en menor medida que la solicitada) de la máquina vendida como nueva que es usada. Y la de 11 junio 1926, que tampoco casa la de instancia que, en armonía con la del juzgado, había admitido la pretensión redhibitoria del comprador, por vender como nuevo un camión también usado.

### III. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ACCIONES EDILICIAS

Tras el estudio del supuesto de hecho, nos hallamos en mejores condiciones de entrar en el de la naturaleza jurídica de las acciones edilicias. Trátase de una cuestión a la cual la doctrina extranjera ha prestado bastante atención, en contraste con el escaso interés que ha despertado entre nuestros autores (39). La abundante literatura, hay que advertirlo, no ha servido, sin embargo, para resolver la cuestión de modo satisfactorio; por el contrario, la pluralidad de opiniones ha contribuido, más bien, a ir creando, progresivamente, una mayor complejidad en el problema (40).

La consideración de la naturaleza de las acciones edilicias la hacemos al concluir el estudio de su supuesto, por el valor puramente instrumental que a la misma pretendemos asignar. En la medida en que configuremos su naturaleza en base a nuestro propio ordenamiento, ha de sernos muy útil para delimitar la figura estudiada de otras muy próximas, a las que a menudo se trata de asimilar. Con ello intentamos reforzar su independencia.

No hemos seguido aquí el criterio de quienes tratan de la naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria, dentro del estudio de una figura más amplia, la garantía, que también comprende al saneamiento por evicción. Ni siquiera, limitados a las acciones edilicias, vamos a ocuparnos a continuación de

---

(39) Como excepción merece destacarse BERCOVITZ, *La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa*, ADC (1969), páginas 777-837. Cfr. también ESPÍN CÁNOVAS, D., *Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales*, RGLJ (1967), págs. 913 ss.

(40) Puede encontrarse información sobre las teorías mantenidas en el trabajo de BERCOVITZ, a que nos referimos en la nota anterior. También puede verse la clasificación de BIANCA, *La vendita e la permuta* (1972), págs. 621-640.

los problemas que el empleo de las mismas y la determinación de su naturaleza puede plantear en las ventas genéricas. Lo cual responde a la delimitación del tema que, por razones de fondo, se hace en la introducción de este trabajo.

Un imperativo de brevedad, en un trabajo que, como éste, no intenta dedicarse de modo particular al tema de la naturaleza, al que se añade un deseo de lograr mayor claridad, nos obliga a esquematizar, en torno a ciertas cuestiones básicas, las posiciones que a continuación se ofrecen.

### *El incumplimiento como criterio de fundamentación de las acciones edilicias*

Comencemos tomando en consideración el punto de vista que considera a las acciones edilicias como una consecuencia del incumplimiento de una obligación del vendedor: la de entregar la cosa sin defectos. Tal postura, que ha sido ampliamente criticada por un extenso sector de la doctrina moderna, especialmente en Alemania, suele presentarse vinculada al pensamiento de POTHIER (41).

POTHIER, en su Tratado del contrato de venta, al entrar en el estudio de la «garantía de los vicios redhibitorios», se expresa en los siguientes términos:

«El vendedor, por la naturaleza del contrato de compraventa, tiene que garantizar al comprador que la cosa está exenta de ciertos vicios...»

«Esta obligación es una consecuencia de la que contrae el vendedor de procurar al comprador la cosa vendida: pues obligarse a *procurar la cosa*, en la intención de las partes, es obligarse a procurarla en forma útil, ya que en vano el comprador tiene útilmente una cosa que no puede servirle para ningún uso» (42).

POTHIER, y concretamente este texto, no siempre bien recogido (en su integridad) por los autores que lo citan, ha permitido a

(41) Cfr. MENGONI, *Riv. del Dir. Comm.*, LI (1953), I, 3; BIANCA, *Vendite a permuta* (en *Trat. Vassalli*), VII-1.º (1972), pág. 626.

(42) *Traité du contrat de vente*, n. 203, *Oeuvres public.* por Siffrein, III (1821), 128.

POTHIER trata separadamente de la garantía por vicios redhibitorios (números 203 ss.) y de las obligaciones resultantes de cláusulas particulares del contrato, referentes a cantidad (cfr. nn. 251-259) o calidad (cfr. nn. 260-264). Respecto a éstas, la falta de la cualidad declarada en el contrato, así como la de la cantidad, obliga a indemnizar al comprador; incluso si el vendedor había contado, de buena fe, con su existencia (n. 263).

la doctrina posterior ofrecer acuñada una posición dogmática sobre la naturaleza de las acciones edilicias, opinión que las considera fundadas en el incumplimiento de una obligación contractual. Con ello se ha hecho a este autor el blanco de críticas no claramente justificadas.

De entrada, resulta artificioso hacer tomar a POTHIER postura en un problema que es muy dudoso se hubiera planteado, e injusto encasillarle en una posición dogmática que sólo cobrará sentido en una etapa doctrinal posterior. Afirma, es cierto, que obligarse a procurar la cosa es «obligarse» a procurarla en forma útil; pero matiza, que ello ocurre «en la intención de las partes». Este matiz y el conjunto del texto hacen pensar que no intenta fundamentar las acciones edilicias en el incumplimiento de un deber de prestación, con el significado dogmático actual, sino más bien y tan sólo, destacar que la utilidad de la cosa es un aspecto implícitamente incorporado al contrato. Con el término «obligarse» se indica esa incorporación, y aunque tal expresión hoy puede parecerse incorrecta o poco precisa, porque la dogmática, en un estado de mayor disección, opera con terminología de mayores posibilidades diversificadoras, es perfectamente justificable en su tiempo y suficientemente expresiva. Notemos por otra parte cómo esa llamada «obligación de procurar la cosa útilmente», carece en él de contenido obligacional propio y se confunde con la propia garantía, concebida como una obligación de responder. Garantía que, a su vez, justifica en la «naturaleza del contrato de compraventa», y no en el incumplimiento de la obligación de entregar la cosa útilmente, como correspondería al encuadre dogmático que se pretende hacer de POTHIER. Concluyendo: como esa idea de incumplimiento no está presente en la justificación de las acciones edilicias que nos presenta este autor, parece precipitado afirmar que «la construcción de POTHIER no tiene base alguna» (43).

Un importante sector de la doctrina moderna se ha cuidado de precisar la incorrección que, desde el punto de vista dogmático supone, considerar a las acciones edilicias, fundadas en el incumplimiento (aunque se considere sólo parcial) de una obligación del vendedor (44). Elocuente exponente de este criterio es, entre nosotros, RODRIGO BERCOVITZ, para quien, «cuando el vendedor entrega la cosa específica, por muchos vicios ocultos que tenga, no se podrá hablar de incumplimiento» (45). Acep-

(43) MENGONI, *Riv. del Dir. Comm.*, LI (1953), I, 3.

(44) Cfr. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II (1968), págs. 54 ss.; MENGONI, L., *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*. *Riv. del Dir. Comm.* (LI, 1953), I, págs. 3 ss.

(45) Lo justifica con las siguientes razones:

«Porque no se puede olvidar que..., aunque la realidad no configure total y exhaustivamente el objeto contractual, no deja por ello de participar en su

tando, en lo fundamental, esta idea, que juzgamos acertada, vamos a hacer algunas matizaciones aclaratorias en torno a ella.

### *La cuestión del incumplimiento de un deber de prestación*

En la compraventa de cosa específica, aunque las partes se limiten, como resulta necesario para su perfección (art. 1.450), a determinar la cosa, sin atribuirle cualidades, presuponen siempre en ella (de manera implícita, al menos) un determinado estado cualitativo, un cierto nivel más o menos elevado de perfección. Esa presuposición se incorpora al contrato e integrada en el mismo, despliega desde él diversos efectos.

Si esa presuposición de las partes en el momento de contratar se da en la realidad, despliega hacia el futuro un efecto obligatorio, relacionado con el llamado deber de custodia (cfr., arts. 1.094, 1.468 I). Mas ¿qué ocurre en nuestro caso, en el cual, por existir vicios ocultos, tal presuposición no se acomoda a la realidad? ¿Puede hablarse de una obligación del vendedor de entregar la cosa sin defectos? ¿Hay cumplimiento defectuoso? ¿Es correcto pensar en las acciones edilicias, como la consecuencia jurídica de ese cumplimiento defectuoso?

---

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 ése, 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, ése 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.»

Reconoce, no obstante, que no faltan autores que opinan de diferente modo, citando en este sentido a RICCI, *Curso Teorico-practico di Diritto Civile*, VII (1885), págs. 302-303, y LUZZATTO, *La Compraventa* (trad. Bonet) (1953), págs. 330-331. Pero concluye: «Con todo parece dominante la doctrina que no acepta el ver un incumplimiento en la entrega de la cosa específica con vicios ocultos», ADC (1969), págs. 799-800.

También VICENTE Y GELLA estima «que los defectos de la cosa vendida, aunque la hiciesen totalmente inútil para el uso a que se destina, no pueden equipararse al incumplimiento», Estudios Moneva, Zaragoza (1954), pág. 570.

Lo cual concuerda con la opinión de GARRIGUES: En la venta específica, la entrega de la «misma cosa específica», «aunque presente vicios o defectos de calidad o cantidad» supone cumplimiento de la obligación de entregar, independientemente de los remedios por vicios. No cabe resolución o acción de cumplimiento, *Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil*, RDM, enero-marzo (1961), pág. 9.

En respuesta a estos interrogantes hay que afirmar, como ha hecho un sector de la doctrina, que el hecho de que las cualidades de la cosa hayan quedado incorporadas al contrato no implica que el vendedor este obligado, en virtud del mismo, a entregar la cosa con todas las cualidades presupuestas, sin defectos.

En apoyo de esta afirmación se considera que la entrega de una cosa con defectos no implica incumplimiento de un deber de prestación, porque no determina, necesariamente, los efectos normales del incumplimiento, es decir, la indemnización (art. 1.101) o la resolución (art. 1.124), sino sólo las acciones edilicias. En este sentido cree FLUME que carece de utilidad aceptar una obligación de cumplimiento, a la cual no corresponde ninguna sanción jurídica (46). Esta apreciación, con ser importante, por sí sola no basta, pues cabría pensar que las acciones edilicias son, precisamente, la forma especial de sancionar en este caso el incumplimiento.

Existe una razón más poderosa para excluir en la figura del saneamiento por vicios ocultos la existencia de incumplimiento de un deber de prestación; es la propia naturaleza de la situación. En el contrato de compraventa de una cosa específica, el vendedor se obliga, según el Código civil, a «entregar una cosa determinada» (art. 1.445), «en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato» (art. 1.468 I). No está, en cambio, obligado a sustituir la cosa pactada por otra que no lo fue, ni a repararla, cuando sea defectuosa (47). Por ello hablar de una obligación del vendedor de entrega sin defectos una cosa que, por principio, ya es defectuosa al contratar, supone construir una obligación originariamente imposible. Si no hay obligación, por ser originariamente imposible, no se puede pensar que las acciones edilicias sean, sin más, acciones de responsabilidad por consecuencia del incumplimiento de esa obligación.

Por ello, de considerar a las acciones edilicias como acciones de responsabilidad, hemos de buscar su razón de ser en una causa diferente del incumplimiento de un deber de prestación: ya sea el comportamiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato, o la propia ley, que construye en este caso una forma objetiva de responsabilidad.

### *La insatisfacción del interés del acreedor*

El término incumplimiento se presta a una utilización equívoca dentro del campo del derecho de obligaciones. A menudo se emplea en un sentido diferente del que acabamos de indicar: conec-

(46) FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, reimpresión (1975), 36.

(47) De ahí que el Tribunal Supremo entienda que el carácter reparable del defecto no excluye el saneamiento S. 31 enero 1970, en donde se citan las SS de 26 febrero 1914 y 25 enero 1924.

tándolo con la insatisfacción del interés del acreedor, que justifica el contrato.

Situados en el plano del contrato y contemplado el problema desde un prisma puramente objetivo, antes de entrar en el aspecto de la responsabilidad del vendedor, podemos pensar que, si la cosa entregada tiene vicios ocultos, que ya existieran al momento de contratar, la relación contractual no se ha desenvuelto, en su realización, según el módulo del contrato; el interés del comprador que compró y aceptó el precio pensando en otro estado de la cosa, no ha quedado satisfecho (48). Si a esto nos referimos, también se puede afirmar, y aunque menos preciso, no resulta incorrecto si se advierte el alcance del término, que las acciones edilicias se basan en un cumplimiento defectuoso o en un incumplimiento.

Este significado del término incumplimiento ha sido manejado por la doctrina, al caracterizar la garantía por vicios (49). Quizá sea ése el alcance que pretende tener la opinión DÍEZ PICAZO, al distinguir entre el cumplimiento de la obligación de entregar las

---

(48) Esta idea puede desenvolverse en la medida en que se admite que el acuerdo contractual relativo a la prestación de una cosa específica contempla, aunque nada se haya expresado, sus cualidades; no se limita a una pura identificación formal del objeto, a través de las categorías de espacio y tiempo, vid. MENGONI, *Riv. del Dir. Comm.*, LI (1953), parte 1.<sup>a</sup>, pág. 10.

Mas tal idea, por más que el sentido común la apoye (POHIER invocaba la intención de las partes), no ha dejado de ser discutida y ha presentado dificultades de construcción dogmática; las mismas que en la teoría del error ha presentado la aceptación del error en los motivos, ya que este caso se concibe como una manifestación de tal error. Información amplia en FLUME, *Eigenschaftsirrthum und Kauf* (1975), págs. 11 ss.

FLUME y siguiéndole MENGONI asocian a la obra de ZITTELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäfts* (1879), y a su fundamentación psicológica del error en los motivos, la sustracción de las cualidades de la cosa específica del contenido del pacto y la consideración de las mismas como simples motivos del contratante que no constituyen elementos de la voluntad negocial FLUME, *Op. cit.*, páginas 13-17. Los referidos autores critican la concepción de ZITTELMANN.

Advertido el lector de la existencia de esta construcción y de sus consecuencias, no nos detenemos en ella, por considerarla, al menos en el Derecho español, carente de justificación. El artículo 1.266, II, del Código ha permitido mantener a nuestra mejor doctrina y a la práctica a nuestros tribunales, precisamente un criterio contrario. Se reconoce por CASTRO que existen determinados motivos que por su relevancia y significación dejan de ser simples motivos individuales de los contratantes, y se incorporan al contrato, afectando a su propia causa, en el sentido de causa concreta, *Negocio Jurídico*, número 136. Entre ellos están sin duda ciertas cualidades del objeto, como pone de manifiesto el Código civil en su artículo 1.494, II.

Incorporadas las cualidades de la cosa al contrato, aunque sea de una manera implícita (cfr. CASTRO, *Op. cit.*, núm. 139), no van a limitarse sus efectos al plano de la formación de la voluntad (error). En el caso de existencia de vicios ocultos, van a quedar afectados también los propios intereses de los contratantes en la realización del contrato, tal como aparecía concebido por ellos, como programa o título de la relación contractual.

(49) Vid. RUBINO, D., *La compravendita* (1971), págs. 629 ss.; BIANCA, *La vendita e la permuta* (1972), págs. 636 ss.

cosas vendidas, que considera se produce aunque existan vicios, y el carácter *defectuoso* del cumplimiento que se realiza con un objeto con vicios (50). Inclina a entenderlo así el que afirme: «La cuestión de la prestación defectuosa en materia de compraventa parece tener su cauce a través de la acción redhibitoria por vicios ocultos», supuesto que considera diferente del típico del artículo 1.124, aunque admita, en algún caso, la aplicación analógica de ésta (51).

El sentido equívoco con que se maneja el término incumplimiento plantea al lenguaje jurídico una exigencia de diversificación. FLUME, en la doctrina alemana, ha tratado de distinguir terminológicamente entre el incumplimiento de un contrato («Nichterfüllung einer Vertrag») y el incumplimiento de un deber contractual («Nichterfüllung einer Vertragspflicht»).

Cuando nos referimos al incumplimiento de un contrato, en el sentido que atribuye FLUME a esta expresión, indicamos un hecho, el modo en que se ha desenvuelto o realizado la relación contractual, hecho que en la multiplicidad de causas que lo determinan, puede acontecer casualmente, sin generar responsabilidad en el deudor. Para que esa responsabilidad exista es preciso que la insatisfacción del interés del acreedor que se produce en estos casos sea de algún modo imputable al deudor, como ocurre si el mismo ha actuado dolosamente al contratar. Mas como las acciones edilicias no se fundan en el dolo o en la violación de un deber de conducta en los tratos, sino en el mero hecho objetivo de la existencia de un vicio, ni aún refiriéndonos a esta aceptación del incumplimiento podremos construirlas como sanción o forma de responsabilidad basada en el comportamiento del vendedor, cuando éste, de buena fe, se haya limitado a ofrecer la cosa tal cual es (cf., art. 1.105); y habremos de buscar para ellas otra explicación.

#### *Fundamentación de las acciones edilicias en las anomalías del negocio*

Las posibilidades de calificación son aquí múltiples; depende de las categorías utilizadas por cada autor en la construcción de la teoría general del negocio jurídico. Se ha invocado por la doctrina la teoría de la base del negocio (*Geschäftsgrundlage*), el principio de equivalencia de prestaciones en los contratos sinalagmáticos (*Aequivalenzprinzips*) y más frecuentemente, el error vicio, para explicar la naturaleza de las acciones edilicias. Estas características dogmáticas imponen dos advertencias: 1.<sup>a</sup> Sólo son útiles en la medida en que la categoría correspondiente sea ad-

(50) *Fundamentos*, I, pág. 688.

(51) *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I (1966), pág. 358.

misible en el ordenamiento que se trate de considerar. 2.<sup>a</sup> Estando admitida la categoría utilizada, habrá que precisar si en ese ordenamiento se produce la asimilación a ella del supuesto de las acciones edilicias.

### *El problema de la equivalencia de prestaciones*

A la pregunta, por qué responde el vendedor al comprador de los defectos de la cosa, se ha respondido: «Porque al comprador le corresponde recibir la cosa libre de defectos, ya que él, a cambio de buen dinero, desea obtener buena mercancía» (52).

Esta idea, repetida en otros autores, entronca con el denominado principio de equivalencia, operante en los contratos sinalagmáticos, principio que, aunque se reconoce no permite justificar en la venta de cosa específica o género individualizado la reparación del defecto, se emplea para explicar la responsabilidad del vendedor propia del saneamiento (53).

Mas la caracterización de las acciones edilicias a través del referido principio no está exenta de dificultades. La principal dificultad se halla en la justificación y alcance del propio principio de equivalencia. Si le damos un alcance objetivo, y lo entendemos como la necesidad de que exista correspondencia entre el precio y el valor de la cosa, hemos de reconocer que tal exigencia no existe en nuestro Derecho (54), por el contrario la supresión de la rescisión por lesión en los contratos nos pone más bien de manifiesto un criterio distinto. Si le atribuimos un alcance subjetivo o concreto, pensando que los vicios ocultos impiden que se realice el equilibrio de prestaciones buscado por las partes en ese contrato, y que existe, en tal caso, una ruptura de la equivalencia concreta de esa venta, surge inmediatamente una cuestión: ¿La idea de sinalagma, con la exigencia de equivalencia que implica, justifica por sí sola las acciones edilicias? ¿Puede justificar esta protección al comprador, en casos como éste, en que la falta de

(52) RAAPE, ACP (1949), págs. 483-484. Toma la idea de BOETHKE, en su recensión al trabajo de HORST KRAHMER sobre el contrato sinalagmático. Se reitera por ESSER, *Schuldrecht*, II (4.<sup>a</sup> ed., 1971), pág. 32.

(53) La idea incluso llega a apuntarse en las afirmaciones de algún fallo de nuestro Tribunal Supremo: «El saneamiento por los defectos ocultos descansa sobre el principio de la buena fe que resulta defraudada si la finalidad perseguida por el comprador a cambio del precio entregado no puede cumplirse» (S. 31 enero 1970).

(54) Incluso antes de la supresión de la rescisión por lesión en los contratos, nuestros autores separaban el supuesto de esa figura del de las acciones edilicias. «Actio quanto minoris datur propter vitium rei non declaratum emptori, ob quod res minoris valet», afirmación que hace YAÑEZ DE PARLADORIO, precisamente al comparar esta acción con la acción rescisoria fundada en la lesión, *Quotidianarum differentiarum*, dif. 56, n. 1, en *Opera juridica* (1734), página 291.

También la excluye LARENZ, *Geschäftsgrundlage* (1963), págs. 78-79.

equivalencia es originaria (acompaña al nacimiento del contrato) y no está provocada por un comportamiento del vendedor que pueda hacérsela imputable (ej., culpa, atribución de cualidades)?

A esta cuestión se ha dado respuesta positiva, conectando la ruptura del sinalagma con el incumplimiento. Así RUBINO entiende que la protección al comprador a través de las acciones edilicias (como en general la garantía) es debida a la ruptura del sinalagma; ruptura que considera un supuesto de incumplimiento (55). El vendedor —afirma— incumple la obligación de hacer adquirir al comprador el derecho sobre una cosa exenta de vicios (56). Luego matiza, para evitar ciertas críticas: tal incumplimiento, por ser coetáneo al nacimiento de la obligación, no se refiere a una obligación contractual (deber de prestación), sino a una atribución patrimonial que se verifica automáticamente en el momento de la conclusión del contrato (57).

Sin embargo esta construcción no es convincente, en la medida en que mezcla el plano estructural (sinalagma) con el plano sancionador (incumplimiento). Esa falta de atribución patrimonial en que hace consistir el incumplimiento no es sino la imposibilidad originaria que, debido a los vicios, muestra la obligación concreta para satisfacer en su despliegue el interés del comprador; imposibilidad que por sí sola no engendra sanción para el vendedor si no la establece la ley o le es imputable la causa que la determina. De otra parte el criterio de RUBINO ofrece una visión demasiado mecánica del sinalagma. Decir que el vendedor pierde en todo (redhibitoria) o parte (*quantum minoris*) el derecho a la contraprestación, porque objetivamente falta razón que justifique su derecho, es olvidar que las exigencias estructurales del sinalagma no producen resultados mecánicos ni absolutos. Por el contrario se dosifican por el Derecho, en la medida en que han de combinarse con las reglas jurídicas de atribución del riesgo.

El principio de equivalencia, aun considerado en su dimensión subjetiva, única que sería posible aquí admitir, pierde además sustantividad como categoría independiente. Nos sitúa en el ámbito de la responsabilidad en los tratos (*culpa in contrahendo*), o en el de los presupuestos causales de la voluntad negocial, en donde operan otras figuras (base del negocio, error en los motivos, error acerca de la causa), ante las cuales no halla justificación este principio como principio independiente. Por ello, hablar de falta de

---

(55) RUBINO, *La Compravendita* (1971), págs. 630-631. Rechaza la tesis de que la garantía sea un supuesto de responsabilidad objetiva, como sostienen DE GREGORIO y GRECO (pág. 633), pese a que su funcionamiento es independiente de la culpa del vendedor (pág. 631).

(56) *Op. cit.*, pág. 636

(57) *Op. cit.*, pág. 639. Recuérdese el sistema transmisivo de la compra-venta en Derecho italiano.

equivalencia no sirve para caracterizar la naturaleza jurídica de las acciones adilicias, aunque ayude a destacar una perspectiva funcional de su supuesto de hecho.

### *Los vicios y la base del negocio*

También se ha señalado que en la venta específica de una cosa con vicios ocultos, no se realiza un presupuesto tomado en cuenta por las partes al contratar, pues la representación negocial de la cosa (carente de vicios) está en contradicción con su forma real de existir (cosa defectuosa). Esta advertencia ha permitido a algunos autores relacionar los vicios redhibitorios con la falta de la *presuposición negocial (Voraussetzung)* o la caída de la *base del negocio (Geschäftsgrundlage)* (58), conectándolos así con una figura de perfiles más amplios, a la que la dogmática alemana ha prestado cuidadosa atención (59).

Como es sabido, la teoría de la *base del negocio* se remonta a mediados del siglo pasado y va unida en sus orígenes al nombre de WINDSCHEID y su construcción de la «*Voraussetzung*» (presuposición), como categoría contrapuesta a la «*Bedingung*» (condición) (60). Mas tras la crítica de LENEL, esta construcción no va a pasar a la redacción definitiva del BGB, por considerar los miembros de la Comisión que suponía una amenaza para la seguridad del tráfico. Posteriormente, las circunstancias económicas que siguen a la primera guerra mundial harán volver a la idea de WINDSCHEID, siendo importante en esos momentos la obra de OERTMANN (61). La figura ha sido objeto de posteriores elaboraciones doctrinales y en torno a ella existe en Alemania una muy copiosa jurisprudencia. Se ha distinguido una doble dimensión de la misma, subjetiva y objetiva. Se considera que la base del negocio en su dimensión subjetiva consiste en «una determinada representación o expectativa compartida por las dos partes del contrato, y por la cual se han dejado mover en la celebración del mismo». Mientras que en su aspecto objetivo es «cada circunstancia cuya existencia o persistencia resulta necesaria para que el contrato —en el sentido de intención de las partes contratantes— pueda seguir siendo una regulación con sentido» (62).

---

(58) Sobre esta calificación de los vicios, cfr. ESSER, *Schuldrecht*, II (4.ª ed.), 31; MENGONI, *Riv. del Dir. Comm.*, LI (1953), parte 2.ª, págs. 6-7; RAAPE, ACP, 150 (1949), 484; FLUME, *Op. cit.*, pág. 42, en contra de SÜSS.

(59) Información sobre su evolución en LARENZ, A., *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 3.ª ed. (1963), y CASTRO, *Negocio jurídico* (1967), páginas 322-324.

(60) WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung* (1850).

(61) P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage*, Leipzig, 1921.

(62) LARENZ, *Geschäftsgrundlage*, págs. 184 y 185.

La utilidad de la figura de la base del negocio, particularmente en su aspecto subjetivo, que es precisamente el que aquí nos interesa considerar, depende de la concepción que el ordenamiento tenga en torno a la figura del error. Una concepción restrictiva del error vicio hará preciso acudir a ella; en cambio, una concepción amplia y flexible del error, la hace innecesaria. Por ello no es de extrañar el interés que ha despertado la teoría de la base del negocio en Alemania, a la vista de la concepción del error que recoge el parágrafo 119 del BGB (63). En lo que aquí nos interesa, sólo admite el error acerca de las cualidades de la cosa que deban ser tomadas como esenciales según los criterios del tráfico. Criterio objetivo que, aunque luego en la práctica se haya intentado matizar, deja fuera, en su tenor literal, a otras cualidades que, aun consideradas esenciales por las partes en la celebración del negocio, no se corresponden a los criterios del tráfico. Por el contrario, el parágrafo 459 BGB, que atiende a los vicios que supriman o disminuyan el valor o la utilidad de la cosa «para la utilización usual o *presupuesta*» en el contrato, se aproxima más que la definición legal del error a la idea que encierra la base del negocio. No es extraño por ello que se hayan comparado los vicios con esta figura, indicando la aplicación preferente del régimen especial contenido en los parágrafos 459 ss. del BGB.

Pero en Derecho español no ocurre lo mismo. Respecto a él se ha afirmado, con razón, por CASTRO: «La teoría de la base del negocio se hizo necesaria en la doctrina alemana por la señalada insuficiencia intrínseca del sistema jurídico alemán. Resulta, en cambio, superflua en el Derecho español, cuyo sistema se basta para resolver aquellas cuestiones» (64). De ahí que, en la función que aquí se asigna a la base del negocio, lo procedente en nuestro ordenamiento es referirse al error vicio, como hacemos a continuación.

### *Los vicios y el error*

El problema de la concurrencia entre las acciones edilicias y la acción de nulidad por error (65) ha preocupado reiteradamente a la doctrina extranjera. Se afirma que el tratamiento de la cuestión admite básicamente tres soluciones (66):

---

(63) Cfr. LARENZ, *Geschäftsgrundlage*, págs. 20-21.

(64) *Negocio jurídico* (1971), pág. 325.

(65) Recordemos cómo el problema de la delimitación de figuras se complica aún más en el actual C.C. Italiano, en el cual además de error (artículos 1.429, 1.428) y de los vicios (art. 1.490) existe otra figura, la falta de cualidad (art. 1.497), referida a las cualidades prometidas o esenciales para el uso al que la cosa se destina. Cfr. G. AMORTH, *Errore e inadempimento nel contratto* (1967).

(66) Así se señala por HECK, *Grundriss des Schuldrechts* (1929), pág. 281, y entre nosotros por CASTRO, *Negocio jurídico*, núm. 146.

a) Excluir la aplicación de la acción de nulidad por error, porque las acciones edilicias, como especiales, son preferentes y excluyentes.

b) Admitir la concurrencia de ambas acciones, entre las cuales elegirá el comprador.

c) Considerar que no existe problema de concurrencia, por tener cada una de esas acciones supuestos de hecho diferentes.

Dentro de cada una de estas directrices básicas, los diferentes autores nos ofrecen una gran variedad de criterios, formulados en función de su concepto del error y de los vicios redhibitorios, así como de la postura mantenida a propósito de la relación entre las reglas generales y especiales del ordenamiento. Aunque no podamos detenernos en este lugar en un análisis pormenorizado de las diferentes posiciones, señalaremos, al menos, las cuestiones más importantes que las mismas nos plantean, para así ofrecer un criterio de enfoque.

La separación de la figura del error vicio y los vicios redhibitorios es clara cuando, como ocurre en un principio en Roma, éstos se delimitan por una lista, y, en cuanto al error, se mantiene una concepción estricta (*error in substantiam*) (67). Mas la evolución histórica, hay que reconocerlo, ha aproximado enormemente ambas figuras. De un lado, en cuanto al error, nuestro Código civil llega a atribuir relevancia al que versa sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubiesen dado motivo a celebrar el contrato (art. 1.266), entre las cuales cabe incluir de modo muy destacable las que afectan a su utilidad (defectos). De otro lado, el artículo 1.484 ha permitido construir un concepto del vicio oculto, que toma en cuenta las cualidades funcionales de la cosa consideradas en el contrato, de manera que en ese concepto

---

(67) MIQUEL, J., recuerda «cómo los romanos no consideraron el error *in substantia* como error en los motivos, sino como un error que versaba sobre la identidad del objeto», *Una aportación al estudio del error «in substantia» en la compraventa*, ADC (1963), pág. 99; según U. ALVAREZ, «de tal entidad que impedirían seguir llamando a la cosa por su nombre», *El negocio jurídico en el Derecho Romano* (1954), págs. 65-66.

Recuerda URSICINO ALVAREZ en ese lugar que «se estima que hay error en la sustancia cuando se compra cobre en lugar de oro, plomo en vez de plata, vinagre u otra salsa avinagrada en lugar de vino (Ulp. D. 18, 1, 9, 2); mesa chapeada de plata, en lugar de ser de plata maciza (Jul. D. 18, 1, 41, 1); una esclava en lugar de un esclavo (Ulp. Dig. 18, 1, 11, 1)». *Op. cit.*, pág. 66.

Hay una serie de anomalías que en una concepción estricta del error y de los vicios tienden a situarse en una zona intermedia. El mismo U. ALVAREZ nos recuerda que «no existe error sobre la substancia si se compra oro bajo en lugar de oro fino (Ulp. Dig. 18, 1, 14), o vino agriado en lugar de vino en buenas condiciones (Ulp. Dig. 18, 1, 9, 2), o vestidos usados en lugar de nuevos (Marc. Dig. 18, 1, 45), e incluso, según PAULO, cuando se compran mesas de madera común, creyendo que son de madera de cidro (Dig. 19, 1, 21, 2); pero en estos casos —añade— existe un derecho a indemnización de los perjuicios derivados del menor valor de la cosa comprada (Marc. Dig. 18, 1, 45)». *Op. cit.*, pág. 66.

se envuelve normalmente un error del comprador sobre determinadas cualidades de la cosa. Como consecuencia de ello se ha podido afirmar:

«La figura jurídica del defecto oculto en la venta, por su distinto origen y por su regulación legal separada, no se confunde con la del error vicio. El error vicio se refiere al consentimiento, es decir, al momento de perfección del contrato: el saneamiento del defecto tiene lugar en el de la consumación, cuando la cosa se entrega o la prestación debida se cumple. Mas las coincidencias en el funcionamiento de una y otra figura son tan considerables que se hace difícil distinguirlas en la práctica» (68).

Es verdad que los intentos de establecer una diferenciación entre el error y los vicios redhibitorios, atendiendo al carácter del error padecido, no resultan del todo satisfactorios. Por ello es fundada la crítica de BERCOVITZ a la que fue posición dominante entre los intérpretes del Código italiano de 1865, en la que se considerara «que las *cualidades sustanciales* constituían materia de 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». Crítica que, siguiendo a LAURENT, formula con este interrogante: «el error, cuyo resultado es que el comprador no puede utilizar la cosa, ¿no es el más sustancial de los errores?» (69).

La contraposición entre cualidades sustanciales y no sustanciales maneja un concepto demasiado estricto del error, más propio de Roma que del momento actual. Claramente así nos lo pone de manifiesto nuestro MUCIUS SCAEVOLA cuando dice: «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» (70).

Si el anterior intento de delimitación no es aceptable, tampoco lo son otros, cuyo principal empeño ha estado orientado a un replanteamiento del propio concepto de error, pues, aun siendo meritorios e ingeniosos, se distancian de lo que para el derecho establecido constituye el error vicio. Por ello sus logros, no siempre, por otra parte, suficientemente claros y precisos, no nos son del todo provechosos.

No puede convencernos, por ejemplo, FICKENTSCHER cuando afirma: «La diferencia entre vicios de la cosa y error sobre una cualidad no es difícil de encontrar: en el vicio estamos ante un

---

(68) CASTRO, *Negocio jurídico* (1967), págs. 118-119.

(69) BERCOVITZ, R., *ADC* (1969), pág. 785.

(70) MUCIUS SCAEVOLA. *Código civil XXIII* (1906), p. 607.

desajuste entre las cualidades declaradas y las reales, en el error que recae sobre una cualidad, el desajuste se produce entre la cualidad querida, de un lado y la declarada y existente, del otro» (71). El disenso, al que parece apuntar la construcción del error de este autor, es aún más claramente perceptible en BARCELONA, autor que a este propósito se expresa en los siguientes términos: «El error pone de relieve la relación de incongruencia que existe entre dos diversos puntos de vista, igualmente atribuidos 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 aquél significado» (72). BERCOVITZ, que recoge con énfasis la opinión de BARCELONA, entiende también que «esta concepción del error suprime ... 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» (73). A su modo de ver, el concepto de error negocial que ofrece BARCELONA, «responde mejor tanto a la esencia de dicha figura como a su utilización como concepto técnico, sirviendo así mejor a la construcción dogmática» (74). De esta manera, los vicios redhibitorios, «como expresión de un desajuste entre la realidad negocial y la realidad material» (75), cubrirían un campo que no abarcaría el error.

En verdad, todos estos intentos de distinción no pueden hacernos olvidar la « semejanza entre la existencia de un vicio oculto o redhibitorio y la existencia de error en un contrato » (76). El reconocimiento de esta semejanza aparece también reiterado, cuando no dominante, en la doctrina extranjera (77), y es precisamente lo que de nuevo nos sitúa ante el problema de la delimitación, problema ante el cual se pueden adoptar diferentes posiciones.

Se puede reconocer la semejanza entre los vicios y el error, y admitir, no obstante, que «el comprador podrá ejercitar o la acción redhibitoria o la acción de nulidad fundada en el error a que se refiere el artículo 1.266 del Código civil» (78). De este modo, el comprador contaría con una doble vía para satisfacer su interés.

(71) FICKENTSCHER, *Schuldrecht* (1969), pág. 409.

(72) *Enciclopedia del Diritto*, s. v. *Errore*, c) *Diritto privato*, tomo XV (1966), pág. 248. En la traducción sigo a BERCOVITZ.

(73) ADC (1969), pág. 791.

(74) ADC (1969), pág. 791.

(75) ADC (1969), pág. 792.

(76) DE BUEN, *Enciclopedia jurídica española*, s. v. *Vicio redhibitorio*. *De recho civil común*, tomo XXX, pág. 798.

(77) Cfr. FLUME, *Eigenschafts Irrtum und Kauf*, reimpresión (1975), páginas 132-133; HECK, *Grundriss des Schuldrechts* (1929), reimpresión (1958), página 281; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II (1968), pág. 57; ESSER-WEYERS, *Schuldrecht, Besonderer Teil*, 1 (1977), pág. 68.

(78) DE BUEN, *Enc. jur. esp.*, XXX, pág. 799.

Pero también, pensando en la semejanza de supuestos, se ha sostenido que, como el efecto práctico de la acción de nulidad basada en el error se puede obtener a través de la acción redhibitoria, no tiene sentido limitar al comprador la duración del saneamiento, si después se le ofrecen, por otra vía, parecidos remedios. Y para evitar que así suceda, se entiende que la regla especial del saneamiento prevalece sobre la general del error, impidiendo su aplicación (79).

Este punto de vista es frecuente entre los autores alemanes y, según ESSER, decisivo desde hace tiempo en la práctica (80). Es cierto que el BGB no resuelve expresamente el problema, mas para WEYERS no ofrece duda que el criterio directriz de sus redactores, a propósito de la regulación de la venta, fue que las normas de la garantía constituyen una regulación especial, que se antepone a la general, en la medida en que cubre su ámbito de aplicación (81).

La preferencia por la ley especial no está imbuida, simplemente, por criterios lógicos de ordenación legislativa (82). Conviene advertir que aquí se nos muestra una clara preferencia por la seguridad del vendedor, contraria al sentido originario de las acciones edilicias, que más bien trataron de proteger al comprador. En estas preferencias se nota la influencia de criterios mercantilistas. En opinión de HECK, admitir la impugnación del negocio por error, haría ilusorios, en este caso, «los preceptos que la ley ha establecido para protección del vendedor, particularmente el importante precepto de la prescripción corta» (83).

Cabe pues preguntarse: ¿Se puede mantener esta posición en el Derecho español?

#### *La independencia de ambas figuras: consideraciones críticas*

Vamos a hacer, a continuación, algunas consideraciones, tendentes a destacar la separación entre las acciones edilicias y la de nulidad por error.

Observemos en primer lugar que la fundamentación de las acciones edilicias en el error del comprador no es una exigencia

---

(79) «El artículo 1.484, afirma BADENES GASSET, es la aplicación de la doctrina del error al supuesto taxativo de los defectos de la cosa vendida, y, por tanto, pasados los seis meses del artículo 1.490... no es posible entablar acción de anulabilidad fundada en el artículo 1.266», *El-contrato de compraventa*, I (1979), pág. 697.

(80) BGHZ, 34, 32 (34).

(81) ESSER-WEYERS, *Schuldrecht*, II-1 (1977), pág. 68.

(82) Según los cuales «cada problema jurídico debe tener una solución y una sola», BERCOVITZ, R., ADC (1969), pág. 779.

(83) HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, reimpr. (1974), pág. 281.

dogmática. Aunque la existencia de vicios no implique incumplimiento de una obligación del vendedor, no se hace indispensable, dogmáticamente, acudir al error para explicarlas, pues puede existir responsabilidad del vendedor sin incumplimiento, fundada en lo que se ha denominado, pensando en este caso, una atribución objetiva de riesgo, practicada *ex lege*.

Por otra parte, aunque se admita que el error puede versar sobre defectos de la cosa vendida, y que los defectos ocultos presuponen error del comprador, la aproximación de las figuras del error vicio y los vicios redhibitorios, tal como se conciben en nuestro Derecho, no llega a suponer identidad. La acción de anulación por error se basa en el error mismo, y por tanto es presupuesto para su ejercicio la prueba de su existencia. Las acciones edilicias se basan en el hecho de que la cosa tiene vicios que la hacen inútil o menos valiosa. Aunque en ellas la protección al comprador no tendría justificación si éste no hubiera sufrido un error, no basta el error; importa ante todo su efecto (inutilidad de la cosa, precio excesivo). Así se explica que las consecuencias del saneamiento por vicios sean más complejas que las del error: porque tratan de corregir, en cierta medida, el daño sufrido por el comprador por consecuencia del contrato, en razón del defecto. No puede afirmarse con rigor que las acciones edilicias y la de nulidad por error producen efectos totalmente idénticos. Sus efectos respectivos son sólo parcialmente coincidentes, y al ser más complejos los de las acciones edilicias (art. 1.486 I), su extinción por el transcurso del plazo va a limitar el juego de posibilidades del comprador, imponiéndole un remedio más radical, la anulación del negocio.

No basta, por otra parte, invocar meras reglas lógicas (*lex specialis derogat generalis*) si no se demuestra que el resultado práctico a que conducen en el proceso de interpretación se justifica en el ordenamiento de que se trate, y viene a corroborar el resultado a que puede llegarse a través de los diferentes medios de interpretación oportunos. Existen razones para entender que en nuestro Código, la oportunidad de las acciones edilicias no excluye el empleo de la acción de nulidad basada en el error, si el comprador la prefiere:

1.<sup>a</sup> Sus antecedentes históricos. La protección al comprador por los vicios se considera en nuestro derecho histórico con independencia del error.

2.<sup>a</sup> En el Código civil no existe ningún precepto que, en caso de vicios, encluya la aplicación de las reglas generales del error.

Por el contrario, en materia de resolución del contrato, el Código se muestra favorable, en principio, a la concurrencia de los

remedios generales del Derecho de obligaciones con los especiales del contrato de compraventa, como pone de manifiesto el artículo 1.506.

3.<sup>a</sup> La terminología del Código es, además, muy indicativa, y justifica considerar a las acciones edilicias, más que desde el ángulo del error (aunque el error pueda existir), desde el ángulo de la responsabilidad. El Código no sólo utiliza el término «saneamiento», de significado unido a la idea de responsabilidad, sino que incluso llega a decir, «en virtud del saneamiento ... el vendedor responderá al comprador» (art. 1.474).

4.<sup>a</sup> El artículo 1.494 II, dentro de las reglas de saneamiento de los animales, permite distinguir con nitidez el funcionamiento independiente de las acciones edilicias y la acción general de nulidad por error. El que este criterio lo manifieste el Código a propósito del saneamiento de los animales, no indica que no sea extensible a la compraventa de otros objetos. Lo apoya el que el saneamiento por vicios se construye en él como una figura de naturaleza unitaria (cfr. art. 1.474), con ciertas particularidades de régimen que no llegan a alterarla (cfr. art. 1.499). El interés del legislador en poner de manifiesto la compatibilidad de acciones (sentido por él en los últimos momentos de la elaboración del Código) se justifica especialmente en las ventas de animales, para evitar que el intérprete puede entender, por lo estricta que es aquí la regulación legal de los vicios (cfr. art. 1.496), que la ley excluye toda reclamación en torno a ellos, pasados los plazos de ejercicio de las acciones edilicias. Si en el caso de la venta de animales, en que indudablemente se ha reforzado la protección de la seguridad del tráfico, no ha habido inconveniente en admitir la oportunidad de las acciones generales fundadas en el error, tampoco lo habrá, operando con un criterio práctico, en el resto de los casos, en que proteger la seguridad del tráfico se considera exigencia menos imperiosa.

Las anteriores consideraciones se refuerzan atendiendo a los efectos prácticos a que conduce la construcción rechazada. Se daría un tratamiento diferente, sin suficiente justificación, a un mismo tipo de error, según lo haya padecido el vendedor o el comprador. Así, el que por error excusable vende un objeto valioso a precio vil, podrá ejercitar la acción de nulidad durante cuatro años (art. 1.301); en cambio, el comprador que debido a los vicios ocultos adquiera como valioso un objeto vil, aun habiendo padecido también error en la celebración del contrato, sólo podrá pedir protección jurídica durante seis meses a partir de la entrega. Esta diferencia de tratamiento no queda justificada por las mayores posibilidades del comprador, que posee la cosa, para descubrir el vicio, pues la práctica nos pone de manifiesto lo insuficiente que resulta a menudo este plazo, para conocer el estado

de la cosa. El comprador queda en una situación desventajosa, que no puede entenderse compensada porque se le indemnice, al deshacer la venta, los gastos del contrato, o porque se le ofrezca la posibilidad de conseguir una rebaja del precio. Las acciones edilicias, así entendidas, no significarían ya un refuerzo de la protección del comprador, como pretendieron ser en sus orígenes, sino un medio para proteger al vendedor, como abiertamente nos pone de manifiesto HECK.

### *Jurisprudencia del Tribunal Supremo*

El problema de la compatibilidad de acciones se le ha planteado al Tribunal Supremo a propósito de la acción de nulidad (por error o dolo) o la de indemnización (art. 1.101, 1.270 II) en su relación con las de saneamiento. Aunque en este lugar sólo nos importe la nulidad por error, recordaremos la postura mantenida por la jurisprudencia en cuanto a los otros remedios generales; así podremos descubrir el escaso valor que en este punto ha atribuido nuestra práctica a la regla «*Lex specialis derogat generalis*».

La compatibilidad de la acción de saneamiento por vicios y la de indemnización (art. 1.101) se justifica por basarse en fuentes distintas (los defectos y el quebranto al patrimonio) en la s. 6 mayo 1911, a propósito de un caso en que el generador eléctrico vendido no presta el rendimiento para el que se ofreció. La s. de 19 de abril 1928 insiste en la compatibilidad de las acciones generales de los contratos y las específicas de la venta (saneamiento), brindando al comprador la posibilidad de elegir entre ellas. La s. 25 abril 1973, a propósito de la venta de una máquina, que «no sirve para el fin pactado», reitera la compatibilidad entre la acción resolutoria por incumplimiento y la de saneamiento por vicios, en un caso en que se había ejercitado precisamente la acción resolutoria. Se entiende en este caso, insistiendo en esa idea, que el hecho de que hubiera sido aplicable la acción de saneamiento por vicio no excluye a la resolutoria, con sus correspondientes plazos de prescripción. La idea de compatibilidad de acciones se repite en la sentencia de 28 noviembre 1970: en relación con la impermeabilización del edificio vendido se sostiene que la acción ejercitada no es la de saneamiento, «sino otra de mayor amplitud dirigida a obtener el cumplimiento de las obligaciones contraídas ... respecto a las compraventas concertadas», acción «distinta y compatible». Compatibilidad que también afirma la s. 23 de junio 1965, y que BADENES GASSET encuentra reflejada en la s. 20 de abril 1965.

En cuanto a la nulidad por dolo, la s. de 28 marzo 1973 se expresa en estos términos: «la posibilidad de ejercitar en el futuro las acciones propias del saneamiento por defectos ocultos, en nada obsta al ejercicio actual de la nulidad del contrato por dolo

grave». En este caso se estima el dolo y se anula la venta, porque el vendedor había ofrecido chinchillas selectas, careciendo de la documentación genealógica correspondiente.

Por lo que respecta al error, diferentes fallos del Tribunal Supremo, aunque no sean decisorios, nos muestran que no maneja la contraposición entre ley general y especial. Así la falta de rendimiento en la máquina vendida, pactado como condición principal, justifica el error (s. 20 noviembre 1973) aunque podría plantearse como vicio. Y en cuanto al pretendido menor caudal de agua de la finca vendida, el Tribunal Supremo entiende que no hubo error, ni vicio oculto, porque la finca se vende «lisa y llanamente», «con sus derechos de agua», dándonos a entender que la vía del error y la de los vicios no son incompatibles (s. 8 mayo 1918).

Las afirmaciones de la s. de 13 marzo 1929, es cierto, pueden prestarse a confusión, pues entiende que la compatibilidad de una norma general con una especial se da en lo no previsto por la especial, ya que cuando existe norma especial, ésta se aplica preferentemente a su materia. Sin embargo, las normas generales a las que se refiere son las de lib. IV. tít. I del CC., en donde no está la regulación del error, y por otra parte, como recuerda CASTRO, el demandante no había solicitado la nulidad por error, sino la indemnización de daños (84).

### *Precisiones acerca de la naturaleza de las acciones edilicias*

Tras la exposición anterior vamos a intentar hacer algunas precisiones acerca de la naturaleza de las acciones edilicias, a modo de conclusión.

Las acciones edilicias son el modo de ejercitar una forma especial de responsabilidad del vendedor. Son, por tanto, unas acciones fundadas en la existencia de una responsabilidad, de contenido delimitado.

En nuestro Código civil se insertan dentro del «saneamiento» (Libro IV, tít. IV, cap. IV, sec. III), término que en la época de su redacción definía ESCRICHE como el «acto de afianzar o asegurar el reparo o satisfacción del daño que puede sobrevenir» (85).

El Código concibe el saneamiento como una «obligación» del vendedor (art. 1.461). Pero observamos, en cuanto a la fuente de

---

(84) Sobre la jurisprudencia del TS en este punto, CASTRO, *Negocio jurídico* (1971), pág. 119.

(85) *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (1851), S. V. Saneamiento.

esa obligación, que, a diferencia de la entrega, a la que sí se obliga el vendedor por virtud del contrato (art. 1.445), el saneamiento obliga en razón del mandato de la ley. Es, por tanto, una obligación emanada de la ley, aunque su supuesto de hecho presupone la celebración de un determinado contrato.

¿Qué alcance atribuye el Código a esta obligación de saneamiento? No hay ninguna base para entender que el Código, por hablar de «obligación» de saneamiento, impone al vendedor el deber (imposible) de entregar la cosa sin vicios (86). La obligación legal de saneamiento no presupone incumplimiento de una obligación de prestación; es, tan sólo, una forma de designar a un tipo de responsabilidad, fundada en la mera existencia de vicios. Así se desprende de los artículos 1.474 y 1.484. En el primero aparece puesta de manifiesto esta idea de responsabilidad («el vendedor responderá al comprador»), y en el segundo su supuesto («por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida»). No se dice en cambio en ningún lugar, que los vicios ocultos impliquen incumplimiento de un deber del vendedor.

Conviene evitar una confusión: Construir el saneamiento (o garantía) como una obligación, cuyo incumplimiento («Nichtgewährleistung») permite el ejercicio de las acciones edilicias. No cabe ese desdoblamiento de obligaciones. La obligación de garantía no tiene un contenido diferente que el de las acciones edilicias: Es decir, a elección del comprador, la disolución del contrato, abando los gastos pagados, o la devolución de una cantidad del precio. Lo que ocurre es que, como en toda pretensión de responsabilidad, el obligado puede atenderla voluntariamente o ser forzado en la vía procesal, mediante la acción correspondiente.

Para caracterizar a las acciones edilicias no basta decir que supone una responsabilidad del vendedor fundada en la ley. No basta, porque ocurre del mismo modo en la mayoría de los casos de responsabilidad contractual o extarcontractual; con excepción de aquellos en que funciona una cláusula de responsabilidad, de contenido diverso a la previsión legal.

Importa, en cambio, destacar su naturaleza «especial». Se trata, en efecto, de unas acciones de responsabilidad especiales por diversas razones:

---

(86) Los artículos 1.603 y 1.625 del Código civil francés dicen: El vendedor «tiene dos obligaciones principales, la de entregar y la de garantizar la cosa que vende» (art. 1.603); «la garantía que el vendedor debe al adquirente tiene dos objetos: ...; el segundo, los defectos ocultos de la cosa o los vicios redhibitorios» (art. 1.625).

También el artículo 1.476 del Código civil italiano habla de obligación. Considera una de las «obligaciones principales del vendedor» «garantizar al comprador... de los vicios de la cosa»; por lo cual ha sido criticado por la doctrina. MENGONI, *Riv. Dir. Comm.*, II (1953), 1, 4.

a) Por su origen y evolución histórica independiente.

b) Por el lugar que ocupan en el Código civil.

c) Por el supuesto de hecho previsto para ellas, la mera existencia de «vicios ocultos» (art. 1.484); no el incumplimiento («contravención») de un deber de prestación que «incumba» al vendedor, o la culpa, al menos en la oferta (compárese art. 1.485 I, con 1.101 y 1.124).

d) Por las particularidades de su régimen, especialmente significativas en cuanto al plazo de duración (compárese art. 1.490 y 1.496 I, con 1.964 *in fine*, generalmente aplicado a las acciones contractuales, e incluso con el 1.968 2.º).

e) Por los efectos: diferentes de los de las acciones generales de responsabilidad contractual. Aunque admitiéramos la equivalente entre la acción resolutoria ex art. 1.124, y la redhibitoria ex art. 1.486 I (y 1.496), equivalencia aparentemente fomentada ocasionalmente por la terminología del propio Código (cfr. art. 1.498 principio), existen otras diferencias en cuanto a los efectos: En las acciones edilicias la indemnización está limitada a los gastos del contrato, si se ejercita la acción redhibitoria; o al menor valor de la cosa, si se trata de la acción *quantum minoris*. No cabe un efecto indemnizatorio pleno. Por eso, el carácter especial de las acciones edilicias plantea el problema de su compatibilidad con las acciones generales de responsabilidad, propias del derecho de obligaciones, cuando ambos remedios sean oportunos.

Ya hemos señalado que las acciones edilicias no suponen incumplimiento de una obligación del vendedor (relativa a un deber de prestación de la cosa sin vicios); ni tampoco exigen culpa en la oferta (cualitativamente imposible), ya que este caso se distingue en el Código (cfr. art. 1.485, 1.486 II). Por ello deben ser consideradas como una forma de responsabilidad objetiva, prevista de modo especial, al margen de los criterios generales de responsabilidad contractual contemplados en el Código (87).

Significan una atribución objetiva de riesgo al vendedor (88), de alcance limitado. El vendedor, que según los principios generales del derecho de obligaciones no tendría que responder de los defectos de la cosa, si actuó de buena fe y nada afirmó acerca

(87) Para FIKENTSCHER, son «uno de los más importantes ejemplos de responsabilidad sin culpa», *Schuldrecht* (1969), pág. 403.

(88) Así, RODRIGO BERCOVITZ: «Nos encontramos más bien ante el caso de una atribución objetiva de riesgo y, como en el caso del daño causado contractualmente, el riesgo se hace recaer sobre aquel a quien el mismo, es decir las actividades que lo provocan, favorece», ADC (1969), pág. 803.

Esto no excluye que este autor las considere, supuesto especial de error, ADC (1969), págs. 785-786.

de ella, tendrá que hacerlo por virtud del saneamiento. Pero, a cambio, la responsabilidad por el riesgo objetivamente atribuido va a ser limitada, en cuanto al tiempo (art. 1.490) y en cuanto al contenido (1.486 I); en todo caso inferior a la fundada en las reglas generales de responsabilidad contractual (cfr. art. 1.107).

Esta atribución objetiva de riesgo, aunque no se justifique en las reglas generales de responsabilidad, no puede pensarse que sea injustificable o injusta para el vendedor. El vendedor, aunque haya actuado de buena fe, ha obtenido, objetivamente, provecho del carácter oculto del vicio (facilita la venta, permite obtener mayor precio) y en la medida de ese provecho se le hace responder; lo cual parece justo, siempre que se limite el tiempo de duración de esta forma de responsabilidad.

El efecto práctico que se logra a través de las acciones edilicias es asegurar a todo comprador una protección mínima, por razón de los defectos ocultos de la cosa. Protección muy útil para el comprador que no disponga de otro medio para exigir responsabilidad, pero también muy conveniente para el que pudiendo disponer de ellos prefiere limitar su pretensión a las acciones edilicias. En un orden teórico podría parecer que en estos casos, disponiendo el comprador de una protección más amplia, no tendrá interés en ejercitar las acciones especiales. Pero en un orden práctico puede no ocurrir así. La utilización de las acciones generales de responsabilidad impone al comprador la prueba, que puede resultarle especialmente dificultosa en algunos extremos, como por ejemplo el de la mala fe del vendedor. Las acciones de saneamiento aligeran la carga de la prueba, limitándola a la demostración de la existencia de vicios, e incluso la facilitan con algunas presunciones (cfr. art. 1.497). No es extraño, por ello, que el comprador prefiera garantizar un resultado en el proceso, ejercitando estas acciones, para el caso de que no llegara a demostrar los presupuestos fácticos de los generales.

## APENDICE

A continuación haremos una breve enumeración de sentencias en las que, de alguna manera, se ha suscitado cuestión acerca de las anomalías cualitativas del objeto vendido, sin que pretendamos entrar, por el momento, en la exposición detallada o estudio de ellas. Las que interesan a los temas tratados en este trabajo ya han sido recogidas y estudiadas en el lugar correspondiente.

En las sentencias que se ofrecen puede advertirse cómo el problema se ha planteado más reiteradamente en relación con ciertos bienes; particularmente en relación con los edificios y la maquinaria o vehículos. Ello aconseja establecer una agrupación de los casos, por el objeto al que se refieren, teniendo en cuenta su frecuencia.

a) *Edificios*

- Defectos de construcción de la vivienda adquirida: Cuestión de responsabilidad del vendedor-constructor (S. 7 diciembre 1978).
- Venta de local como habitable, sin serlo: Destino prohibido por la ley (S. 28 octubre 1974).
- «Mala terminación» del local entregado por Promotora, en cumplimiento del contrato de aportación de solar (S. 3 febrero 1975).
- El piso entregado carece de aire acondicionado e insonorización, según se anunciaba en los folletos de propaganda (S. 27 enero 1977).
- Grietas y hundimiento en edificio recién construido (S. 27 febrero 1975).
- Grietas progresivas en el forjado del piso comprado que, según los informes técnicos recabados, determinarían su ruina (S. 17 octubre 1974).
- Defectuosa sujeción de las losas de la fachada del edificio adquirido, que impone a los adquirentes la realización de obras de consolidación (S. 11 octubre 1974).
- Compra de apartamento, en proyecto, que se entrega no ajustado al proyecto (S. 16 mayo 1973).
- Deficiencias de construcción de los locales comprados (S. 22 octubre 1973).
- Deficiencias en el servicio de calefacción del edificio (S. 3 marzo 1973).
- Humedades en la vivienda vendida (S. 30 noviembre 1972).
- El grosor de los pilares del edificio no se adecuaba al proyecto, en base al cual se adquirió, y algunos de sus apoyos y tubos se introducen en la finca limítrofe (S. 18 octubre 1972).
- El local que se entrega no reúne, por su situación y la altura de su techo, las cualidades pactadas (S. 17 mayo 1971).
- Defectuosa impermeabilización de edificio nuevo (S. 28 noviembre 1970).
- Existencia de conducciones de distribución de servicios municipales de agua y electricidad ocultas bajo el solar permutado a Ayuntamiento, descubiertas por el adquirente al momento de edificar, originándole gastos, por obras de desviación (S. 22 mayo 1965).
- Venta de piso con derecho a encerrar coche en garaje; pretendidas dificultades del comprador para entrar o realizar maniobras (S. 6 diciembre 1963).
- Presencia de humedades, por defecto en los desagües, en el edificio nuevo que se compra (S. 8 noviembre 1958).
- Defectos en el edificio adquirido (S. 10 junio 1952).
- La deficiencia en materiales de construcción de la casa comparada obliga al comprador a realizar obras de consolidación (S. 10 enero 1946).
- El edificio vendido, construido por iniciativa del vendedor, tiene importantes deficiencias de construcción (S. 13 marzo 1929).
- Los desagües de la casa edificada que se vende no se acomodan a las afirmaciones del vendedor ni a los planos exhibidos (S. 19 abril 1928).

b) *Otros bienes inmuebles*

- Inedificabilidad del terreno adquirido (S. 11 mayo 1966).
- Carácter no edificable del solar adquirido (S. 20 abril 1965).
- Cuantía, pretendidamente inferior a la ofrecida, del caudal de agua de la fábrica de aceite y harina, con tierras anejas, que se transmite (S. 8 mayo 1918).

c) *Maquinaria y vehículos*

- Compraventa de ordenador: «incidencias graves», fallos, deficiencias en el servicio técnico del vendedor, falta de programación (S. 24 noviembre 1978).
- Máquina inservible por sus defectos (S. 20 diciembre 1977).
- La «defectuosa construcción» de los autobuses nuevos, adquiridos para el transporte de viajeros, provoca frecuentes averías (S. 10 junio 1976).
- Máquina adquirida para hacer conservas de tomate que resulta inútil para su destino (S. 3 abril 1974).
- Autoclave, adquirido para industria láctea, que estalla al ser probado (S. 14 marzo 1973).
- Venta de máquina, fabricada por el vendedor, «que no sirve para el fin pactado» (S. 25 abril 1973).
- La máquina vendida no da el rendimiento pactado como condición principal (S. 20 octubre 1973).
- Vicios ocultos, en motor acoplado a embarcación, que provocan el incendio de ésta (S. 10 febrero 1973).
- Venta de máquina usada, como nueva (S. 14 octubre 1972).
- La excavadora vendida funciona mal: sufre roturas y averías, reiteradas en el período de tres años en que está en uso (S. 30 junio 1972).
- La columna destiladora de alcohol que se vende no da el rendimiento que se le asigna (S. 7 noviembre 1972).
- La máquina de importación para fabricar grapas no funciona, pese a los intentos de reparación, practicados, incluso, en el país de origen (S. 20 diciembre 1971).
- La maquinaria de importación, destinada a la extracción de áridos, no da los rendimientos cuantitativos y cualitativos convenidos y garantizados por la vendedora (S. 18 abril 1970).
- Ruedas y accesorios para el lanzamiento de vigas de hormigón de defectuosa construcción: Tienen vicios y carecen de las calidades y características pactadas (S. 14 octubre 1970).
- Autobús adquirido por una empresa para el traslado de sus obreros que no puede ser utilizado, ya que, a plena carga, se producen fricciones de la carrocería con las ruedas (S. 31 enero 1970).
- La máquina comprada tiene defectos: No elimina la electricidad estática y acumula el papel en sus rodillos, no elevándolo, como corresponde a sus características (S. 8 marzo 1969).
- Pretendidos defectos en el automóvil que se compra ya usado (S. 20 noviembre 1969).
- Pretendida diferencia entre la máquina vendida (excavadora), que el comprador califica invocando la factura, y la entrega (máquina cargadora) (S. 5 mayo 1967).
- Cosechadora que no funciona (S. 25 noviembre 1967).
- Camión, construido de encargo, que carece de documentación, por no reunir los requisitos técnicos (S. 16 noviembre 1967).
- El automóvil adquirido como «cosa específica y singularizada» resulta ser de modelo diferente al considerado en el contrato (S. 24 noviembre 1966).
- Camión con defectos (S. 24 noviembre 1966).
- Camión vendido con vicios, por mala calidad de sus materiales, que exige sucesivas reparaciones, e incluso la sustitución del motor (S. 7 junio 1966).

- Falta de entrega del permiso de circulación del camión vendido (S. 14 mayo 1965).
- Defectuoso montaje de dos grupos electrógenos que ocasiona graves averías (S. 23 junio 1965).
- Camión vendido con la cláusula, «no lleva soldaduras», que tiene una soldadura de fábrica en su carcasa, respecto a la cual, se advierte, mejora su resistencia (S. 15 marzo 1965).
- Documento de circulación y patente del vehículo, extendidos a nombre de tercera persona (S. 20 septiembre 1965).
- Defectos en el motor de riego que se vende: Es usado y pierde compresión (S. 31 octubre 1961).
- Generador eléctrico defectuoso (S. 28 enero 1961).
- Pretendido incumplimiento de las condiciones mínimas de plazo y rendimiento, consignadas en la oferta que sirvió de base a la adquisición de un secador de tambor para el secado de tierras industriales (S. 28 noviembre 1961).
- Compra de un torno extrarrápido, marca de la casa vendedora, modelo de precisión, con características que se detallan. Los tornos servidos no son los examinados por el comprador y, además, carecen de precisión (S. 1 julio 1947).
- Venta de maquinaria frigorífica, para conservar mantequilla, que por su defectuoso funcionamiento no sirve al comprador (S. 12 mayo 1932).
- El automóvil adquirido, que se ofreció como en buen estado, sufre reiteradas roturas de dirección, debidas a que el órgano de la misma, defectuosamente fabricado, «no tiene las dimensiones adecuadas y necesarias al esfuerzo que debe soportar», lo que hace peligroso el uso del vehículo (S. 12 febrero 1931).
- El motor y otros elementos adquiridos para transformar un molino hidráulico no permiten hacerlo funcionar (S. 16 enero 1930).
- Camión usado respecto al cual el vendedor asegura que es completamente nuevo (S. 11 junio 1926).
- Bombas de extracción de agua de las que afirma el comprador que nunca habían funcionado, ni funcionaban (S. 24 noviembre 1926).
- El automóvil adquirido tiene el cigüeñal soldado (S. 25 enero 1924).
- Generador eléctrico que no presta el rendimiento por el que se ofreció (S. 6 mayo 1911).
- Generador eléctrico que no da la potencia estipulada (S. 7 junio 1909).

#### d) *Otros bienes muebles*

- Pretendida inutilidad de los materiales plásticos vendidos, para una determinada finalidad (S. 12 febrero 1979).
- Graduación y grado de acidez del vino que se vende (S. 20 octubre 1978).
- Pureza y calidad pactada en contrato de suministro (S. 21 abril 1976).
- Defectos en pieles para calzado (S. 5 julio 1975).
- Patatas de siembra defectuosas (S. 15 marzo 1975).
- Defectos en el mineral (barita) adquirido (S. 27 septiembre 1972).
- Se ofrecen chinchillas selectas, careciendo éstas de la documentación genealógica (pedigree) (S. 28 marzo 1973).
- Defectuosa calidad de tejidos vendidos al por mayor (S. 24 octubre 1972).
- Ajos en malas condiciones (S. 17 octubre 1970).
- Los muebles de lujo vendidos están mal acabados, tomando en cuenta lo excesivo de su precio (S. 17 noviembre 1970).
- Lubina no apta para el consumo humano por llevar más de ocho meses en frigoríficos (S. 21 octubre 1968).
- La red de pesca adquirida es usada, y no nueva, como se encargó (S. 18 abril 1969).
- Carcoma aparecida en madera de pavimento, cuya presencia, estima el comprador, es anterior a la venta (S. 9 noviembre 1968).
- Maderas suministradas para pavimentación que, en ciertos porcentajes, son de tipo inferior al contratado (tipo que se cotiza a menor precio

- en el mercado) y tienen, además, pretendidas humedades (S. 14 octubre 1968).
- Baja ley del mineral de barita suministrado (S. 6 abril 1967).
  - Pretendida mala calidad de los hilos comprados (S. 23 junio 1966).
  - Pretendida disconformidad de los plásticos servidos con los trozos de muestras exhibidos por el representante de la casa vendedora, e inutilidad para el uso al que los destina el comprador (tapizado de automóviles) (S. 18 febrero 1965).
  - Daños causados por vacuna antivariólica ovina suministrada en mal estado (S. 2 mayo 1961).
  - Margarina en mal estado (S. 24 abril 1958).
  - Muebles con defectos ocultos (S. 25 enero 1957).
  - Venta de aves pestíferas que causan la muerte a otras del comprador (S. 5 julio 1957).
  - Pimiento corrompido (S. 11 marzo 1957).
  - Café en malas condiciones (S. 3 marzo 1957).
  - El grado de acidez del aceite no resulta aceptable para el comprador (S. 28 junio 1946).
  - Judías compradas sobre muestras, que se envían picadas e inservibles para la reventa (S. 16 diciembre 1955).
  - Pretendido mal estado de la vacuna anticarbuncosa bovina, que causa enfermedad y muerte de reses (S. 16 junio 1945).
  - Alubias amargas y no conformes a la muestra (S. 20 marzo 1926).
  - Maíz en malas condiciones (S. 6 julio 1915).
  - Problemas en la calidad de los abonos vendidos (29 diciembre 1903).
  - Venta de caballo con tiro al aire y al ronزال (S. 28 marzo 1863).

## El ordenamiento monetario español y el nuevo régimen jurídico de control de cambios

JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. La creación de la «peseta» como base de un sistema bimetalista oro-plata.—2. De la intervención de los cambios a un régimen de control de cambios.—3. El sistema monetario vigente.

### 1. *La creación de la «peseta» como base de un sistema bimetalista oro-plata*

El ordenamiento monetario español tiene sus antecedentes inmediatos en el siglo pasado dentro de un conjunto de medidas y disposiciones normativas referidas al dinero, las monedas y demás signos representativos. A este respecto, supone un hito fundamental, el Decreto de 19 de octubre de 1868, que crea como unidad de medida la «peseta», en sustitución de las unidades monetarias anteriormente existentes, el «real de vellón» y el «escudo» (1).

La peseta se concebirá dentro de un sistema bimetalista de oro y plata con una relación fija, al igual que la Ley monetaria de 1864, donde cada vez se hace más patente el avance del criterio nominalista frente al tradicional metalista, tan arraigado en la opinión pública como en los ámbitos bancarios de la época.

Con la desaparición de la circulación de las monedas de buena ley, sobre todo de las de oro, además de haber abundante moneda extranjera (2), escaseando la propia, conduce a que se deba hacer

---

(1) Cfr. SARDÁ, *La política monetaria y las fluctuaciones de la economía española en el siglo XIX*. Madrid, 1948, p. 154; FERNÁNDEZ PULGAR y ANES ALVAREZ, *La creación de la peseta en la evolución del sistema monetario de 1847 a 1868*, en «Ensayos sobre la economía española a mediados del siglo XIX». Madrid, 1970, p. 181 ss.

(2) La moneda extranjera (francesa, portuguesa e inglesa) circuló abundantemente en España como consecuencia de las guerras napoleónica y carlista hasta llegar a un volumen de alrededor de la mitad del numerario total y algo más de la mitad de toda la plata amonedada, cfr. SARDÁ, *op. cit.*, p. 100. A partir de la Ley de 1856 se facilita la entrada de capitales extranjeros de financiación para inversiones en España, cfr. SÁNCHEZ ALBORNOZ,

la reforma del sistema monetario, que también aspira a coordinarse con el sistema de otros países.

El Gobierno nacido de la revolución, con su ministro de Hacienda, Laureano Figuerola, firma el Decreto de 19 de octubre de 1868, según el cual, la unidad de medida monetaria será la «pese-ta», o sea, «la moneda efectiva equivalente a cien céntimos» (art. 1 del Decreto).

El nuevo sistema monetario trató de acomodarse e integrarse —sin conseguirlo— en el sistema que propugnaba la «Unión Monetaria Latina» (3), aparecida en el año 1865 y compuesta por Francia, Bélgica, Italia, Suiza, los Estados Pontificios y Grecia, para hacer frente a los problemas que creaba el precio del oro dentro del sistema bimetalista (4) y poder quedar al margen de la hegemonía financiera de Inglaterra.

España, que no llega a ser miembro de la «Unión Monetaria Latina», también adopta su mismo sistema bimetalista de oro y plata de relación fija, por lo que se acuñan monedas de oro de cien, cincuenta, veinte y cinco pesetas (art. 2 del Decreto) y monedas de plata de cinco pesetas (art. 3 del Decreto), además de moneda fraccionaria de bronce de diez, cinco, dos y un céntimo (5). Como advierte el profesor Sardá, la diferencia de valores intrínsecos entre la moneda del nuevo sistema y la antigua dio lugar a una lucha entre el principio nominalista o cartalista en materia monetaria y el criterio metalista. El predominio del primero se verá en el Decreto de 23 de marzo de 1869, al mantener la equivalencia legal de las monedas anteriores; a este respecto, en la parte expositiva del Decreto, el ministro declaraba que «en la inmensa mayoría de las transacciones interiores del país no se toman en cuenta los elementos físicos de los instrumentos de cambio, sino que más bien se atiende a su valor nominal o impositicio»; de aquí que, sólo en los casos en que existieran cláusulas precisas y concretas de resolver una obligación a base de cantidades de metal, se admitía el aplicar una tabla de equivalencias entre el sistema de 1864 y el de 1868.

Junto a la moneda metálica aparece la circulación de papelmoneda o billetes de Banco en el año 1844, cuyo régimen privado de emisión fue realizado privilegiadamente por el «Banco de Isa-

---

*España hace un siglo: una economía dual.* Barcelona, 1968; FERNÁNDEZ ROZAS, *La inversión extranjera en el sector bancario español*, en «Anuario de Derecho Internacional», II (1975), p. 347 ss.

(3) Cfr. TALLADA, *Historia de las finanzas españolas en el siglo XIX*. Madrid, 1946, p. 187.

(4) Cfr. GARCÍA DE CÁCERES, *El monometalismo y el bimetalismo en la vida económica internacional*. Madrid, 1922.

(5) El Decreto de 19 de octubre de 1968 establece que la moneda de cinco pesetas de oro pesase 1,6129 gramos con una ley de 900 milésimas, con un contenido de 0,45161 gramos de oro fino. La moneda de plata de una peseta era de 5 gramos de peso y su ley de 855 milésimas.

bel II» y el «Banco de San Fernando», que tenían una consideración de semificiales por estar promovidos por la iniciativa gubernamental. Con la «Ley de Bancos de Emisión» de 1856, o primera Ley de ordenación bancaria, el «Banco de San Fernando» pasa a denominarse «Banco de España», el cual, con otros Bancos, gozarán de los mismos privilegios de emisión hasta el año 1874, cuyo Decreto de 19 de marzo, suspendió el sistema y le concede exclusivamente el monopolio de emisión al «Banco de España» (6), aunque sólo sea provisionalmente; de aquí que, el Código de Comercio, en su artículo 179, reconozca todavía el derecho de los Bancos privados a emitir billetes al portador de aceptación no forzosa (7), si bien dicha potestad va a permanecer en suspenso hasta hoy, puesto que no se produjo la derogación del privilegio del Banco de España.

El Banco de España, para avalar su sistema fiduciario de papel-moneda, comenzó por aceptar en sus emisiones la plena convertibilidad de sus billetes por moneda oro, según puede apreciarse todavía en su impresión («El Banco de España pagará al portador X pesetas»), aunque por la disminución de sus reservas metálicas se vio obligado a suspenderla en el año 1883; de este modo, prácticamente, el sistema quedó reducido a un monometalismo de plata (8)

---

(6) Cfr. VIVER, *El Banco de España*. Sabadell, 1889; GALVARRIATO, *El Banco de España. Constitución, historia, vicisitudes y principales episodios en el primer siglo de su existencia*. Madrid, 1932; TALLADA, *Historia de las finanzas españolas en el siglo XIX*. Madrid, 1946, y *El problema monetario español en el siglo XIX*, en «Moneda y Crédito», 58 (1956), p. 53 ss.; LARRAZ, *Actos conmemorativos del centenario de la Ley de 28 de enero de 1856, que confirió al establecimiento su actual nombre de Banco de España*. Madrid, 1956; SANZ GARCÍA, *La Banca y los banqueros madrileños en el siglo XIX*. Madrid, 1967; TORTELLA, *El Banco de España entre 1829 y 1929. La formación de un Banco Central*, en «El Banco de España: una historia económica». Madrid, 1970, p. 263 ss.; SARDÁ, *El Banco de España (1931-1962)*, en «El Banco de España: una historia económica», cit., p. 421 ss.; y *El sistema bancario español en la segunda mitad del siglo XIX*, en «Dinero y Crédito» (siglos XVI al XIX). Actas del Primer Coloquio Internacional de Historia Económica. Madrid, Villalba, Segovia, 1977, p. 221 ss.; ANES ALVAREZ, *El Banco de España (1874-1914). Un Banco nacional*, en «Banco de España». Madrid, 1974; TALLADA, *El sistema bancario español en la segunda mitad del siglo XIX*, en «Dinero y Crédito» (siglos XVI al XIX). Actas del Primer Coloquio Internacional de Historia Económica, cit., p. 116.

(7) El «billete de banco» se trata de un título abstracto que asume la obligación de pagarlo a todo tenedor sucesivo que no sea falsario y atribuye al portador un derecho a exigir la cantidad determinada sin aludir a la causa de la obligación del suscriptor, cfr. TARRAGATO, *Los billetes de banco (arts. 464 del Código civil español y 2.270 del Código civil francés)*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 151 (1927), p. 628 ss. El billete del Banco de España, hasta 1939, no fue moneda corriente en la acepción legal por lo que su aceptación no era forzosa si no se estipulaba por las partes contratantes. (SS. 18 diciembre 1876, 24 noviembre 1896. 18 marzo y 23 abril 1929).

(8) Cfr. VILLAVERDE, *La cuestión monetaria*. Memoria leída en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1890; VIVER, *Introducción al estudio de la cuestión monetaria*. Barcelona, 1892; ORTIZ y BRULL,

con un aumento cada vez mayor de las emisiones de billetes, como sucede por la Ley de 13 de mayo de 1902, que va a autorizar una emisión de dos mil millones, aumentándose por el Real Decreto de 5 de agosto de 1914 a dos mil quinientos millones más y por el Real Decreto de 7 de octubre de 1920, otros cinco mil millones de pesetas (9).

El sistema bancario español (10) se desarrolla a través de su segunda «Ley de Ordenación Bancaria», de 29 de diciembre de 1921 y su Reglamento de 13 de junio de 1923, donde se confirmará el monopolio del Banco de España para las emisiones de papel-moneda autorizándose una nueva emisión de seis mil millones de pesetas. Esta normativa será refundida en la Ley de 24 de enero de 1927, que, a su vez, fue modificada por la nueva «Ley de Ordenación Bancaria», de 26 de noviembre de 1931 (11), la cual suspenderá temporalmente el régimen de reserva metálica de los billetes en circulación, ante ciertos movimientos especulativos de años anteriores que introducen grandes masas de moneda extranjera en nuestro país y la retiran posteriormente provocando la baja de la peseta (12), por lo que habrán de tomarse medidas más enérgicas sobre la intervención en los cambios, según se examinará en el apartado siguiente.

La normativa del sistema monetario español va a transformarse radicalmente a partir del año 1939, al retirarse de la circulación la moneda de plata de curso legal y sustituirla por los billetes del Banco de España, que pasarán a tener la categoría de moneda legal y serán preceptivamente medio de pago con pleno poder liberatorio (Leyes de 20 de enero y 9 de noviembre de 1939 (13)).

El gobierno quedará autorizado por Decreto de 3 de febrero de 1945 y tendrá la facultad de fijar los límites de la circulación fiduciaria, que la seguirá ejercitando hasta la actualidad.

---

*La cuestión monetaria.* Madrid, 1893; SANCHEZ DE TOCA, *El oro, la plata y los cambios.* Madrid, 1894; BARTHE, *El problema monetario en España: la circulación de la moneda de plata.* Madrid, 1908.

(9) Cfr. GÓMEZ GONZÁLEZ, *Moneda*, en «Enciclopedia Jurídica Española», XXXIII (Barcelona, s. a.), p. 616; SARDÁ, *La política monetaria y las fluctuaciones de la economía española en el siglo XIX*, cit., p. 195 ss.

(10) Cfr. CAMBÓ, *Ordenación bancaria de España. Antecedentes y elementos para el estudio del problema bancario español (proyecto de Ley)*. Madrid, 1921.

(11) Cfr. KLUGE, *Die Kreditwährung der Bank von Spanien. Gemäss der «Ley de Ordenación Bancaria»*. Hamburg, 1932.

(12) Cfr. CAMBÓ, *La valorización de la peseta.* Madrid, s. a.; CUÉLLAR, *La baja de la peseta. Sus causas y remedios.* Madrid, 1930; MARTÍNEZ RAMÍREZ, *La peseta.* Madrid, 1930; VELLANDO, *La estabilización de la peseta.* Madrid, 1930; BERNACER, *La depreciación de la peseta española*, en «Revista Nacional de Economía» (1930), p. 32 ss.; VANDELLÓS, *El porvenir del cambio de la peseta.* Barcelona, 1936; ALCALDE INCHAUSTI, *La evolución de la peseta en el siglo XX*, en el diario «ABC», del 26 noviembre 1976, p. 10.

(13) Cfr. O. C., *Billetes de Banco*, en «Diccionario de Derecho Privado», I (Barcelona-Madrid, 1950), p. 685; ROBLES, *Billete de Banco*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica» (Seix), III (Barcelona, 1951), p. 421.

Con las Leyes de 18 de noviembre de 1946 y de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de este mismo año, y la Ley y los Estatutos del Banco de España, con su Reglamento (Orden de 23 de marzo 1948) (14), se establece un sistema monetario que vendrá complementado por los Decretos-leyes de 4 de julio de 1958 y 19 de noviembre de 1967, que se basarán en la paridad de la peseta con el patrón oro y con el dólar americano (15), volviéndose a autorizar, aunque sea esporádicamente, por Ley de 18 de marzo de 1966, la acuñación de moneda de plata de cien pesetas.

La «Ley de Bases de Ordenación del Crédito y de la Banca» de 1962 nacionaliza el «Banco de España», con la atribución del monopolio permanente de la acuñación de moneda, al mismo tiempo que el gobierno se arroga la responsabilidad de la política monetaria (16).

## 2. De la intervención de los cambios a un régimen de control de cambios.

En España existían unas «Juntas de Cambios» desde 1919, hasta que, en el año 1928, el ministro de Hacienda, Calvo Sotelo, crea un «Comité Interventor de Cambios», con la intención de frenar la depreciación exterior de la peseta, ante las abundantes entradas de capitales extranjeros en España (17). Al año siguiente se producirá la depresión mundial con el abandono del

(14) Cfr. RIDRUEJO, *El sistema bancario español*, en «Los Bancos en la Postguerra. ¿Vuelta a la normalidad?». Conferencias pronunciadas en la VII Escuela Internacional Bancaria de Verano. Madrid-Granada (septiembre 1954. Consejo Superior Bancario, Madrid, 1954).

(15) El Decreto-Ley de 4 julio 1958 fija la paridad de la peseta en razón de 0,0148112 gramos de oro fino por peseta o 60 pesetas por dólar USA del peso y ley en vigor el 1 de julio 1944. El Decreto-Ley de 19 noviembre 1967 establece la nueva paridad de la peseta en razón de 0,0126953 gramos de oro fino por peseta o 70 pesetas por dólar USA del peso y ley en vigor el 1 julio 1944, cfr. ESTAPÉ, *En torno a la devaluación de la peseta*, en el diario «La Vanguardia Española», del 26 de noviembre de 1967, p. 6.

(16) Cfr. OLARIAGA, *La política monetaria en España*. Madrid, 1963; MARTÍN MATEO, *La administración monetaria*. Madrid, 1968; TARRAGO y PLAZA, *Creación de dinero y sistema monetario*, en «Alta Dirección», 50 (1973), p. 63; POVEDA ANADÓN, *La creación de dinero en España 1956-1970. Análisis y política*. Madrid, 1972; JORDÁN, FUENTES, SANCHEO-AYUSO, *Introducción a la política monetaria general y de España*. Madrid, 1976; PERTIERRA, *La política monetaria: creación de moneda por los Bancos centrales*, en «El Economista», 4.565 (14 mayo 1977), p. 4; FANJUL, FERNÁNDEZ NAVARRETE, RODRÍGUEZ PRADA, *La evolución de la política monetaria española (1940-1978): una aproximación*. Madrid, 1979; PARÍS EGUILAZ, *La ficción de la autonomía del Banco de España*, en «El Economista», 4738 (6 septiembre 1980). p. 5.

(17) Cfr. OLARIAGA, *El intervencionismo de los cambios en España*. Madrid, 1929; ANTEZANA, *Moneda, crédito, cambios extranjeros y estabilización*. Madrid, 1935; SARDÁ, *La intervención monetaria y el comercio de divisas en España*. Barcelona, 1936; EGUIDAZU, *Comercio de divisas y control de cambios en España (1900-1936)*, en «Información Comercial Española», 511 (1976), p. 13 ss.; ICE, *Intervención monetaria y control de cambios en España (1900-1977)*. Madrid, 1978.

patrón oro por casi todos los países y sucederá una política de devaluaciones acompañada de medidas proteccionistas y de restricciones a los pagos internacionales.

En el año 1930 sucede al Comité anterior un «Centro de Regulación de Operaciones de Cambio», el cual, en 1931, con el advenimiento de la segunda República, se fusionará con el «Centro Oficial de Contratación de Moneda». Este Centro ejerció el control sobre las llamadas «operaciones prohibidas», las operaciones que resultaban sujetas a previa autorización, así como las operaciones libres, además de prohibirse a la banca privada la posesión de moneda extranjera.

Con la guerra civil de 1936, el régimen de control de cambios se reforzará por ambos gobiernos (18), para la venta del oro por el republicano (19) y para recabar todos los recursos por el de Burgos (20). Este último, con su «Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios», de 24 de noviembre de 1938, sancionará con rigor las contravenciones (21); otras disposiciones normativas posteriores (22), complementarán este régimen de control de cambios que va a permanecer vigente hasta el 10 de marzo de 1980 (23).

(18) Cfr. EGUIDAZU, *El control de cambios en la guerra civil*, en «Información Comercial Española», 521 (1977), p. 71 ss.

(19) Cfr. DEL ROSAL, Amparo, *El oro del Banco de España y la historia del Vira*, Madrid, 1976; VIÑAS MARTÍN, *El oro español en la guerra civil*, Madrid, 1976; EGUIDAZU, *La financiación exterior de la República en la guerra civil y el oro español en Moscú*, en «Información Comercial Española», 521 (enero 1977), p. 85 ss.

(20) Cfr. CANOSA, *Banca, moneda, crédito*, Madrid, 1939.

(21) Cfr. PÉREZ VICTORIA, *Los delitos monetarios y su reflejo en la contratación civil y mercantil*, en «Colegio Notarial de Barcelona» (1944), página 127 ss.; JIMÉNEZ ASENSO, *Delitos monetarios*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica» (Seix), VI (Barcelona, 1954), p. 725 ss.; CÍRCULO DE ESTUDIOS JURÍDICOS, *Proceso a la jurisdicción de delitos monetarios y a los Tribunales de Contrabando*, Madrid, 1970; BAJO FERNÁNDEZ, *Observaciones para una futura reforma de Ley de Delitos Monetarios*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales» (1977), p. 57 ss. El Decreto-Ley de 4 de enero de 1977 crea la «Audiencia Nacional» y los «Juzgados Centrales de Instrucción» dependientes de ella, que se ocupan del conocimiento de los delitos monetarios; también el R. D. L. 23 noviembre 1979 y la Resol. 26 noviembre 1979. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *El desaparecido Juzgado de Delitos Monetarios. A propósito de la reforma de 4 de enero de 1977*, en «Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública» (marzo-abril 1977), p. 370 ss., y *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, p. 425 ss.

(22) MINISTERIO DE INFORMACIÓN Y TURISMO, *Legislación sobre control de cambios*, Madrid, 1978.

(23) Cfr. VILLASANTE CEBRIÁN, *El control de divisas en España*, Madrid, 1943; UBIERNA, *Régimen legal español de la moneda extranjera*, 2.ª ed., Madrid, 1949; POLO, *Leyes mercantiles y económicas. III. Derecho monetario y de divisas*, Barcelona, 1956; CASES, *El régimen de control de cambios*, en «Las inversiones de capital extranjero en España», I (Madrid, 1960), p. 220 ss.; BONET CORREA, *La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XIII-1 (1960), p. 262, y *El cumplimiento de las obligaciones monetarias en el régimen de control de cambios*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XIV-1 (1961), p. 3 ss.; PECOURT, *El cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera y el con-*

Esta Ley de Delitos monetarios establece un sistema general prohibitivo en cuanto al manejo de la moneda extranjera, su importación y exportación, así como para los billetes y títulos de crédito, el oro amonedado o en pasta y los demás medios de pago extranjeros (24). En el año 1939 se crea el «Instituto Español de Moneda Extranjera», que ejercerá el monopolio de las divisas, al que habrán de venderse obligatoriamente a los seis días de poseerlas y concederá o denegará, caso por caso, la autorización para disponer de ellas. El Instituto, hasta el año 1973, centralizará la política interventora y ejecutiva (aunque delegará en ciertos Bancos privados solamente la operatividad), disolviéndose y traspasando sus funciones al «Banco de España» (25).

El sistema de control de cambios, en principio, estableció un cambio fijo de la peseta y un sistema de cuentas especiales, si bien pasó a otro de cambios múltiples según la naturaleza de las operaciones comerciales. En el año 1957 se unificaron los tipos de cambio y, en 1959, se devalúa la peseta con objeto de ajustarla al mercado exterior y liberalizar el sistema y poder entrar en los organismos internacionales («Fondo Monetario Internacional», «Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento» y «Corporación Financiera Internacional») (26). Con el Decreto-Ley de 27 de

---

rol de cambios (Comentario a la S. 6 abril 1963), en «Revista Española de Derecho Internacional», XVII-4 (1964), p. 589; BONET CORREA, *El control de cambios y las obligaciones monetarias*. Roma-Madrid, 1967, y *Negocios jurídicos en moneda extranjera y autorización administrativa*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXIV-1 (1971), p. 149; RODRÍGUEZ SASTRE, *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina de «Clean Hands»*. Madrid, 1968; LINDE DE CASTRO, *El control de cambios en España: evolución y situación actual*, en «Información Comercial Española», 456-457 (1971), p. 35; ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU, *Control de cambios. El régimen jurídico de las transacciones con el extranjero*. Madrid, 1975, y 2.ª ed. Madrid, 1977; RUILOBA, *Aspectos teóricos del control de cambios en el Derecho Internacional Privado*, en «Anuario de Derecho Internacional», II (1976), p. 85; LUCAS FERNÁNDEZ, *La contratación en España por extranjeros*, 5.ª ed. Madrid, 1976; MARTÍN MATEO, *Moneda*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica» (Seix), XVI (Barcelona, 1978), p. 584 ss.; CABRILLO y SEGURA, *Dinero y libertad económica. Una crítica al control de cambios en España*. Madrid, 1979.

(24) Cfr. NEGRÉ VILLAVECCHIA, *¿Son divisas los billetes de Banco extranjero?*, en «Información Comercial Española», 357 (1963), p. 131; ARAGÓN, *Moneda extranjera: créditos documentarios, compraventa de billetes y divisas. Casos prácticos para operar con el exterior*. Valencia, 1969.

(25) Cfr. BAENA DEL ALCÁZAR, *Problemas jurídico-administrativos del control de divisas en la nueva Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca*, en «Revista de Administración Pública», 38 (1962), p. 381; ABELLA POBLET, *Reorganización de los órganos receptores del control de divisas: extinción del IEME y del OCYPE*, en «Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública», 108 (1973), p. 1281 ss.

(26) España se adhiere a los Convenios del «Fondo Monetario Internacional» y del «Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento» por Decreto-Ley de 4 de julio de 1958 y aumenta su cuota por Decreto-Ley de 13 julio 1960, 11 diciembre 1970 y Ley 9 enero 1978. La adhesión a la Corporación Financiera Internacional es por Decreto-Ley 10 marzo 1960. Cfr. CALVILLO, *Quince años de préstamos y deudas con el Banco Mundial*, en «Información Comercial Española», 545 (enero 1979), p. 44 ss.

julio de 1959, se inicia la apertura al capital extranjero para sus inversiones en nuestro país, que se ampliará su régimen jurídico por el Decreto de 31 de octubre de 1974 con un nuevo «Texto refundido de las disposiciones legislativas sobre inversiones extranjeras en España» (27).

Con la Orden Ministerial de 19 de octubre de 1971, se refuerza el control de las relaciones financieras con el exterior en cuanto a los depósitos de la banca privada en pesetas convertibles, obligándole a mantener reservas con la prohibición de pagar intereses sobre sus depósitos con objeto de frenar los movimientos especulativos de capital ante la crisis inflacionista e invasión del dólar (28). La Orden de 16 de marzo de 1973 trata de controlar, todavía más, las cuentas extranjeras en pesetas (29) y establece el doble sistema de las llamadas «Cuentas A y B» (Circular 287, de 23 de marzo de 1973).

A partir del 22 de enero de 1974, el Gobierno español comunicará al «Fondo Monetario Internacional» la libre flotación de cambio de la peseta, aunque indicativamente continuará manteniendo su relación con el dólar (30).

(27) Cfr. BONET CORREA, *El régimen jurídico español de las inversiones de capital extranjero*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXVII-4 (1974), p. 972, con referencias a la legislación y doctrina anteriores; GARCÉS, *Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*. Barcelona, 1975; LUCAS FERNÁNDEZ, *Inversiones extranjeras en España*. Madrid, 1975; AZNAR, *Las inversiones extranjeras en España. Su régimen jurídico*. Madrid, 1976; DÍE LAMANA, *Problemas notariales de las inversiones extranjeras*, en «Revista de Derecho Notarial», 97-98 (julio-diciembre 1978), p. 311; MULLERAT, *La adquisición de bienes inmuebles por extranjeros en España. Especial consideración de las normas de control de cambios*, en «Revista de Derecho Privado» (abril 1979), p. 318 ss.; HERVÁS, *El control de las inversiones extranjeras en España*. Madrid, 1980; FERNÁNDEZ FLORES, *Inversiones extranjeras y valores mobiliarios*. Madrid, 1980.

(28) Cfr. *Fin del dólar oro*, en «Banca Española», 19 (1971), p. 10; TREVES, *La crisi monetaria del 1971 e il diritto internazionale*, en Rivista trimestrale di diritto pubblico (1972), p. 1366; ZEHTNER, *Die Suspendierung der Goldkonvertibilität des Dollars*. Wien, 1973.

(29) Cfr. GIL MENDOZA, *Cuentas extranjeras, inversiones y transferencias: precisión de conceptos*, en «Revista de Derecho Notarial», 55 (1967), p. 205; LUCAS FERNÁNDEZ, *Cuentas corrientes a favor de residentes en el extranjero*, en «Revista de Derecho Privado» (octubre 1973), p. 807 ss.; CONSEJO SUPERIOR BANCARIO, *Transferencias normalizadas en cuentas extranjeras en pesetas*. Madrid, 1975; JOSWIG, *Bankkonten in Spanien*, en «Monatszeitschrift der Deutschen Handelskammer für Spanien», 10 (1979), p. 3.

(30) Nota del Banco de España de 9 de febrero de 1976, por la que se comunica la decisión oficial de «modificar el cambio de intervención de la peseta en el mercado de divisas, fijando dicho cambio en 66,54 pesetas por dólar USA para comprador y 66,60 pesetas para vendedor», por lo que la peseta se devalúa alrededor de un 11 por 100. Igualmente, el Gobierno, el 12 de julio de 1977, modifica el tipo de cambio de la peseta de 69,89 y 70,09 (comprador-vendedor) a 87,07 y 87,33, lo que supone otra devaluación del 19,9 por 100 frente al dólar USA; cfr. ALCAIDE, *Evolución de la cotización de la peseta en relación al dólar*, en el diario «Informaciones» del 12 de

Una medida de liberación para concurrir en el mercado de libre cambio internacional es la admisión y establecimiento de la banca extranjera en España por el Real Decreto 1.388, de 23 de junio de 1978, si bien, hasta ahora, acogida con limitaciones muy concretas y en base al principio de reciprocidad (31). Con esta medida se viene a repercutir en la competitividad del mercado del dinero y la reglamentación bancaria española (32) se verá constreñida a adoptar criterios y técnicas más evolucionadas y adecuadas con la banca internacional, con la que habrá de relacionarse con mayor intensidad. Hay que añadir, la progresiva intensificación de las inversiones españolas en el exterior, cuya nueva normativa, por el Real Decreto 2.236, de 14 de septiembre de 1979, completa nuestras relaciones financieras internacionales (33).

Un paso más hacia la flexibilización y normalización del sistema de control de cambios es la Orden Ministerial de 14 de septiembre de 1979, que liberaliza las llamadas «operaciones invisibles corrientes» (34) (Circular 14/1979 de la Dirección General de Transacciones Exteriores). La «Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios» de 1939 queda derogada por la Ley 40, de 10 de diciembre de 1979, al establecerse un nuevo «Régimen Jurídico del Control de Cambios». Sin embargo, como ya se ha criticado desde una posición

---

juño de 1977, p. 11; GIBAJA, *Devaluación de 13 de julio de 1977. Contabilidad y fiscalidad*, en «Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública», 139 (1979), p. 127 ss.

(31) Cfr. SEBASTIÁN DE ERICE, *Nuevo Decreto sobre establecimiento de la Banca extranjera*, en «Información Comercial Española», 545 (enero 1979), p. 38; FERNÁNDEZ DURÁN, *La segunda entrada de la Banca extranjera en España*, en «Información Comercial Española», 545 (enero 1979), p. 9; ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU, *La Banca extranjera en España*, en «Información Comercial Española», 545 (enero 1979), p. 25; FERNÁNDEZ ROZAS, *Le nouvelle réglementation de la banque étrangère en Espagne*, en «Droit et Pratique du Commerce International» (París, 1979), p. 363 ss.; FRÜHBECK, *La admisión de la Banca extranjera en España*, en «Revista General de Derecho», 416 (1979), p. 559 ss.

(32) Cfr. LÓPEZ-ROA, *Hacia una nueva política financiera española. La liberalización del sistema bancario*, en «Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto», XXXIV-106 (1979), p. 145 ss.; PÉREZ DE ARMIÑÁN, *Legislación bancaria española*, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1980.

(33) «B. O. E.» del 26 de septiembre de 1979. Anteriormente, cfr. CUADRADO ROURA, *Economía y política, de las inversiones españolas en el exterior*, en «Revista Española de Economía», 3 (1973), p. 59; CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE BARCELONA, *Las inversiones españolas en el exterior*. Barcelona, 1973; ABELLA POBLET, *Las inversiones españolas en el extranjero: apertura de nuevos cauces legales*, en «Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública», 108 (1973), p. 1269; CREMADES, *El régimen jurídico y fiscal de las inversiones españolas en Francia*. Madrid, 1974; MINISTERIO DE COMERCIO, *Las inversiones españolas en el extranjero*. Madrid, 1976; SÁNCHEZ MUÑOZ, M., *Inversiones en el exterior con fines comerciales*, en «Información Comercial Española», 555 (1979), p. 77, y *Nuestras inversiones en el exterior*, en «Coyuntura Financiera», 72 (1980), p. 23.

(34) Cfr. BOND, Mariane E., *The World Trade Modell: Invisibles*. en «Staff Papers», 26-2 (1979), p. 257 ss. V. la «Circular interna de la Dirección General de Transacciones Exteriores sobre soluciones a las consultas presentadas por los Bancos sobre la Circular 14/1979».

liberal (35), esta Ley viene a continuar el mismo régimen de monopolio estatal sobre la moneda extranjera y demás medios de cambio y de pago hacia el exterior o del exterior de nuestro ámbito nacional.

Aunque esta Ley pretenda presentarse con un tono de disposiciones facultativas o dentro de un marco general permisivo (36) («podrá prohibir», según su texto), frente al carácter imperativo absoluto de la antecedente Ley Penal de Delitos Monetarios, en realidad va a mantener el anterior carácter interventor y prohibitivo, puesto que quedan sometidos «todos» los actos, negocios, transacciones y operaciones (Artículo Primero) y, también, prohíbe, somete a autorización previa, verificación o declaración, así como, en general, a cualquier tipo de control administrativo (Artículo Segundo, Dos).

Efectivamente, la regla general todavía sigue siendo el alcance prohibitivo total de la normativa anterior con la excepción de la liberalización para las operaciones invisibles corrientes (Circular 14/1979). Así, por Real Decreto 422, de 7 de marzo de 1980, se prorroga, si bien con carácter provisional, la ordenación anterior a derogar (37); a este respecto, el Artículo Primero dispone: «En el ejercicio de las facultades encomendadas al Gobierno por el Artículo segundo de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre el «Régimen Jurídico del Control de Cambios», se declaran prohibidas, sometidas a autorización previa, verificación o declaración de las mismas operaciones que están sujetas a esta forma de control por las normas de control de cambios vigentes a la fecha de este Decreto». Y, el Artículo Segundo, añade: «El presente Real Decreto entrará en vigor al mismo tiempo que la Ley 40/1979, de 10 de diciembre».

La nueva Ley sobre el régimen jurídico de control de cambios consta de cuatro capítulos: el primero, establece el «régimen general de control de cambios»; el segundo, sanciona los «delitos

(35) CABRILLO y SEGURA, *Dinero y libertad económica. Una crítica al control de cambios en España*. Madrid, 1979.

(36) En este sentido, SOUVIRÓN, *Notas sobre una futura normativa de control de cambios*, en «Información Comercial Española», 556 (1979), p. 114.

(37) Ante una normativa que se presenta tan maniobrera y contradictoria, por ser provisional y reformada al mismo tiempo, va a ocasionar graves cuestiones interpretativas y, en definitiva, los particulares quedan al arbitrio exclusivo de los ejecutivos de la Administración con grave detrimento de sus derechos e intereses, contrapuestos a unos indefinidos «intereses sociales» (artículo 7, 4) en «defensa de la economía nacional» (Preámbulo II del Proyecto de Ley). También es una razón poco convincente la justificación política expresada en este Real Decreto 422, el que «la necesidad de que la Reglamentación de Cambios que en breve se dicte en cumplimiento de la citada Ley sea objeto de cuidadosa consideración por parte de la Administración y de los correspondientes órganos consultivos para su oportuna aprobación por el Gobierno, sin que por otra parte ello repercuta en la adecuada transición al sistema establecido por la Ley 40/1979, ha previsto, en tanto no se promulgue la citada Reglamentación, determinar con carácter general las operaciones sometidas a intervención».

monetarios»; el tercero, determina las «infracciones administrativas» y; el cuarto, se refiere a la «inspección e investigación» que ejercerán los funcionarios de la Administración respecto a las actividades que puedan dar lugar a una infracción de la Ley

En cuanto al «régimen general de control de cambios», el Artículo Primero de la Ley establece su ámbito de aplicación personal y material, al someter bajo su jurisdicción los actos, negocios, transacciones y operaciones de toda índole entre residentes y no residentes (personas físicas y jurídicas) (38) que supongan, o de cuyo cumplimiento se deriven o puedan derivarse, cobros o pagos exteriores. En el Artículo Segundo, especifica las modalidades de control que ejercerá la Administración económica del Estado al «poder prohibir» (de modo general o particular), al someter a una «autorización previa» al tener que hacer una «verificación» o una «declaración» y, en general, el recurrir a «cualquier tipo de control administrativo».

Estas modalidades de control, tan amplias como variadas, tanto constitutivas como meramente declarativas, previa, durante o posteriormente al acto o negocio realizado por las partes, también se ejercen sobre la amplia y total gama de bienes, títulos y derechos; así, los actos de adquisición y disposición realizados sobre bienes o derechos (muebles o inmuebles, acciones, obligaciones, cuotas representativas, participaciones o cualquier otro título mobiliario) poseídos en el extranjero y los mismos actos referentes a bienes o derechos poseídos en España (en sociedades o empresas aquí domiciliadas), cuando el adquirente o disponente sea un no residente; también quedan comprendidos en la Ley, los actos y negocios por los que un residente resulte o puede resultar acreedor o deudor de un no residente y los actos de disposición realizados sobre los derechos y obligaciones de aquéllos; además los actos o negocios en virtud de los cuales un residente constituya o adquiera o disponga de haberes en divisas, o un no resi-

---

(38) Según el Artículo cuarto: «Uno: son residentes, a los efectos de la presente Ley, las personas físicas domiciliadas en territorio español o que residan principalmente en España, y las personas jurídicas con domicilio social en España. Las personas físicas de nacionalidad española que residan en el extranjero tendrán la consideración de residentes respecto al patrimonio constituido en España con anterioridad a su toma de residencia en el extranjero, y a las rentas procedentes del mismo». «Dos. Son no residentes las personas físicas domiciliadas en territorio extranjero o que tengan allí su residencia principal y las personas jurídicas con domicilio social en el extranjero. Las personas físicas de nacionalidad española que residan en España tendrán la consideración de no residentes respecto al patrimonio constituido fuera de España, durante su residencia en el extranjero». «Tres. La cualidad de residentes o no residentes de los establecimientos y sucursales de las personas jurídicas españolas en el extranjero, y de las personas jurídicas extranjeras en España, se determinará reglamentariamente». «Cuarto. La residencia o no residencia se acreditará en la forma que reglamentariamente se establezca», cfr. ESPINAR, *El concepto de residencia habitual en el sistema español de Derecho internacional privado*, en «Revista de Derecho Privado» (enero 1980), p. 3 ss.

dente constituya, adquiera o disponga de haberes en pesetas (cuentas abiertas en Bancos, en entidades o sociedades de ahorro o capitalización); igualmente quedan sometidos los actos de cobro y pago entre residentes y no residentes, la importación y exportación de oro amonedado o en barras o billetes de Banco, medios de pago de cualquier clase y, en general, títulos representativos de derechos, estén cifrados en pesetas o en moneda extranjera (artículo tercero). En cuando al ámbito material de aplicación de la Ley en el espacio, queda sometida la tenencia en territorio español por parte de residentes y no residentes de medios de pago de cualquier clase y, en general, de títulos representativos de derechos cifrados en moneda extranjera o en pesetas por parte de los no residentes, así como la tenencia en el extranjero, por parte de residentes, de cualquiera de tales medios de pago y títulos y la venta a través del mercado español de divisas de aquellas que los residentes posean o adquieran (Artículo Cuarto). Para la tramitación de las operaciones reguladas por esta Ley ante la Administración y poder obtener una autorización, así como cualquier tipo de control administrativo, ésta puede valerse de entidades colaboradoras, como son los institutos de crédito y Bancos operantes en España; estas entidades autorizadas quedan sujetas al deber de colaboración con los organismos encargados del control de cambios y de la vigilancia de los delitos monetarios (39). (Artículo Quinto de la Ley).

En cuanto a los «delitos monetarios», el Artículo Sexto sanciona que: «Cometen delito monetario en perjuicio de la economía nacional (40) los que contravinieren el sistema legal de con-

---

(39) Cfr. CASES, *Contrabando: las monedas de oro y sus reproducciones son género de lícito comercio*, en «Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública» (septiembre-diciembre 1977), p. 1375 ss. Las entidades colaboradoras que incumplan este deber podrán considerarse incurso en los artículos 56 y 57 de la Ley de Ordenación Bancaria, con independencia de la suspensión o revocación de la autorización referida. Además, según el artículo octavo, «los administradores, directivos o empleados de las entidades autorizadas referidas en el artículo quinto que por negligencia en el ejercicio de sus funciones, apreciada por los Tribunales, hayan facilitado la comisión de alguna de las conductas descritas en el artículo sexto serán castigados con multa de hasta dos millones de pesetas». También el artículo once decide que: «Uno. Serán sancionados con multa de hasta un millón de pesetas, como autores de una «infracción administrativa», los administradores, directivos o empleados de las entidades autorizadas referidas en el artículo quinto, que, por actos u omisiones negligentes en el ejercicio de sus funciones, hayan facilitado la comisión de alguna infracción administrativa de las contenidas en esta Ley. Esta sanción será siempre inferior a la que corresponda a la infracción principal. Dos. En estos supuestos podrá acordarse además por la autoridad competente para ello la suspensión o revocación de la autorización prevista en el artículo quinto».

(40) Cfr. RUIZ VADILLO, *Algunas consideraciones sobre la lucha contra los atentados a la economía nacional*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 3 (1979), pág. 191.

trol de cambios (41) mediante cualquiera de los actos u omisiones siguientes, siempre que su cuantía exceda de dos millones de pesetas: A) Los que sin haber obtenido la autorización previa o habiéndola obtenido mediante la comisión de un delito: Primero. Exportaren moneda metálica o billetes de Banco españoles o extranjeros, o cualquier medio de pago o instrumentos de giro o de crédito, estén cifrados en pesetas o en moneda extranjera. Segundo. Importaren moneda metálica española, billetes del Banco de España o cualquier medio de pago o instrumentos de giro o crédito cifrados en pesetas. Tercero. Los residentes que constituyesen, o adquiriesen a título oneroso, en el extranjero, bienes o derechos de contenido patrimonial o crediticio. Cuarto. Los que en territorio español, eludiendo el control de cambios aceptaren cualquier pago, entrega o cesión de pesetas de un no residente, o por su cuenta, o los realizaren en su favor o por su cuenta. B) Los residentes que no pusieren a la venta, a través del mercado español autorizado y dentro de los quince días siguientes a su disponibilidad, las divisas que posean. C) El que obtuviere divisas mediante alegación de causa falsa, o por cualquier otra forma ilícita. D) El que destinare divisas lícitamente adquiridas a fin distinto del autorizado».

Resulta, pues, que los actos realizados contra Ley («los que contravinieren el sistema legal de control de cambios»), como son los que no han obtenido la previa autorización correspondiente o, bien, obteniéndola realizan simulación o fraude (alegación de causa falsa) o «destinar a fin distinto»), se sancionan, tan sólo, con la ilicitud constitutiva de un «delito monetario» si alcanza la suma o cuantía monetaria que exceda de dos millones de pesetas, pero no con la nulidad del acto, ya que, de acuerdo con el artículo 6.3 del Código civil, «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»; el «efecto distinto» que aquí se establece como sanción, se recoge en el Artículo Séptimo, al constituir delito monetario castigado: «Primero. Con la pena de presidio mayor y multa del tanto al décuplo de la cuantía del delito, cuando exceda de cincuenta millones de pesetas. Segundo. Con la pena de presidio menor y multa del tanto al quíntuplo cuando exceda de diez millones de pesetas y no pase de cincuenta millones de pesetas. Tercero. Con la pena de arresto mayor y multa del tanto al triplo cuando exceda de cinco millones de pesetas y no pase de diez millones de pesetas. Cuarto. Con la pena de multa de tanto al duplo, cuando exceda de dos millones de pesetas y no pase de cinco millones de pesetas».

---

(41) Cfr. CASES, *Delitos monetarios: la ausencia de voluntariedad determina la inculpabilidad*, en «Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública» (septiembre-diciembre 1977), p. 1383 ss.; ALVAREZ PASTOR, *El control de cambios y los delitos monetarios en España*, en «Información Comercial Española», 556 (1979), p. 121 ss.

Esta Ley, como la anterior, concede un amplio margen al arbitrio judicial, tanto para la graduación de las penas (máximas y mínimas) como para calibrar «la trascendencia económica del hecho para los intereses sociales», las especiales circunstancias, la personalidad del culpable o cuando se produzca la repatriación del capital. Además, el Código penal se aplicará con carácter supletorio (Artículo Séptimo).

La «Ley del Régimen Jurídico del Control de Cambios», aunque se trata de una norma exclusivamente de ámbito nacional, comporta una cierta extraterritorialidad, al establecer su Artículo Noveno que: «Los Tribunales españoles serán competentes para el conocimiento de los delitos establecidos en el Artículo Sexto de la presente Ley, cualquiera que fuere el lugar donde hubieran sido ejecutados los hechos». Es que, al ser España un país miembro de las Naciones Unidas y haber aceptado los Acuerdos del «Bretton Woods», donde se reconoce el respeto mutuo a los regímenes de control de cambios de los demás países miembros (Artículo VIII, 2 (b), si el acto o negocio ha de ejecutarse en nuestro país, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 10.10 del Código civil, en cuanto norma de Derecho internacional privado, según se analizará en concreto en el capítulo final de este estudio (42).

En cuanto al procedimiento, esta Ley dispone que conocerán los hechos y casos ocurridos los Jueces y Tribunales españoles de la jurisdicción penal competente que aplicarán los procedimientos de los delitos monetarios que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Real Decreto-Ley 1, de 4 de enero de 1977 (42 bis).

---

(42) Este criterio lo acepta el Tribunal Supremo alemán: Bundesgerichtshof. Urteil vom 8.3. 1979. VII ZR 48/78, cfr. RJW/AWD-Recht der Internationalen Wirtschaft, 6 (juni. 1979), p. 419 ss.

(42 bis) Según el artículo noveno, cuarto, se dispone: a) En todo caso, los Jueces y Tribunales de la jurisdicción penal competente para conocer de los delitos de esta Ley podrán requerir el conocimiento de cualquier expediente que se esté instruyendo por la Administración por hechos sancionados en esta Ley, de oficio o por denuncia, y la Administración tendrá la obligación de remitir las actuaciones, sin que quepa el planteamiento de conflicto jurisdiccional. Igual obligación de remisión tendrá la Administración cuando, con motivo del conocimiento de un expediente administrativo en materia de control de cambios apreciase indicios de que el hecho puede ser constitutivo de delito sancionado en el artículo sexto de esta Ley. b) Mientras estuviera conociendo de un hecho la autoridad judicial, la Administración se abstendrá de toda su acción sancionadora en relación con las conductas origen del mismo. La actividad sancionadora de la Administración, en virtud de las infracciones administrativas previstas en esta Ley, sólo podrán iniciarse o continuarse cuando el proceso penal termine por sentencia absolutoria u otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad penal, siempre que estén basadas en motivo que no sea la inexistencia del hecho, la declaración expresa de no haber participado en él el acusado o la excepción de responsabilidad penal del mismo

En cuanto a la responsabilidad civil que determine la sentencia, de acuerdo con el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se sigue lo dispuesto en el artículo 104 del Código penal, donde se concreta que «la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado, por razón del delito, a su familia o a un tercero. Los Tribunales regularán el importe de esta indemnización en los términos prevenidos para la reparación del daño en el artículo precedente.

La novedad que introduce esta Ley del régimen jurídico del control de cambios es la diversificación y graduación de sus sanciones, puesto que, junto a los delitos monetarios, exclusivos en la normativa anterior, ahora se añaden unas «infracciones administrativas». La Administración económica del Estado se ha dado cuenta de que, en otras circunstancias no bélicas o postbélicas, distintas a las que inspiraron la Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios de 1938, la sanción exclusiva como delito para toda contravención era inapropiada y excesiva en cuanto a toda una gama de hechos y relaciones sobre las divisas o los títulos que comportan trasacciones monetarias con el exterior. A mi juicio, únicamente las infracciones administrativas deberían de componer el sistema punitivo de un régimen actual de control de cambios, máxime cuando nuestros principios constitucionales están basados en un Estado de Derecho en el que el ciudadano tiene la máxima libertad para el manejo de su patrimonio dentro de una economía de mercado y, además, cuando aspira a integrarse en la Comunidad Económica Europea, donde una de sus exigencias y derechos es el de la libre circulación de bienes y capitales.

Las infracciones administrativas con que sanciona la Ley vigente se establecen en el Artículo diez, donde se gradúan en «graves» y «leves». A este respecto, se dispone: «Uno. Constituye infracción administrativa grave en materia de control de cambios: a) Las conductas previstas en el Artículo sexto de esta Ley, cuando su cuantía supera las 20.000 pesetas sin exceder de dos millones. b) Cualquier otro acto de los previstos en el Artículo segundo de esta Ley y no tipificado en su Artículo sexto, cuando se haya ejecutado sin la autorización administrativa prescrita expresamente en las normas de control de cambios o con ella, si hubiese sido obtenida ilícitamente». «Dos. Constituye infracción administrativa leve toda acción u omisión realizada con incumplimiento de las normas reguladoras del control de cambios y no constitutiva de delito o infracción grave». «Tres. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de la mitad al tanto del contenido económico del acto ejecutado, sin que en ningún caso la sanción pueda ser inferior a diez mil pesetas. Las infracciones leves serán

---

Sin embargo, en estos dos últimos supuestos la Administración podrá sancionar las infracciones administrativas relacionadas con el hecho y cometidas por tercero no sujeto al procedimiento penal».

castigadas con multa en cuantía no inferior a diez mil pesetas y que no exceda de la mitad del contenido económico». «Cuatro. Como sanción accesoria podrá acordarse el comiso de la moneda española, divisas, objetos y cualquier otro de los elementos por cuyo medio se cometan las infracciones previstas en este capítulo» (43). «Cinco. La sanción se graduará teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en los hechos y en las personas responsables de los mismos, debiendo tomarse en consideración, en su caso, la repatriación del capital».

Mientras que para los delitos monetarios son competentes los «Juzgados Centrales de Instrucción» dependientes de la «Audiencia Nacional», corresponde a la Administración del Estado, según el Artículo doce, el conocimiento de las infracciones previstas en el Artículo diez de esta Ley, a través de los órganos que tengan atribuida la competencia sustantiva específica para la regulación y vigilancia del control de cambios con el exterior.

Para la imposición de las sanciones administrativas se aplicará el procedimiento sancionador regulado por el Capítulo II del Título IV de la Ley de Procedimiento Administrativo. La sanción que en su caso corresponda se impondrá mediante resolución de: a) El Consejo de Ministros, si la sanción es superior a diez millones de pesetas. b) El Ministro o Secretario de Estado según se expresa en el número uno, si la sanción es superior a cinco millones de pesetas y no exceda de diez. c) Los Directores Generales en las sanciones que no excedan de diez millones de pesetas.

Las resoluciones que se dicten por los órganos a que se refiere el número tres del Artículo anterior—dispone el Artículo trece—serán susceptibles de recurso de acuerdo con lo previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo y en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Las infracciones administrativas previstas en la presente Ley prescriben a los tres años y las sanciones correspondientes impuestas en virtud de resolución firme, a los cuatro años.

Según el Artículo catorce de la Ley, cabe que un infractor pueda reconocer ante la Administración, en el curso del procedimiento sancionador y, en todo caso, antes de que se formule propuesta de resolución, su responsabilidad por una infracción administrativa de control de cambios cuya cuantía no exceda de veinte millones de pesetas, por lo que se podrá solicitar de la Administración que interrumpa la tramitación del expediente ordinario, siempre que concurran las siguientes circunstancias: a) Que el responsable ponga de manifiesto ante la Administración los antecedentes que permitan el total esclarecimiento de los hechos. b) Que no sea reincidente. c) Que el daño causado sea debidamente reparado a juicio de la Administración (44).

(43) Cfr. MANZANARES, *La pena de comiso*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», 216-219 (1977), p. 7 ss.

(44) El apartado «dos» de este artículo 14 añade que, «constatada la concurrencia de las circunstancias expuestas en el número anterior, el ins-

Otro aspecto procesal es el que se constata en el Artículo quince, donde «la Administración podrá acordar, durante la tramitación de un procedimiento administrativo relativo a una presunta infracción en materia de control de cambios, que se constituya garantía suficiente para asegurar las responsabilidades que, en su caso, pudieran derivarse». «El importe de la moneda española o divisas intervenidas podrá aplicarse, en su caso, a la constitución de la garantía mencionada en el Artículo anterior».

La nueva legislación sobre el régimen jurídico del control de cambios dedica un Capítulo IV a la «inspección e investigación» que ejercerá la Administración pública con sus órganos competentes a fin de comprobar cuantas situaciones y actividades pudieran dar lugar a su infracción (Artículo dieciséis). Para llevar a cabo esta finalidad también se crea una «Comisión de Vigilancia de las Infracciones del Control de Cambios» con sus órganos correspondientes para desarrollar las actividades de investigación y prevención de los delitos monetarios y las infracciones administrativas y se coordinará con otros organismos de la Administración para que puedan colaborar a estos fines.

Los órganos competentes de la Administración, así como los dependientes de la Comisión de Vigilancia citada (45), llevarán a cabo, a petición de los órganos judiciales, de otros órganos de la Administración, o por propia iniciativa, actuaciones de investigación cerca de los particulares que directa o indirectamente conduzcan al esclarecimiento de los hechos que pudieran ser constitutivos de delito o infracción administrativa o prevención de los mismos (Artículo diecisiete).

---

tractor acordará la interrupción del expediente ordinario y elevará al órgano competente propuesta de resolución para la imposición de la multa, cuyo importe no podrá superar el 50 por 100 de la cuantía de la infracción. El órgano competente resolverá en el plazo de treinta días sobre la imposición de la multa o la prosecución del expediente ordinario». Y el apartado «tres» añade: «A estos efectos la Administración valorará las circunstancias previstas en el número cinco del artículo diez de esta Ley y tendrá especial consideración que el interesado haya puesto de manifiesto la infracción espontáneamente ante la misma con anterioridad a cualquier actuación administrativa, comunicación o denuncia relacionada con aquélla».

(45) Según el artículo 18, «el personal encargado de realizar las actuaciones referidas en el artículo anterior podrá, en el ejercicio de sus funciones, tener acceso a los establecimientos o lugares en que las personas físicas o jurídicas sometidas a investigación desarrollan actividades que pudieran ser constitutivas de delito monetario, con el fin de practicar registros y examinar toda clase de documentación que pudiera estar relacionada con los hechos». «Para la entrada en cualquier lugar cerrado serán de aplicación las reglas a este respecto contenidas en el artículo VIII del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». «Reglamentariamente se dispondrá el procedimiento para realizar dichas actuaciones de investigación de forma que su eficacia no se logre en perjuicio de la igualdad y de los derechos de la persona». Por último, el artículo 19 dispone que, «si efectuada por la Administración la correspondiente investigación se concluyeran de la misma indicios de la comisión de alguno de los delitos a que se re-

### 3. El sistema monetario vigente

El ordenamiento monetario español, que tiene como unidad de medida básica la «peseta», entra en su tercer período histórico a partir de la Ley 10, de 12 de marzo de 1975.

Mientras que el primer período de creación de la peseta, por el Real Decreto de 19 de octubre de 1868 —según queda visto— se basó en un sistema monetario bimetalista oro-plata, el segundo, a partir de las Leyes de 20 de enero y 9 de noviembre de 1939, por las que se priva de curso legal a las monedas de plata y se impone el curso forzoso de los billetes del Banco de España, se inaugura un nuevo sistema monetario fundamentalmente fiduciario, si bien, una vez que se han recuperado los fondos oro y plata (46), las sucesivas disposiciones normativas (Ley de 18 noviembre 1946, Decretos-Ley de 4 julio 1958 y 19 noviembre 1967) vuelven a establecer la paridad de la peseta en base a un sistema monetario cuasi-metálico, por serlo «valor oro» y «valor dólar-oro». Si bien el sistema monetario bimetalista del primer período se basa en un incipiente nominalismo legalista, en el que todavía el criterio metalista predomina en los ambientes financiero y bancario, en el segundo período del sistema monetario fiduciario, se consagra totalmente y de una manera efectiva el principio nominalista del dinero, aunque sólo sea referido a la única modalidad de moneda circulante, los «billetes del Banco de España» (47).

La Ley 10, de 12 de marzo de 1975, aunque establecida fundamentalmente, para la regulación de la moneda metálica fraccionaria, implanta el nuevo sistema monetario vigente, que se irá complementando con otras normas sobre los planes de acuñación respecto a la cifra máxima de circulación que se concreta anualmente (48).

---

fiere esta Ley, el organismo competente lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial, a la que se remitirán cuantas actuaciones se hubieran practicado».

(46) Cfr. MATEU LLOPIS, *La moneda española*. Barcelona, 1946; SÁNCHEZ PEDREÑO, *El análisis monetario en España*. Madrid, 1960-1961.

(47) Por la Ley de 9 de noviembre de 1939 y la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 (art. 1.º, c), se admite el principio nominalista, aunque solamente resulte de un modo implícito para el papel-moneda, cuando se dispone que: «Los billetes del Banco de España son, preceptivamente, medio legal de pago con pleno poder liberatorio», cfr. *Billetes de Banco*, en «Diccionario de Derecho Privado», I (Barcelona-Madrid, 1950), p. 685; ROBLES, *Billete de Banco*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica» (Seix), III (Barcelona, 1951), p. 418; MARTÍN MATEO, *Moneda*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica» (Seix), (Barcelona, 1978), p. 584.

(48) Así, las Leyes de 19 y 30 de diciembre de 1975 y los Decretos 3.477, 3.478, 3.479 y 3.480 de 19 de diciembre de 1975; la Orden de 24 de enero de 1976, el Decreto de 12 de noviembre de 1976; la Ley de 19 de enero de 1978 y el Decreto de 10 de febrero de 1978; la Ley de 19 de julio de 1979, el Real Decreto de 19 de octubre de 1979 y la Ley de 29 de diciembre de 1979, cfr. *Se acuñarán monedas por valor de once mil millones de pesetas*, en el diario «ABC» de 4 noviembre 1979, p. 40.

Esta Ley, que surge del cambio de régimen político a una monarquía consolidada, paradójicamente ya no se expresa como las anteriores, que se referían a la tradición histórica recogida en el Fuero Viejo (Ley 1, Tít. 1, Lib. 1) y continuada por la Constitución de 1876 (art. 54) y la Ley de 20 de enero de 1939, donde «la acuñación era una prerrogativa de la Corona y pertenece al señorío del Rey», sino que, ahora, en el artículo 1.º, se mantiene que: «La acuñación de la moneda es potestad exclusiva del Estado y se ejercerá de acuerdo con lo que se dispone en la presente Ley». De este modo, se prevé ya y se va a coincidir con lo establecido por la Constitución española de 1978, en su artículo 149, 1, 11, según el cual, «el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias»: «11. Sistema monetario, divisas, cambio, convertibilidad bases de la ordenación del crédito, banca y seguros». Con esta Ley de 1975, en su artículo 2, se vuelve a confirmar que «la unidad en el sistema monetario español es la peseta, que equivale a cien céntimos» y sus monedas metálicas se compondrán con valores de cincuenta céntimos, una, dos, cinco, diez, veinticinco, cincuenta y cien pesetas.

Esta Ley faculta al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda (art. 4), dentro de los límites señalados por las leyes aprobatorias de los «Presupuestos generales del Estado», para establecer el límite máximo que podrá alcanzar la circulación de moneda metálica (art. 3) y pueda acordarse su emisión y acuñación, así como su aleación (49), peso, forma y dimensiones, además de las leyendas y motivos de su anverso y reverso. Las monedas se acuñarán por cuenta del Estado (art. 5) y se entregarán al Banco de España (art. 6), pudiendo el Gobierno, al acordar la emisión de cada especie de moneda, el disponer la retirada de la circulación de las otras monedas (art. 7); por último, la «Disposición final» deroga las disposiciones que se opongan a la presente Ley en las materias relativas a la misma, si bien, su «Disposición transitoria» permite que «continúen en circulación con el poder liberatorio que tengan legalmente reconocido las monedas que componen el sistema monetario actual».

El sistema monetario español, pues, queda compuesto por este conjunto de normas sobre la moneda metálica fraccionaria y por las que se refieren al papel-moneda, o billetes del Banco de España, según se dispone por la «Ley de Ordenación Bancaria», de 31 de diciembre de 1946; para esta Ley, el Estado confiere al Banco de España la emisión y los límites que podrá alcanzar, mediante una norma (art. 1), cuyos pormenores estatuye el Reglamento de

---

(49) El Decreto de 19 de diciembre de 1975, que dispone las normas concretas para la emisión y acuñación del nuevo sistema de moneda metálica, establece que su aleación sea de cobre-níquel en un 25 por 100 y de níquel-aluminio.

dicho Banco, de 23 de marzo de 1948, confirmados por la «Ley de Bases de Ordenación del Crédito y de la Banca», de 14 de abril de 1962, por la que se nacionalizó el Banco de España (50).

El sistema monetario español vigente resulta así de carácter totalmente fiduciario, sin referencia o base a metal noble alguno y, si bien sigue basándose implícitamente en una concepción nominalista del dinero, al no haberse adoptado imperativamente, resulta un nominalismo facultativo (51), con la posibilidad de ser excepcionado por las partes contractualmente en sus relaciones patrimoniales, mediante cláusulas de valor, respecto a sus créditos y pagos (52).

Una vez que España también abandona el sistema internacional de «Bretton Woods» (53) y una Comisión interministerial permite *de facto* la flotación de la peseta, ya no se tendrá un cambio fijo y se le hará variar de tiempo en tiempo; así, la «Nota», del Banco de España, de 9 de febrero de 1976, comunicó la decisión oficial de «modificar el cambio de intervención de la peseta en el mercado de divisas, lo que implicaba una devaluación; lo mismo sucederá en otra Nota del Gobierno de 12 de julio de 1977, con una nueva devaluación de la peseta.

La política monetaria de estos últimos años (54) resulta muy

(50) Cfr. RUIZ ALONSO, *Notas sobre la organización bancaria española*, en «Revista Jurídica de Cataluña» (1969), p. 34 ss.; MARTÍN OVIEDO, *Derecho bancario español*. Madrid, 1977; PÉREZ DE ARMIÑÁN, *Legislación bancaria española*, 5.ª ed. Madrid, 1979.

(51) Sobre el análisis de este tipo de nominalismo monetario, cfr. STÜTZEL, *Das Mark-gleich-Mark-Prinzip und unsere Wirtschaftsordnung. Über den sogenannten Nominalismus, insbesondere im Schuld- und Steuerrecht*. Baden-Baden, 1979, p. 27 ss.

(52) Cfr. BONET CORREA, *Las cláusulas de estabilización en las obligaciones pecuniarias*, en Revista de Derecho Notarial, XL (1963), p. 91 ss.; DEL VALLE ITURRIAGA, *La inflación y las cláusulas estabilizadoras en los contratos*, en Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 5 (1977), p. 3 ss.; VATTIER FUENZALIDA, *Problemas de las obligaciones en el Derecho español*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 536 (1980), p. 41 ss.

(53) Desde que el Presidente Nixon declaró la inconvertibilidad del dólar (1971) y se revela su gigante inflación, ciento cuarenta naciones del ámbito no comunista tratan de llegar a una reforma del sistema monetario internacional; una primera fase la constituye su reunión en Kingston (Jamaica), en 1976, donde se reconocen los «derechos especiales de giro» y se renuncia a la base oro; la segunda reunión, celebrada en Hamburgo (República Federal de Alemania), del 21 al 26 de abril de 1980, se propone la operación «Substitutionskonto», según la cual, los Bancos centrales de los diversos países, que tengan grandes reservas de dólares las depositen en el «Fondo Monetario Internacional» y las inscriban como «derechos especiales de giro; los dólares así neutralizados, el Fondo los invierte en títulos-valores a largo plazo del Gobierno USA. La operación es voluntaria, pero llena de incógnitas y dudas. Como dice HERLT, *Das neue Riesenspielzeug*, en «Di Zeit», 21 (del 16 de mayo 1980), p. 18, ante la incapacidad para encontrar soluciones políticas, una vez más se vuelve a los oscuros recursos técnicos.

(54) Cfr. MOLTÓ, *La política monetaria en 1978. Perspectivas para 1980*, en «Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto», 107 (1979), p. 73 ss.; *Objetivos monetarios para 1980: la inflación como telón de fondo*, en «Coyuntura Financiera», 67 (1979), p. 6 ss.

expansiva y desequilibrada debido al fuerte incremento del gasto público, por lo que los medios de pago de inmediata disposición han crecido anualmente en un 20 por 100 (54 bis) mientras que el producto interior bruto (bienes y servicios) sólo ha aumentado el 1,5 por 100 (55).

Por último, el sistema monetario español tiene un reto ante la Europa comunitaria, una vez que se incorpore a su seno, lo que le conducirá a tener que adoptar criterios y normas de unificación monetaria (56).

---

(54 bis) Sobre el mercado monetario, cfr. ORTEGA, *Problemas y perspectivas en la instrumentación de la política monetaria*, en *Coyuntura Económica*, 8 (1977), p. 34 ss.; ROJO Y PÉREZ, *La política monetaria en España. Objetivos e instrumentos*, Servicio de Estudios del Banco de España, Madrid 1977; ZURUTUZA Y ORDUÑA, *El mercado monetario en España*, en *Información Comercial Española*, 560 (abril 1980), p. 123 ss.

(55) V., *Inflación y medios de pago*, en «El Economista», 4708 (9 febrero 1980), p. 3; *Creciente apelación del Tesoro al Banco de España*, en «Coyuntura Financiera», 72 (1980), p. 8. *El gasto público de consumo, motor de la inflación*, en «El Economista», 4738 (6 septiembre 1980), p. 3.

(56) Cfr. GARCÍA SOLANES, *Las crisis monetarias y las posibilidades de participación de la peseta en los proyectos de unificación monetaria europea*, en «Revista de Instituciones Europeas», 3-3 (1976), p. 701; O'BRIEN, *La internacionalización del capital en España*, en «Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto», 105 (1978), p. 187; EGUIDAZU, *El sistema monetario europeo*, en «Información Comercial Española», 550-551 (1979), p. 45; GALA, *El sistema monetario europeo*, en «Revista de Instituciones Europeas», 2 (1979), p. 481; PERPIÑA GRAU, *Reflexiones ante la instauración de un sistema monetario europeo (S. M. E.). ¿Anécdota o categoría?*, en «Revista de Política Internacional», 161 (1979), p. 15 ss.



# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**CORRAL, Carlos; ECHEVARRIA, Lamberto de:** «Los Acuerdos entre la Iglesia y España». Comentario patrocinado por las Universidades Pontificias Comillas (Madrid) y de Salamanca. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1980, 810 págs. + XVI págs. y tres sin pagnar.

Bajo la alta dirección de los profesores Corral y Echevarría se encargan y publican una serie de estudios a distinguidos especialistas; los que reunidos en este libro han venido a formar el comentario más completo y autorizado de los cinco Acuerdos entre la Santa Sede y el Gobierno español.

Hubiera sido deseable dar cuenta detallada del contenido de cada uno de los trabajos publicados; su número lo impide, pues ello no lo permite el espacio del que disponemos en esta sección del ANUARIO. Para orientación del lector podrá bastar con la indicación del contenido de la obra y alguna indicación final.

Se abre el libro con una «Presentación», debida al Nuncio de Su Santidad, en la que se explican los objetivos de los Acuerdos, diferenciados, pero complementarios: «...delimitar los espacios de mutua independencia entre la Iglesia y el Estado y definir los centros de mutua cooperación y colaboración en beneficio de la persona humana». Los que se han tratado de conseguir con unos textos «flexibles» fundamentados en el sentido común, lo que «dio lugar a algunas remisiones a niveles de ejecución más cercanas a esa realidad tan cambiante y plural que constituye nuestra sociedad».

En una breve Prelusión, los directores de la publicación explican el nacimiento y propósito de los comentarios de los Acuerdos: el de que sean aplicados con la mayor perfección y facilidad posibles.

La obra se divide en ocho partes. La primera contiene tres «Estudios introductorios»: Introducción histórico-judica, por Antonio Marquina, profesor de la Universidad Complutense de Madrid; Introducción teológico-doctrinal, por Teodoro Ignacio Jiménez Urresti, profesor en la Universidad Pontificia de Salamanca; Historia del texto, por José María Díaz Moreno, profesor de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.

La parte segunda, «Acuerdo básico», comprende estos trabajos: El sistema constitucional y el régimen de acuerdos específicos, por Carlos Corral, profesor en la Universidad Pontificia Comillas, Madrid; Nombramiento de obispos, por Tomás García Barberena, profesor en la Universidad Pontificia de Salamanca; Renuncia al privilegio del fuero, por Francisco Lodos, profesor de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.

La parte tercera, «Acuerdo sobre asuntos jurídicos», incluye: Principios inspiradores, por Lamberto de Echevarría, profesor en la Universidad Pontificia de Salamanca; Personalidad, autonomía y libertad de la Iglesia, por Julio Manzanares, profesor de la Universidad Pontificia de Salamanca; Per-

sonalidad civil de los entes eclesiásticos, por José María de Prada, Notario de Madrid; Actividades benéficas y asistenciales de la Iglesia, también por José María de Prada; Sistema matrimonial concordado, por Mariano López Alarcón, vicerrector de la Universidad de Murcia; Causas matrimoniales, por León del Amo, Decano (jubilado) de la Rota.

La parte cuarta, «Acuerdos sobre enseñanza y asuntos culturales», consta de: Principios de Filosofía del Derecho y doctrina eclesial en materia educativa, por Luis Vela, Decano en la Universidad Pontificia Comillas, Madrid; Principios inspiradores y garantía de los derechos fundamentales en la enseñanza, por Carlos Corral, vicedecano en la Universidad Pontificia Comillas, Madrid; Enseñanza de la religión, por José Luis Santos, profesor en la Universidad de Granada; Seminarios y centros de ciencias eclesiásticas, por José María Piñero, profesor en la Universidad Pontificia de Salamanca; Universidades de la Iglesia, por Urbano Valero, rector de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid; Centros docentes eclesiásticos no universitarios de enseñanza profana, por Jaime Pérez-Llantada y Gutiérrez, profesor en la Universidad Nacional de Educación a Distancia; Medios de comunicación social, por Antonio Montero, presidente de la comisión episcopal de Medios de Comunicación Social; El patrimonio histórico-artístico y documental de la Iglesia, por Jesús Iribarren, secretario del Episcopado español.

Parte quinta, «Acuerdos sobre asuntos económicos», comprende: Principios y sentido del Acuerdo sobre asuntos económicos, por Antonio Arza, profesor de la Universidad de Deusto, Bilbao; El sistema de aportación estatal, también por Antonio Arza; Régimen tributario de la Iglesia y de los entes eclesiásticos, por Félix de Luis Díaz-Monasterio, abogado.

Parte sexta, «Acuerdo sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos», recoge: Organización de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, por Antonio Mostaza, profesor de la Universidad de Valencia; Servicio militar de clérigos y religiosos, también por Antonio Mostaza.

Parte séptima, «Valoración de los Acuerdos», que comprende: Valoración comparativa, por Carlos Corral, vicedecano de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid; Valoración pastoral, por Lamberto de Echevarría, profesor en la Universidad pontificia de Salamanca; Valoración política, por Matías García, profesor de la Facultad de Teología de Granada y director del Centro Loyola, de Madrid.

Parte octava, «Documentación», con reproducción de los textos oficiales, por Carlos Corral, profesor de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid.

Podrá advertirse que los estudios publicados sobre los Acuerdos, incluso los reunidos en este libro bajo la denominación común de Comentario, tienen un alcance y propósito mayor que el propio de una glosa o propuesta de interpretación de los textos legales. Repetidamente se han señalado la ambigüedad, imprecisión, lagunas o «silencios» de los Acuerdos. Estos, como la Constitución, al ser resultado de mutuas concesiones y forzados «consensos» no revelan criterios claros sobre cuestiones muy importantes. De ahí que los comentarios contengan interpretaciones ingeniosas de los textos que en realidad son sugerencias para el futuro legislador. Siendo los Acuerdos y la Constitución reglas de superior rango jerárquico, que los

que para su desarrollo puedan dictar los órganos legislativos, estas últimas podrán ser acusadas de inconstitucionales si aquellas otras no fueron interpretadas con el debido acierto por los órganos legislativos.

Por este motivo, los comentaristas defienden sus propias ideas con el natural apasionamiento, al tratarse de la regulación de instituciones consideradas vitales. Lo que origina enfrentamiento de criterios entre católicos y no católicos y también entre los mismos católicos. Entre estos últimos existe por parte de quienes procuran entender los textos de modo que se mantenga al máximo, en todo lo posible, la vigencia en el plano civil de las normas canónicas y jurisdicción eclesiástica (1), respecto de aquellos que entienden que la Constitución y los Acuerdos han reducido el alcance de una y otra, de manera drástica.

Para comprender el significado de este enfrentamiento de opiniones habrá de tenerse en cuenta la secular mutua incompreensión que viene existiendo entre civilistas y canonistas. En buena parte parece insalvable, dada la diversidad de los fines y de la materia de uno y otro ordenamiento. La legislación canónica ha de atender preferentemente a lo espiritual, a la salud de las almas, y evitar el pecado, operando sobre la conciencia de los fieles. Las normas civiles atienden a la organización de la sociedad y procuran conseguir estabilidad y seguridad para la institución del matrimonio, evitando que se le debilite por medio de fraudes. De ahí, esa casi instintiva repugnancia que experimenta el civilista respecto de la regulación canónica del matrimonio, la que hace extremadamente frágil el vínculo matrimonial; lo que sí resulta lógico en la esfera de las conciencias, aparece difícilmente admisible en sus resultados sociales. Una regulación social adecuada no parece compatible con dejar expuesta la firmeza del matrimonio a sospechosas alegaciones de reservas mentales o a condiciones expresas o tácitas; situación agravada ahora con las teorías de algunos modernos canonistas sobre el error, el consentimiento, pleno, consciente y libre (no lo daría el enamorado) y respecto al amor como requisito esencial; de lo que ha podido concluirse irónicamente que no habría así matrimonio alguno exento de la tacha de nulidad. Situación de inseguridad agravada al no pasar a cosa juzgada las sentencias que versan sobre el vínculo matrimonial (c. 1.903 y c. 1.989) (2).

La falta de entusiasmo de muchos juristas católicos hacia la plena eficacia civil de la regulación canónica del matrimonio no se debe a reminiscencias regalistas ni a simpatía respecto a lo protestante y tampoco supone falta de fidelidad hacia la Iglesia. Nace como reacción ante el ambiente creado por el número siempre en aumento de sentencias de nulidad, injustificadas en apariencia, origen de escándalo y que crea desconcierto en los fieles y resulta en daño para las almas (3).

---

(1) Como mantienen con firmeza e ingenio los autores de los trabajos recogidos en la obra reseñada.

(2) Lo opuesto de los criterios se observará comparando el c. 1.903 y el art. 1.252, pár. 2 del Código civil.

(3) Expresivamente Luis del Amo nos dice: «Por la malicia de los tiempos, nunca como hoy han proliferado los pleitos de nulidad de matrimonio; muchos por el intento desmedido de sacudir el yugo conyugal a toda costa, sin reparar en medios, en fraudes, falsedades, sobornos o colusiones, y

Quienes fuimos siempre y seguimos siendo contrarios a la admisión del divorcio en España (4) hemos de lamentar que la multiplicación de las sentencias declarando la nulidad de matrimonios, muchas de ellas dictadas por tribunales extranjeros y, al parecer, sin garantías procesales, haya podido esgrimirse como argumento en favor del divorcio, alegando que éste constituye un peligro menor para la familia que el que origina la ancha permisividad de la disolución de los matrimonios por medio de las sentencias de nulidad emanadas de los tribunales eclesiásticos.

Excusándome por lo desmesurado de estas consideraciones, originadas por la lectura del importante libro reseñado, las he de terminar haciendo votos por la mutua comprensión entre los representantes de los opuestos criterios y también para que el necesario desarrollo legislativo de los textos concordados y de la Constitución, se realice con ese sentido común con el que nos dice el Nuncio de Su Santidad se redactaron los Acuerdos; para que ahora la Santa Sede y el Gobierno español, procediendo de mutuo acuerdo, resuelvan las dudas que han surgido al interpretar los textos acordados (5), y ello se haga del mejor modo para la paz de los espíritus y para la tranquilidad de conciencia de los católicos, que constituyen, sin duda, una buena parte del pueblo español.

R.

**FORNES, Juan:** «El nuevo sistema concordatario español» (Los Acuerdos de 1976 y 1979). Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA). Pamplona, 1980, 187 págs.

La eficacia jurídica de las normas del Derecho canónico en el ordenamiento español, después de promulgada la Constitución y de los Acuerdos con la Santa Sede, es uno de los temas que más ha de preocupar en España, no sólo a los juristas, sino a todos los españoles y más intensamente a los que somos católicos. El libro del profesor Fornés nos ofrece una guía excelente, clara y concisa para orientarnos en el examen de los arduos problemas que dicha situación ha planteado.

Comienza el libro con una introducción sobre el Concordato de 1953, como prólogo a las revisiones que a su contenido implican los Acuerdos de 1976 y 1979.

Se exponen después lo que llama el aspecto formal y la naturaleza de los citados Acuerdos. A tal efecto, define sus principios básicos, los que estima comunes a los cinco Acuerdos y también a la Constitución, para lo

---

otros, no pocos, porque en realidad, ante el ejemplo de las legislaciones civiles sobre matrimonio y divorcio vincular, burlan las normas canónicas principalmente simulando el consentimiento», pág. 372.

(4) Es insostenible que la letra del art. 32,2 de la Constitución se refiera a una ley que regule el divorcio.

(5) Especialmente el párrafo final del artículo VI, 2) del Acuerdo sobre Asuntos jurídicos, cuya interpretación es urgente y no cabe dejarla a los tribunales civiles (art. 1,7 del C. c.), pues ello sería poner en ineludible peligro la seguridad jurídica.

que se basa en la conexión entre los dichos Acuerdos y en el valor general que estima tiene el Preámbulo del Acuerdo de 1976.

La sección III se ocupa en detalle del contenido de los Acuerdos. En el que examina:

A) Lo referente a la organización de la Iglesia y de los entes eclesiásticos. Se nos dice «el Acuerdo jurídico es algo impreciso y contradictorio», lo que hace se haya dejado la duda fundamental: ¿la Iglesia católica es considerada como corporación de Derecho público, como en el Derecho alemán, o bien se le sigue reconociendo como «un ordenamiento jurídico primario? Señala después, lo que parece evidente, que se reconoce implícitamente la personalidad internacional de la Santa Sede. Cuestión más difícil es la que se trata bajo el epígrafe de «El reconocimiento del Derecho canónico»; la de la eficacia en el ámbito civil del Derecho canónico, es decir, la de la relevancia de las normas canónicas en la esfera de las relaciones jurídicas civiles. El contenido de este apartado A) se cierra con el estudio de las entidades eclesiásticas, con especial referencia al reconocimiento de su personalidad jurídica.

El apartado B), bajo el título «El estatuto jurídico de los Ministros Sagrados», examina la provisión de los cargos eclesiásticos y el estatuto jurídico personal de los Ministros Sagrados.

En el apartado C) se hace una breve consideración sobre lo establecido en materia de régimen económico.

El apartado D) tiene por objeto la materia de interés más general, la de la regulación del matrimonio. Insiste el autor sobre su juicio de que el artículo dedicado al matrimonio en el Acuerdo jurídico, es particularmente confuso y vago; tanto, nos dice, que «si algo queda claro es la perplejidad que suscita el artículo VI del Acuerdo jurídico». El autor defiende la tesis favorable a que el Acuerdo adopta la regulación denominada sistema latino del matrimonio civil facultativo; la que alcanza especial importancia respecto a la jurisdicción competente en materia matrimonial.

En fin, el apartado E) se ocupa de la libertad de enseñanza, centrando la atención en dos puntos: a) el tratamiento de lo relativo a la libertad de la Iglesia para crear y dirigir centros de enseñanza, y b) la cuestión de la enseñanza de la religión en los centros docentes.

La sección IV y última, bajo el epígrafe «Valoración crítica», resume los puntos de vista del autor sobre los Acuerdos. Según su opinión, pueden caracterizarse por los siguientes rasgos: 1.º, ciertas deficiencias técnicas; 2.º, ciertas ambigüedades; 3.º, su bilateralidad; 4.º, la unidad de los Acuerdos en la fragmentariedad. Criterio que razona en base del estudio hecho del contenido de los Acuerdos.

Para facilitar al lector el examen por sí mismo de las cuestiones planteadas, contiene el libro cuatro Apéndices: Tabla de relaciones entre el Concordato de 1953 y los nuevos Acuerdos; el Concordato de 1953 y los convenios complementarios; una selección de textos de la Constitución española de 1978, y los textos de los Acuerdos de 1976 y 1979.

**GARCIA DE ENTERRIA, E.; LINDE, E.; ORTEGA, L. I.; SANCHEZ MORON, M.: «El sistema europeo de protección de los derechos humanos». Editorial Civitas, S. A. Madrid, 1979, 444 págs.**

El libro de cuya publicación damos cuenta tiene una relevante actualidad. Firmada y ratificada por España la Convención de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y publicado oficialmente por España, ha entrado a formar parte del ordenamiento interno español (art. 96 Const.). El Gobierno del Estado español ha reconocido como obligatoria de pleno derecho, bajo condición de reciprocidad, la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para conocer de todos los asuntos relativos a dicha Convención que se susciten con posterioridad al 30 de abril de 1979. En fin, el Gobierno español ha comunicado oficialmente su propósito de formular la declaración prevista en el artículo 25 de dicho Convenio, relativo a la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos, para conocer de demandas individuales. Todo lo cual supone un cambio profundo de presente, y para el próximo futuro, del sistema jurídico de la Nación española, de todas las nacionalidades y regiones que la integran, tanto en el campo del Derecho público como en el del Derecho privado.

Además, según ordena la Constitución (art. 10.º, 2), las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (arts. 14 y sig.), habrán de ser interpretados de conformidad a dicha Convención de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 10.º, 2 Const.).

El libro reseñado, se nos dice, es el resultado de un Seminario impulsado, dirigido y orientado por el profesor Eduardo García de Enterría (1). El capítulo I ha sido redactado por M. Sánchez Morón, los capítulos II a VI por L. I. Ortega y el VII por E. Linde.

Los capítulos I y II sirven de introducción a la obra. El primero lleva por título «Estudio comparado e histórico de la protección internacional de los derechos humanos», en el que pueden destacarse la cuidada enumeración de cincuenta y un Instrumentos Universales Generales sobre derechos humanos y el estudio hecho sobre la evolución de la protección de los derechos humanos, que se manifiesta en Convenios y Tratados.

El capítulo III se ocupa del contenido sustantivo del convenio; es decir, de cada uno de los derechos de la persona especialmente protegidos. El examen hecho de ellos tiene un interés inmediato para la práctica jurídica de todos los tribunales de España; pues tanto la jurisdicción ordinaria que cuando se trate del recurso de amparo ordinario o del recurso de amparo constitucional, siempre que sea materia de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, y que habrán de ser desarrollados en las correspondientes leyes, deberá atenderse a lo establecido en el convenio para su adecuada interpretación.

Los capítulos IV, V y VI se ocupan de las normas procesales del Convenio; es decir, de los que regulan la composición y funciones de los ór-

---

(1) Quien actualmente es Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ganos establecidos para la aplicación del Convenio: la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

El VII y último capítulo tiene por objeto la eficacia de la Convención en el sistema jurídico español. En su estudio se examina el valor de Convenio, que en cuanto Tratado internacional forma parte del ordenamiento interno, planteándose la cuestión del cual sea su lugar en la jerarquía de las Fuentes de Derecho. Al irse estudiando el señalado alcance del Convenio, para la interpretación de las leyes españolas, se ponen de relieve dos posibles repercusiones; primera, la de invocar ante los Tribunales españoles la interpretación que sobre el particular se deduzca de las sentencias del Tribunal Europeo, y en segundo lugar, la posibilidad de invocar la inconstitucionalidad de las leyes que vulnere interpretaciones en materia de derechos humanos llevadas a cabo por el Tribunal Europeo. Concluye el capítulo con el estudio de la regla del agotamiento de los recursos internos, reconocida por el Convenio; lo que da motivo para considerar los dos especiales recursos que establece la Constitución, el recurso de amparo ordinario (art. 53, 2) y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53, 2 y art. 161, 1, b).

Dos Apéndices cierran la obra. El primero contiene la relación, en cuidado resumen, de treinta y una sentencias y autos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; en la que puede observarse la evolución de la doctrina del Tribunal, desde el caso Lawles (1960-1961) al caso Marckx (1979). Su interés extraordinario no necesita ser subrayado. Será permitido señalar el sentido extremadamente amplio y «progresista» con el que el Tribunal ha venido a interpretar los términos del Convenio. Con el resultado de chocar con muchas disposiciones del Código civil, mientras no sean sustituidas con arreglo a los mandatos de la Constitución y también con las reglas extremadamente retrógradas de algún Fuero y Compilación de Derecho especial. El segundo Apéndice, para mayor comodidad del lector, recoge el texto de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950) y los instrumentos de ratificación del Estado español.

Bastará esta somera exposición del contenido de este libro para que se advierta su interés actual y su importancia doctrinal y práctica.

R.

**RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio:** «Sobre las consecuencias de una funcionalización de los Notarios». Separata de la *Revista de Derecho Notarial*, núm. CIV, Madrid, abril-junio 1979. 113 págs.

Acude el autor, con este estudio, a la invitación hecha por el señor secretario de Estado para la Administración Pública, en las palabras de presentación de un borrador de Anteproyecto de Ley de Bases de la Función Pública, con el propósito de conseguir un debate nacional en el cual «todos... puedan contribuir a su elaboración antes de su aprobación y de su envío a las Cortes».

Ciertamente en el anteproyecto no se asimila ni equipara al Notariado con los Funcionarios de la Administración; pero el esclarecimiento de su distinta naturaleza y la puntualización de las consecuencias de una funcionalización del Notariado español, es una aportación de interés y oportunidad indudables cuando se anuncia en nuestro país la preparación de dicha Ley.

La exposición completa, densa y resumida de la función del Notariado, en el Derecho comparado, histórico y actual, con especial consideración del Derecho español, que se realiza en este estudio, pone al alcance de todos, de manera clara y objetiva, el estado de la legislación, de la doctrina científica y de la jurisprudencia en relación con ella.

Tras recordar, en la Introducción, los preceptos legales vigentes y, de manera especial, los constitucionales referentes, de manera separada y distinta, de un lado, a las profesiones tituladas organizadas en Colegios profesionales (art. 36), y de otro, a los Funcionarios Públicos que pueden agruparse en sindicatos (art. 103, 3) y están sometidos a los principios de «jerarquía, descentralización y coordinación» (art. 103, 1); y los valores consagrados en ella: libertad, justicia, seguridad jurídica, legalidad y jerarquía normativa y publicidad de las normas, derechos humanos, economía de mercado, en suma, el Estado social y democrático de Derecho, congruentes con el tipo de Notariado profesional del Derecho, anticipa su conclusión de que el Notariado no sólo debe quedar fuera de la Ley de Bases de los Funcionarios civiles del Estado, como lo está ahora, sino que debe declararse en ella, de manera expresa, tal exclusión.

Para profundizar la fundamentación de su tesis y esclarecer que los Notarios desempeñan una función privada que es propiamente notarial, la cual es profesión libre jurídica, aborda sucesivamente —en los apartados o capítulos II y III— el examen objetivo y subjetivo del Notario profesional del Derecho y lo complementa —en los IV y V— con los de la función pública del Notario y el Notario funcionario público, donde cobra relieve en qué manera la función privada y la pública notariales se integran y unifican entre sí configurando la propia y peculiar naturaleza del Notario de libre profesional privado del Derecho.

La «obligación de aconsejar» a los interesados y la «labor directiva y asesora» que nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado atribuyen literalmente al Notario, así como la «jurisprudencia cautelar» que le reconoce como misión de doctrina, no se contraen a los límites meramente jurídicos, sino que se extienden a reconocer al Notario como consejero humano realizador de una misión adecuadora del supuesto de hecho o realidad propuesta por las partes, a los esquemas normativos, *adecuación necesaria*, para la acomodación al mejor logro de los fines perseguidos, y son funciones propias y peculiares de los Notarios *ex officium*, quienes han de cumplirlas no sólo de manera coetánea a su función documental, sino muchas veces antes o después de ella. Todas estas funciones notariales de índole privada, impuestas a los Notarios como tales, puedan ser además ampliadas con otras, también privadas, anteriores coetáneas o posteriores, por acuerdo con los particulares interesados, mediante la denominada *adecuación facultativa*: depósitos; inscripción de do

cumentos; particiones de bienes; redacción o revisión de estatutos, etc.; y también mediante asesoramientos autónomos en los cuales el Notario cumple su misión asesora sin relación concreta con la redacción y autorización de instrumento público alguno.

El Notario, como profesional libre del Derecho, ejerce una función privada absolutamente diversa de la de los Funcionarios Públicos, como resalta de la posición del Notario entre los juristas con su intervención asesora en el ámbito de la vida jurídica sin contienda, de su libertad como profesional; de su organización corporativa; de la libertad de elección por el público; de la posibilidad de tener clientela; de la concurrencia profesional; del contrato directo entre Notario y clientes; de la retribución directa por estos últimos; de la posibilidad de trabajar en equipo varios Notarios, que llega, en algún caso, como en Francia, a la existencia de sociedades civiles ejercientes de la profesión notarial. Y queda patente, de manera especial, en la responsabilidad directa civil de los Notarios por dolo, culpa o negligencia, sin que se dé, como ocurre con los Funcionarios Públicos, responsabilidad civil del Estado.

Sucesivamente compara acto notarial y acto administrativo; examina la fecunda teoría estructural del documento público y la distinta naturaleza de función notarial y jurisdicción y pasa después a estudiar al Notario como funcionario público (apartado o capítulo V) y tras exponer las notas diferenciales que difícilmente se concilian con el concepto del Notario como verdadero y propio funcionario público, expone las dudas que a la doctrina notarialista y administrativista —nacional y extranjera— y a la jurisprudencia, ha planteado la naturaleza de la función pública notarial y resume las diferentes tesis propuestas, silenciando, para mayor objetividad, su propia opinión; y pone de relieve de qué manera la función privada notarial penetra y configura la pública dotándola de naturaleza peculiar en la que no es ya posible aislarla de sus elementos privados, lo cual distingue la dación de fe notarial —inescindible de las demás funciones del Notario— de la certificante de los Funcionarios Públicos.

El Notario no es un mero fedatario: le corresponde por su propio oficio toda la misión privada configuradora y elaboradora del acto o negocio mismo conforme al fin querido por las partes. En cambio, la fe pública de los Funcionarios es mera potestad certificantes: se extiende a certificar el texto elaborado por otros. Incluso las funciones asesoras de los Secretarios de Administración local se limitan al control de legalidad.

La fe notarial desborda la mera autenticación de los hechos que el Notario ve, oye y percibe por los sentidos y se extiende a la de las declaraciones de voluntad de las partes y al hecho que motiva el otorgamiento (art. 1.218 del C. c.). El control de legalidad del Notario queda matizado por su función privada que profundiza hasta llegar al fondo del negocio, a las reservas mentales, a las incapacidades no aparentes, a los errores de hecho y de derecho, coacciones, fraudes, simulaciones absolutas o relativas, y llega hasta la busca de nuevos medios de obtener el fin perseguido, lo cual abre vía a la labor creadora notarial.

La fe pública del Notario está sometida sólo a los Tribunales de Justicia;

la administrativa está sujeta a la disciplina jerárquica y a la jurisdicción contencioso-administrativa.

A continuación (capítulo o apartado VI) se ocupa de la Historia y del Derecho comparado. Históricamente queda patente que el Notariado no ha sido creación del Estado o de los Poderes Públicos, sino que surgió espontáneamente de la sociedad. No se trata de funcionarios que fuesen adquiriendo funciones privadas de profesionales del Derecho, sino, por el contrario, de juristas profesionales dedicados privadamente a redactar documentos, que conquistan credibilidad en la sociedad y llegan a conseguirla también ante los Tribunales. Incluso después de haber logrado la fe pública apareció la venalidad de sus oficios, muestra extrema de privatización.

El Derecho comparado muestra tres tipos fundamentales de Notariado: el latino, el anglosajón y el administrativo. El latino, consecuencia de la implantación del Derecho romano común se extiende hasta donde llegó la romanización: actualmente existe en Italia, Francia, España, Benelux, Alemania Federal, algunos cantones suizos, Austria, Grecia, América Latina, el estado de Lousiana, la provincia de Québec, Turquía, Japón, algunos países de habla francesa o española de África y continúa su expansión. Hace referencia el autor a la Unión Internacional del Notariado Latino, creada en el segundo Congreso de dicho Notariado que tuvo lugar en Madrid el año 1950, reconocida por la Unión de Estados Americanos, por la UNESCO y por la O. N. U. Es de recordar que la Unión ha creado en su seno la Comisión de Cooperación Notarial Internacional (CCNI), con reglamento aprobado en 1976, que tiene por misión establecer contacto con los Notariados de los países que no tienen organización notarial y en vías de desarrollo, al efecto de cooperar con ellos al establecimiento y desarrollo de los principios del Notariado Latino. En el primero de los Congresos, el de Buenos Aires de 1948, se definió al Notario latino de esta manera: «profesional del Derecho encargado de la función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido».

El Notariado anglosajón existe en países que desconocen el documento auténtico. En Inglaterra, sólo el Notariado de Londres se aproxima al tipo latino y allana las dificultades de relación documental entre Inglaterra y los países de Notariado latino.

El tercero grupo o tipo de Notariado lo constituye el administrativo o Estatal existente en países socialistas.

En el último capítulo, el VII, se pormenorizan las fundamentales diferencias entre el Notariado latino y el administrativo y las consecuencias en cuanto a eficacia y alcance de su función, acreditativas de la superioridad del primero, incluso para la libre circulación y eficacia internacional de los instrumentos públicos admitida y practicada en los países del mercado común en cumplimiento del Tratado de Roma.

La meticulosa y detallada argumentación y aportación de datos de Rodríguez Adrados hace no sólo fundada, sino indiscutible la afirmación de su conclusión: «La superioridad del Notariado latino frente al Notariado administrativo es, pues, clara, desde todos los puntos de vista. Su introduc-

ción sería, en los momentos actuales, especialmente perjudicial al privar a los españoles del asesoramiento notarial en víspera de tantas reformas legislativas como va a afectarle.»

Esperemos que, de acuerdo con la Constitución, con nuestra tradición jurídica y con los datos completos y claros aportados en el estudio del que nos ocupamos, triunfe en los redactores de la futura Ley de Funcionarios Públicos el criterio de introducir en ella una norma expresa de exclusión de los profesionales notariales del Derecho.

M. R. V.

**ROTONDI, Mario:** «*Inchieste di diritto comparato (7). L'abus de droit*». Padova, CEDAM. Casa editrice dott. Antonio Milani, 1979, 502 págs.

No hace mucho, en este ANUARIO se daba cuenta de la aparición como libro de la antigua tesis doctoral del profesor Rotondi (A. D. C. XXXII-IV, octubre diciembre 1979, págs. 870 y sig.). Su interés por el tema del abuso del Derecho no ha disminuido con el curso de los años. Ahora vuelve a manifestarse con la publicación de esta obra en la colección de encuestas de Derecho comparado.

En un prefacio, redactado en cinco lenguas (francés, italiano, inglés, español y alemán), el profesor Rotondi recuerda que debe a su maestro Barassi el haberse interesado por la cuestión del abuso del derecho; interés que nunca ha cesado, sino al contrario, ha aumentado a medida que se ha extendido a temas conexos y vecinos. El abuso del derecho —nos dice— no es el único caso de reacción o de limitación de la utilización del Derecho subjetivo, a causa de su oposición al orden ético; lo que se manifiesta no sólo en el del principio «*nemo auditur turpitudinem suam allegans*», sino también en el reenvío a la equidad del juez, en la acción de enriquecimiento injusto, y en los efectos reconocidos a la costumbre; adaptación de la norma preconstituida que se extiende también al Derecho público.

La obra contiene veintidós trabajos, en general de autores conocidos, que son pequeñas monografías sobre cada uno de los ordenamientos jurídicos de otros tantos países. Constituyen una excepción el estudio del profesor Jorgensen sobre el Derecho nórdico y el del profesor Spota, que se ocupa del Derecho de los países latino-americanos, siguiendo este orden: legislaciones que establecen expresamente el principio; las que lo aceptan implícitamente, y las que adoptan un criterio restrictivo.

Entre los estudios dedicados a un solo país pueden mencionarse en primer lugar aquellos cuyo ordenamiento contiene una admisión expresa de principio del abuso del derecho. Pueden citarse los de Cunha de Sa, sobre Derecho portugués; de Deloukas, sobre Derecho griego; de Fernández de Villavicencio, sobre Derecho español; de Eörsi, sobre Derecho húngaro, de Jonasco, sobre Derecho rumano; de Kunz, sobre Derecho checoslovaco; de Noda Yosiyuqui, sobre Derecho japonés; de Ohanowicz, sobre Derecho polaco; de Ranieri, sobre Derecho alemán, y de Tercier, sobre el Derecho suizo. Estos trabajos no se ciñen a comentar los textos legales, sino que

contienen detalladas referencias a la doctrina y jurisprudencia de los respectivos países.

Se ocupan de las teorías de los autores y de las decisiones de los tribunales sobre el abuso del Derecho en aquellos países que no han recogido dicho principio: Boudoin, sobre el Derecho de Quebec; Cijoj, sobre el Derecho de Yugoslavia; Di Francia, sobre el Derecho italiano; Forkosch, sobre el Derecho de los Estados Unidos; Mayer-Maly, Böhn, sobre Derecho austriaco; Meinertzhagen-Limpens, sobre Derecho belga, y Zeltner, sobre Derecho de Israel.

Algunos estudios se separan del tono general de los publicados. El profesor Pirovano, sobre la doctrina y la jurisprudencia francesa, explica la actitud reservada de los jueces en Francia, respecto al abuso del derecho, por el carácter político de la cuestión, agregando que no puede reprochárse a los jueces no haber hecho lo que el Estado mismo o las instituciones internacionales no han sido capaces de hacer. Nopier, al dar cuenta de la consideración que recibe el abuso del Derecho en la práctica británica, destaca que la autoridad jurisprudencial viene excluyendo la idea del abuso del derecho. Los esfuerzos en su favor de Lord Denning, siempre en vanguardia, no han tenido todavía buen éxito. En el Derecho escocés, fiel aquí a su tradicional fidelidad al Derecho romano, se condena la «*aemulatio vicini*».

Por último, habrá de señalarse el notable estudio de Zondeland titulado «El abuso del derecho y el título introductivo del proyecto del Código civil neerlandés». Se centra en la crítica del artículo 8.º del proyecto debido al fallecido gran jurista holandés E. M. Meijers, en el que se contiene una expresa condena del abuso del Derecho. Dicho estudio es sugestivo y digno de consideración. Desgraciadamente su texto, redactado en francés, es poco claro y difícil de seguir sus razonamientos; posiblemente debido a una desafortunada traducción del holandés. Lo que parece comprobarlo la traducción que nos ofrece del citado artículo 8.º. En ella se ha vertido el término «*bevoedheit*» por competencia (1), en lugar de hacerlo por facultad, que parece el sentido más adecuado (2).

Bastará la rápida referencia dada para que se aprecie el interés de la obra reseñada. Naturalmente no se recogen en ella datos sobre todos los países del mundo, ni siquiera de aquellos que han recogido en sus leyes el principio del abuso del derecho (3), pero se nos ofrece una «muestra» suficiente para poder apreciar las principales corrientes que existen respecto al abuso del derecho en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia.

R.

---

(1) En pág. 490, nota 90. Así, se traduce el párrafo 1.º «*L'abus d'une compétence est interdit*»: En los siguientes párrafos sigue empleándose el vocablo «*competence*».

(2) El texto del Proyecto se encuentra en «*Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, opgesteld door Prof. E. M. Meijers, Tekst, S-Gravenhage, 1954, p. 3.*»

(3) Así, p. ej., en los Códigos de la Unión Soviética y de la República Democrática Alemana.

**VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.:** «Estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades». Madrid, 1980. Editorial Montecorvo. Un volumen de 685 págs.

Hay que agradecer, una vez más, a este gran jurista, Vallet de Goytisolo, a este «prudente del Derecho» que ejercita esa virtud en toda la plenitud de su contenido —según hace ver el magisterio del profesor d'Ors para los eminentes juristas romanos—, el que nos haya reunido conjuntamente una parte de la serie de sus estudios monográficos publicados en diferentes ocasiones y revistas, no siempre de fácil localización y acceso, referentes al ámbito de las relaciones jurídicas patrimoniales del Derecho de obligaciones.

Los estudios de Vallet, tan actuales como profundos, tan sugerentes como ponderados, tan documentados y, sobre todo, con la ecuanimidad en el resolver de acuerdo con la justicia conmutativa del caso y la distributiva respecto a los intereses en conflicto, son siempre un magisterio y una gran ayuda para el quehacer que nos pone cotidianamente la praxis y la ciencia del Derecho.

Con estos «Estudios», Vallet ha acometido cuestiones nuevas surgidas en las diversas coyunturas de estos últimos años de su tarea profesional y al mismo tiempo ha aportado importantes interpretaciones y contribuciones a la metodología civilista con sus reflexiones y sistematizaciones. De aquí que su temática tan prolija como variada sea espontánea y provenga del diario acontecer como de la reflexión madura, con un encuadramiento que se encaja en los más rigurosos planes de estudio de la civilística contemporánea. Pero Vallet no es sólo un normativista o un intérprete aséptico; cuando aplica y estudia la ley, en particular, o el sistema normativo, en general, siempre toma razón de su finalidad más genuina en las relaciones de los intereses personales, familiares, sociales y estatales, más aún, cristianos, que es el auténtico modo de alcanzar la paz social universal.

Con este largo alcance, cualquier institución o relación, importante o nimia, alcanza la dimensión óptima de la justicia.

Esta obra es una buena muestra de su quehacer; sistematizada en tres partes bien definidas, en ella se sistematizan sus contribuciones particularizadas dentro de un marco general.

En la primera parte trata una cuestión previa e inicial en materia de «Obligaciones»: «Qué son las obligaciones»; se trata de una búsqueda de su concepto a través de la dogmática europea más fundamental y actual para concluir la necesidad de un abandono del conceptualismo y concluir con un realismo humanista; sostiene que el crédito no es un derecho sobre la persona, ni un acto de la persona, ni sobre el objeto de la prestación, ni sobre el patrimonio, sino un derecho contra el deudor que, si lo incumple, da lugar a realizarlo por la vía judicial, lo que no agota el contenido de la obligación; es algo vivo que está en el tiempo y entre los hombres (iguales) y no es un mundo irreal de conceptos.

Otra cuestión importante para las relaciones patrimoniales actuales es el de la moneda en cuanto es medida de valor y medio de pago de las

prestaciones y su alteración trasciende con unas consecuencias jurídicas perniciosas y de incompatibilidad, por lo que Vallet ha puesto de relieve «La antítesis inflación-justicia». Es ésta una de esas aportaciones que pueden denominarse de clásicas en la materia, tanto por la altura de sus reflexiones y contribuciones como por la profundidad que alcanza en su tratamiento; ha puesto en evidencia cómo las depreciaciones y desvalorizaciones, así como otras alteraciones inflacionistas de la moneda, provocan la destrucción del mundo patrimonial de las personas en sus relaciones económicas y que, en cuanto norma quebrada, provoca la injusticia, aquélla particularmente estricta o conmutativa y la otra más general o distributiva, además de las profundas consecuencias que produce en lo político, en lo económico, en lo social y en el ámbito moral de los gobernantes y de los gobernados.

Vallet insiste sobre este aspecto de las alteraciones monetarias, tan importante para la justicia social y patrimonial de nuestro tiempo, con un análisis más concreto de los diversos ámbitos, como son las «Repercusiones de la inflación en lo rústico y en lo urbano, en lo industrial y en lo agrario».

Otras cuestiones concretas se añaden a esta primera parte de la obra, como son las referentes a «La confesión por el marido del carácter parafernial del precio pagado en una compraventa» y el «Dictamen acerca de los requisitos necesarios para inscribir la transmisión a tercero de un inmueble adquirido por mujer casada, con dinero que se confesó era parafernial», así como unas «Observaciones a la Resolución de 11 de marzo de 1957, en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951 y otras consideraciones».

La segunda parte, con el título «Contratos», Vallet trata ciertos aspectos de los «contratos a favor de terceros», como el del «Contrato de compraventa a favor de persona por determinar» y bajo el título «contratos agrarios» aborda «Los establecimientos enfitéuticos en la colonización agraria y para la adecuación y conservación de sus estructuras en la panorámica de la historia de Cataluña». Respecto a los contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio, concreta el aspecto sobre «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación» y en cuanto a los contratos con cláusula de eficacia *post mortem* a favor de terceros o recíprocas entre los adquirentes, realiza unas «Apostillas acerca de las compraventas con pacto de sobrevivencia». Además, aborda «La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia, su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho común y en el foral catalán» y «El pacto de sobrevivencia en compras por cónyuges en común y proindiviso, en relación con la *Ley hac edictali* y con edificación del solar común por uno solo de los cónyuges». La compraventa sigue siendo analizada por Vallet en varios de sus aspectos a propósito de la «Teleología y dogmática de la compraventa con pacto de sobrevivencia», «Las compraventas con pacto de sobrevivencia en Derecho catalán», «Las ventas con reserva de usufructo a favor del vendedor y, para después del fallecimiento de éste, a favor de un tercero, y las de bienes gananciales con reserva de igual derecho a favor de los esposos vendedores», para concluir con el estudio sobre «El aval en documento

separado en el Código de Comercio español, según la Sentencia de 9 de junio de 1958».

La tercera parte de esta obra va dedicada a la empresa y a las sociedades, concretándose a sus aspectos generales y característicos en la actualidad, como son el «De la propiedad al capitalismo anónimo y a la propuesta de la reforma de la empresa» y el de la «Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles», de Ralf Serick, y sus comentarios de Derecho español por José Puig Brutau, como lección práctica de metodología», para concluir con el análisis de los aspectos sobre la sociedad de responsabilidad limitada antes de la Ley, cuales son: «La responsabilidad personal de los socios en las compañías de responsabilidad limitada frente a la sociedad y frente a terceros» y el problema concreto en el funcionamiento de las sociedades anónimas en cuanto a «La publicidad en la convocatoria de las juntas generales y las llamadas juntas universales».

JOSÉ BONET CORREA

**VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Sobre la estructura de la obligación». Universidad de Palma de Mallorca, 1980. Un volumen de 325 págs.**

Esta obra reúne siete estudios monográficos del autor, publicados en diferentes ocasiones y lugares, y que ahora reelabora algunos de ellos mientras que tan sólo retoca otros, si bien todos se dedican al estudio de los diversos aspectos de una temática común, cual es el análisis de la relación obligatoria.

De los siete capítulos que componen la obra se elige para el primero un examen descriptivo de la obligación accesoria, poco estudiada entre nosotros, y que Vattier va esclareciendo a través de la doctrina española y comparada para poner de relieve la importancia que desempeña actualmente, sobre todo, en el ámbito del crédito.

Para el segundo capítulo se concretan las cuestiones de estructura y disciplina de las prestaciones de dar, hacer y no hacer, donde se concretan las llamadas obligaciones positivas, las de dar con su desplazamiento posesorio, con sus deberes de conservación y riesgos y las de hacer, en cuanto a su cumplimiento e incumplimiento; para las obligaciones de no hacer se examina su prestación negativa, su duración, la *mora solvendi*, el cumplimiento forzoso y la ejecución *in natura*.

En el capítulo tercero se exponen varias reflexiones en torno al problema de la determinabilidad de la prestación, se examinan las obligaciones genéricas y específicas, sus criterios objetivos y subjetivos, así como las diferencias existentes entre la especificidad, la genericidad y la fungibilidad. También se aborda la naturaleza jurídica de la determinación genérica de la prestación y la fungibilidad subjetiva, el carácter artificial del *genus* y el género como *quaestio voluntatis*, para llegar al momento del cumplimiento de la obligación genérica, la *electio*, así como al incumplimiento y la imposibilidad de la prestación, donde se analiza la regla *genus non perit* y la *perpetuatio obligationis*.

El capítulo cuarto está destinado al análisis que hace del dinero en cuanto componente de la prestación en la relación obligatoria, preocupándose de los aspectos dogmáticos relativos a la deuda de valor y en cuanto a las técnicas de revalorización. En este capítulo, como en los anteriores, el autor hace una síntesis muy bien descrita en cuanto al estado de las cuestiones que la doctrina ha planteado, para lo cual examina los problemas monetarios y los principios generales del Derecho privado, el sistema monetario y las funciones del dinero, así como el punto más crucial, cual es el del valor del dinero; le siguen las teorías monetarias, las modalidades de deudas de dinero, con especial atención a la deuda de valor; hace una distinción neta entre «deudas de moneda», «deudas de dinero» y «deudas de valor», considerando sólo a las deudas de dinero como propias y a las otras dos figuras como marginales. No es aquí el momento de comentar esta mera clasificación formalmente realizada, por lo que me remito a otro lugar donde se examinará cómo las deudas de valor por su propia naturaleza patrimonial resultan siempre deudas de dinero finales. Tiene razón Vattier que la categoría de las deudas de valor no es una técnica de revalorización y que es muy discutible ponerlas frente a las deudas de dinero de cantidad. El autor también examina las consecuencias de las alteraciones monetarias, aunque se concrete a la devaluación, así como a las técnicas de revalorización, añadiendo ahora novedosamente los apartados 8, 9 y 10 para tratar las cuestiones sobre la liquidez de la prestación.

Con el capítulo quinto se abordan las consideraciones acerca de la Ley como fuente de las obligaciones o de las obligaciones *ex lege*, tema más ampliamente tratado por la doctrina comparada, y en el que se desarrolla su estructura, disciplina y supuestos principales.

Con unos apuntes al tema de la bilateralidad en las obligaciones se compone el capítulo sexto, concluyéndose con una contribución al estudio de la *facultas solutionis* en el capítulo séptimo.

En definitiva, el autor ha realizado un excelente análisis y síntesis de las materias estudiadas, si bien en sus críticas predomina un tono conceptualista sin la consideración debida al criterio jurisprudencial, tan clarificador y necesario en la labor interpretativa del conflicto de intereses de las partes y para la realización de la paz social en las relaciones obligatorias privadas.

JOSÉ BONET CORREA

**MULLERAT BALMAÑA, Ramón M.:** «La responsabilidad del arquitecto derivada de los asesoramientos defectuosos que recibe». R. J. C., 1978, número 2, abril-junio, págs. 499 y ss.

Es interesante ver y comprobar periódicamente cómo esta revista, y a través de este autor, nos da una serie de trabajos que desde luego se presentan como una serie de disquisiciones personales que el autor ofrece como cuestiones pragmáticas, pero que además de ser eso, son también una serie de orientaciones de índole doctrinal, civil y procesal que sirven de orientación y de reflexión como igualmente de aplicación en la vida profesional del jurista práctico.

Esta vez le toca el tema a la responsabilidad del arquitecto por las orientaciones defectuosas que recibe sobre todo de sus asesores más allegados.

En efecto, señala el autor, que las construcciones inmobiliarias son cada día más complejas y exigen mayor preparación y estudios para poder ser proyectadas y posteriormente desarrolladas. Por otro lado, la necesidad de que sea menester utilizar el máximo del suelo en las grandes ciudades hace que en ocasiones se excave el subsuelo para sacar de él su máximo aprovechamiento. Por ello, a veces el arquitecto debe recurrir a expertos, como ingenieros, geólogos, empresas de cálculo, etc. El autor sigue en este punto la obra del norteamericano John S. Martel, donde se analiza el problema ante el empeño del arquitecto de utilizar a todos los miembros del equipo proyectista.

Examinadas las teorías que pueden llevar a delimitar esta responsabilidad, se enumeran entre otras: la garantía expresa otorgada por los planos, la implícita otorgada por los mismos, la culpa del arquitecto al no seleccionar un asesor competente, la del mismo al no revisar adecuadamente los trabajos del asesor, el principio responde al superior, la teoría del beneficio de la negociación al hacer responsable al arquitecto por la obligación de entregar un proyecto no defectuoso, y el derecho a ser indemnizado como consecuencia de la conducta negligente del asesor.

En el Derecho español, afirma el autor, que encontramos los preceptos del Código civil, contenidos en los artículos 1.257 y 1.596, así como el 1.591, que nos pueden servir de pauta para marcar la orientación básica en orden a la configuración y solución del problema.

Como resultado básico de todo ello, el dueño de la obra se podrá dirigir contra el arquitecto o el contratista según los casos, pero nunca contra los asesores del contratista o del arquitecto por cuanto no existe relación contractual entre el comitente de la obra y aquellos asesores.

En su caso, de resultar vendidos el arquitecto o el contratista podrán

éstos dirigirse posteriormente contra sus consultores trasladándoles las consecuencias de la responsabilidad que han debido afrontar como consecuencia de los asesoramientos defectuosos que de los mismos recibieron.

**VICENT CHULIA, Francisco: «La asamblea general de la cooperativa». R. J. C., 1978, núm. 2, págs. 416 y ss.**

A lo largo de setenta y nueve páginas se nos da una visión completa de este órgano fundamental de las cooperativas. Son once epígrafes que tienen un tratamiento claro, concreto, conciso y de un eminente sentido práctico que nos introduce en un mundo nuevo desde el punto de vista del legislador, pero que se nos hace perfectamente comprensible.

La Ley de 19 de diciembre de 1974 goza de un espíritu más amplio que la del 1942, lo cual hace que, a juicio del autor, nos encontremos en el buen camino para que exista democracia cooperativa.

Partiendo del artículo 23 de la Ley se nos da una definición de la asamblea, como el órgano supremo de expresión de la voluntad social en las materias que le atribuyen esta Ley y los Estatutos.

El apartado IV se dedica al examen de las competencias de la Asamblea General, las cuales se regulan según los principios de la Ley de Anónimas en cuanto que establece un contenido mínimo, que sirve como círculo de acción a través del que se pueden añadir otra serie de competencias. Señala igualmente, siguiendo al artículo 23,2, los supuestos en que es necesario y preceptivo el informe de la Asamblea General.

Aunque cuando se publica el trabajo no ha salido aún el reglamento de cooperación, el autor habla de junta de constitución en base a la disposición transitoria 1.ª y junta ordinaria y extraordinaria, perfilando los requisitos que en cada caso serán necesarios para la constitución de una u otra.

A continuación se señalan como notas o requisitos básicos el funcionamiento de la institución y la posibilidad de la constitución y convocatoria judicial de las juntas. Posteriormente se detiene en el examen del ejercicio del derecho del voto, al que dedica una serie de cuatro apartados, entre los que destaca la representación o delegación y el ejercicio del voto plural. Más adelante es objeto de examen la materia relativa a juntas preparatorias en torno a ellas se examinan la naturaleza, la posición de las minorías y los supuestos en que cabe la formación del acuerdo social a través de las mismas. La revisión de los acuerdos sociales es estudiada seguidamente con especial interés en los problemas de fondo que se pueden plantear, enumerando los que son objeto de revisión, la legitimación activa para el juicio especial y la protección de terceros de buena fe.

Investiga, igualmente, el problema de la conciliación sindical previa y el del arbitraje cooperativo en relación con los acuerdos sociales y su impugnación y sienta al final de este completo estudio las conclusiones personales pertinentes sobre el mismo.

**GOMEZ LOPEZ, Antonio:** «Reflexiones sobre la nueva jurisprudencia acerca del error en la cualidad en el matrimonio canónico». R. J. C., 1978, número 2, abril-junio, págs. 503 y ss.

El autor afirma en la introducción del presente estudio que denomina nueva jurisprudencia a una serie de sentencias de los Tribunales de la Iglesia Católica que ha resuelto problemas sobre el error acerca de la cualidad del contrayente dando una versión nueva al canon 1.083 del Código canónico.

El autor enumera una serie de casos que abarcan los supuestos distintos, realizando una exposición moderna de la jurisprudencia mencionada en cuanto a su tratamiento, ya que independientemente de su exposición cronológica, se dedica una exposición metodológica del análisis de los mismos, si bien con una visión especial y sistemática del problema, pero no exenta en ningún caso del tiempo y de la realidad social en que los hechos o supuestos ocurrieron.

No sólo se trata de casos de contrayentes o lugares españoles, sino también de supuestos extranjeros, lo cual hace que ante la diversidad el desarrollo del estudio sea más dispar y sobre todo más universal.

En los fundamentos de derecho el autor sigue una técnica original, ya que después de analizar el texto del canon 1.083 nos lleva por el campo de la doctrina en torno a la materia, deteniéndose en principio ante la teoría más tradicional para examinar seguidamente el error redundante ante las nuevas teorías.

La parte tercera de su estudio se detiene en el examen de las fuentes doctrinales de la nueva jurisprudencia empezando por el examen de las ciencias modernas, afirmando el papel preponderante de la psicología moderna en la búsqueda de la persona dentro de la civilización actual, las posturas y los postulados del Concilio Vaticano II en torno a la dignidad de la persona humana y sus relaciones con la sociedad y la dignidad del matrimonio.

Aparte de estas dos manifestaciones existen otras, como la mentalidad civilística sobre el error redundante en error sobre la persona.

El autor somete a continuación la jurisprudencia citada y los casos señalados, planteando la interrogante de ¿ruptura o evolución?, dedicando un primer apartado a señalar la ruptura según la jurisprudencia anterior o bien de que se trata de ruptura según la terminología de otros autores, para llegar a examinar la postura de que no se trata de ruptura, sino de evolución, para concluir con las conclusiones de tipo personal que son el final de este estudio, eminentemente práctico.

**SALVADOR PABLO:** «El artículo 1.090 del Código civil». R. J. C., 1978, número 3, julio-septiembre, págs. 551 y ss.

El autor manifiesta en la introducción de este trabajo que se propone una triple actuación, tendente a analizar una extendida interpretación doc-

trinal del tema, ofrecer una lectura alternativa del mismo y confrontar ambas con la jurisprudencia del T. S.

Resume su tesis, ya de entrada, afirmando que la interpretación, a su juicio, se mantiene en torno a los siguientes límites: el citado precepto no trata de los medios de prueba admisibles en materia de obligaciones legales, tampoco trata de la interpretación de las mismas; es por el contrario desde el punto de vista positivo un precepto sobre competencia normativa, y una mera especificación de lo dispuesto en el artículo 4,3 del Código civil, en cuanto se refiere al valor del Código como Derecho supletorio.

La segunda parte de este estudio se dedica a estudiar y analizar las fuentes y los precedentes inmediatos del artículo 1.090 del Código civil. Señala que procede del anteproyecto de 1882-1888, en cuanto que los redactores del Código se apartaron del Código civil francés en este punto. Concretamente y en particular el citado precepto, supone en Derecho civil español una auténtica innovación.

Algunos autores citan artículos de otros Códigos, como el de Guatemala y algunos otros americanos.

Por lo tocante al ámbito de paliación de la Ley, señala el autor, que se puede aplicar en primer término todas las obligaciones que no deriven de la producción de un supuesto de hecho que tenga carácter negocial, cuasi-contractual o delictual, plantea al mismo nivel el problema de ¿qué son leyes especiales a los efectos del precepto? Como igualmente, ¿qué se debe entender por obligaciones derivadas de la costumbre y de los principios generales del derecho?

Se detiene en las opiniones de los autores en relación al contenido del precepto. Dedicar un amplio apartado al estudio de la jurisprudencia sobre el tema haciendo algunas especiales consideraciones, como que algunas sentencias son ya pasadas, otras no tienen interés por el sentido en que se han planteado, hay algunas que tienen sentido actual por el tema que plantean y, finalmente, otras que son de perfecta aplicación al tema que se nos plantea. Así se examinan entre otras las de 28-12-1906, otras con relación al segundo tema en que se relaciona el precepto con el viejo artículo 16 del Código civil, materias como enfermedad profesional y reclamación por accidentes de trabajo.

Como dato curioso cita la bibliografía empleada al final del trabajo y además por orden alfabético, lo cual es muy cómodo desde el punto de vista del estudioso, en cuanto a la posibilidad de utilizarla y de aprovecharse de ella en futuros temas y materias relacionadas con el presente.

**GOMEZ DE ENTERRIA GUTIERREZ, Nicolás:** «La contratación entre cónyuges en el Código civil y en los derechos forales». *R. J. C.*, 1978, núm. 3, julio-septiembre, págs. 599 y ss.

Manifiesta el autor en la introducción que a modo de antecedentes expone que el tema, a pesar de la reforma, no ha perdido importancia, debido a que aún no ha concluido la tarea legislativa, ya que incluso el anterior Ministro de Justicia hizo referencia a ello en el discurso de 1977, pronunciado ante el Pleno de la Comisión General de Codificación.

Expone a continuación la jurisprudencia anterior al Código civil, sobre todo en las dos resoluciones de 22 de octubre de 1957 y 11 de enero de 1959 afirmando que se puede señalar que la tesis general de esta jurisprudencia es contraria a la validez de estos contratos, optando por la nulidad de los mismos, quedando fuera de la expresada regla, las excepciones contempladas por las leyes.

Seguidamente se refiere a la postura del Código, no sólo desde el punto de vista de considerarlo como única fuente normativa, sino también como texto que ha de ser complementado por otros, tales como el reglamento hipotecario en sus artículos 94 y concordantes, el reglamento notarial en su artículo 169.

Desde el punto de vista teleológico, se refiere a la finalidad perseguida por las normas limitativas de la libre contratación, señalando que lo que la ley quiere y desea es revestir de la más pura licitud el conjunto de la motivación de unos contra los que, por las personas que en ellos intervienen, se prestan a irreflexión con quebranto propio o a peligro potencial, con simulación o sin ella, para los acreedores, herederos o legatarios.

La naturaleza de estas limitaciones es objeto de examen a continuación, deteniéndose en especiales sentencias para pasar al plano meramente conceptual, donde se hace especial examen en documentada exposición de figuras como las capitulaciones matrimoniales, las donaciones, la constitución y aseguramiento de la dote, la compraventa, dación en pago, promesa de venta, la permuta y la cesión, los contratos de arrendamiento, la transacción, el préstamo, el comodato y el depósito, las figuras de los contratos de garantía y la sociedad deteniéndose especialmente en las resoluciones de 9 de marzo de 1943 y 4 de noviembre de 1969.

Después de este examen del Código civil se pasa a examinar el Derecho foral de todas las regiones españolas, desde Vizcaya y Alava hasta Galicia, pero hemos de afirmar que lo mejor de todo este examen es la claridad que demuestra a lo largo de todo el estudio que hace fácil y llevadero el estudio de la materia.

Examina posteriormente la influencia que puede tener el cambio de regionalidad en toda esta problemática, con posterioridad al matrimonio, así como la modificación expresa del régimen matrimonial en su aspecto económico, y antes de concluir este brillante trabajo se detiene en el estudio de la conveniencia de modificar o mantener el presente régimen desde el punto de vista del legislador.

**MULLERAT BALMAÑA, Ramón María:** «El pago de las obras adicionales en el contrato de construcción de bienes inmuebles». *R. J. C.*, 1978, número 3, julio-septiembre, págs. 739 y ss.

Afirma el autor en la introducción del tema que es difícil encontrar un inmueble que haya sido construido, ciñéndose exactamente al proyecto técnico. Unas veces será que el proyecto está mal concebido y es necesario corregirlo, otras es necesario introducir alguna modificación y otras veces se trata simplemente que la propiedad ha decidido realizar modificaciones respecto del proyecto inicialmente convenido.

Dos consideraciones de hondo sentido práctico sirven de pórtico al contenido posterior del tema: una, que generalmente se trata de cualquier tipo de contrato de construcción, y la otra, que se trata de obras complementarias al proyecto.

Un concepto de obras adicionales se da por el autor en consideración a lo que sean estas mismas, así se afirma que no son más que aquellas obras realizadas al margen de las primeramente convenidas y presupuestadas. Por ello, el problema planteado es doble; de una parte conviene decidir si el contratista puede realizarlas libremente o si, por el contrario, está facultado para realizarlas en determinados supuestos.

En principio, según el autor, no se puede por ninguna de las partes introducir modificaciones, lo cual no es una especialidad de este tipo de contratos, sino que es consecuencia del principio general de las obligaciones emanado del artículo 1.091 del Código civil.

Se señalan seguidamente los requisitos que se han de cumplir para que se pueda efectuar el pago de las obras adicionales, partiendo de lo establecido en el artículo 1.593 del Código civil, de un lado el efectivo aumento de obra y la autorización del comitente.

Por lo que atañe a este segundo apartado, relativo a esta autorización, se amplía el concepto de la misma, así como el personaje o sujeto activo de la autorización, se examina de qué forma se ha de prestar esta autorización, afirmando, siguiendo la doctrina del T. S., que no es necesario que la misma conste por escrito, aceptándose incluso la autorización verbal, para continuar con el sistema de fijación del precio para las obras realizadas adicionales, y finalmente se concluye con el examen de la prueba de la autorización del comitente, donde se exige por el T. S. que se pruebe debidamente por el contratista esta autorización del comitente.

Las consecuencias de la autorización del comitente son señaladas en el último apartado de este, como todos los del autor, documentado trabajo, afirmando que incluso cuando esta prueba no se haya conseguido puede ser de aplicación el artículo 454 del Código civil en lo relativo a la destrucción de las mismas, si esto pudiera hacer sin menoscabo del resto de la obra.

**TATJER PRAT, María Teresa: «Constituciones de Cataluña y comentarios de juristas catalanes relativos al fideicomiso». R. J. C., 1978, núm. 4, páginas 815 y ss.**

Se trata más que de un auténtico trabajo de Derecho civil, de una exposición brillante de un tema de Historia del Derecho.

Únicamente tiene dos partes que son perfectamente congruentes y relacionadas con el título que da origen y sirve de base al trabajo. La recepción del Derecho común, en Cataluña fue mucho más acentuada que en las instituciones de Derecho privado en las de Derecho público. Las escasas normas que sobre Derecho privado existían en la Edad Media, hizo que los habitantes del Principado encontrasen en el Derecho común una serie de instituciones que se adaptaban a sus necesidades.

La institución del fideicomiso estaba tan perfectamente definida en el Derecho común que apenas si alteraron su forma y a través de todo el Derecho emanado de las Cortes catalanas sólo se encuentran cuatro Constituciones, referidas al fideicomiso, que modificaron sólo pequeños detalles de la mencionada institución.

Estas constituciones que modificaron la institución son las siguientes:

1. La promulgada en las Cortes de Monzón de 1547, la materia que regula se refiere principalmente al plazo para hacer el inventario.
2. La Constitución de 1553 que se refiere a la misma materia señalando que el inventario debe ser hecho y recibido ante notario.
3. La Constitución de las Cortes de Monzón de 1597, y
4. La Constitución de Barcelona de 1599, en las que se declaran por el Rey Felipe la jerarquía de las fuentes y el orden de las mismas, así como su aplicación por los Tribunales.

La segunda parte de este estudio, precioso desde el punto de vista histórico, se refiere a las opiniones y comentarios de diversos autores sobre la materia del fideicomiso.

Se recogen las opiniones de los autores más importantes y conocidos del Derecho catalán y que han tenido más influencia desde el punto de vista histórico. Así se empieza recogiendo la postura de Ferrer, en su comentario sobre la Constitución «Per levat tot dubte» y se recoge igualmente la de Cancer en torno a la misma.

Se amplían las posiciones de Tomás Mieres, tan puesto últimamente de actualidad por Vallet, así como igualmente Fontanella, Acacio de Ripoll, José Comes, pero no sólo en cuanto al tema de inventario, sino también las formalidades necesarias al mismo, inclinándose unos por la formación ante testigos y otros en la necesidad del notario.

Por último se analizan las posturas de Ferrer y la de Cancer en torno a la Constitución «Per conservar», afirmando el primero la posibilidad de detraer la trebeliánica en todo caso, mientras que el segundo se inclina a ello si el testador lo ha impuesto en testamento o codicilo con palabras impresas.

**MARSA VANCELLS, Plutarco: «Derecho inmobiliario y Derecho civil». R. J. C. 1978, núm. 4, octubre-diciembre, págs. 827 y ss.**

Casi cien páginas de un estupendo estudio dedicado a intentar dar una visión panorámica y especializada del Derecho inmobiliario, para lo cual el autor nos da una visión completísima con un excelente contenido y además con un exhaustivo estudio.

El sumario de esta materia se contiene a lo largo de seis grandes apartados, dentro de los cuales se enumeran lo que es propiamente el Derecho inmobiliario, el Derecho civil, la evolución del Derecho en el mundo desde el punto de vista inmobiliario para dedicar al Derecho inmobiliario en España el capítulo IV, así como se estudian al final las normas propias del Derecho registral y su posible autonomía.

Por lo que atañe al Derecho inmobiliario, se enumeran dentro de cuatro epígrafes las materias más importantes o cuestiones de mayor actualidad; así se estudian dentro del mismo la cuestión terminológica, la terminología de Derecho hipotecario, la propia de Derecho inmobiliario y la de Derecho inmobiliario registral, recogiendo los puntos de vista de los más diversos autores, desde Oliver a Amorós, pasando por los grandes maestros del Derecho que nos ocupa.

La segunda parte se dedica a estudiar el Derecho civil y su contenido, desde la visión meramente tradicional hasta el criterio de los civilistas, así como la opinión de los hipotecaristas y el entronque con el Derecho de cosas, afirmando la pretendida falta de aclimatación del Derecho inmobiliario, o al menos su ineficacia, cuando después de dieciséis lustros todavía está sin inscribir más del 60 por 100 de la propiedad en España, lo cual produce un poco de temor en todo jurista.

La visión panorámica del Derecho hipotecario en el mundo se circunscribe a tres grandes aspectos, los antecedentes, con el examen de Egipto, Grecia y Roma; los principales sistemas hipotecarios con Alemania, Australia y Suiza y otros ordenamientos jurídicos con el estudio de América, y dentro de ella Argentina, Colombia y otros como Chile y Bolivia.

Así con Filipinas, Japón y Tailandia y finalmente en este breve capítulo de exposición Europa, con sistemas como Bélgica, Holanda, Dinamarca y Noruega e incluso algunos países del Este, no faltan, por supuesto, Francia e Italia.

El Derecho inmobiliario en España es objeto de examen seguidamente y en especial su evolución histórica, así como Aragón y otras regiones, entre ellas Valencia, sigue con el proceso de la Codificación, hasta llegar a la Ley Hipotecaria de 1861, para entrar a continuación en el estudio del llamado propiamente Derecho registral, aludiendo de pasada al registro mercantil y al denominado registro mobiliario, como igualmente menciona otra serie de registros que entorpecen la vida misma. Concluye con la posible autonomía del Derecho inmobiliario registral.

**PINOL AGUADE, José María: «En torno al Registro Inmobiliario de Buenos Aires». R. D. N., núm. XCV, enero-marzo 1977, págs. 43 y ss.**

Este trabajo es el especial resultado y la visión personal del autor ante un tema que ofrece en la actualidad una serie de nuevas opiniones y formulaciones en materia tan importante como es la futura organización de los Registros de la Propiedad ante las nuevas técnicas de desarrollo científico.

Parte de la clasificación y diferencia entre los registros administrativos o simplemente estadísticos y los acusadamente publicitarios, dotados de efectos jurídicos como los inmobiliarios.

Partiendo igualmente de la Pragmática de don Carlos y doña Juana hace una interpretación original del devenir histórico de la materia en nuestro Derecho hasta llegar al estado actual de la materia en nuestra legislación y en este mismo momento, todo ello con un gracejo y acento especial y particular que da unos visos de originalidad y personalismo al tema.

Centrándose en el tema del título, se afirma que en el sistema argentino se ha sustituido el folio real por el de protocolización de formularios con lo cual el sistema ha ido empeorando, dando pie al autor para señalar los defectos del mismo, señalando a la vez la especial colaboración del notariado en el convenio de 1966, auténtico hito histórico en la evolución del sistema. En la actualidad el registro de Buenos Aires, bajo las órdenes de un Director General con 600 funcionarios distribuidos en 24 categorías con un horario, ininterrumpido en algunas secciones cumple en forma ágil, económica y a satisfacción del público en general las funciones anteriormente diseñadas para el registro de tipo hispano, de cuyos pilares no se ha apartado, aunque al decir del autor se hayan creado trazos originales.

Baste decir para dar una idea de la eficacia que hay certificaciones que se expiden en setenta y dos horas como plazos más largos, que a los ocho días son devueltos todos los documentos inscritos, que la titularidad es fácil y cómoda de saber, incluso para personas legas y no versadas en derecho, aparte de ello se han reducido los costos de forma cuantiosa.

Después de estas afirmaciones se nos lleva a través de los principios de Derecho hipotecario, sobre los que el autor manifiesta ciertas dudas a ir viendo en consonancia con ellos las notas típicas del Derecho argentino en esta materia, facilitando una visión técnica de la misma a través de una óptica científica.

Posteriormente afirma que no puede darse un juicio que no sea afirmativo en torno a la materia estudiada, pues cumple las funciones correspondientes al momento actual argentino y está preparado para un futuro próximo, sin duda es un sistema susceptible de perfectibilidad, la sensación entre los juristas es de amplia satisfacción.

**SIMO SANTONJA, Vicente Luis, y BURCKHARDT, Lober: «Herencias de extranjeros en España». R. D. N., núm. XCV, enero-marzo 1977, páginas 91 y ss.**

Se trata de un estudio teórico-práctico de Derecho internacional privado orientado fundamentalmente a los problemas que plantea la sucesión de alemanes en España.

La materia se estudia desde todos los puntos de vista, especialmente del práctico, con una visión amplia del mismo que hace que acaso este libro se convierta en un *bess-seller*, debido a la claridad que imprime a los estudios en él realizado. En efecto, se examinan desde el principio materia como la competencia de los tribunales, después de haber examinado los convenios relativos a estos temas. Se estudian a continuación los derechos sucesorios aplicables según la legislación correspondiente, de un lado la postura alemana y de otro la española, si bien dentro de ésta se hace un detallado análisis de la cuestión foral de los diversos regímenes existentes en nuestra patria.

Se delimitan las cuestiones relativas a la problemática en torno al estatuto sucesorio y al procedimiento de esta índole, los derechos diversos a la herencia y la ubicación de la misma, los problemas que plantean los

bienes conyugales, el estatuto sucesorio del heredero con relación a la posibilidad de heredar, la materia relativa al orden público y el orden legal de la sucesión.

Se hace igualmente pero con especial interés un detallado examen de la forma y contenido de las disposiciones de última voluntad; aquí se detallan el lenguaje del testamento, las posibilidades del testamento ológrafo, las disposiciones de última voluntad con intervención de fedatario público, las cuestiones derivadas de la posibilidad del testamento mancomunado y otros tipos de testamento como las posibilidades reales de los contratos sucesorios, la disposición y custodia de las últimas voluntades.

A partir de este momento el estudio se refiere a cuestiones especiales de Derecho sucesorio o mejor dicho a la aplicación de cuestiones todas ellas relacionadas con el tema de la muerte. Se examinan los seguros, las donaciones y los contratos relacionados con el caso de la muerte, las materias relativas a anulación y revocación de disposiciones testamentarias, las formalidades posteriores a toda la materia y actividad sucesoria, las generalidades sobre el procedimiento hereditario, la ejecución testamentaria, las responsabilidades por las obligaciones de la herencia, las legítimas, los conflictos que plantean los regímenes matrimoniales con la materia sucesoria, las cuestiones bancarias, los estatutos sucesorios de los que tienen varias nacionalidades y las materias relativas a la apatridad, los poderes en toda esta materia y las limitaciones para herederos extranjeros derivados de las normas de seguridad en el Derecho español, así como se hace un detallado estudio sobre la doble imposición.

**VATTIER FUENZALIDA, Carlos:** «Experiencias del Derecho intermedio sobre los contratos "ad meliorandum"». R. D. N., núm. XCV, págs. 171 y ss

Da comienzo este estudio con una breve introducción sobre la dualidad de la disciplina de estos contratos y la recepción de la «ocatio-conductio» y de la doctrina de las impensas, en las que se trata de la llegada al Derecho español de esta figura contractual, en la que la ejecución de las obras es tenida en cuenta por ambas contratantes en la relación arrendaticia, de forma tal que se constituye y forma una de las partes más elementales del contrato.

El segundo epígrafe es dedicado a examinar la propiedad y los contratos agrarios no sólo en la época romana, sino también en la Europa Altomedieval, con lo que se nos lleva por el camino de encontrar la autenticidad de la figura en los contratos fundiarios y especialmente en los contratos de tipo agrario para recalcar el estudio en el examen del verdadero carácter «ad meliorandum».

Para el autor se trata en parte de lo dicho anteriormente, pero aumentado con el examen de otras figuras, como tipos de esta normativa, tales como el «bourgage», «hereditaire», el «alberguement», el «chapant», «convenant», la «metairie», etc., etc.

Por otro lado, aparte de este Derecho francés, se enumeran idénticas o análogas figuras en el Derecho alemán y el inglés para pasar en otro

apartado al estudio del Derecho español, con lo cual se nos dice que la institución brota en nuestra patria con idéntica importancia y fuerza que en los otros derechos medievales y acaso con idénticas y parecidas figuras, si bien el autor advierte que se ha limitado en su estudio a la zona castellana leonesa, debido a que las fuentes en esta región son acaso las más dignas de fiar, sobre todo teniendo en cuenta la cita que el autor hace de la obra de Valdeavellano. No obstante, el contrato más frecuente es el denominado precario, que cuando era precedido de una petición escrita de contratación se denominaba espístula precaria; más adelante se detiene en un examen histórico de las gentes y personas que formaban parte de la demografía de la época que en verdad se realiza con una claridad y comprensión para el lector dignas de encomio.

Es digna igualmente de mención la estructura parciaria de ciertos contratos en el denominado Al-Andalus, que curiosamente hemos vivido profesionalmente con bastante posterioridad y que se conservan vivos en el alma de las gentes.

El epígrafe cuarto es dedicado a examinar el tema dentro de las Partidas, señalando la ausencia de la regulación dentro del Fuero Real para pasar al desarrollo del estudio del llamado arrendamiento «ad longum tempus».

Finalmente, el autor examina lo que él denomina «usus modernus pactuarium» con una monografía sobre el tema de García Gallego, la dogmática canónica, la no recepción del Derecho justiniano, el «mos gallico» tardío y sobre todo la doctrina anterior a la codificación en España, con lo que se termina el trabajo, en el que es digno de hacerse constar en el elevadísimo número de fichas citadas por el autor, exactamente 874.

**RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio:** «Las actas electorales en su perspectiva histórica». R. D. N., núm. XCV, págs. 300 y ss.

Diez grandes apartados llevan a este especialista del Derecho notarial y de la claridad a dar cima a un trabajo intermedio entre la evolución histórica y la práctica del Derecho, lo cual hace que se trate de otro estudio perfecto, nítido y claro en grado sumo.

Una introducción sirve de base a esta especie de monografía, donde manifiesta el propio autor que ha preferido el tratamiento histórico, para mejor percibir su verdadero sentido, advirtiendo con su natural modestia que el estudio resultará un tanto libresco. Más no es así, su trabajo se sigue con auténtica delicia y así nos lleva por caminos como los de la competencia funcional hasta llegar a la regulación de la actividad notarial, afirmando que hasta que no llega el tercer reglamento notarial, la normativa va surgiendo de forma fragmentaria o la perfecta sistematización de la materia en torno a las habilitaciones en materia electoral que contiene el Reglamento de 9 de abril de 1917.

Pero eso no es todo, desde el punto de vista ajeno a lo estrictamente notarial se destaca la importancia de la función en esta materia, vista no sólo desde el punto de vista político y por políticos de la época, sino también por otras profesiones.

El examen de la responsabilidad administrativa se realiza a continuación de una forma igualmente clara y rotunda, en efecto, a través de las órdenes y resoluciones correspondientes se matiza todo lo relativo a la materia, como al mismo tiempo las cuestiones de índole penal con ella relacionadas.

Igualmente se estudian las causas de denegación de la actuación notarial que necesariamente ha de tener carácter rogado, lo cual es uno de los requisitos más importantes de la misma, bajo todos sus aspectos.

Se plantea la problemática igualmente de los requerimientos genéricos, estudiando la orden de abril de 1903, por la que se deniega la posibilidad de los mismos, señalando que en todo caso estos requerimientos han de ser concretos y determinados.

La forma y diligencia de la actuación del notario son igualmente analizadas a través de poner en conocimiento del Presidente de la Mesa la condición de notario y el objeto de la misma, antes de dar comienzo a su actuación, como igualmente el derecho de variación del requerimiento por parte del requirente.

Los apartados IX y X son dedicados a los sistemas de habilitación y a los requisitos que la misma conlleva no solamente desde el punto de vista de qué funcionarios son los que han de poder ocupar el puesto de notario, sino que igualmente se enumeran las reglas que han de observarse en la actuación de los mismos, con lo que se concluye este estupendo estudio de tipo notarial sobre la actuación en materia electoral.

#### C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).  
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).  
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.  
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).  
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).  
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.  
 BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.  
 BCD = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).  
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).  
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).  
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).  
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.  
 BIR = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.  
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).  
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.  
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.

- CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).  
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).  
 CLJ = The Cambridge Law Journal.  
 CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).  
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).  
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).  
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).  
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).  
 F = El Foro (Méjico).  
 EG = Foro Gallego (La Coruña).  
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real)..  
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres)..  
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires)..  
 IJ = Información Jurídica (Madrid).  
 IM = Ius (Milán).  
 IR = Iustitia (Roma).  
 JF = Journal do Foro (Lisboa).  
 L = La Ley (Buenos Aires).  
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).  
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).  
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).  
 MLR = The Modern Law Review (Londres).  
 NC = The North Carolina Law Review.  
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).  
 NR = Nuestra Revista (Madrid).  
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).  
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).  
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).  
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia)..  
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).  
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).  
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.  
 RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).  
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).  
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).  
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).  
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá)..  
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).  
 RDC = Revista del Diritto Commerciali e del Diritto Generali Delle Obligazioni (Milán).  
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).  
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).  
 RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).  
 RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).  
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).  
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).

- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
- RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
- RFDDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
- RFDCC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
- RFDMA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
- RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- ROW = *Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und u.terzonale Rechtsprobleme* (Berlín).
- RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
- RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
- RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
- RS = Rivista delle Società (Milán).
- RTC = *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* (París).
- RTDC = *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (París).
- RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
- RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
- RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
- SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
- SJ = *Svenski Juristtdning* (Estocolmo).
- T = *Temis*. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
- UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
- ZRV = *Zeitschrift für Vérgleichende Rechtswissenschaft* (Stuttgart).

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de  
CHICO ORTIZ, José María  
Registrador de la Propiedad

## DERECHO HIPOTECARIO

**Inmatriculación de fincas según el artículo 205 de la Ley Hipotecaria: después de autorizada la inscripción 1.ª de una finca y publicado el edicto correspondiente, no cabe que los interesados puedan impugnar ante el mismo Registrador la inmatriculación practicada ni que se extienda anotación preventiva de suspensión conforme al artículo 300 en relación con el 306 del Reglamento Hipotecario.**

Los interesados en impugnar la inmatriculación habrán de acudir al juicio declarativo correspondiente para defender su derecho, según establece el último párrafo del artículo 298 del Reglamento. (Resolución de 8 de marzo de 1978, «Boletín Oficial del Estado» de 30 de marzo de 1978.)

*Hechos.*—El 1 de diciembre de 1976, el Ayuntamiento de Coslada (Madrid) publicó un edicto del Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, en el que se ponía de manifiesto que doña Virginia, don Augusto y don Jorge Martínez Costa habían inmatriculado a su favor en el Registro de la Propiedad, en base al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, varias fincas, entre las cuales se relaciona con el número 6 una tierra al sitio o paraje de los «Tomillares» del Cerro o del Monte, o Camino de San Fernando, describiéndose a continuación su cabida y linderos, que causó el asiento número 12.563, inscripción 1.ª, al folio 193, tomo 1.693, libro 161 del Ayuntamiento de Coslada. Doña Carmen Rau Corradi, como mandataria de sus tres hijas, doña María Ignacia, doña Juana María y doña María Isabel Hoppichier Rau, de nacionalidad austríaca, dirigió escrito al señor Registrador impugnando la inscripción antedicha, por coincidir con las inscripciones vigentes a su favor, solicitando sobre la misma anotación preventiva de suspensión, de conformidad con los artículos 42, número 10, de la Ley Hipotecaria, y 306 de su Reglamento, dando traslado al Juzgado de Primera Instancia de Alcalá de Henares a los fines que previene este artículo, solicitándose asimismo se expida por el señor Registrador certificación de las inscripciones de la referida finca.

Presentado en el Registro el anterior escrito fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la anotación preventiva que se solicita en el escrito que precede, por no hallarse comprendida dicha anotación en ninguno de los números que, conforme al artículo 42 de la Ley Hipotecaria, facultan para pedir un asiento de esta clase, ya que no es de aplicación al caso presente lo que dispone el artículo 300 del Reglamento Hipotecario, en relación con el 306. Con devolución del escrito se expide la certificación que en el mismo se interesa, no para su incorporación a expediente alguno, que no existe en este caso, sino para su entrega al interesado, sin

que, por otra parte, proceda la remisión del escrito a la autoridad judicial, para lo que deberá acomodarse el solicitante a lo prevenido en el artículo 298, párrafo último, también del Reglamento Hipotecario».

Doña Carmen Rau Corradi, por sí y en representación de sus hijas, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, alegando que sería absurda e inútil la publicación del edicto si el titular registral no pudiera defenderse de una manera sumaria y especial (ante el propio Registro) contra posibles fraudes, y que este procedimiento sumario (incidental) es el que se desprende de la aplicación del artículo 306 del Reglamento Hipotecario, al que nos remiten los artículos 298 y 300 del mismo texto; que doña Virginia, don Augusto y don Jorge Martínez Costa instaron expediente de dominio, por carecer de título, sobre esta misma finca objeto del recurso ante el Juzgado de Primera Instancia de Alcalá de Henares, describiéndose la finca en el número 1, exactamente igual que se hace ahora en el número 6 del edicto, siendo objeto de oposición por los recurrentes, y denegando el señor Juez por auto de 19 de julio de 1974 dicho expediente por atenerse y defender las tablas registrales, con imposición de costas, por temerarios y de mala fe, a los promotores; y que los titulares de la inscripción que se impugna han cometido fraude en el tracto registral, cambiando varias ocasiones los parajes y superficies con el fin de adueñarse de la propiedad ajena.

El Registrador informó que la inmatriculación de la finca objeto de impugnación se efectuó cumpliendo todos los requisitos de los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 y concordantes de su Reglamento, en virtud de un título público de adquisición, procediéndose previamente a la busca correspondiente al objeto de identificar dicha finca con otras inscritas, con resultado negativo; que el Registrador, al calificar el documento que motivó la inscripción, no ha tenido constancia de la preexistencia de un expediente de dominio sobre las mismas fincas instado por los mismos titulares que presentaron el título para inscripción, expediente que fue denegado por el Juzgado de Alcalá de Henares, con imposición de costas, por lo que hubo de ajustarse en su calificación únicamente a los documentos que tuvo a la vista; que el procedimiento inmatriculador del título público de adquisición, regulado por los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento, no admite un medio de impugnación de la inscripción sustanciado ante el propio Registrador, como pretende el recurrente, por lo que no procede la anotación de suspensión interesada respecto a la inscripción practicada; que como trámite previo a la inmatriculación, el Registrador ha de resolver sobre la posible identidad de la finca e inmatricular con otras ya inscritas, y en caso de que tal identidad no exista, el Registrador no sólo puede, sino que inexorablemente tiene que inscribir en virtud del automatismo del procedimiento registral; que lo prevenido en el artículo 306 del Reglamento Hipotecario no supone—como pretende el recurrente—un medio de impugnación de la inscripción ya practicada que pueda interponerse ante el propio Registrador por las personas que se consideren perjudicadas, en el período que transcurre entre la práctica del asiento y la extensión de la nota marginal acreditativa de la publicación del edicto, sino que lo que tal precepto establece es que el Registrador, a iniciativa propia, en caso de duda racional sobre la identidad de las fincas, pueda decidir que esta duda la resuelva la autori-

dad competente, suspendiendo para ello la inscripción, extendiendo anotación preventiva si el interesado la solicita, y remitiendo los asientos contradictorios al Juzgado correspondiente; que si el Registrador, por no dudar acerca de la identidad, decide practicar la inscripción, no hay base legal alguna para admitir la impugnación que el recurrente pretende al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria; y que el medio adecuado de impugnación para nuestro caso concreto sería el establecido por el mismo artículo 298 del Reglamento Hipotecario en su párrafo final.

El Presidente de la Audiencia confirmó la notá del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y declarando, además, que al no apreciar el Registrador la existencia de ningún asiento contradictorio que pudiera suponer la identidad de la finca con otras ya inscritas, no son de aplicación a la pretensión del recurrente los preceptos reglamentarios alegados por el mismo.

Y la Dirección General confirma el auto apelado y la nota del Registrador con base en los siguientes considerandos.

*Doctrina.*—«Que en este recurso se plantea la cuestión de si como consecuencia de la publicación del edicto exigido por el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, en los casos de inmatriculaciones de fincas al amparo de lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley, cabe a los que puedan estar interesados impugnar ante el mismo Registrador la inmatriculación practicada, por afirmar que se encuentra ya inscrita a nombre de otra persona y que se extienda anotación preventiva de suspensión, con remisión del expediente al Juez de Primera Instancia, por creer aplicable el artículo 306 del Reglamento Hipotecario».

«Que una de las constantes preocupaciones del legislador en materia de Derecho Inmobiliario ha sido evitar a todo trance el que pueda producirse en el Registro de la Propiedad una doble inmatriculación de una misma finca, por las consecuencias que de ello se derivarían, y por eso la Ley Hipotecaria, al regular los distintos medios inmatriculadores adopta, entre otras medidas, la de asegurarse que el inmueble no figura ya inscrito (artículos 201-2.º y 203-3.º de la Ley), y minuciosamente establece los derechos y forma de oponerse a la tramitación por las personas que crean ostentar un derecho sobre el inmueble discutido.»

«Que a diferencia del expediente de dominio, en donde las reclamaciones se sustancian dentro del propio expediente —artículo 203-6.º—, cuando se trata de inmatriculaciones al amparo del artículo 205 de la Ley y 298 de su Reglamento, el sistema que las personas interesadas tienen para oponerse es diferente.»

«Que respecto de este último medio inmatriculador, la legislación hipotecaria, en el artículo 300 del Reglamento, ordena que si existe algún asiento contradictorio en el que la descripción de la finca coincide en algunos detalles con la contenida en el título que se pretende inscribir habrá que aplicar la norma que para las certificaciones de dominio contiene el artículo 306 del Reglamento Hipotecario, que establece la competencia del Juez de Primera Instancia para resolver la cuestión discutida, mientras que si no se dan estas circunstancias, el artículo 298, párrafo último, indica que los que se crean con derecho a los bienes o parte de ellos, cuya inscripción se haya

practicado, podrán alegarlo ante el Juzgado o Tribunal competente en juicio declarativo y deberá el Juez ordenar que de la demanda se tome en el Registro la correspondiente anotación preventiva.»

«Que de las certificaciones registrales aportadas se observa que no existe identidad alguna en las descripciones de las dos fincas—la que se acaba de inmatricular y la que se encontraba inscrita—al ser totalmente diferentes su extensión, paraje, linderos, etc., por lo que es correcta la postura del Registrador, que una vez hecho con resultado negativo el examen de los índices y libros que integran el Archivo, no aplicó lo preceptuado en el artículo 300 del Reglamento, ya que en el momento de calificar el título presentado a inmatricular no podía ofrecérsele duda racional acerca de una posible identidad con otra finca ya inscrita al no existir contradicción alguna con asientos no cancelados, ni coincidir en ningún detalle con inmueble ya inscrito.»

«Que el artículo 306 del Reglamento no establece un procedimiento para impugnar la inscripción de una finca que ya se había practicado, sino que autoriza al Registrador el poder suspender o no practicar la que se solicitó cuando se le ofrezcan dudas racionales acerca de su identidad con otra ya inscrita y hasta tanto la autoridad judicial resuelva sobre la cuestión, seguidos los trámites que dicho artículo indica, y siempre a solicitud del que pidió la inscripción.»

«Que al no ser aplicable a este caso el procedimiento del artículo 306 del Reglamento, los interesados en impugnar la inmatriculación habrán de acudir para defender su derecho al juicio declarativo correspondiente, tal como se indicó en un considerando anterior, por resultar así del último párrafo del artículo 298 del mismo texto legal.»

«Que la anotación de suspensión solicitada no puede extenderse, pues aparte de que no aparece recogida en ningún precepto de nuestro ordenamiento hipotecario, es obvio que no puede pedirse la suspensión de la práctica de un asiento que ya aparece formalizado en los libros registrales, lo que no impedirá en su día que si se entabla el procedimiento correspondiente pueda instarse, con arreglo al artículo 42 de la Ley, que se anote preventivamente la demanda interpuesta.»

*Consideraciones críticas.*—El supuesto que se contempla en la presente Resolución no es más que un producto de un mal enfoque en su intento de resolver por una vía indebida lo que tenía expedita la normal y judicial adecuada. Es evidente que la solución que al caso se da por la Dirección está ajustada a los «cánones» que inspiran la legislación hipotecaria y que se deducen de su articulado. Por ello, el comentario forzosamente exige brevedad, ya que el tema es claro y no ofrece duda. No obstante, bien merece esta ocasión para poder comentar algunos puntos que no parecen muy lógicos en esa política legislativa de las inmatriculaciones y que suponen, en el fondo, una especie de desconfianza o desconocimiento de lo que el principio de publicidad representa. El tema roza, igualmente, ese gran poder que al Registrador otorga la Ley para velar por la legalidad a través de la calificación y que, si en el campo de la validez de los actos jurídicos se estiliza y afina, aquí en materia de identificación de fincas supone una decisión que podríamos llamar «catastral», cuya finalidad última es la de evitar a

toda costa el problema de la doble inmatriculación. Y es curioso, cómo en esa doble vertiente que se unifica en la labor calificadora, los cauces que los interesados tienen para ir contra la decisión registral son distintos, pues en el primero el camino lo marca el recurso gubernativo y en el segundo, por razones que veremos, el problema se traslada a la jurisdicción civil, al campo judicial.

El caso se me presentó en alguna de las etapas de mi labor calificadora, lo que sucede es que pude convencer a los interesados para que no utilizaran ese medio inútil del recurso gubernativo en el presente supuesto y que atacasen el tema judicialmente. Al saberme el tema creo que resulta fácil estructurar estas notas críticas en tres partes bien diferenciadas: calificación registral a través de la identificación de fincas, requisitos de la inmatriculación por título público y procedimiento adecuado para su impugnación.

A) *Calificación registral de identificación de fincas.*—La grandeza de la facultad calificadora reside en los limitados medios sobre los que puede operar y que se reducen, conforme a lo dispuesto en la Ley en su artículo 18, a las escrituras públicas (extensible la dicción a los documentos judiciales y administrativos) y a los asientos del Registro. Sobre estos precarios medios la labor calificadora se agranda y cobra sentido, pues el jurista que lleva dentro el funcionario registral exprime el contenido de la escritura, investiga lo que el Registro publica y decide en consecuencia la admisión o no de la inscripción que se pretenda realizar.

Es difícil saber cuál es la práctica registral para proceder a este filtro, examen o depuración de conceptos que encierra la calificación, pero yo entiendo, sin perjuicio de que se me rectifique, que lo primero y primordial es el examen del título que pretende tener acceso al Registro, para luego, una vez comprobada su legalidad, pasar a los datos registrales que exigen dos puntos claves y uno de referencia. El primero y fundamental, ya que el Registro se lleva por fincas, es la identificación de la finca objeto del contrato que se pretende inscribir. Lindero a lindero, superficie, paraje, situación, etc., son los puntos en los que el Registrador debe ejercer su facultad para descubrir si existe o no identidad. Luego viene el titular, sus facultades, sus representaciones, su legitimación, en virtud del principio del tracto sucesivo y, luego, en ese carro de arrastre de carpas para comprobar las que figuran inscritas y las que es necesario eliminar por estar solamente mencionadas en el título. La labor es bonita, complicada y nada fácil para el que no esté impuesto en esa práctica registral que da, de una parte, el conocimiento y, de otra, la experiencia.

La identificación de fincas es, por lo que acabamos de decir, esencial, pero se convierte en trascendente cuando de inmatriculaciones se trata, ya que en esos casos el cuidado, la diligencia y pulcritud del Registrador son decisivos hasta que a su ánimo llegue el convencimiento de que la finca que pretende tener su entrada en el Registro no se asemeja en nada a las que en el mismo figuran inscritas. Es decir, con ello se pretende evitar el temible fenómeno de la doble inmatriculación, que facilitaría posibles fraudes en base de los drásticos efectos que el Registro produce. Y esto es así, no sólo por el espíritu que animó la reforma de 1944-46 al facilitar la inmatriculación por título público, sino porque la misma letra del precepto así lo impone y de

ahí que la regla quinta del artículo 298 del Reglamento Hipotecario establece: «En todos los casos será indispensable que no haya duda fundada acerca de la identidad de la finca».

Ratifican esta idea de, una parte, el artículo 300 del mismo Reglamento al hablar de «asientos contradictorios» cuya descripción coincida en algunos detalles con la contenida en el título que se pretende inscribir, en cuyo caso se aplicará la doctrina del artículo 306 del mismo Reglamento, que permite una anotación preventiva, con devolución de la documentación y notificación de la contradicción, cuando el documento inscribible se refiriere a fincas o derechos reales (el defecto de redacción aquí es notable, pues la inmatriculación siempre es de fincas) «cuya descripción coincide en algunos detalles con la de fincas o derechos ya inscritos». Igualmente, esta doctrina viene reflejada en la Resolución de 29 de julio de 1949 al interpretar en sentido amplio esa facultad de identificación fundiaria y decir que «Los Registradores no deben suspender automáticamente la inmatriculación de fincas por la simple coincidencia de algunos detalles descriptivos, sino que la duda sobre identidad de los predios ha de tener un fundamento racional, dimanante de todas las circunstancias del caso, y esta lógica interpretación ha sido explícita y reiteradamente admitida por este Centro». Confirma esta postura la actual Resolución que comentamos en cuyo considerando quinto al pronunciarse sobre la imposible identidad de las fincas en su descripción y al considerar correcta la postura del Registrador que «una vez hecho con resultado negativo el examen de los índices y libros que integran el Archivo» no aplicó la doctrina del artículo 300 del Reglamento, ya que en el momento de calificar el título «no podía ofrecérsele duda racional acerca de una posible identidad con otra finca ya inscrita».

B) *Requisitos de la inmatriculación por título público.*—Decía Sanz Fernández al referirse a los procedimientos inmatriculadores y hacer la crítica de la postura legal que «la máxima perfección de la materia se hallaría en el establecimiento de un medio único de inmatriculación aplicable a toda clase de fincas. Sin embargo, la circunstancia de hallarse en España fuera del Registro una gran masa de propiedad, así como las especiales características de nuestra vida rústica, exigía por simples consideraciones de orden práctico mantener el sistema de multiplicidad de procedimientos, con el fin de facilitar esta materia en el mayor grado posible». Aunque la Ley de 1944 redujo los procedimientos inmatriculadores y el texto refundido de 1946 mantuvo esa postura, retocando el problema de los efectos, el Reglamento Hipotecario desarrolló los preceptos legales ampliando los medios de inmatriculación en un doble sentido: desarrollando los establecidos por la Ley en forma que dan lugar a procedimientos nuevos de inmatriculación y manteniendo algunos medios especiales recogidos ya por el Reglamento anterior.

De los tres medios inmatriculadores que se enuncian en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, el que interesa en el presente momento es el que se recoge en el apartado b) sobre los títulos públicos de adquisición que viene desarrollado en los artículos 205 y 207 de la Ley y 298 a 302 del Reglamento. La forma en que se lleva a cabo la inmatriculación cuestionada en el presente caso opera sobre la base de un título público.

Tiene una gran razón Amorós Guardiola (Comentario a esta misma Re-

solución en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario de marzo-abril 1980, número 537, pág. 428) al apuntar que en ningún caso pueden ser iguales los requisitos de un título traslativo para continuar el tracto registral no interrumpido, que para iniciar la vida registral de una finca cuya inscripción primera funciona como una excepción al principio de tracto sucesivo. En la primera bastará justificar la validez del acto traslativo y su eficacia jurídico-real, mientras que para inscribir por vez primera el dominio sobre una finca a favor de su titular, no bastará con el nuevo título traslativo que servía para lograr una segunda o posterior, sino que será necesario también justificar la previa titularidad del transmitente no inscrito y la falta de inmatriculación de la finca en cuestión.

Y en esto coincide toda la doctrina: para que proceda la inmatriculación por este medio ha de tratarse de un título público (nunca privado), un título público de adquisición de dominio a título derivativo (excluyéndose los títulos declarativos) y que se acredite de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha del título inmatriculador (medios que se exponen en el artículo 298 del Reglamento). Además se hace preciso, como requisito esencial de la inmatriculación, que se publiquen edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radica la finca, expedidos por el Registrador con vista a los documentos presentados. Con ello se recoge el precedente del Reglamento de 1915 y de la Ley de 21 de junio de 1934.

En alguna otra ocasión me he ocupado del tema de los edictos («Publicación de edictos», Boletín Informativo del Colegio Nacional de Registradores, 1970, pág. 277 y «Tres problemas de inmatriculación», en la misma publicación, todo ello recogido en mi libro «Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral», Madrid, 1978) y creo que en esos trabajos o al filo de algún comentario de Resoluciones partía de la idea de que su exigencia era uno de los fallos del principio de publicidad, ya que, de una parte, se da a su publicación el carácter de requisito esencial para que el asiento practicado pueda adquirir el carácter definitivo, pudiendo ser cancelado si no se acredita la falta de publicación y, de otra, se niega o desconfía de la publicidad que los libros registrales tienen frente a todos.

Una sentencia del Tribunal Supremo de la Sala cuarta de lo contencioso administrativo relacionaba precisamente el principio de publicidad con la publicación de edictos y decía que la misma constituye un requisito esencial tendente a que las inscripciones de inmatriculación se practiquen de acuerdo con el principio de publicidad, que es uno de los básicos de la institución del Registro de la Propiedad. Volvemos sin querer a la distinción entre publicidad efecto y publicidad noticia y al edicto no puede dársele nunca el carácter de publicidad efecto.

Amorós Guardiola, en el comentario antes citado, se plantea también esta cuestión al afrontar la finalidad que se persigue con la publicación de los edictos. Nos dice que se trata de lograr a través de su exhibición el conocimiento de la inmatriculación por parte de los terceros en general, no de una determinada persona «uti singuli», cumpliendo una evidente función de publicidad. Reconoce que la publicidad registral es técnicamente más perfecta y de mayor eficacia, pues de una parte territorialmente no se circuns-

cribe a la localidad en cuyo término municipal radique la finca y, de otra, temporalmente el edicto porta una publicidad limitada al mes en que está expuesto. Para dicho autor la subsistencia de este medio complementario, aunque decisivo para la vida de una posible inmatriculación, sólo se justifica para evitar que a través de una inmatriculación excesivamente facilitada por no acreditarse suficientemente el dominio del transmitente, pueda el adquirente conseguir la covalidación registral de su claudicante situación, con el grave peligro que ello puede suponer para el tercero no inscrito o para quien aparezca como titular inscrito en otro folio registral.

A mi entender es un requisito excesivo y que la práctica demuestra los numerosos casos de «picaresca» publicación, cuando el mismo ha estado encerrado en un cajón del Municipio correspondiente. Pero fuera de esa peculiar forma de publicación, lo que sí es cierto es que supone un doble atentado: a la labor calificadora, que sólo decidirá la inmatriculación y consiguiente expedición del edicto, cuando «no tenga duda racional» de que la finca que trata de ingresar en el Registro no figura en el mismo y otro atentado al principio de publicidad en cuanto en estos casos de inmatriculación, a diferencia de los de segundas y posteriores, la publicidad registral no basta y debe ser complementada por un medio accesorio cual es el edicto. Solamente dando o considerando al edicto como una especie de certificación registral (que como sabemos es el único medio para acreditar la libertad o el gravamen de los bienes inmuebles, conforme al artículo 225 de la Ley Hipotecaria), podría admitirse que su fijación en un tablón de anuncios no es más que un traslado del contenido registral que los libros reflejan. Y, entonces, quizá pudiese hacer cierto el primer motivo que alega la recurrente en este caso: sería absurda e inútil la publicación del edicto si el titular registral no pudiera defenderse de una manera sumaria y especial ante el propio Registro. Pero como esto no es así vamos a llegar al tema central del recurso: el procedimiento de impugnación.

C) *Procedimiento de impugnación.*—La aceptación de los diferentes medios de inmatriculación lleva al legislador a establecer diferentes procedimientos para su posible impugnación por quien se considere perjudicado. Y así, como dice la Resolución en uno de sus considerandos, a diferencia de lo que sucede en el expediente de dominio en donde las reclamaciones se sustancian dentro del mismo expediente (artículo 203, 6.º, LH) cuando se trata de inmatriculaciones al amparo del artículo 205, el sistema que las personas interesadas tienen para oponerse es diferente.

Creo que cabe destacar, para señalar el procedimiento adecuado, dos momentos de la calificación que ofrecen sendos sistemas de oposición: el de la duda registral acerca de la identidad de la finca y el de la seguridad registral de que se trata de finca diferente.

a) Si el Registrador, al calificar y examinar el contenido del Registro, descubre o sospecha que la finca que se trata de inmatricular ya está inscrita, no puede entrar en funcionamiento ese medio inmatriculador que parte de un requisito sustancial: que la finca no figure inscrita. En estos casos y por virtud del artículo 300 del Reglamento Hipotecario se aplicará lo dispuesto en el artículo 306 del mismo Reglamento, o lo que es lo mismo, el Registrador suspenderá la inscripción solicitada, extendiendo anotación preventiva.

si la pidiera el interesado a quien se notificará la decisión para que, si lo estima procedente, lo comunique al Juez de Primera Instancia del partido, el cual dictará auto declarando o no inscribible el documento de que se trate.

La jurisprudencia de la Dirección aclara que este procedimiento procederá cuando entre el inmueble inscrito en el Registro y aquel que se describe en el título exista coincidencia «en algunos detalles», pero no cuando entre ambas descripciones aparezca una identidad casi absoluta por ser iguales situación, linderos, medida superficial, etc. (Resolución de 10 de febrero de 1956).

Se dice en la Resolución que comentamos, pero no en las que se citan, de 19 diciembre de 1946, 28 febrero y 29 julio de 1949, así como la de 19 enero 1960 de que quien ha de provocar la actuación judicial es el interesado en la inmatriculación, pues la labor del Registrador se circunscribe a suspender la inscripción, entrega de copia de la inscripción o asiento contradictorio y extensión de la anotación de suspensión si así se solicitare. Aclaro este punto, pues del comentario que hace Amorós Guardiola parece deducirse que quien tiene que comunicar al Juez la existencia del asiento contradictorio es el Registrador, cosa que, con su buen criterio y conocimiento de la materia, nunca pudo decir, aunque se pueda inducir de su manera de expresarlo.

Por supuesto, y conforme hemos visto dice la Resolución del año 1956, si el Registrador «no tiene duda» de que la finca inscrita es idéntica a la que pretende inscribirse o, mejor, inmatricularse, es evidente que no procede el sistema del artículo 300 y 306 del Reglamento Hipotecario, pues lo que debe hacer es denegar la inscripción y el procedimiento adecuado será el del recurso gubernativo.

b) Si el Registrador no tiene duda al respecto y entiende que la finca que se pretende inscribir no está en el Registro, practicará la inmatriculación y librára el correspondiente edicto para que una vez publicado pueda convertir el asiento en definitivo o proceda a cancelarlo si el edicto no se devuelve cumplimentado.

Esta decisión del Registrador está sujeta a posibles errores y como su decisión no puede entenderse como definitiva, la legislación permite a los interesados que puedan acudir al juicio declarativo ordinario para que sea en dicho procedimiento donde se resuelva el posible derecho a los bienes o parte de ellos, debiendo en todo caso el Juez decretar la anotación preventiva de demanda, todo ello conforme al artículo 298, párrafo último, del Reglamento Hipotecario, lo cual viene a coincidir con ese principio general que el artículo 1 de la Ley Hipotecaria establece al decir que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud.

Aplicando todo ello al caso presente vemos que, conforme a la Resolución no procedía en este caso el procedimiento del artículo 306 del Reglamento Hipotecario, que sólo supone un caso de «duda» por parte del funcionario calificador, pero no cuando sin dudar inscribe y coloca la inscripción bajo la salvaguardia de los Tribunales. Todo ello venía clarísimamente expresado en la nota calificadora que, de haber sido leída con detenimiento y sin ofuscación, hubiera evitado este recurso, que no hace más que confirmar la doctrina en ella contenida y que se ajusta a los términos claros y terminantes de la legislación.

**Rectificación de inexactitud registral por error en la declaración de voluntad contenida en el título inscrito: si los errores padecidos en el título inscribible pueden ser comprobados plenamente a través de documentos auténticos, que por su naturaleza sean independientes de la voluntad de las partes, para extender el nuevo asiento bastará la petición del interesado junto con la presentación de aquellos documentos justificativos, sin que sea necesario acudir a los procedimientos establecidos en el artículo 40 de la Ley.**

La regla primera del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, al suponer una desviación de las normas legales de carácter general de nuestro sistema inmobiliario, debe ser interpretada en forma restrictiva, y sólo aplicable a los supuestos típicamente españoles de bienes gananciales o presuntivamente gananciales, sin que pueda extenderse a casos distintos. (Resolución de 10 de marzo de 1978, «Boletín Oficial del Estado» de 5 de abril de 1978.)

*Hechos.*—Por escritura autorizada en Barcelona en 25 de enero de 1966 por el Notario don Enrique Gabarró Sansó, bajo el número 204 de su protocolo, don Radu Barbulescu Georgescu compró a la Inmobiliaria «Montecasino» un piso vivienda situado en la calle de Atenas, números 8-10, de la capital. En dicho documento se declara literalmente que «los comparecientes aceptan esta escritura y sus efectos, manifestando el comprador ser apátrida, estar casado don doña Elvira Florea Georgescu y sometido al régimen de comunidad de adquisiciones», siendo inscrita en el Registro el 22 de julio de 1975. Ante el Notario de la misma capital, don Angel Martínez Sarrión, don Radu Barbulescu manifestó—con el fin de obtener la rectificación del título inscrito en cuanto le declaraba sometido al régimen matrimonial de comunidad y adquisiciones—que tal declaración era un error paladino fácilmente constatable por cuanto en modo alguno había base legal para acogerse a tal régimen, ya que no se adujeron capitulaciones matrimoniales algunas; que en cuanto a la Ley de origen, el 15 de agosto de 1936, fecha de su matrimonio en Rumania con doña Elvira Florea Georgescu, regía el artículo 1.283 del Código civil de 1864, que establecía como sistema legal el de separación absoluta de bienes, si bien el Código de la Familia en vigor en Rumania desde el 1 de febrero de 1954 estableció el régimen de comunidad de bienes, esta modificación no puede afectarle por estar sometido al Estatuto de los Apátridas, y en cuanto a la ley del domicilio, establecido inicial e ininterrumpidamente en Barcelona, ha de afectarle plenamente el sistema catalán de separación de bienes, a tenor del artículo 7 de la Compilación; que la escritura que se trata de rectificar contiene una expresión errónea por manifestación equivocada de una Ley que si bien rige actualmente para los rumanos, no se podía aplicar a una persona que en tal fecha no era rumana; que tal conocimiento inexacto de una legislación extranjera es susceptible de ser corregida por medios fehacientes con independencia de la voluntad de las partes afectadas, citando en su apoyo la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de marzo de 1917; que como consecuencia de lo dicho, queda rectificadas la escritura de compra citada, por cuanto la manifestación de haberse adquirido en comunidad de adquisiciones es

errónea, ya que las relaciones matrimoniales en su matrimonio con doña Elvira Florea eran de separación absoluta de bienes; que, como justificación documental, se acompaña certificado en xerocopia, traducido por el fedatario del alemán, del Instituto para los Países del Este, radicado en Munich, declarando que el 15 de agosto de 1936 se aplicaba en Rumania el régimen de separación de bienes, no siendo introducido el régimen de comunidad de bienes hasta el 1 de febrero de 1954, que desde esta fecha se aplica también a todos los matrimonios contraídos antes, e incorporando también a la escritura certificación del fedatario de que el régimen legal existente en Rumania hasta el día 1 de febrero de 1954 era el de separación absoluta de bienes.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura de rectificación, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Presentado el precedente documento, según la nota próxima anterior, en unión de la escritura pública que por el mismo se rectifica, ha sido suspendida la inscripción del mismo por los defectos subsanables:

A) De no ajustarse la rectificación a que tal documento se refiere a lo preceptuado en el apartado c) de los artículos 40 y 217 de la Ley Hipotecaria.

B) De caso de no estimarse el defecto anterior, por no acompañarse la certificación del matrimonio del otorgante ni de acreditarse en forma alguna la condición de apátrida del mismo ni la circunstancia de no existir contrato de regulación de su régimen económico matrimonial. No se ha tomado anotación preventiva, por no haberse solicitado».

El Notario autorizante de esta segunda escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, alegando, entre otros extremos, que el supuesto fundamental sobre el que se centra el recurso afecta al apartado a) de la nota, y que el apartado b) supone el desconocimiento de una situación proclamada por los asientos del Registro; que se adjunta un acta de notoriedad, autorizada el 8 de marzo de 1976 por el Notario recurrente, comprensiva de los certificados que reseña de la Legación Real de Rumania en España, del Presidente de la Comunidad de Rumanos en España, de defunción de doña Elvira Florea Georgescu, ocurrida en Barcelona el 13 de abril de 1974, copia de la escritura de compraventa de un piso-apartamento autorizada por el Notario de Barcelona, don Diego Romero, el 4 de mayo de 1971, en la que el señor Barbulescu hacía constar que no otorgó capitulaciones matrimoniales y que su matrimonio era un régimen de separación de bienes, declaraciones de los apátridas de origen rumano Nicolás Rosca Sasu y Gheorghe Ostea Adamache, declarándose que de tales documentos queda acreditado por notoriedad la condición de apátrida del señor Barbulescu y que contrajo matrimonio con doña Elvira Florea el 15 de agosto de 1936 en Rumania sin otorgar capitulaciones matrimoniales; que el problema jurídico de fondo está íntimamente relacionado con la posición que se adopte en la actualidad con respecto al concepto tradicional de la apatridia, que nos ayudará a determinar, en el supuesto concreto que estudiamos, la legislación aplicable al señor Barbulescu; que el domicilio que le corresponde al apátrida es el del lugar en que se encuentra, que es donde ejercita sus derechos y cumple sus obligaciones, y que la equivocación consiste en pretender conducir a normas civiles cuestiones de Derecho internacional privado; que en cuanto al sistema

para la rectificación de error en el supuesto que nos ocupa, no puede ser otro que el específico del título inscribible del que viene a constituir una consecuencia la inscripción; que el error deslizado en el título de cuya inscripción se trata, se contrarresta con la manifestación que el señor Barbulescu hace en otra escritura de compra de 4 de mayo de 1971 ante el Notario de Barcelona don Diego Romero Pérez, de que no otorgó capitulaciones matrimoniales y que su matrimonio es en régimen de separación de bienes, a lo que debe unirse la prueba documental subsanatoria acompañada por el recurrente; y que, aunque no se admitieran estos argumentos, habría de considerarse la doctrina establecida por la Resolución de 29 de septiembre de 1967, interpretada a la luz de la de 9 de marzo de 1917.

El Registrador informó que el verdadero problema planteado en el presente recurso es el de la aplicación del principio de consentimiento formal, básico en nuestro ordenamiento hipotecario, lo que hace intrascendente, a los efectos que nos interesan, el detallado estudio de la apatridia hecho por el recurrente, así como la determinación de la clase de error que se pretende subsanar mediante la escritura calificada; que en la cláusula de la escritura inscrita en el Registro que se trata de rectificar, al referirse el comprador a su régimen económico conyugal, no se remite a legislación alguna, sino que manifiesta únicamente la circunstancia de estar regulado su matrimonio por el régimen de comunidad de bienes, por lo que, al parecer, resulta irrelevante el hecho de que le sea o no aplicable la legislación rumana en el momento de su matrimonio; que la inscripción de la adquisición en el Registro crea un «status» a favor de la mujer del comprador derivado de la constatación registral de tal régimen de comunidad y adquisiciones; que transcurridos aproximadamente nueve años de la fecha de la adquisición y fallecida la mujer del comprador, éste otorga la escritura de manifestaciones autorizada por el Notario recurrente para la rectificación de la escritura de compraventa en el sentido de que el matrimonio del comprador no debía regularse por el régimen de comunidad y adquisiciones, sino por el de separación de bienes, aduciendo para ello que así lo exigía la ley aplicable al supuesto en cuestión y alegando en su apoyo la Resolución de 9 de marzo de 1917; que olvida, en cambio, el recurrente la Resolución de 17 de febrero de 1969, en la que en un caso muy similar al planteado se mantiene un criterio totalmente opuesto al sostenido por el fedatario, afirmando el principio del consentimiento formal en méritos a que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales; que, resumiendo, el funcionario informante mantiene la nota recurrida en su apartado a), declarando que la única forma de rectificar el contenido del Registro en el caso debatido es la obtención del consentimiento de todos los interesados, entendiendo por tales los posibles causahabientes de la que fue cónyuge del comprador, y, en su defecto, de la oportuna Resolución judicial; que en cuanto al apartado b) de la nota, considera suficientemente justificados los extremos a los que se refiere, con el acta de notoriedad autorizada por el Notario recurrente.

El presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, limitada a su apartado 1.º, letra a), por razones análogas a las expuestas por este funcionario y manifestando, además, que para la sustancial rectificación pretendida, que implica atribuir la exclusiva propiedad y disposición de la finca

al apátrida rumano que dice haber sufrido error, no basta el mayor o menor conocimiento de cuál fuese y es el régimen legal en su país de origen, sino que para la rectificación del error, si existió, es obligada la aplicación de los preceptos hipotecarios que el Registrador cita en su nota, que exigen el consentimiento de los interesados o, en su defecto, resolución judicial, que no puede ser sustituida por la declaración del acta de notoriedad.

Y la Dirección General revoca el auto apelado y la nota del Registrador tomando como fundamento los siguientes considerandos.

*Doctrina.*—«Que la materia sobre la que versa este recurso no es propiamente la relativa a la situación o no de apatridia del titular que solicita la rectificación registral y a la existencia o no de contrato que regule el régimen económico de su matrimonio, extremos que estima justificados el Registrador en su informe con los documentos que se aportaron, por lo que desiste del apartado b) del defecto de la nota, sino al procedimiento adecuado para desvirtuar la situación jurídica creada en los libros registrales como consecuencia de la errónea declaración en la escritura de compraventa al manifestar el adquirente estar «sometido al régimen de comunidad de adquisiciones», que provocó en el Registro la inscripción del inmueble a favor de «don Radu Barbulescu Georgescu y doña Elvira Florea Georgescu y para su comunidad de adquisiciones sin atribución de cuotas», según resulta de la certificación registral solicitada por este Centro Directivo en ampliación para mejor proveer».

«Que el problema que plantea la inexactitud registral está íntimamente enlazado con los principios de legitimación y fe pública, tal como indica la exposición de la Ley de Reforma de 1944, y no había sido formulado en la legislación anterior con un carácter unitario, tanto en su concepto como en sus efectos, y por eso la ley vigente ha pretendido remediar aquella situación al proporcionar un concepto global de inexactitud—artículo 39—y regular detalladamente los diversos supuestos que pueden presentarse—artículo 40—para lograr las soluciones adecuadas que refuercen los principios básicos en que se fundamenta el Registro de la Propiedad.»

«Que esta pretendida intención del legislador no ha sido siempre alcanzada debido a la variedad de situaciones que la realidad presenta, por lo que sigue vigente la reiterada doctrina de este Centro, anterior a la Ley de 1946, de que si los errores padecidos en un título inscribible pueden ser comprobados plenamente a través de documentos auténticos, que por su naturaleza sean independientes de la voluntad de las partes, documentos que ponen de manifiesto la falta de armonía entre el Registro y la realidad jurídica, bastará la extensión del asiento, a petición del interesado, con la presentación de los mismos y sin que sea necesario entonces acudir a los procedimientos legalmente establecidos.»

«Que para probar inequívocamente que el inmueble adquirido es privativo de don Radu Barbulescu, se hace necesario demostrar que su matrimonio con doña Elvira Florea se encontraba regido por el sistema de separación de bienes.»

«Que de la documentación aportada resulta que el matrimonio se contrajo en Rumania en 1936 bajo el sistema legal vigente en aquella fecha, que era el de separación de bienes; que la posterior modificación por el Código de

Familia de aquel país de 1954, que establece el sistema de comunidad, incluso con carácter retroactivo, no afecta a dicho matrimonio, dado su condición de apátridas, que ostentaban con anterioridad a la entrada en vigor de esa disposición legal, apatridia reconocida por el funcionario calificador, y que supone una ruptura de su vínculo nacional; que, según el artículo 9, 2.º y 3.º, del Código civil, las relaciones patrimoniales de los cónyuges se regirán por su última ley nacional común o, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración, que tanto en un caso como en otro es la rumana; y, en fin, que dicho régimen inicial de separación de bienes es, en nuestro sistema de Derecho Internacional Privado, inalterable, salvo por voluntad de los cónyuges cuando su ley personal lo permita y sin que le afecte el cambio de nacionalidad de los esposos y mucho menos, claro es, que a éstos les sobrevenga la condición de apátridas, la cual sólo para situaciones jurídicas no consolidadas determinará la aplicación de la ley del lugar de la residencia habitual (artículos 9 y 10 del Código civil).»

«Que de todo lo expuesto, que acredita en forma auténtica el error sufrido, se deduce que no será preciso el consentimiento del titular registral, que exige el artículo 40, d), de la Ley Hipotecaria, o, en su defecto, la correspondiente resolución judicial para la extensión del asiento rectificado coincidente con la realidad extrarregistral, sino que el mismo título ya inscrito junto al acta ahora presentada son suficientes para rectificar el asiento indudablemente inexacto; pero al haberse inscrito el inmueble en base a una discutible norma reglamentaria, a favor de ambos cónyuges, habrá que examinar si esta última circunstancia puede suponer un obstáculo a la rectificación pretendida.»

«Que la regla primera del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, al suponer una desviación de las normas legales de carácter general de nuestro sistema inmobiliario, acaso fundada con justificación no muy clara en el posible carácter ganancial de la adquisición, y que obliga al Registrador a practicar una inscripción a favor de persona que no ha sido parte en el otorgamiento del instrumento público, debe ser interpretada, dado su carácter tan anómalo y singular, en forma restrictiva, y sólo aplicable a los supuestos típicamente españoles de bienes gananciales o presuntivamente gananciales, sin que pueda extenderse a casos distintos, máxime si se trata de una adquisición hecha por extranjero, cuyo régimen matrimonial se ha de regir, como ya se ha indicado, por su ley personal—artículo 9, 2.º y 3.º, del Código civil—, sin que sea oponible la práctica o corruptela en contrario, por lo que en estas adquisiciones la inscripción se realizará a favor de quienes aparezcan como compradores o adquirentes del inmueble.»

«Que al haberse desvanecido el doble error producido, uno por declaración inexacta del interesado, recogido en la escritura, y el segundo por aplicación indebida de un precepto reglamentario al extenderse el asiento registral, procede aplicar la doctrina de este Centro antes indicada, coincidente con lo establecido en el artículo 219 de la Ley Hipotecaria, que indica se rectificará el error por medio de una nueva inscripción cuando—como aquí ha sucedido—conviniere en ello la parte que intervino en la redacción inexacta del título primitivo.»

*Consideraciones críticas.*—He observado que en aquellas zonas de España

visitadas durante las épocas de verano por extranjeros o por españoles residentes en regiones de fuero especial, la prisa en el otorgamiento del documento de compra hace que ciertos aspectos del «status» de las personas intervinientes quede en el aire y que, en principio, funcionario autorizante y funcionario calificador, acepten como suficientes las manifestaciones de los interesados, pues el verdadero problema no se va a plantear en el momento del otorgamiento o el de la inscripción, sino en el posterior de venta, sucesión, división, partición, gravamen, etc. Soy residente en Cataluña durante los años que marca la ley para ello, y, por ello, mi sistema matrimonial es el de separación de bienes. Uno inscribe y cuando se presenta el momento culminante de la disposición, resulta necesario el consentimiento de la esposa, pues el adquirente no «era residente» o, por lo menos no lo puede probar con algún documento fehaciente que acredite su domicilio, su empadronamiento, etc.

No es el caso presente, pues no hay que olvidar que la adquisición del rumano Radu Barbulescu se hizo en el mes de enero de 1966, cuando todavía las playas estaban desiertas y no se dejaba ni intuir la posible afluencia de veraneantes. Pero lo que sí es cierto que en aquella ocasión sirvió la manifestación del rumano y que los funcionarios intervinientes, al amparo de una legislación vigente procedieron según las manifestaciones: como si de verdad existiese en aquel matrimonio una comunidad de bienes. Luego resultó que el régimen era de separación y al descubrirlo aparece ya la existencia de un error que, voluntaria o involuntariamente creado, provocó una situación. El tema está en saber la fórmula para despejar el mismo, rectificarlo y que el Registro se adecúe a la realidad. ¿Cuál es el procedimiento? Ese es el motivo fundamental del recurso que la Dirección General soluciona y que vamos a comentar en dos puntos que no son los objeto de la nota, pues el último al ser retirado por el Registrador al justificarse documentalmente lo que el mismo pedía queda sin efecto. Los puntos son los siguientes: rectificación de inexactitud registral por error en el título inscribible y aplicación restrictiva de la norma sobre el sistema de gananciales.

A) *Rectificación de inexactitud registral por error en el título.*—Las posiciones de Notario y Registrador son completamente diferentes, pues el Notario se centra en el problema de carácter determinativo de legislación aplicable y el Registrador se ajusta a la esencia de lo que registralmente había que plantearse: forma de rectificar una inexactitud registral provocada por un error en el título. Y así el Notario se pierde en su informe para descubrir que el comprador del piso, rumano de nacimiento, tenía la condición de apátrida y como tal la aplicación de la ley resulta ser la del domicilio y como en el lugar donde vivía era Barcelona, el régimen aplicable debió ser el de la separación de bienes. Claro que todo esto choca un poco con lo que después viene a demostrar y es que no habiendo otorgado capitulaciones—cosa que inicialmente no se demuestra—resulta que cuando se casó en el año 1936 el régimen rumano era de separación y cambió el sistema posteriormente a través de una ley de 1956 que impuso el sistema de comunidad de bienes. Quizá sobre esa base hace su manifestación el rumano compareciente.

Però fuera cual fuera la ley aplicable y el sistema matrimonial lo cierto:

es que en el Registro figura un régimen de comunidad que lleva a una titularidad conjunta de marido y mujer. Ello, según la realidad jurídica, supone una inexactitud, pues el verdadero sistema, como luego se demuestra es el de separación de bienes. El rumano al declarar en la escritura y el Notario no comprobar dicha aseveración provocaron una inexactitud registral y el tema está no en saber la ley aplicable, sino que partiendo de la misma hay que averiguar la forma de rectificar el Registro. Y en este punto tiene toda la razón el Registrador: el caso es claro y entra dentro del consentimiento formal como se deduce de lo que dispone el artículo 40 d) de la Ley Hipotecaria complementado por el artículo 217. Lo que sucede es que la nota calificadora, en la versión que dispongo, hace decir al Registrador que el supuesto aplicable es el del artículo 40, letra c) en vez de d). A nuestro entender son dos supuestos distintos, ya que el caso de la letra c) supone la nulidad o error de algún asiento, bien por falta de circunstancias esenciales de la inscripción o por haber padecido algún error al trasladar el contenido del título a los asientos y aquí el caso es el de la letra d) que supone la inscripción de un título erróneo: falso, nulo, defectuoso o erróneo, según la dicción legal. Aunque en uno y otro caso las consecuencias formales van a ser las mismas: necesidad del consentimiento del titular o resolución judicial.

Como en el supuesto que da pie al recurso resulta que uno de los titulares registrales había fallecido —la esposa del comprador— era imprescindible que sus herederos prestasen el correspondiente consentimiento para que pudiese rectificarse el error cometido. Pero la tesis notarial —que va a prevalecer en la solución de conflicto— es la de que basta para la rectificación la actuación del comprador que mediante un nuevo otorgamiento rectifica el título inicial sin necesidad de intervención de la esposa o de sus herederos. Donde dije «DIEGO», digo «DIGO» y ya está. Con ello marginamos ese principio de que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales que como argumento decisivo utiliza la Dirección General en un cúmulo de Resoluciones de última hora en las que era preciso dejar a salvo la actuación notarial.

No sé a ciencia cierta el criterio que ha determinado el que la Dirección General se incline por la tesis notarial, pero me imagino que el mismo reside en esa necesidad de agilizar unos términos legales que no se acomodan con la necesaria «puesta al día» de una legislación que está reclamando una modificación en ciertos puntos. Puede ser esto el «animus» que deja traslucir el segundo y tercer considerando de la Resolución comentada, ya que, sin perjuicio de reconocer que la Ley Hipotecaria de 1944-46 pretendió regular detalladamente los diversos supuestos que pueden presentarse, no fue logrado debido a la variedad de situaciones que la realidad presenta, lo cual hace que se estime vigente la reiterada doctrina del Centro Directivo, anterior a la Ley de 1946, de que si los errores padecidos en un título inscribible pueden ser comprobados plenamente a través de documentos auténticos, que por su naturaleza sean independientes de la voluntad de las partes, bastará la presentación de los mismos para la extensión del asiento a favor de interesado.

El tema es amplio, peligroso y de muy delicada aplicación. Es un problema, no de laguna de ley, pues la ley bien claro dice lo que debe hacerse, sino de

interpretación retroactiva de una norma no vigente. Y en esa línea de purezas legales las normas derogadas sólo deben tener aplicación a hechos o casos que se dieron, pero no solucionaron, cuando todavía tenían vigencia. Por ello, creo que el argumento es pobre, raquítico y falto de base jurídica. Eso en buena técnica jurídica no puede invocarse. Habría que haber buscado otros argumentos quizá menos jurídicos, pero más convincentes, para abrir brecha en esa protección judicial que significa la «salvaguardia de los Tribunales» a que se refiere el artículo 1 de la Ley Hipotecaria. Esta doctrina, peligrosa y mal enfocada, puede permitir, por ejemplo, inmatriculaciones al amparo de la legislación anterior, vigencia de menciones, etc., bajo el pretendido argumento de que la intención legislativa no pudo alcanzar su regulación a «la variedad de situaciones que la realidad presenta».

Comprendo que razones de equidad, de justicia del caso concreto, de imposibilidad de cumplimiento de la norma, pudieran ser argumentos que hábilmente manejados dieran lugar a la solución proporcionada, pero lo que no se puede admitir es que la Dirección nos explique cómo el matrimonio de don Radu Barbulescu se encontraba regido por el sistema de separación de bienes y que, en base de unos datos y unas especulaciones jurídicas, se remate el argumento diciendo que, por todo lo expuesto, no será preciso el consentimiento del titular registral.

A mí se me preguntó en un coloquio, con motivo de un Congreso de Derecho de Familia, si el Registrador, en su calificación, podía percibir la situación ética o moral que detrás del supuesto de hecho se escondía. Y yo conté aquel caso que en el Boletín del Colegio Nacional de Registradores relaté, en el que no dudé en calificar de bienes privativos unos bienes que legalmente parecían gananciales. Pero mi base no era jurídica, sino ética, moral, lógica y llena de esa apasionada forma de entender el Derecho como traducción de un ideal de justicia.

Por ese camino la Dirección General me hubiera convencido, pero nunca por el que utiliza. Amorós Guardiola (Comentario a esta Resolución en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, marzo-abril, 1980, número 537) se inclina a favor de la solución que la Dirección General da al caso, estimando que se trataba de probar dos datos de hecho: la falta de capitulaciones y el régimen supletorio de separación, el segundo de los cuales ni siquiera dependía de los interesados. No obstante, curándose en salud y velando por la dicción legal, entiende que la solución dada a este caso, en atención a las especiales circunstancias que en el mismo concurren, no debe impedir el reconocimiento del principio legal que exige el consentimiento de los titulares registrales para rectificar la inscripción.

A mi entender, con considerar lógica y justa la solución dada, creo que si la doctrina prospera y se generaliza será muy difícil de ahora en adelante mantener el principio del consentimiento de los titulares para la modificación registral, ya que será suficiente la prueba del hecho que estructura la peculiar forma de una inscripción para que la misma pueda ser alterada, modificada o rectificadas sin consentimiento de un posible titular registral. Establezcamos en la Ley un supuesto en el que incluyamos aquellos casos en los que el Notario, al redactar la escritura, comete errores, por no exigir comprobación de afirmaciones en materias tan serias como son los regímenes

matrimoniales y habremos solucionado un sinfín de problemas que la práctica diaria plantea en este orden. No volquemos todo el aparato crítico hacia la política registral, sino que pensemos que el «culpable» en este caso es el que, manejando antecedentes y situaciones, se atreve a redactar un documento que luego resulta erróneo y que va a provocar una inexactitud registral.

B) *Aplicación restrictiva de la inscripción ganancial.*—Hace mucho tiempo denunciaba en uno de mis libros («Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral») la tremenda trascendencia que significaba la aplicación del artículo 95 del Reglamento Hipotecario en clara coordinación con la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código civil. Y creo que decía entonces —y creo que ya lo había anticipado en otra publicación «Manual del Registro de la Propiedad»— que el hacer caso de la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1.407 del Código civil tenía graves peligros en aquellos casos en los que no rija el sistema de gananciales, por existir pacto en contra o por tratarse de personas sujetas a regímenes forales donde no rija este sistema coyuntural. Por ello creemos que es de necesaria urgencia la modificación del artículo 159 del Reglamento Notarial (cuidado que no exijamos ni la modificación del 1.407, ni la del 95 del Reglamento Hipotecario) en el sentido de que «cuando por Ley o por pacto no exista entre los cónyuges sociedad de gananciales, se haga constar así en la escritura notarial, o bien que cuando nada se dijera se reputaría existente el régimen ganancial».

La Dirección General en la Resolución que comentamos quiere apuntar algo a este respecto, pero tampoco acierta, ya que entiende que el precepto aplicado por el Registrador es el de los bienes gananciales a que se refiere el artículo 95 del Reglamento Hipotecario que tienen su base y razón en la presunción del artículo 1.407 del Código civil. Creo que en el caso concreto lo que el Registrador aplicó, aunque no tengo datos fehacientes que lo avalen, es el artículo 92 del Reglamento Hipotecario, ya que el mismo, al hablar de «fueros o costumbres, ampara en su dicción no sólo las variantes forales, sino las posibles extranjeras. Y el Registrador procedió correctamente con lo que establecía el título al entender que en el sistema matrimonial el régimen era el de comunidad. Lo que quizá no pudo matizar, pues eso se realiza posteriormente, es si la posible disposición posterior exigía o no el consentimiento de ambos cónyuges. El se limitó a cumplir con lo que el título decía.

Entender que el artículo 95 del Reglamento Hipotecario es de aplicación restrictiva es de lógica jurídica, ya que al sistema ganancial se refiere, pero eso no quiere decir que mientras al Registrador no se le demuestre el carácter privativo, común o parafernado de los bienes, él tenga que atenerse a lo que dice el título en sus aseveraciones y consignar la cosa tal y como viene. El compareciente es catalán, dice que la adquisición es privativa, pero no lo prueba... ¿inscribimos sin prueba e incurrimos en responsabilidad conforme al artículo 296 de la LH?

Entiende que es auténticamente desafortunada la referencia que la Dirección General hace al artículo 95 del Reglamento Hipotecario y, sobre todo a esa generalización que hace en el anteúltimo considerando, que dice: «y que obliga a practicar una inscripción a favor de persona que no ha sido parte en

el otorgamiento del instrumento público». La Dirección General obsesionada un poco con el sistema ganancial olvida que existen otros preceptos dentro de la Ley Hipotecaria y su Reglamento que hacen y obligan al Registrador a hacer constar datos en la inscripción del «otro cónyuge» cuando los actos puedan afectar a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal. Es decir, lo que la legislación hipotecaria pretende a través de la constancia de estas circunstancias es proteger los posibles derechos del «otro cónyuge» o de las otras situaciones de viudez o separación, y lo que parece deducirse de la doctrina de la Dirección es que el cónyuge que no intervenga en el otorgamiento de la escritura, si no es español común (y no foral), no tenga ningún derecho a pesar de que en la escritura se diga que su sistema matrimonial es el de «comunidad»... La cosa es fuerte y creo que de necesaria y urgente rectificación. No desplazemos toda la carga explosiva del supuesto a la norma hipotecaria, pues la notarial también lleva consigo ese tanto de culpa que provoca errores de difícil rectificación al amparo de una vigente legislación.



# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### EL LEASING FINANCIERO Y LA LEY DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1978) (1)

SUMARIO: I. Los hechos.—II. La Sentencia del Tribunal Supremo.—III. Consideraciones críticas: 1. Introducción. El significado del *leasing* financiero. 2. Planteamiento del problema. 3. La solución del problema en la doctrina y en la jurisprudencia. 4. Opinión personal.

#### I. LOS HECHOS

La sociedad L. celebró con la sociedad IC. un contrato, por cuya virtud la sociedad L. entregó a la sociedad IC. determinados bienes (diecinueve dictáfonos, seis teléfonos, una máquina fotocopidora, una máquina plegadora, una máquina estampadora y un reloj de fichar). En su condición de acreedor, ER. instó un procedimiento ejecutivo contra la sociedad IC. Como consecuencia del mismo fueron embargados numerosos bienes de esta sociedad. Entre ellos, los que la sociedad L. le había entregado en virtud del contrato celebrado. En vista de esto, la sociedad L. interpuso demanda de tercería de dominio contra ER. y la sociedad IC., con el propósito de que los bienes que entregó a la sociedad IC. dejasen de estar sujetos a embargo. En la demanda, la sociedad L. alegó que los bienes que había entregado a la sociedad IC eran de su propiedad. Los había adquirido con anterioridad al embargo, como prueban las facturas y recibos expedidos a favor del poderdante. En la contestación a la demanda, ER. se opuso a la tercería de dominio, afirmando que los bienes embargados no pertenecían a la sociedad tercerista, porque no podía considerarse como arrendamiento el contrato celebrado por las sociedades IC. y L. Se trataba de un contrato que la doctrina anglosajona denomina *leasing*, pero que en nuestro ordenamiento ju-

---

(1) El comentario de esta Sentencia tiene su origen en el Seminario de Derecho Civil, que a lo largo del curso académico 1979-1980 se ha celebrado en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, con participación de estudiantes de las Universidades de Madrid. En diversas sesiones los asistentes analizamos los diversos problemas jurídicos que plantea el *leasing* financiero.

rídico está encajado en la ley de venta a plazos de bienes muebles. Por ello, consumada la venta, la sociedad IC. adquirió la propiedad de los bienes que la sociedad L. le entregó. Esta circunstancia determinó que la sociedad L. dejase de ser propietaria, y, en consecuencia, no pudiese prosperar la tercería de dominio interpuesta. El Juez de Primera Instancia rechazó la demanda de tercería de dominio interpuesta por la sociedad L., sin hacer expresa condena en las costas causadas.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial lo desestimó, confirmando el fallo del Juez de Primera Instancia.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, con apoyo en el siguiente motivo: Infracción de ley o de doctrina legal, al amparo del artículo 1.692, ordinal primero, de la ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1.255 y 1.543 del Código Civil, infringidos por el concepto de violación por inaplicación. En efecto, considero totalmente inadecuada la subsunción de las relaciones jurídicas habidas entre mi representada y la sociedad IC., unidas a los contratos de arrendamiento de bienes muebles de 5 de julio de 1972 y 26 de julio de 1972, dentro del artículo segundo, párrafo segundo, de la Ley de ventas a plazos de 17 de julio de 1965, que responde claramente a una mecánica operativa que ha tomado carta de naturaleza en la vida económica española, construida al amparo del principio de libertad de pactos recogido en el artículo 1.255 del Código Civil, que establece «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público», en relación al cual la jurisprudencia tiene suficientemente reconocida la validez de los contratos pactados a su amparo y que, no obstante, su atipicidad se habrán de regir por lo pactado por las partes. En este sentido cabe recordar la Sentencia de 5 de noviembre de 1957. Partiendo de este principio de libertad de pactos, nos encontramos con que estas típicas operaciones de alquiler en régimen de *leasing* cabe subsumirlas en lo fundamental en el artículo 1.543 del Código Civil, y a su vista se observa que las relaciones jurídicas debatidas se ajustan en lo fundamental a todas y cada una de las condiciones exigidas para el arrendamiento, ya que, en efecto, hay cesión de uso, hay un plazo de duración de arriendo prefijado y hay un precio cierto. Por lo demás, la existencia de la opción de compra añadida a la relación fundamental de arrendamiento, que además se establece como una alternativa que se concede al arrendatario que éste puede o no ejercitar, sin penalización alguna, no hace más que insistir en el carácter atípico de estas operaciones. Por otro lado, la falta de inscripción de estos contratos en el Registro especial de Ventas a Plazos, obedece a no tener esta condición de venta aplazada, ya que, insisto, no es infrecuente y es además posible que finalice el plazo de arriendo y no se adquiera la maquinaria por el arrendatario. Por último, el Decreto-Ley 15/1977, de 25 de febrero, en su artículo 21, dice: «a efectos de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo segundo de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre ventas de bienes muebles a plazos, los bienes objeto de operaciones de arrendamiento financiero que cumplan lo dispuesto en la presente disposición, no se consideran incluidos en el artículo primero del Decreto 1.193/1966, de 12 de

mayo». En conclusión, ha de estimarse que la sentencia recurrida ha infringido por el concepto de violación por inaplicación los artículos 1.255 y 1.543 del Código Civil.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Excmo. señor don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declaró no haber lugar al recurso de casación, en base a los considerandos siguientes:

**CONSIDERANDO:** Que el determinar la conceptualización jurídica que corresponde a cierto contrato, es un problema de interpretación del mismo en orden a su calificación, y, en ese aspecto, la sentencia recurrida, que hace suyos los considerandos de la de primer grado, explícitamente afirma que los contratos de arrendamiento sobre bienes de equipo muebles, las condiciones particulares denuncian la existencia de unas compraventas de bienes muebles a plazo, contratos que, en consecuencia, están sujetos a la Ley de 17 de julio de 1965, por imperio de su artículo segundo, y, con base en esa calificación, rechaza la demanda, por considerar que no son oponibles a tercero, como lo es el ejecutante demandado, las reservas de dominio contenidas en los indicados contratos, al no haberse efectuado su inscripción en el Registro de Ventas a Plazo, según previene el artículo 23 de la mencionada Ley especial.

**CONSIDERANDO:** Que el único motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación, por no aplicación, de los artículos 1.255 y 1.543 del Código Civil, y en su desarrollo sostiene la recurrente que considera inadecuada la subsunción que de los contratos de que se trata hace la sentencia recurrida, estimando que, por el contrario, tales contratos son atípicos, cabiendo subsumirlos en lo fundamental en el citado artículo 1.543 que define el arrendamiento de cosas, pero al argumentar de ese modo prescinde y hace caso omiso de la constante jurisprudencia de esta Sala, según la cual el criterio interpretativo de los Tribunales de Instancia debe prevalecer en casación, a no ser que se evidencie, por el cauce del número primero del mencionado artículo 1.692, que infringe notoriamente alguna de las normas de hermenéutica contractual contenidas en los artículos 1.281 al 1.289 del Código Civil, o se demuestre por la vía del número séptimo del mismo artículo, el error del Juzgador al establecer los hechos en que la interpretación se apoya, y como ninguno de esos medios impugnatorios se utiliza en el recurso, es llano que procede su desestimación con los pronunciamientos accesorios del artículo 1.748 de la Ley Procesal Civil.

## III. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

1. *Introducción. El significado del leasing financiero.*

Esta Sentencia es seguramente la primera dictada por nuestro Tribunal Supremo sobre el fenómeno del *leasing* financiero, que se encuentra muy desarrollado tanto en Estados Unidos (2) como en Europa (3) y comienza a tener una gran importancia en nuestro país (4) como forma de financiación (5).

La explicación del significado del *leasing* financiero, que consideramos necesario para ofrecer un adecuado análisis de la Sentencia que comentamos, presenta notables dificultades (6). Tal vez la mayor reside en la ausen-

(2) Afirma MADDRY (*La experiencia americana*, Boletín Informativo ASNEF, número 09, febrero 1976) que los informes de la F. A. S. B. estiman que para finales de 1975 los bienes de equipo arrendados por las compañías americanas de *leasing* totalizaron 100.000 millones de dólares. Un amplio análisis de la cuestión ha sido realizado por CHEDEAUX, *Boum sur le leasing aux USA, Les Informations Industrielles et Commerciales*, número 1.055, 9 de mayo de 1965.

(3) Sobre la importancia del *leasing* en Alemania Federal y Francia, ver WARZECHA, *Leasing im Finanzierungsbereich der Unternehmen*, Düsseldorf, 1972, págs. 12 y ss., y BEY, *De la symbiotique dans les leasing et crédit-bail mobiliers*, París, 1970, págs. 6-9.

(4) En España, el *leasing* financiero nació en 1965 con la creación de las sociedades ALQUIBER, S. A., y ALENQUINSA, S. A. Por ello su práctica en nuestro país es corta en duración, pero muy importante en el ámbito económico. El volumen de operaciones realizado por las compañías de *leasing*, que en el año 1969 era de unos 1.125 millones de pesetas, lo que representaba, aproximadamente, el 0,7 por 100 de la inversión total de bienes de equipo en nuestro país, pasó a situarse en 1973 en niveles próximos a los 7.000 millones de pesetas, cifra que representó el 2,7 por 100 de dicha inversión total, según datos de la Asociación Sindical Nacional de Empresas de Financiación (ASNEF). GUTIÉRREZ VIGUERA (*El leasing como institución financiera*, Madrid, 1980, pág. 305) señala que en el año 1975 las operaciones de *leasing* alcanzaron la cifra de 10.000 millones de pesetas, lo cual representó un aumento del 17,64 por 100 en relación con el año anterior. Al mismo tiempo ha crecido extraordinariamente el número de sociedades dedicadas al *leasing* financiero, que de ocho existentes en el año 1972 pasaron a ser más de treinta en 1974 (una amplia referencia puede verse en el prólogo de PÉREZ RUIZ a la edición española de la monografía de COILLOT, *El leasing*, Madrid, 1972, págs. V y VI). Sobre la evolución de las inversiones y las sociedades de *leasing* en España, consúltese VIDAL BLANCO, *El leasing, una innovación en la técnica de financiación*, Madrid, 1977, págs. 42-43.

(5) El *leasing* es un medio de financiación que pretende dar respuesta a las crecientes demandas de capital en la industria y el comercio y, de modo particular, cumple esta función respecto de la pequeña y mediana empresa que no tienen fácil acceso a la financiación mediante la colocación de títulos en el mercado (Cfr. Equipo docente formado por IGLESIAS PRADA, *Derecho Mercantil*, II, Universidad Nacional a Distancia, Madrid, 1976, págs. 94-95).

(6) Como es lógico, no es éste el lugar para analizar todas las dificultades que plantea el *leasing* financiero. Nosotros sólo queremos exponer su significado básico, por estimar que puede ser útil para comprender la doctrina de la Sentencia que comentamos. El que quiera conocer en toda su extensión el régimen jurídico del *leasing* financiero, puede consultar las

cia en nuestro país de una normativa específica sobre el mismo. El Real Decreto de 25 de febrero de 1977 sobre Ordenación Económica («BOE», 28 de febrero de 1977) se limita a establecer normas de carácter estrictamente fiscal sobre el arrendamiento financiero (*leasing* financiero). A fin de que el lector pueda tener una idea clara del significado jurídico del *leasing* financiero, hemos de señalar que en este peculiar negocio participan tres sujetos: el suministrador de los bienes, la sociedad de *leasing* y el usuario de los bienes. Las relaciones que surgen entre estos tres sujetos se articulan de la siguiente manera: a) El usuario se pone en contacto con una sociedad de *leasing* para que ésta le ceda el uso, a título oneroso, de determinados bienes (normalmente, bienes de equipo); b) la sociedad de *leasing* estudia la propuesta del usuario y, si le parece bien, se alcanza el acuerdo. En virtud de este acuerdo se firma un contrato, que se conoce con el nombre de *leasing* financiero; c) si la sociedad de *leasing* no dispone de los bienes designados por el usuario, ha de comprarlos a un suministrador; d) el contrato de *leasing* financiero está sujeto a un determinado plazo de duración. Al vencimiento del mismo caben tres posibilidades: primera, la devolución de los bienes a la sociedad de *leasing*; segunda, la celebración de un nuevo contrato de *leasing* (7); tercera, la adquisición de los bienes por el usuario, abonando a la sociedad de *leasing* el precio de la opción de compra que a su favor suele figurar en el contrato. El denominado «valor residual» de los bienes. Es muy frecuente que en el contrato de *leasing* financiero figure una opción unilateral de compra de los bienes en favor del usuario. Sin embargo, nada indica que ésta sea consustancial al contrato de *leasing* financiero, por lo que es factible que no conste en el mismo o que incluso tenga carácter bilateral, es decir, sea una opción de compra y venta, que pueda ser ejercitada por la sociedad de *leasing* y el usuario, si bien es infrecuente que se acuerde una opción bilateral.

La cuestión jurídica que se plantea consiste en precisar la naturaleza jurídica de los diversos negocios implicados en este fenómeno complejo. No cabe duda de que la sociedad de *leasing* celebra un contrato de compraventa mercantil con el suministrador de los bienes designados por el usuario. Hay que tener en cuenta que la opción final de compra, que suele aparecer en el *leasing* financiero, presupone la posibilidad de la reventa con ánimo de lucro. Todo ello, como dicen SAGRERA y MARTORELL (8), en virtud de una interpretación extensiva del art. 325 del Código de Comercio. Sucede, sin embargo, que el usuario es el que designa los bienes que ha de adquirir

---

monografías de MARTÍN OVIEDO, *El leasing ante el Derecho español*, Madrid, 1972; VIDAL BLANCO, *El leasing, una innovación en la técnica de la financiación*, Madrid, 1977, y la excelente síntesis de LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, München, 1977, págs. 409 y ss.

(7) No estamos ante la prórroga del contrato de *leasing* financiero, sino ante un nuevo contrato de *leasing* financiero concluido por los mismos sujetos y respecto del mismo objeto, pero en el que se estipulan unas nuevas condiciones.

(8) SAGRERA Y MARTORELL, *Hacia un mayor conocimiento del contrato de leasing*, en la Revista Jurídica de Cataluña, 1972, págs. 563-564.

la sociedad de *leasing*. ¿Actúa ésta como mandatario del usuario cuando compra los bienes al suministrador? En favor de la existencia de un mandato conferido por el usuario a la sociedad de *leasing* se ha pronunciado la mayor parte de los autores franceses que han estudiado el tema (9) y algún autor español (10). A nuestro juicio, es indudable que la sociedad de *leasing* actúa por cuenta o encargo del usuario cuando se relaciona con el suministrador de los bienes, por lo que su actividad encaja perfectamente en la definición legal del mandato (artículo 1.709 del Código civil). La actividad jurídica fundamental que realiza la sociedad de *leasing* es la compra de los bienes al suministrador, de acuerdo con las instrucciones del usuario. Este mandato suele caracterizarse por ser tácito y por actuar la sociedad de *leasing* en nombre propio (artículo 1.717 del Código civil). Tampoco presenta grandes dificultades la calificación jurídica del negocio que celebran la sociedad de *leasing* y el usuario. Estamos en presencia de un negocio complejo en el que concurren un arrendamiento de cosas y en la mayor parte de los casos una opción de compra en favor del usuario. Esta calificación jurídica se basa en que el *leasing* financiero es configurado en los contratos tipo que operan en el tráfico como la cesión onerosa del uso de determinados bienes durante un plazo, debiendo el usuario devolver dichos bienes a la sociedad de *leasing* cuando vence el plazo establecido, a no ser que el usuario ejercite la opción de compra o solicite la celebración de un nuevo contrato de *leasing* financiero. La sociedad de *leasing* sólo pierde la propiedad de los bienes si el usuario ejercita la opción de compra. Parece, pues, indudable que la definición legal del arrendamiento de cosas, que aparece en el artículo 1.543 del Código civil, se acomoda perfectamente al fenómeno descrito. En el *leasing* financiero, una de las partes (la sociedad de *leasing*) se obliga a dar a la otra (el usuario) el goce o uso de los bienes por tiempo determinado y precio cierto. Teniendo en cuenta esta circunstancia no debe considerarse extraño que el Real Decreto Ley de 25 de febrero de 1977 («BOE», 28 de febrero de 1977) sobre Ordenación Económica, se refiera a las «empresas de arrendamiento financiero» cfr. artículo 19). La Ley francesa de 2 de julio de 1966 (J. O., 3 de julio de 1966) se refiere al *crédit-bail*, y en Bélgica, el Decreto Real de 10 de noviembre de 1967 (*Moniteur belge*, 24 de noviembre de 1967) organiza el estatuto jurídico de las empresas que practican la *location-financement*.

Pensamos que la existencia en el *leasing* financiero de una opción de compra no excluye que éste sea fundamentalmente un arrendamiento de cosas, pues ya es conocida desde el Derecho romano la posibilidad de pactar un arrendamiento con semejante opción de compra; estamos en presencia de una actualización moderna de dicha figura contractual compleja. El hecho de que a través del *leasing* se cumpla una finalidad financiera simplemente determina que tenga el carácter de arrendamiento especial, pues

---

(9) Cfr. *Chambre Nationale des Conseillers Financiers*, en *Leasing. Nouvelle formule d'équipement*, París, 1965, pág. 13; CALON, *La location de biens d'équipement ou leasing*, en *Recueil Dalloz Sirey, Chronique*, 1964, pág. 17, y BEY, *Op. cit.*, págs. 34-89.

(10) Cfr. VIDAL BLANCO, *Op. cit.*, págs. 136 y ss.

la misma se superpone a la causa fundamental del contrato: la cesión onerosa del uso y disfrute de bienes durante el plazo estipulado. La circunstancia de que el mismo esté precedido normalmente por la compraventa celebrada por la sociedad de *leasing* y el suministrador, tampoco hace desaparecer el carácter esencialmente arrendaticio del contrato. Cada uno de estos contratos tiene causa propia, derivando las posibles relaciones del suministrador de los bienes y del usuario de cláusulas específicas, que no desvirtúan que el contrato celebrado por el usuario y la sociedad de *leasing* sea un arrendamiento al que se agrega una opción de compra. Así, por ejemplo, es típico en el *leasing* financiero que exista una cláusula que conceda al usuario la facultad de dirigirse directamente contra el suministrador cuando los bienes recibidos presentan vicios ocultos. Esto constituye, a nuestro juicio, una subrogación convencional del usuario en el ejercicio de la acción de saneamiento que corresponde al comprador de los bienes (la sociedad de *leasing*). No parece admisible entender que esta cláusula u otra parecida desvirtúa la naturaleza arrendaticia que la relación que surge entre la sociedad de *leasing* y el usuario, pues con ello no ha desaparecido la causa que caracteriza el arrendamiento de cosas. No cabe duda de que si se pretende encontrar una categoría contractual a la que pueda asimilarse o que permite completar la reglamentación establecida por la sociedad de *leasing* y el usuario, esa categoría habrá de ser la del arrendamiento de cosas, aunque lo sea con las debidas matizaciones. En el fondo, el *leasing* financiero constituye un supuesto en el que una institución contractual clásica (el arrendamiento de cosas) del Derecho civil, heredada del Derecho romano, sirve a finalidades o funciones de muy diverso significado (11).

## 2. Planteamiento del problema.

De la lectura del considerando 1.º de la Sentencia del Tribunal Supremo que estamos comentando se infiere que el problema jurídico fundamental que se plantea consiste en establecer si el *leasing* financiero es un negocio a través del cual se consiguen los mismos fines económicos que con la venta a plazos de bienes muebles. Si se llega a esta conclusión, el párrafo 2.º del artículo 2 de la Ley de 17 de julio de 1965 («BOE», 21 de julio de 1965) determinará que el negocio de *leasing* financiero deba disciplinarse jurídicamente de acuerdo con esta Ley (12).

En el caso planteado la cuestión tiene una extraordinaria importancia jurídica. Si se afirma la aplicación de la Ley de venta a plazos de bienes

---

(11) Sobre esta importante cuestión jurídica, con especial referencia al *leasing* financiero, véase REIMER SCHMIDT, *Rationalisierung und Privatrecht*, en *Archiv für civilistische Praxis*, 1966, págs. 1 y ss.

(12) Dispone: «También se entenderán comprendidos en esta Ley los actos o contratos, cualquiera que sea su forma jurídica, mediante los cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos».

muebles, el artículo 23 de la misma determinará que si la sociedad de *leasing* (L.) no ha hecho constar su titularidad dominical en el Registro creado por esta Ley no puede oponerse la misma a los terceros (los acreedores del usuario que embargaron los bienes cedidos en *leasing*). Así lo señala el Tribunal Supremo en el considerando 1.º de la Sentencia que comentamos: «No son oponibles a tercero, como lo es el ejecutante demandado, las reservas de dominio contenidas en los indicados contratos, al no haberse efectuado su inscripción en el Registro de Ventas a Plazo, según previene el artículo 23 de la mencionada Ley especial». En cambio, si no se afirma la aplicación de la Ley de venta a plazos de bienes muebles, al conservar la sociedad de *leasing* (L.) la propiedad de los bienes entregados al usuario durante la vigencia del *leasing* financiero, deberá prosperar la tercería de dominio interpuesta por la sociedad de *leasing* (L.), alegando precisamente su condición de propietaria, con lo cual los citados bienes quedarán al margen del embargo instado por los acreedores del usuario (IC.), y en general de cualquier procedimiento que utilicen éstos para apropiarse de los mismos. Es interesante destacar que para impedir que se plantee este delicado problema y otros similares (13), se suele imponer al usuario, en los contratos de *leasing* financiero, la obligación expresa de fijar de algún modo en los bienes una placa donde conste con toda claridad que éstos pertenecen en propiedad a la sociedad de *leasing*. Esta placa motivará que los terceros (acreedores o adquirentes) tengan conocimiento de que el usuario no es propietario de los bienes que le ha entregado la sociedad de *leasing*. HOUIN (14) estima que de esta manera el *leasing* financiero no presenta el riesgo de crear una apariencia engañosa de propiedad a los terceros. Con acertado criterio, COILLOT (15) y D'AMATO (16) ponen de relieve la escasa eficacia de este procedimiento. En ausencia de una publicidad legal organizada, los terceros sólo pueden ser advertidos si el usuario cumple correctamente la obligación señalada. Por esto, es deseable que la información a los terceros por la publicidad, en lugar de permanecer en el dominio contractual, adquiriera carácter obligatorio y sea organizada legalmente. Esta consideración (17) ha motivado que en Francia exista un sistema de publicidad legal de las operaciones de *crédit-bail* (*leasing* financiero). El Decreto de 4 de julio de 1972 (J. O., 14

---

(13) Como, por ejemplo, que se declare la quiebra del usuario y los bienes que le entregó la sociedad de *leasing* formen parte de la masa de la quiebra, o que el usuario los enajene, sin autorización de la sociedad de *leasing*, a un tercero de buena fe. Sobre estas cuestiones véase COILLOT, *Initiation au leasing ou crédit-bail*, París, 1968, págs. 160-163, y MARTÍN OVIEDO, *Op. cit.*, págs. 57-58.

(14) HOUIN, *Nota a la Sentencia del Tribunal Comercial de La Rochelle, de 26 de junio de 1964*, en la *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1965, pág. 858.

(15) COILLOT, *Op. cit.*, pág. 151.

(16) D'AMATO, *Nota a la Sentencia del Tribunal de Vigevano de 14 de diciembre de 1972*, en *Giustizia Civile*, 1973, págs. 1801-1802.

(17) Cfr. LUCAS DE LEYSSAC, *L'obligation de publier les contrats de crédit-bail mobilier et son application dans le temps*, en *Recueil Dalloz Sirey*, 1975, *Chronique*, IV, pág. 23.

de julio de 1972) establece que si la operación de *crédit-bail* mobiliario no se hace constar en el Registro creado a este efecto, los derechos del arrendador (la sociedad de *leasing*) sobre los bienes no son oponibles a los acreedores y causahabientes a título oneroso del arrendatario (el usuario), a no ser que el arrendador (la sociedad de *leasing*) demuestre que éstos conocían su derecho de propiedad sobre los bienes (18). Diversos autores españoles (19) han considerado conveniente la implantación en nuestro país de un sistema de publicidad legal de las operaciones de *leasing* financiero, similar al francés.

No es éste el único aspecto importante que varía con la aplicación de la Ley de venta a plazos de bienes muebles al *leasing* financiero. Pueden citarse también otros importantes: en primer lugar, deberían constar en el contrato de *leasing* financiero las circunstancias que imperativamente impone el artículo 6 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles; en segundo lugar, habrían de tenerse en cuenta las consecuencias que derivan del incumplimiento de las obligaciones que integran el contenido de la venta a plazos de bienes muebles, que son determinadas por los artículos 7, 11 y 12 de la mencionada Ley especial, y en tercer lugar, se tendría que aplicar el régimen fiscal de la venta a plazos de bienes muebles, que es configurado básicamente por el artículo 22 de esta Ley (20).

### 3. La solución del problema en la doctrina y en la jurisprudencia.

El problema planteado adquiere en el Derecho español un carácter peculiar por el tenor del párrafo 2.º del artículo 2 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles. Sin embargo, el mismo es abordado en los principales ordenamientos europeos. Se cuestiona en éstos si el *leasing* financiero implica una venta a plazos con reserva de dominio. Por esta razón, consideramos conveniente exponer cómo se ha solucionado este problema en el Derecho comparado y en el Derecho español.

---

(18) Sobre este sistema de publicidad legal, ver BEY, *De la publicité des opérations de crédit-bail mobilier*, en *Juris Classeur Periodique*, 1973, página 10869.

(19) Cfr. LÓPEZ IRANZO, *Estudio Jurídico sobre el leasing financiero, en Las Sociedades de Leasing. Plan General de Contabilidad. Normas de Aplicación*, Madrid, 1977, pág. 327, y VIÑA MAGDALENO, *El leasing como medio de financiación de la empresa. Su problemática*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1978, pág. 262.

(20) Sobre la interpretación de los artículos 6, 7, 11, 12, 22 y 23 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles, véase BERCOVITZ, *Las ventas a plazos de bienes muebles (Ley de 17 de julio de 1965)*, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1966, págs. 117 y ss.; sobre los problemas del contenido del contrato de *leasing* financiero, de las consecuencias que determina el incumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo y de la protección de la sociedad de *leasing* frente a los acreedores del cliente y los terceros adquirentes, véase MARTÍN OVIEDO, *Op cit.*, págs. 49 v ss. La lectura de estos dos estudios suministra una idea clara de las diferencias esenciales que existen en el régimen jurídico de la venta a plazos de bienes muebles v en el *leasing* financiero.

A) *Derecho francés.*

En el ámbito jurisprudencial el problema planteado fue abordado por vez primera en el Derecho francés por la Sentencia del Tribunal Comercial de La Rochelle de 24 de junio de 1964, si bien el mismo había sido analizado ampliamente por la doctrina francesa. CALON (21) lo había estudiado ampliamente. A fin de protegerse al vendedor contra los peligros que representa la venta a plazos, la práctica ha imaginado la venta-arrendamiento (el arrendatario adquiere la propiedad después de abonar el precio en forma de alquiler). Sin embargo, hay que buscar la realidad jurídica y precisar la auténtica calificación del contrato. Y frecuentemente las partes ocultan bajo la forma de arrendamiento una auténtica compraventa. Señala CALON que las sociedades de *leasing* tratan de evitar cualquier sospecha de simulación, y, por ello, al finalizar el plazo de vigencia del contrato, establecen una opción de compra enteramente libre en favor del arrendatario, y el valor residual del bien lo fijan en una tasa normal, de acuerdo con el cuadro de las reglas de amortización aplicables al bien considerado. Sin descartar la posibilidad de que el *leasing* financiero encubra una venta, CALON piensa que en general es un arrendamiento. Constituye un medio original de financiación, siendo la conservación de la propiedad la garantía fundamental de la sociedad de *leasing*. El recurso a un procedimiento hoy día normal no puede ser asimilado a una simulación fraudulenta. En parecidos términos se pronuncia CHAMPAUD (21 bis).

El problema planteado ante el Tribunal Comercial de La Rochelle (22) versó sobre la procedencia de la acción reivindicatoria ejercitada por una sociedad de *leasing*, con el propósito de recuperar los bienes cedidos en *leasing* a una sociedad que quebró. La sociedad de *leasing* solicitó que tales bienes quedasen al margen de la quiebra por ser propietaria de los mismos, mientras que el administrador judicial de la sociedad en situación de quiebra se opuso a la citada pretensión. Su argumento principal consistió en considerar al contrato celebrado como una venta a plazos oculta. El Tribunal de Comercio de La Rochelle dio la razón a la sociedad de *leasing*, al entender que el contrato suscrito era constitutivo de un arrendamiento con opción de compra en favor del usuario, y que, en tanto no se ejercitase el citado derecho de opción, la sociedad de *leasing* conservaba la propiedad absoluta de los bienes arrendados. El fallo del Tribunal de Comercio de La Rochelle ha sido aceptado por los Tribunales franceses (23) y considerado acertado por la mayor parte de los autores, aunque alguno no ha dejado de señalar que las cláusulas particulares del contrato de *leasing* financiero pueden determinar que éste encubra una auténtica venta.

---

(21) CALON, *La location de biens d'équipement ou leasing*, en *Recueil Dalloz Sirey*, 1964, *Chronique*, págs. 98-99.

(21 bis). CHAMPAUD, *Le leasing*, en *Juris Classeur Périodique*, 1965, n.º 1.954. nio de 1964, en *Juris Classeur Périodique, jurisprudencia*, 14331 bis, año 1965.

(22) Cfr. *Juris Classeur Périodique*, 1965, II, 77459, con nota de LÉLOUP.

(23) Amplia referencia en BEY, *Op. cit.*, págs. 167-168.

HOUIN (24) afirma que la finalidad del *leasing* no radica en la transmisión de la propiedad, sino en que el arrendatario pueda gozar de los bienes. Por ello, el derecho de quiebra no puede oponerse a este nuevo procedimiento de financiación, que además no presenta el importante riesgo de crear una apariencia engañosa de propiedad a los terceros, si una placa es colocada en el material. LELOUP (25) estima que la sociedad quebrada tenía libertad para adquirir los bienes de equipo, por lo que no se está en presencia de una venta a plazos. ROLIN (26) se pronuncia en términos parecidos. En el *leasing* no existe ninguna transferencia de propiedad, y en términos legales ésta no puede producirse más que al finalizar el contrato. BEY (27) afirma que la operación de *leasing* consiste jurídicamente en una convención *sui generis*, cuyo elemento fundamental es el contrato de arrendamiento, juzgado puro y simple por la jurisprudencia. Seguramente COILLOT (28) es el autor que con mayor profundidad analiza la cuestión. Entiende que el *leasing* financiero o *crédit-bail* es esencialmente un arrendamiento, tal como lo configura el artículo 1 de la Ley francesa de 2 de julio de 1966, pero no deja de destacar la posibilidad de que se oculte bajo la apariencia del *leasing* financiero una auténtica venta. Por esto, COILLOT señala que deben ser cumplidas tres condiciones para afirmar la existencia de un contrato de *leasing* financiero, sin ninguna duda: a) el arrendatario (usuario) debe quedar libre para adquirir o no el bien al final del período irrevocable de arrendamiento, la promesa de venta debe ser unilateral; b) esta promesa unilateral de venta será, en efecto, una venta disfrazada si, teniendo en cuenta el precio ridículamente bajo, el arrendatario (usuario) sólo tiene como salida razonable ejercitar la opción de compra al final del contrato; c) correlativamente a lo que precede, es deseable que los precios de arrendamiento no sean abusivos, teniendo en cuenta los riesgos propios de las operaciones de *leasing*. En efecto, puede concebirse que las sociedades arrendadoras (la sociedad de *leasing*) disminuyan al máximo el precio de venta del material al final del contrato, repercutiendo la pérdida sufrida así sobre el montante de los alquileres. De una parte, el hecho de reclamar alquileres demasiado elevados, sin justificarlos unos determinados riesgos, permite esquivar la reglamentación de precios. De otra parte, esta manera de proceder constituye también un medio fraudulento para obligar al arrendatario (el usuario) a dar su consentimiento a la compra de los bienes, desde la firma del contrato de *leasing* financiero. COILLOT (29) plantea el problema de la posición de la sociedad de *leasing* en el supuesto de quiebra del arrendatario. La sociedad de *leasing* es propietaria de los bienes cedidos al arrendatario, por lo que cuando solicite que dejen de formar parte integrante de la masa de la quiebra sólo tiene que probar la existencia del contrato de *leasing*. La producción de un escrito e incluso el examen de

---

(24) HOUIN, *Note sous Tribunal de Commerce de La Rochelle du 26 juin 1967*, en la *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1964, págs. 857-858.

(25) LELOUP, *Nota a Tribunal de Comercio de La Rochelle de 26 de junio de 1964*, en *Juris Classeur Périodique, jurisprudence*, 14331 bis, año 1965.

(26) ROLIN, *El leasing*, trad. esp. por PÉREZ RUIZ, Madrid, 1974, pág. 73.

(27) BEY, *Op. cit.*, pág. 168.

(28) COILLOT, *Initiation au leasing ou crédit-bail*, París, 1968, págs. 145-147.

(29) COILLOT, *Op. cit.*, págs. 149-151.

la contabilidad del arrendatario (el usuario) basta para establecer la propiedad de la sociedad de *leasing*.

El legislador francés no ha configurado al *leasing* financiero como una venta en la Ley de 2 de julio de 1967, sino como un arrendamiento con opción de compra en favor del arrendatario. Cabe, sin embargo, que las cláusulas especiales del contrato determinen una venta encubierta. Es, pues, perfectamente aplicable lo afirmado por COILLOT, que escribe teniendo en cuenta lo dispuesto en esta Ley.

Recientemente, CREMIEUX (29 bis) afirma que el *leasing* es un arrendamiento que no puede ser confundido con la venta a plazos, porque la opción de compra excluye la transferencia de la propiedad en el momento de la celebración del contrato de *leasing*.

#### B) *Derecho belga.*

La doctrina belga distingue perfectamente el *leasing* financiero (*location-financement*) y la venta a plazos con reserva de dominio, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Real de 10 de noviembre de 1967, que establece las características fundamentales del *leasing* financiero. FREDERICO (30) afirma que el contrato es complejo, no se confunde ni con el arrendamiento ordinario ni con el arrendamiento-venta, que opera automáticamente la transferencia de la propiedad de los bienes al usuario en el momento del último pago. El usuario no se convierte en propietario si no ejercita la opción de compra, por lo cual la sociedad de *leasing* puede reivindicarlos en caso de quiebra, si prueba que los bienes reclamados fueron cedidos en uso al usuario. CLERQ (31) apunta que el *leasing* financiero es un contrato de arrendamiento de bienes de equipo, pudiendo el arrendatario adquirir la propiedad de los bienes alquilados al final del plazo de alquiler, abonando el precio fijado en el contrato.

No obstante, se ha señalado que a través del esquema del *leasing* financiero puede ocultarse una auténtica venta a plazos. Así lo ha afirmado el Tribunal de Apelación de Gand en la importante Sentencia de 27 de junio de 1966 (32), que entiende que se oculta una venta con reserva de dominio cuando el importe total de los alquileres comprende el precio de compra, de suerte que el usuario, al término del contrato, sólo tiene que desembolsar una cantidad insignificante, si ejercita la opción de compra.

#### C) *Derecho italiano.*

A nivel jurisprudencial, el problema de la distinción del *leasing* financiero y de la venta a plazos fue abordado por vez primera en Italia por el Tribunal de Vigevano en la Sentencia de 14 de diciembre de 1972 (33). La

(29 bis) CREMIEUX, *Leasing ou Crédit-bail mobilière*, París, 1975, pág. 15.

(30) FREDERICO, *Precis de droit commercial*, Bruxelles, 1970, págs. 181-182.

(31) CLERQ, *Synthese du droit commercial*, Bruxelles, 1972, pág. 122.

(32) En *Journal des Tribunaux*, 1966, pág. 720, y en *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 1967, págs. 269 y ss., con nota de VINCENT y DEHAN.

(33) En *Giustizia Civile*, 1973, pág. 1800, con nota de D'AMATO.

sociedad C. celebró con la sociedad L. un contrato, por cuya virtud ésta le cedió determinadas máquinas para la producción de calzado. Unos meses después de la celebración del contrato, la sociedad C. se negó a abonar dos pagos mensuales. Sustanciado el correspondiente procedimiento ante la Autoridad judicial, la sociedad C. sostuvo que había celebrado con la sociedad L. un contrato de venta con precio aplazado y reserva de dominio en favor de ésta. En base a esta calificación del contrato, solicitó la aplicación del artículo 1.526 del Código civil italiano, que establece que si la venta con reserva de dominio se resuelve por incumplimiento del comprador, el vendedor debe restituir los plazos cobrados, salvo una equitativa compensación por el uso de la cosa y el resarcimiento del daño sufrido. La sociedad L. alegó que el contrato celebrado no tenía semejante naturaleza jurídica, sino que debía ser calificado como arrendamiento financiero («*locazione finanziaria*»), conocido con el nombre anglosajón de «*leasing*», que se encuadra plenamente en el esquema del arrendamiento disciplinado por el Código civil. El Tribunal de Vigevano dio la razón a la sociedad L. Afirmó que el contrato no puede calificarse jurídicamente como venta con reserva de dominio, al faltar la causa propia de la venta. La finalidad del contrato estipulado entre las sociedades L. y C. era consentir a esta última el uso, la disponibilidad de los bienes instrumentales indicados, sin la adquisición necesaria de la propiedad, a cambio del pago de un canon mensual. Estamos en presencia del *leasing* financiero, que es un contrato atípico, que tiene en común con el arrendamiento la finalidad, pues su *ratio* es la concesión del goce de bienes instrumentales a una empresa por un período de tiempo determinado y a cambio de un canon, pero que se diferencia del arrendamiento porque no aplica su peculiar disciplina jurídica. Este contrato tiene, pues, una causa propia, atípica, totalmente diversa de la compraventa. Como conclusión, el Tribunal de Vigevano afirma que la sociedad L. puede resolver el contrato, porque éste aparece una cláusula que determina la procedencia de la resolución en caso de impago de un solo plazo. Además esta sociedad puede formar parte de la masa de acreedores en la quiebra de la sociedad C., por el importe de los canones que ésta le ha dejado de pagar. La sociedad C. no tiene derecho a obtener la suma de 1.738.940 liras, montante de los cuatro plazos pagados a la sociedad L., por no ser aplicable el artículo 1.526 del Código civil italiano, que sólo juega cuando el negocio celebrado es una venta con reserva de dominio.

El problema planteado ha dado también lugar a un interesante debate doctrinal. Se han propugnado dos soluciones contrapuestas: a) Un grupo de autores entiende que el *leasing* financiero se distingue claramente de la venta a plazos con reserva de dominio. GARGIULLO (34) afirma que en la venta a plazos con reserva de dominio la propiedad pasa al comprador «automáticamente» en el momento del pago del último plazo. Esto no acontece en el contrato de *leasing* financiero, en el que el paso de la propiedad puede no ser previsto y de cualquier modo, si ha sido previsto, no se produce por efecto y en el momento del pago del último canon, sino por efecto del pago del precio del rescate del bien, precio inicialmente previsto.

---

(34) GARGIULLO, *Aspetti giuridici del contratto di leasing*, en *Foro Italiano*, 1971, V, pág. 43.

Por tanto, el paso de la propiedad es dejado a la decisión del usuario y es, por tanto, sólo eventual en cuanto subordinado a los abatares de una condición meramente potestativa. D'AMATO (35) entiende que la distinción entre el *leasing* financiero y la venta con pacto de reserva del dominio, afirmada en la decisión del Tribunal de Vigevano, encuentra su fundamento en las diversas características de las dos hipótesis contractuales. En la venta a crédito con reserva de propiedad, el paso de la propiedad del bien al adquirente se realiza automáticamente en el momento del pago del último plazo del precio, sin que sea necesaria una manifestación ulterior de voluntad con este propósito. En cambio, en el *leasing* financiero es necesario el ejercicio de la opción de compra por el usuario para que ello tenga lugar. BUONOCORE (36) tiene la impresión de que el parentesco entre el *leasing* financiero y la venta con reserva de dominio es más aparente que real. En primer lugar, es diferente el mecanismo de adquisición de la propiedad del bien: automático en la disciplina legislativa de la venta con reserva de dominio y solamente eventual, al estar subordinado a una autónoma manifestación de voluntad del arrendatario, en el arrendamiento financiero (*leasing*). Según BUONOCORE (37), el arrendatario no tiene la posibilidad de valorar, en el momento de la celebración del contrato, qué solución le convendrá adoptar cuando tenga lugar la extinción de éste. La libertad de elección es connatural a la función del *leasing* financiero. Esto significa que no puede postularse, *a priori*, como única salida posible, la de la adquisición del bien, lo cual, sin embargo, sucederá si se asimila el *leasing* a la venta con pacto de reserva de dominio. En verdad, el propósito objetivado del arrendatario es el disfrutar de una prestación de goce y reservarse para un momento posterior la posibilidad de elegir una de las posibles salidas finales. Si opta por la adquisición del bien, es necesario un acto negocial, en el que el arrendatario ha de exteriorizar la voluntad de ser propietario. Concluye BUONOCORE (38) afirmando que todo lo dicho evidencia las diversas funciones que cumplen la venta con reserva de dominio y el arrendamiento financiero (el *leasing*): enmarcar el *leasing* en esquemas demasiados rígidos por dudosos motivos de orden dogmático y establecer una solución final obligada, significa falsear la finalidad del *leasing* financiero e impedir la realización de una serie de posibilidades que, en la práctica usual de los negocios, se encuentran con resonante puntualidad. b) Otro grupo de autores ha defendido la solución contraria. Para DE NOVA (39) y MIRABELLI (40), el *leasing* financiero se asemeja a la venta con reserva de dominio. Desde el punto de vista económico, el propietario es el usuario (41).

---

(35) D'AMATO, *Comentario a la Sentencia del Tribunal de Vigevano de 14 de diciembre de 1972*, en *Giustizia Civile*, 1973, págs. 1800-1801.

(36) BUONOCORE, *La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano*, en *Il leasing. Profili privatistici e tributari*, Milano, 1975, pág. 43.

(37) BUONOCORE, *Op. cit.*, pág. 46.

(38) BUONOCORE, *Op. cit.*, pág. 47.

(39) DE NOVA, *Contratto di leasing e controllo delle condizioni generali di contratto*, en la *Rivista di Diritto Commerciale*, 1973, II, págs. 344-349.

(40) MIRABELLI, *El leasing e il diritto italiano*, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1974, parte primera, págs. 245-256.

(41) *Cfr.* DE NOVA, *Op. cit.*, pág. 339.

El distanciamiento del arrendamiento y la proximidad a la venta con reserva de dominio deriva de las cláusulas que normalmente figuran en los formularios, en los que el usuario, como si fuese propietario, asume el riesgo del pericimimiento y de la sustracción de los bienes cedidos en *leasing*, y está obligado a realizar todas las reparaciones necesarias, aunque sean extraordinarias (42). Se afirma por algunos autores que el *leasing* financiero es un arrendamiento, porque los pagos parciales que realiza el usuario tienen su causa en el goce del bien, la posibilidad que tiene éste de adquirir la propiedad del mismo abonando su valor residual (que es fijado en el momento de la celebración del contrato de *leasing*), cuando vence el plazo de arrendamiento, deriva de una opción de compra convenida por las partes, que se agrega al arrendamiento. Frente a este pensamiento, DE NOVA y MIRABELLI destacan que los pagos parciales realizados no constituyen una renta periódica por el goce del bien, sino la parte fundamental del precio. MIRABELLI (43) afirma que el usuario no debe una prestación periódica, sino una prestación unitaria repartida. Esto se comprende fácilmente si se tiene en cuenta que el plazo de vigencia del contrato de *leasing* financiero coincide con la duración de la vida económica del bien, de tal suerte que cuando el mismo se cumple el bien carece prácticamente de valor. Resaltan MIRABELLI (44) y DE NOVA (45) que, cuando la opción es ejercitable, el precio del bien ha sido prácticamente pagado. El valor residual no cumple la función económica de un precio autónomo, pues el valor económico del bien ha encontrado compensación en los pagos precedentes.

#### D) Derecho alemán.

El día 26 de enero de 1970 se publicó una Sentencia del *Bundesfinanzhof* que, como señala WARZECHA (46), ha sido considerada la sentencia fundamental del *leasing* («*Leasing- Grundsatzurteil*»). En la misma han sido desarrollados los principios fundamentales del contrato de *leasing* financiero (47).

El supuesto de hecho de la Sentencia es el siguiente: la demandante, una sociedad comanditaria, celebró un contrato de *leasing* financiero con una sociedad dedicada al autoservicio. Por virtud de este contrato, le entregó determinados bienes (cajas registradoras, estanterías y aparatos de refrigeración). Con anterioridad, la sociedad dedicada al autoservicio había entrado en contacto con un fabricante y elegido los bienes citados. Estos bienes fueron comprados por la sociedad comanditaria. El contrato de *leasing* financiero fue concluido por un plazo irrevocable de cinco años. La renta por la cesión de los bienes debía ser pagada en plazos mensuales

(42) Cfr. DE NOVA, *Op. cit.*, pág. 344.

(43) MIRABELLI, *Op. cit.*, pág. 251.

(44) MIRABELLI, *Op. cit.*, pág. 252.

(45) DE NOVA, *Op. cit.*, pág. 346.

(46) WARZECHA, *Leasing im Finanzierungsbereich der Unternehmen*, Düsseldorf, 1972, pág. 30.

(47) Cfr. WOLNY, *Nota a la Sentencia del Bundesfinanzhof de 26 de enero de 1970*, en la *Neue Juristische Wochenschrift*, 1970, pág. 1148.

por la sociedad dedicada al autoservicio. Se convino además que, una vez transcurrido el plazo de cinco años, el contrato podía prorrogarse indefinidamente si así lo quería la sociedad dedicada al autoservicio. La sociedad comanditaria solicitó, alegando su condición de propietaria de los bienes entregados a la sociedad dedicada al autoservicio, un aumento de la inversión, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley sobre fomento de la economía de 1962. La oficina financiera rehusó la concesión de este aumento. El Tribunal administrativo, que seguidamente se ocupó del asunto, confirmó esta decisión, porque los bienes entregados no eran atribuibles a la sociedad comanditaria, sino a la sociedad dedicada al autoservicio, por ser ésta su propietaria en sentido económico. El *Bundesfinanzhof* rechazó el recurso de revisión de la demandante.

El *Bundesfinanzhof* establece las características esenciales del contrato de *leasing* financiero, y luego señala los casos en que éste motiva la transferencia de la denominada «propiedad económica» de los bienes al usuario. Como principio para determinar si la propiedad económica ha de atribuirse a la sociedad de *leasing* o al usuario, el citado Tribunal establece que es menester atender a las circunstancias del caso concreto. En desarrollo de este principio, afirma que la propiedad económica de los bienes debe atribuirse al usuario en tres casos: a) cuando la duración del contrato de *leasing* es igual o superior a la vida económica de los bienes; b) cuando, con independencia de la duración de la vida económica de los bienes, la opción de compra o de prórroga del contrato es meramente nominal o simbólica; c) cuando el objeto del contrato de *leasing* son unos bienes que tienen significado económico solamente para el usuario, el cual los utiliza en virtud del contrato celebrado con la sociedad de *leasing*. Esto acontece cuando los bienes han sido especialmente adaptados a las peculiares condiciones de la actividad que despliega el usuario, y por eso, una vez que ha transcurrido el plazo de vigencia del contrato de *leasing*, sólo pueden encontrar un empleo económico razonable si siguen en poder del usuario.

Como ha destacado un importante sector de la doctrina alemana (48), la mayor dificultad que presenta la doctrina de esta Sentencia reside en la admisión de la llamada «propiedad económica» (49). Estamos ante supuestos en los que la propiedad jurídica la detenta una persona y la propiedad económica otra. Con sentido crítico, y seguramente con acierto, se destaca que es extraordinariamente problemático calificar como propietario, aunque sea en sentido económico, a quien no tiene la posesión en concepto de dueño (50). Con todo, la Sentencia del *Bundesfinanzhof* aproxima el *leasing* financiero a la venta en los casos señalados.

Desde la perspectiva doctrinal, la mayoría de los autores (51) entiende que el contrato de *leasing* financiero es un arrendamiento, tal como lo con-

---

(48) Cfr. WOLNY, *Op. cit.*, pág. 1149.

(49) Sobre el significado de la propiedad económica, véase SEELIGER, *Der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums in Steuerrecht*, Stuttgart, 1962, y WOLNY, *Op. cit.*, págs. 1149-1150.

(50) Referencia doctrinal en WOLNY, *Op. cit.*, pág. 1149.

(51) FLUME, *Leasing in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht*, Düsseldorf, 1972, págs. 15 y ss.; PALANOT-PUTZO, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 39 Auflage,

figura el parágrafo 535 del BGB. FLUME (52) afirma que la prestación de la sociedad de *leasing* (arrendador) consiste esencialmente en consentir el goce de los bienes, la compensación económica es realizada por el arrendatario *pro usu rei*. Para distinguir el *leasing* financiero y la venta con reserva de dominio, es suficiente —según FLUME— afirmar que al usuario no le corresponde un derecho real, sino un derecho personal de goce. Sin embargo, no faltan autores que califican al *leasing* financiero como una venta, sobre todo cuando, a efectos del ejercicio de la opción de compra, el valor residual es insignificante en relación con el montante pagado periódicamente por el usuario (53). No se suele afirmar que el usuario es sólo el propietario económico de los bienes, sino que es el único propietario de éstos. Los argumentos señalados por FLUME y los autores que piensan como él son rechazados. REICH (54) llega a decir que el razonamiento de este autor tiene parentesco con la *Begriffsjurisprudenz*. PAPE y RICHTER-HANNES (55) piensan que la finalidad comercial de la institución escogida reside en permitir al usuario la utilización inmediata de unos bienes sin tener que pagar el precio total en el momento en que comienza a utilizarlos. El contrato de *leasing* confiere al usuario un poder de disposición que le acerca a la posición del «cuasi-propietario».

#### E) Derecho suizo.

Una Sentencia del Tribunal de Vaud de 30 de enero de 1974 ha calificado a un contrato de *leasing* financiero como venta a plazos con reserva de dominio no oponible a tercero, en quiebra del usuario, por no haberse inscrito tal reserva en el Registro público pertinente. El Tribunal destaca que la utilización de los bienes, el reparto de cargas y riesgos y el importe total del precio que satisface el usuario, permiten concluir que éste se encuentra en situación similar a la del comprador a plazos.

Frente a la posición de los autores (55 bis) que consideran al *leasing* financiero como un arrendamiento especial, STAUDER (56) estima que la situación que plantea el *leasing* es idéntica a la de la venta en que, por razones de ga-

---

München, 1980, parágrafo 535, 4, y KRAUSE, *Die zivilrechtlichen Grundlagen des Leasing-Verfahrens*, Köln, 1967, pág. 80. Son también numerosas las sentencias que se pronuncian en este sentido: LG Klonbenz, 6 de febrero de 1973, en *Neue Juristische Wochenschrift*, pág. 706, y OLG Düsseldorf, 26 de abril de 1973, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, pág. 1612.

(52) FLUME. *Op. cit.* El usuario sólo tiene una pretensión dirigida al uso de los bienes.

(53) THIEL, *Das Leasing- steuerlich gesehen*, en *Die Information*, 1964, págs. 121 y ss.; LWOWSKY, *Erwerbersatz durch Nutzungsverträge*, Hamburger, 1967, pág. 98, y FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, Berlín, 1976, pág. 426.

(54) REICH, *Leasing*, en *Vertraasschuldverhältnisse*, München, 1974, pág. 66.

(55) PAPE y RICHTER-HANNES, *Nature juridique du contrat de leasing pour les navires*, en *Le droit maritime français*, 1973, pág. 454.

(55 bis) Sobre este punto, véase SCHUBIGER, *Der Leasing-Vertrag nach Schweizerischen Privatrecht*, Freiburg, 1970, págs. 124 y ss.

(56) STAUDER. *Le contrat de finance-equipment - leasing*, en *Memoires publiés par la Faculté de Droit de Geneve*, núm. 30, págs. 32 y ss.

rantía, la propiedad no se transmite en el momento de la celebración del contrato, conservándola el vendedor durante toda la duración del mismo. Si bien la sociedad de *leasing* se reserva el derecho de propiedad, este derecho ha quedado reducido a un título formal, toda vez que al término del contrato la vida económica del bien ha concluido. Ello es así porque la cesión de uso se concierta por un período igual o ligeramente inferior a la vida económica del bien, cuyo precio, por otra parte, al finalizar el contrato, ha sido prácticamente satisfecho.

#### F) *Derecho español.*

La Sentencia del Tribunal Supremo que comentamos es la primera que aborda en nuestro país el problema de la naturaleza jurídica del contrato de *leasing* financiero, y en concreto si entraña una venta a plazos con reserva de dominio. Nuestro Más Alto Tribunal no utiliza el término *leasing* para referirse al contrato celebrado por L. y la sociedad usuaria de los bienes, sino el de arrendamiento de bienes de equipo. A pesar de esto, es indudable que estamos ante un auténtico contrato de *leasing* financiero, pues así se desprende de las alegaciones de las partes en el Juzgado y en la Audiencia Territorial y del motivo alegado para fundamentar el recurso de casación. El propio demandado señala en la contestación a la demanda que el contrato celebrado por IC. y L. es un contrato que la doctrina anglosajona viene dominando *leasing*. En el único motivo del recurso de casación se señala con claridad esta circunstancia, aludiéndose a la existencia de una opción de compra añadida a la relación fundamental de arrendamiento. Nuestro Tribunal Supremo ratifica la doctrina del Juzgado y de la Audiencia Territorial, por entender que no han infringido las normas de hermenéutica contractual contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil al considerar aplicable la Ley de venta a plazos de bienes muebles al arrendamiento de bienes de equipo (*leasing* financiero). En el considerando 1.º de la Sentencia que comentamos se afirma que las condiciones particulares de los contratos de arrendamiento sobre bienes de equipo muebles denuncian la existencia de unas compraventas de bienes muebles a plazo, contratos que, en consecuencia, están sujetos a la Ley de 17 de julio de 1965, por imperio de su artículo segundo. Es de notar que se habla de contratos de arrendamiento de bienes de equipo muebles, con lo cual parece que la solución del Tribunal Supremo es aplicable con carácter general a estos contratos (de *leasing* financiero). No parece que se afirme la aplicación del artículo 2 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles en atención a las condiciones particulares del contrato celebrado por IC. y L., sino que el Tribunal Supremo, recogiendo la doctrina del fallo de la Audiencia Territorial, afirma que todos los contratos de arrendamiento de bienes de equipo muebles (*leasing* financiero) están sujetos a la Ley de venta a plazos de bienes muebles. Confirma esta aseveración que en la contestación a la demanda se afirmará precisamente que los contratos que la doctrina anglosajona viene denominando *leasing* no son auténticos arrendamientos, pues en nuestro ordenamiento jurídico están encajados en la normativa de la Ley sobre venta a plazos de bienes muebles (cfr. artículo 2.º). Esta tesis

prospera ante el Juzgado, la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo. Este planteamiento peculiar de la cuestión motiva que sea extraordinariamente importante la doctrina de la Sentencia que comentamos. No se afirma que un determinado contrato de *leasing* financiero, en virtud de las concretas cláusulas del mismo, puede quedar sujeto a la Ley de venta a plazos de bienes muebles, sino que el contrato de *leasing* financiero, en general, está sujeto *siempre* a la normativa de esta Ley. Se afirma, pues, que el contrato de *leasing* financiero es un negocio jurídico que cumple una finalidad económica similar a la de la venta a plazos de bienes muebles, por lo que, de acuerdo con el párrafo 2.º del artículo 2 de esta Ley especial, ha de quedar sujeto a la misma.

En contraste con esta escasa doctrina de los Tribunales, el problema ha preocupado a numerosos autores. Se destaca que si se afirma que el *leasing* financiero es un contrato que cumple la finalidad económica de la venta de bienes muebles a plazo, por imperio del artículo 2 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles formarán parte integrante del contenido de este contrato las numerosas normas imperativas que establece la misma, con lo cual las diferencias que hemos establecido entre el contrato de *leasing* financiero y la venta a plazos de bienes muebles desaparecerán. Lo dispuesto en los artículos 6, 12, 22 y 23 de la tan citada Ley se aplicará imperativamente al contrato de *leasing* financiero. Entre nosotros, los autores que han planteado el problema, si bien llegan, en su mayor parte, a la conclusión de que ambos contratos no responde a idéntica finalidad económica, y que existe una clara diferencia entre ambos, no dejan de reconocer la posibilidad de que el *leasing* financiero puede encubrir una auténtica venta a plazos de bienes muebles. Así, MARTÍN OVIEDO (57) afirma que el *leasing* no se estructura formalmente como una venta a plazos, por lo que no entra de un modo claro en el ámbito de la Ley de venta a plazos de bienes muebles. Ni siquiera puede quedar incluido dentro de esta Ley especial en cuanto negocio análogo a la venta a plazos. La finalidad del *leasing* no es vender a plazos, ni tampoco financiar el uso de bienes, siendo indiferente la propiedad de los mismos. Cierto que es cláusula típica del *leasing* la opción de compra del bien arrendado por el usuario, y también que, si la opción se ejerce, el usuario satisface entonces tan sólo un «valor residual», imputándose, de hecho, lo satisfecho por arriendo a la adquisición de la propiedad de aquél. Pero ello no nos debe hacer pensar que, siquiera cuando se produzca el ejercicio de la opción, el *leasing* se equipara a una venta a plazos. Y ello, básicamente, porque no puede presumirse que el usuario tuviera voluntad de comprar al suscribir el contrato de *leasing*: esa voluntad, de hecho, suele formarse con el recurso y, más normalmente, al concluir la operación de arriendo, a la luz de múltiples factores. No se puede desconocer, no obstante, que en algunos casos el *leasing* puede encubrir una venta a plazos. Siempre que quepa probar la intención de las partes de simular una venta a plazos, podrán aplicarse los correctivos mercantiles y fiscales que nuestro derecho tiene ya establecidos en este

---

(57) MARTÍN OVIEDO, *Op. cit.*, págs. 72-74.

punto. Según GARRIGUES y SÁNCHEZ CALERO (58), el contrato de arrendamiento financiero (*leasing*) no puede equiparse a una venta a plazos o a crédito, sino que ha de considerarse como una figura especial, que sirve para financiar la adquisición de ciertas cosas. El contrato de arrendamiento financiero ofrece una técnica de adquisición de bienes que se aparta de la compraventa. En aquel contrato una entidad financiera (la llamada sociedad de arrendamiento financiero) adquiere la cosa para ceder su uso a una persona por un cierto tiempo, la cual habrá de pagar a esa entidad una cantidad periódica. Transcurrida la duración del contrato, el cesionario tiene la facultad de adquirir la cosa a un precio determinado, que se denomina residual. Si el cesionario no ejercita la opción de compra, ha de devolverla a la sociedad de arrendamiento financiero, de no convenir con ella una prórroga del contrato.

ILLESCAS (59) entiende que el *leasing* no se encuentra sometido a la Ley de venta a plazos de bienes muebles, si la opción es unilateral, es decir, si se concede la posibilidad de ejercitarla sólo al usuario. Observa que el *leasing* es una figura de conexión de contratos, cuya causa es idéntica a la del contrato de arrendamiento, el cual reviste el carácter de principal respecto al contrato de opción, por lo que fundamentalmente constituye un arrendamiento de cosa, no perdiendo esta cualidad por el hecho de que produzca ciertos efectos atípicos. Pero puntualiza que si la opción es bilateral, no estamos en presencia de un contrato de arrendamiento, sino ante una auténtica venta a plazos: la bilateralidad de la promesa convertirá al negocio aparente —arrendamiento— en una compraventa a plazos, más o menos oculta, en virtud del principio de que la promesa sinalagmática de venta equivale a la venta.

El equipo docente formado por IGLESIAS PRADA (60) estima que el *leasing* es un instrumento financiero, cuya eficacia reside en la cesión del uso y no de la propiedad por el tiempo de vida útil de los bienes y en la inexistencia de los desembolsos iniciales, características de otros sistemas de financiación (por ejemplo, la venta a plazos). Existe una orientación doctrinal que tiende a considerar el *leasing* como una modalidad de compraventa a plazos, al advertir la existencia de una opción de compra al finalizar el contrato... Pero resulta evidente que, siendo la adquisición de los bienes utilizados una opción a ejercitar cuando concluye el contrato y existiendo por ello la posibilidad de no ejercitarla devolviendo los bienes cedidos en uso —supuesto, por lo demás, bastante frecuente—, no puede correctamente centrarse en la compraventa la finalidad económica esencial del negocio.

VIDAL BLANCO (61) entiende que la diferencia esencial entre el *leasing* y la compraventa radica en la titularidad de la propiedad del material, sino

---

(58) GARRIGUES y SÁNCHEZ CALERO, *Curso de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1974, pág. 824.

(59) ILLESCAS, *El «leasing»: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato*, en la *Revista de Derecho Mercantil*, 1971, págs. 99-100.

(60) IGLESIAS PRADA, *Derecho Mercantil*, II, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1976, págs. 95-96.

(61) VIDAL BLANCO, *Op. cit.*, págs. 149-150.

sólo de su uso y disfrute, en la compraventa se transmite inmediatamente la propiedad, se convierte en propietario. La Ley de 17 de julio de 1965 configura a la venta a plazos de bienes muebles como un contrato real y formal (artículos 5, 6 y 9). El *leasing*, en cambio, es un contrato consensual, en el que no se exige forma escrita, aunque de hecho se formalice por escrito, y en el que en principio tampoco se exige un desembolso inicial. Por otra parte, durante la vigencia del contrato de arrendamiento tiene solamente el uso y disfrute de la cosa, pudiendo acceder opcionalmente a la propiedad del bien, al final de dicho período. No juega la cláusula de reserva de dominio, porque éste no se transmite al arrendatario.

En términos parecidos se pronuncia RICO PÉREZ (62).

Algunos autores consideran aplicable el artículo 2 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles, y por ello someten el *leasing* financiero a esta ley especial. Adoptan la misma solución que el Tribunal Supremo en la Sentencia que comentamos. DE LA CUESTA RUTE (63), partiendo de que es indudable que el *leasing* constituye una operación de crédito, resuelve la opción entre «*to lease or to borrow*» y no la tradicional entre «*to lease or to buy*», ya que el «*animus*» del empresario es idéntico al que lo lleva a convenir una compraventa. Como corolario de su tesis, sitúa la razón del *leasing* en la presencia de las reglas de la usura, por un lado, y sobre la compraventa de bienes muebles corporales, por otro, afirmando la procedencia de la aplicación de la Ley de venta a plazos de bienes muebles, apoyándose en el artículo 2, y el carácter imperativo de las sanciones que los artículos 7 y 9 imponen para los supuestos de falta de formalidades exigidas o de inexistencia de entrega inicial.

ZUMALACÁRREGUI (64) afirma que todo arriendo o *leasing* de un bien de vida física o útil limitada exige una amortización generalmente corta de la mayor parte de su valor que se superpone al precio del alquiler y de tal forma la supera, que una reflexión sobre el tema nos impone la conclusión de que más que arriendo es realmente venta. En el *leasing* se produce de hecho la transmisión del dominio de la mayor parte de la utilidad de la cosa con facultad además discrecional de adquirir el objeto desvalorizado. El *leasing* no deja de ser una venta a plazos, sin que la condición suspensiva discrecional de adquisición del valor residual desnaturalice su esencia, por lo que debe entrar en juego el artículo 2 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles de 1965.

#### 4. Opinión personal.

a) En la introducción de este comentario hemos señalado que el *leasing* financiero implica fundamentalmente el arrendamiento de determinados bienes al que se agrega una opción de compra en beneficio del usuario, si

---

(62) RICO PÉREZ, *Uso y disfrute de bienes ajenos con opción de compra*, Madrid, 1974, págs. 33-34.

(63) DE LA CUESTA RUTE, *Reflexiones en torno al leasing*, en la *Revista de Derecho Mercantil*, 1970, págs. 605-608.

(64) ZUMALACÁRREGUI, *La financiación de la venta a plazos y su protección registral*, en *Curso de conferencias sobre el Registro Mercantil*, Madrid, 1971, págs. 11 y ss.

bien la misma no es esencial y cabe incluso que tenga carácter bilateral. Esto significa que desde una perspectiva jurídica estructural presentan notables diferencias al *leasing* financiero y la venta a plazos de bienes muebles, por lo que es problemático afirmar que *en todo caso* ambos negocios responden a una idéntica finalidad económica. Ahora vamos a ocuparnos del problema que se suscita en el supuesto normal: el *leasing* financiero con opción de compra en favor del usuario. Posteriormente nos ocuparemos del *leasing* financiero con opción bilateral de compraventa, que presenta unos perfiles jurídicos diversos, por lo que exige un tratamiento específico.

El *leasing* financiero con opción de compra en beneficio exclusivo del usuario presenta notables diferencias estructurales con la venta a plazos de bienes muebles, lo que hace problemático afirmar que responden a una idéntica finalidad económica. Es muy discutible, por ello, la aplicación del artículo 2 de la Ley de 17 de julio de 1965 al *leasing* financiero, pues sólo si el usuario ejercita la opción de compra adquiere la propiedad de los bienes. No existe, pues, una obligación que le imponga adquirir los bienes al vencer el plazo de arrendamiento. En cambio, en la venta a plazos de bienes muebles el comprador tiene que abonar obligatoriamente al vendedor una parte del precio en el momento de la celebración del contrato (el anticipo del precio), el resto del precio, de manera obligatoria, debe pagarlo en plazos fijados en el contrato. Esto significa que tanto el pago del anticipo como el pago del precio aplazado tienen un marcado carácter obligatorio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles. He aquí una diferencia esencial entre la venta a plazos de bienes muebles y el *leasing* financiero. Resulta, pues, muy problemático afirmar que responde siempre a idéntica finalidad económica que la venta a plazos de bienes muebles. La *ratio* del *leasing* financiero radica en el goce temporal de unos bienes, no en la transmisión de su propiedad al usuario. En cambio, la venta a plazos de bienes muebles es un negocio encaminado exclusivamente a que el comprador adquiriera la propiedad de los bienes. El único sentido de los plazos reside en facilitar al comprador el pago del precio. Existe además otra posible diferencia esencial. En el *leasing* financiero la propiedad de los bienes la conserva la sociedad de *leasing*, que sólo la pierde si el usuario ejercita la opción de compra. En cambio, en la venta a plazos de bienes muebles es necesario que el comprador y el vendedor pacten expresamente una reserva de dominio en beneficio de éste para que conserve la titularidad dominical sobre los bienes durante el período de pago de las cantidades aplazadas.

Todas las circunstancias descritas hacen muy difícil afirmar que en todo caso el *leasing* financiero responde a la misma finalidad económica que la venta a plazos de bienes muebles. Por consiguiente, nos parece discutible la solución acogida por el Tribunal Supremo en la Sentencia que comentamos por su generalidad. No tiene en cuenta si existe un pacto de reserva de dominio en favor del vendedor, lo cual, sin embargo, es fundamental tener presente si se afirma que el *leasing* financiero y la venta a plazos de bienes muebles responden a idéntica finalidad económica. Pero éste no es el reparo más importante que puede oponerse a la misma. Existe otro que tiene aún mayor consistencia. Si una vez ejercitada la opción de compra

es problemático afirmar que el *leasing* financiero cumple una finalidad económica similar a la de la venta a plazos de bienes muebles, con mayor razón hay que afirmarlo cuando el usuario se encuentra meramente utilizado los bienes como arrendatario, pues durante este período no puede saberse a ciencia cierta si va a ejercitar la opción de compra al vencer el plazo de arrendamiento. Como bien dice el equipo formado por IGLESIAS PRADA (65), es bastante frecuente que el usuario no ejercite la opción de compra y devuelva los bienes a la sociedad de *leasing*. Como conclusión debemos afirmar que el *leasing* financiero y la venta a plazos de bienes muebles son dos negocios perfectamente diferenciables, y que, con carácter general, no puede afirmarse que cumplen siempre una idéntica finalidad económica. Ahora bien, es posible que a través de la forma negocial del *leasing* financiero se alcance la finalidad económica de la venta a plazos de bienes muebles. En este caso, no ofrece duda la aplicación de la Ley de 17 de julio de 1965, sin importar la denominación que las partes hayan dado al negocio celebrado. En este sentido hay un caso, señalado por COLLOR, que hace pensar en la aplicación de la mencionada ley. Cuando el precio de la opción de compra, el denominado «valor residual», determinado en el momento de la celebración del contrato de *leasing*, es insignificante y el usuario sólo tiene como salida razonable la compra de los bienes, pues en otro caso sufre una pérdida económica muy importante. Atendiendo a la finalidad económica del negocio, parece que el usuario paga prácticamente la totalidad del precio de los bienes, mediante los pagos periódicos, generalmente elevados. En rigor, cuando la opción de compra es ejercitable, el precio de los bienes ya ha sido prácticamente pagado. El valor residual no cumple la función económica de precio autónomo, pues el valor económico de los bienes ha encontrado compensación en los pagos precedentes. En este caso, el interés de la sociedad de *leasing*, más que la recuperación de los bienes, reside en obtener el equivalente económico de su inversión. Nos interesa destacar que este caso es muy frecuente en la práctica, pero que no es extraño que el montante del valor residual de los bienes no sea insignificante. Esto sucede principalmente cuando la duración del uso sea corta, y por tanto los bienes no se han depreciado mucho. Siempre hay que tener en cuenta que, como señala GUTIÉRREZ VIGUERA (66), el precio de la opción de compra (el valor residual) se fija de una forma subjetiva y responde a la conveniencia de los contratantes.

La Sentencia que comentamos no ha tenido en cuenta estas consideraciones, dando a entender que en todo caso el *leasing* financiero queda sometido a la Ley de venta a plazos de bienes muebles. Incide, como ya hemos señalado, en una excesiva generalización. Para la aplicación de la tan citada ley especial, es preciso tener en cuenta las diversas cláusulas contractuales y sobre todo el montante del valor residual o precio de opción de compra.

Puede suceder que tenga carácter bilateral la opción que se agrega al arrendamiento. Estaremos en presencia de una opción bilateral de compra y venta, ejercitable por la sociedad de *leasing* y el usuario. Como dijimos

---

(65) IGLESIAS PRADA, ver nota 60.

(66) GUTIÉRREZ VIGUERA, *Op. cit.*, pág. 94.

en este supuesto, muy infrecuente en la práctica, pero posible, surge una problemática peculiar. Algunos autores (ILLESCAS y DE LA CUESTA RUTE) (66 bis) afirman que la bilateralidad de la opción o promesa convierte al negocio aparente —arrendamiento— en una compraventa a plazos. Para ILLESCAS (67), la promesa sinalagmática de venta equivale a la venta. En consecuencia, el contrato de arrendamiento provisto de una cláusula en la que se establezca una promesa u opción bilateral de compraventa, será no el tal contrato, sino una auténtica compraventa. Y puesto que por precio habrán de ser entendidas las rentas a pagar por el presunto arrendatario, lo cual equivale a un fraccionamiento de aquél, la compraventa será especial por razón de la modalidad en el pago del precio: una compraventa a plazos, aun cuando no sometida a la Ley de ventas a plazos de bienes muebles.

Pensamos que la posición defendida por ILLESCAS evidencia una actitud ante la figura del precontrato o promesa de contrato, que ya ha sido ampliamente criticada con acierto por los profesores DE CASTRO (68) y DÍEZ-PICAZO (69). Ciertamente no pueden confundirse la promesa u opción bilateral de compraventa y la compraventa, como ha declarado reiteradamente nuestra jurisprudencia (70). La actitud de los autores franceses, que afirman que el *leasing* financiero con opción bilateral de compraventa es una auténtica compraventa a plazos, puede explicarse por el tenor literal del artículo 1.589 del Código civil francés que establece que la *promesse de vente vaut vente*. Sin embargo, es de notar que un importante sector de la doctrina francesa ha apreciado que el resultado a que conduce la interpretación estrictamente literal del citado artículo es muy insatisfactorio, ya que la promesa de venta produciría, en tal caso, la transmisión inmediata de la cosa que se prometió vender. Como dice DE CASTRO (71), la doctrina francesa ha hecho lo imposible para evitar este injusto resultado, y de espaldas a la letra del artículo, ha razonado que no se refiere para nada a la promesa de venta unilateral y luego que tampoco afecta al caso en que haya en el mismo convenio promesa de vender y de comprar la misma cosa, reservándose cada una de las partes realizar la venta por su sola voluntad. Evolución doctrinal —señala DE CASTRO (72)— muy justificada, ya que admitida la eficacia de la promesa de A de venderle a la B la finca que resulte de la partición, no hay razón para no aceptar la promesa de B de comprarle a la A la finca que resulte de la partición, cuando ambas promesas se hagan a la vez y queden unidas sinalagmáticamente. *Lo que ciertamente puede importar mucho a las partes y origina efectos jurídicos bien distintos que la compraventa*. Sin embargo, en nuestro Derecho, la cuestión se presenta de modo distinto que en el francés. El artículo 1.451

---

(66 bis) DE LA CUESTA RUTE, *Op. cit.*, pág. 595.

(67) ILLESCAS, *Op. cit.*, pág. 100 y nota 60.

(68) DE CASTRO, *La promesa de contrato*, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1950, fascículo IV, págs. 1147 y ss.

(69) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1972, págs. 210-211.

(70) Amplia referencia en DE CASTRO, *Op. cit.*, págs. 1149-1150.

(71) DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 1147.

(72) DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 1148.

de nuestro vigente Código civil se ha apartado claramente del Código civil francés, al disponer que «la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato. Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente libro». Como se ve, el Código civil español somete las promesas de venta y compra a un régimen jurídico diferente del que es aplicable al contrato definitivo de compraventa. La remisión que hace el inciso final a lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos es suficientemente expresiva. La remisión no se hace a la normativa del contrato de compraventa, sino a las reglas generales de las obligaciones y a las normas sobre contratos en general, es decir, a los artículos 1.088-1.253 y 1.254-1.314. Como apunta DE CASTRO (73), sólo el afrancesamiento de los comentaristas del Código y de sus primeros tratadistas hizo, sin embargo, que se entendiera nuestro artículo como si fuera el francés y que se negará la existencia de la promesa bilateral, diciéndose que tiene el mismo valor que la misma compraventa. Pero, afortunadamente, la doctrina y la práctica han abandonado esta equivocada interpretación.

Todo el largo razonamiento que acabamos de exponer, que tiene además un antecedente importante en la doctrina de nuestros clásicos (74), evidencia la inexactitud de la argumentación de ILLESCAS y, en general, de los autores que no diferencian la promesa u opción bilateral de compraventa y la compraventa misma. Desechada la tesis de ILLESCAS, porque no compartimos su concepción de la promesa u opción bilateral de compraventa, la única cuestión que puede plantearse consiste en precisar si el *leasing* financiero con opción bilateral de compraventa y la venta a plazos de bienes muebles cumplen idéntica finalidad económica, pues si ello se afirma, el párrafo 2.º del artículo 2 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles determinará que el contrato de *leasing* financiero con opción bilateral de compraventa quede sometido a esta Ley especial. A nuestro juicio, cualquier solución apriorística es desacertada en este punto. Pensamos que, al ser la opción o promesa bilateral, va a crearse en favor de cada una de las partes (el usuario y la sociedad de *leasing*) la facultad de exigir el cumplimiento del contrato (la compraventa). Esto significa que mientras la sociedad de *leasing* o el usuario no ejerciten la facultad de exigir el cumplimiento de la promesa u opción, no alcanzará efectividad la compraventa. Se requiere, pues, una determinada declaración de voluntad en este sentido. Si esto es así, puede suceder perfectamente que ninguna de las partes quiera dar efectividad a la compraventa. En tal caso, al vencer el plazo de vigencia del *leasing* financiero, el usuario devolverá los bienes a la sociedad de *leasing*, y se extinguirá la relación obligatoria existente entre ellos o bien celebrarán un nuevo contrato de *leasing* financiero. Como ocurre frecuentemente, el usuario puede no tener interés en adquirir los bienes por su valor residual, como señala el equipo formado por IGLESIAS PRADA. En este

---

(73) DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 1148.

(74) Referencia en DE CASTRO, *Op. cit.*, págs. 1148-1149 y nota 51.

punto no apreciamos ninguna peculiaridad en relación con el supuesto en que sólo existe una opción de compra en favor del usuario. El problema sólo surge en relación con la sociedad de *leasing*, pues puede pensarse que ésta tendrá siempre interés de vender los bienes al usuario. No podemos negar que esto ocurrirá en la mayoría de los casos en que se haya acordado una opción bilateral de compraventa, pero no tiene que acontecer necesariamente. Si los bienes se han depreciado escasamente, la sociedad de *leasing* puede no tener un claro interés en dar efectividad al contrato de compraventa, sobre todo si ha encontrado un cliente que desea dichos bienes en *leasing* o que quiere comprarlos, obteniendo así una mayor ganancia. En conclusión, el hecho de que exista una opción bilateral de compraventa no tiene por qué motivar necesariamente la aplicación automática de la Ley de venta a plazos de bienes muebles. Habrá, pues, que atender también a las restantes cláusulas contractuales (plazo de duración del *leasing*, valor residual de los bienes, cuantía de la renta, etc.) para determinar si el negocio celebrado responde o no a la finalidad económica de la venta a plazos de bienes muebles. En este sentido, la opción bilateral de compraventa será un dato más, si bien muy importante, a tener en cuenta. Como dice CREMIEUX (74 bis), existe sólo un riesgo de que la operación sea calificada como venta.

b) VIÑA MAGDALENO (75) entiende que el artículo 21 del Real Decreto Ley de 25 de febrero de 1977 («B. O. E.» de 28 de febrero) sobre Ordenación Económica, pone fin a la polémica doctrinal de si a las operaciones de *leasing* le deben o no ser aplicables las normas de la Ley de venta a plazos de bienes muebles al disponer que, «a efectos de lo dispuesto en el párrafo 2.º de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos, los bienes objeto de operaciones de arrendamiento financiero que cumplan lo dispuesto en la presente disposición, no se considerarán incluidos en el artículo 1.º del Decreto 1.193/1966 de 12 de mayo». En la Sentencia que comentamos, el recurrente alega precisamente el artículo 21 del citado Real Decreto-Ley para impedir que el contrato celebrado por L. e IC. sea considerado como una venta a plazos de bienes muebles. El Tribunal Supremo no tiene en cuenta esta alegación.

A nuestro juicio, lo dispuesto en el citado artículo no pone fin a la citada polémica, puesto que si se demuestra que bajo la forma del *leasing* financiero se encubre una auténtica venta a plazos de bienes muebles, se aplicará la Ley de 17 de julio de 1965. El artículo 19 del Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 conceptúa al *leasing* financiero como un arrendamiento de determinados bienes con opción de compra en favor del usuario. Esto significa que han de concurrir las figuras del arrendamiento y de la opción de compra para que se aplique el artículo 21, lo cual significa que si se demuestra que en realidad no ha existido un arrendamiento y una

---

(74 bis) CREMIEUX, *Op. cit.*, pág. 17.

(75) VIÑA MAGDALENO, *El leasing como medio de financiación de la empresa. Su problemática*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1978, pág. 264.

opción de compra en favor del usuario, porque los pagos parciales realizados no constituyen una renta periódica por el goce de unos bienes, sino la parte fundamental del precio de compra, el citado Real Decreto-Ley no obstaculiza la aplicación de la Ley de venta a plazos de bienes muebles.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ,  
*profesor de Derecho Civil*  
*de la Universidad Autónoma de Madrid*

## II. SENTENCIAS

A cargo de Pedro ELIZALDE AYMERICH, Gabriel GARCIA CANTERO y Ricardo RUIZ SERRAMALERA.

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. Parte general

1. *Aplicación de la equidad. Su valor según el Código civil.*—El párrafo 2.º del artículo 3 del C. c., al recoger a la equidad como norma de interpretación, es un precepto con el que el legislador ha querido evitar la injusticia a que se puede llegar, en determinados casos, por la rígida literal aplicación de los preceptos legales, permitiendo adaptar el precepto legal concreto a la realidad humana del caso que se contemple, habida cuenta de sus particularidades. En la exposición de motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974, que sanciona con fuerza de ley el texto articulado del título preliminar del C. c., a modo de elemento tendente a lograr una aplicación de las normas, sensible a las particularidades de los casos, dice que ha de considerarse el valor reconocido a la equidad y agrega que no aparece invocada como fuente de derecho, sino que, por el contrario, le incumbe el cometido más modesto de intervenir, como criterio interpretativo, en concurrencia con los otros, salvo, naturalmente, cuando la propia Ley permita expresamente fundar las resoluciones sólo en la equidad; y de acuerdo con esta orientación, el párrafo 2.º del artículo 3 del Código dice textualmente que «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar, de manera exclusiva en ella, cuando la Ley expresamente lo permita»; como puede apreciarse, el último condicionado es tan tajante que se puede decir que deja reducida su posible plena aplicación al último supuesto de los enumerados en la exposición de motivos antes transcrita, así como que sólo podrá invocarse como factor ponderativo cuando la norma aplicable no se adapte concreta y claramente al caso controvertido.

*Congruencia de las sentencias. Factores a tomar en cuenta por el juzgador para fijar la condena pecuniaria.*—El artículo 359 de la LEC que, a efectos de casación tiene carácter sustantivo (Sentencias, entre otras, de 15 octubre 1919 y 16 octubre 1954), prescribe, de acuerdo con el principio dispositivo que inspira en nuestro proceso civil, que «las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito»; una copiosísima jurisprudencia interpreta que la incongruencia ha de deducirse de la relación entre la parte dispositiva de la sentencia con los términos de la demanda

y de la contestación (Sentencias de 16 mayo 1947, 20 abril 1953 y 22 abril 1958, entre otras muchas), así como también tiene declarado que lo que vincula al Tribunal es el contenido de las pretensiones, no su fundamentación jurídica, pues el Tribunal no se obliga a adaptarse, en su fallo, a las alegaciones en derecho que formulen las partes, siendo libre para aplicar el derecho, aun sin alegación de la parte, pero siempre ateniéndose a sus pretensiones (Sentencias de 14 abril 1953, 8 septiembre 1954, 7 mayo 1958 y 13 mayo 1971, entre otras). Todo ello lleva a la conclusión de que, perfeccionado el contrato de «litis contestatio» por el escrito de contestación a la demanda, que ha de formularse en los mismos términos que aquélla (artículo 540), ya queda cerrado el círculo dentro del cual ha de moverse el Tribunal al dictar su fallo, con un tope máximo, el de no rebasar, en él, las pretensiones de la parte actora, y otro tope mínimo, el no poder bajar de aquello con lo que se haya conformado la demandada en su contestación, elementos clarísimos, cuando de reclamación de cantidad se trata, sin que quede hueco, ni vacío legal alguno, que pueda dar lugar a ningún género de interpretación. (Sentencia de 10 de diciembre de 1979; no ha lugar.)

## 2. Derecho de la persona

1. *Título nobiliario. Mejor derecho. Intervención del Ministerio Fiscal. Litisconsorcio pasivo necesario.*—Guardando dependencia todas las cuestiones del pleito con el estado civil de las personas y el mejor derecho sobre un título nobiliario, para la sustanciación del juicio es necesaria la intervención del Ministerio Fiscal, según impone, de una parte, el artículo 838 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y de otra el artículo 2 del Estatuto del Ministerio Fiscal aprobado por R. D. de 21 junio 1926, procediendo apreciar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, también estimable de oficio. (Sentencia de 27 de febrero de 1980; no ha lugar.)

2. *Culpa extracontractual. Responsabilidad civil por accidente de circulación. Prescripción de la acción. «Dies a quo».* No es la fecha del archivo de las diligencias, sino la del alta de las lesiones.—Si bien es cierto que se decretó el sobreseimiento de las diligencias previas seguidas en orden a la responsabilidad penal, no lo es menos que con posterioridad y dentro de dichas actuaciones se incluyó el dictamen de sanidad respecto al lesionado, extremo éste, como dice la Sentencia de 9 junio 1976, verdaderamente esencial a los efectos de la iniciación del término de prescripción, ya que la doctrina legal, en Sentencias de 19 abril 1972 y 16 junio 1975, establece que la acción ejercitada está reservada para cuando fueran conocidos los efectos totales de las lesiones sufridas por el reclamante, precisamente hasta la fecha en que fue dado de alta de las mismas, pues es en esta diligencia médico-forense en la que se describen minuciosamente las lesiones que sufrió el perjudicado, los defectos que le quedaron y el tiempo que tardó en curar. (Sentencia de 26 de octubre de 1979; no ha lugar.)

### 3. Obligaciones y contratos

1. *Congruencia. Elementos que deben ser comparados.*—Para apreciar si la sentencia recurrida es congruente con las pretensiones de las partes, ha de tenerse en cuenta que éstas son expresadas, tanto en el suplico de la demanda como en el de la reconvencción debiendo ambas confrontarse con el fallo. En cuanto a éste, que literalmente dice: «Estimando en parte y revocando en parte también la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia», debe entenderse que hace suyo, incorporando a dicho fallo, lo que es conforme del fallo de la apelada.

*Incumplimiento recíproco de contrato. «Compensatio morae».*—Cuando el incumplimiento del contrato sea recíproco no cabe hablar de mora de ninguna de las partes, pues ambas han incurrido en mora, lo que produce su cesación, declarándose vigente el contrato, al ser inaplicable el artículo 1.124 del Código Civil, pues no tiene derecho a pedir la resolución el contratante que incumple sus obligaciones. (Sentencia de 2 de enero de 1980; no ha lugar.)

2. *Enriquecimiento sin causa. Requisitos.*—Para poder apreciar el enriquecimiento sin causa deben concurrir las siguientes circunstancias: a) Un enriquecimiento injusto por parte del demandado, representado por un aumento del patrimonio o por una no disminución del mismo. b) Un empobrecimiento en el acto, representado por un daño positivo o lucro frustrado. c) Una falta de causa que justifique dicho enriquecimiento, y d) La inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación del principio de enriquecimiento. (Sentencia de 8 de enero de 1980; ha lugar.)

3. *Intereses de demora. Determinación de la deuda. Aplicación de la regla «in iliquidis non fit mora».*—Según se determinaba en la Sentencia de 26 noviembre 1955, cuando se reclaman conjuntamente, es decir, en un solo pleito, diferentes cantidades adeudadas por distintos conceptos y aquellas a cuyo abono se condena al demandado no han sido objeto de rectificación en su cuantía por estar debidamente determinadas en la demanda promovedora del juicio, deben conceptuarse como líquidas tales cantidades, ya que su cuantía ni había que determinarla ni ha sido determinada en el litigio, incurriendo, en su consecuencia, el deudor que no las satisfizo a su debido tiempo en mora, que lleva aneja la correspondiente sanción del pago de intereses.

*Compensación legal. Condena judicial de indemnización. Tiempo a partir del cual se puede alegar la compensación.*—A tenor de lo dispuesto en el artículo 1.196 del C. c., sólo puede tener lugar la compensación legal cuando se trate de cantidades líquidas y exigibles, requisitos que no concurren cuando indeterminadamente se reclama por reconvencción una cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios, pues aunque la sentencia recurrida concrete la suma a la que ascienden los perjuicios indemnizables, esta cantidad sólo podrá producir los efectos compensatorios que se postulan a partir de la fecha de dicha sentencia, por ser éste el día en que

se produce la concurrencia de las respectivas obligaciones con virtualidad suficiente para extinguir las deudas en la cantidad en que coincidan.

*Compensación judicial. Compensación de cantidades reconocidas en sentencia.*—Aunque la compensación no se declare en la sentencia, ello no es obstáculo para que se aplique, con el alcance determinado en el artículo 1.202 del C. c., llegado el momento de su ejecución. (Sentencia de 6 de diciembre de 1979; no ha lugar.)

4. *Contrato. Requisitos esenciales. Cuestión de hecho.*—Las cuestiones sobre concurrencia de los requisitos del contrato exigidos por el artículo 1.261 C. c. son de hecho, cuya determinación es de la exclusiva competencia de los Tribunales de Instancia.

*Compraventa verbal de inmuebles. Intervención de agente de la propiedad inmobiliaria. Prueba de la perfección del contrato.*—La prueba de la perfección del contrato de compraventa de inmueble se realiza mediante presunciones, cuyos hechos básicos están debidamente acreditados, y que consisten: en el encargo de la venta hecha por la propietaria al agente mediador, en la entrega de las llaves del piso por aquélla a éste para poder enseñarlo, en la conformidad de la propietaria con el precio señalado y con la venta que se efectuase por dicho precio, y en la circunstancia de que el comprador tuviese en su poder las llaves del piso por habérselas entregado el agente y haber realizado obras de adaptación en el mismo.

*Prueba de presunciones. Doctrina general. Aplicación a la venta verbal de piso.*—La prueba de presunciones es una más de las enumeradas en el artículo 1.215 C. c., a la que ha de acudirse cuando la prueba directa de un hecho no sea posible, estableciendo la doctrina jurisprudencial la improcedencia de acudir a ella cuando el hecho dudoso pueda acreditarse con eficacia por otros medios de prueba; lo que no supone prohibición de su utilización en el caso litigioso, pues ha de tenerse en cuenta que lo que en él se discute no es la consumación de un contrato de compraventa, que normalmente ha de constar por escrito, sino la perfección del mismo convenida verbalmente entre el comprador y el agente mediador en nombre de la vendedora, por haber habido conformidad sobre la vivienda objeto de la venta y el precio de la misma, no existiendo documento alguno en que tal acuerdo quedase plasmado, pero sí unos hechos básicos de la presunción deducida y a la que forzoso resulta acudir.

*Mandato de venta al agente mediador.*—La sentencia recurrida declara probado el mandato de venta desde el momento en que la vendedora proporcionó las llaves al agente mediador para enseñar el piso, siendo hecho verbalmente el encargo de la venta, sin que a ello obste que el artículo 30 del Decreto de 4 diciembre 1969 exija una nota escrita, pues ello es sólo a efectos de las relaciones entre vendedor y agente mediador, ya que el mandato expreso puede ser verbal.

*Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.*—Siendo objeto del pleito la perfección de un contrato de compraventa realizada mediante agente de la Propiedad Inmobiliaria, la resolución que con respecto a ella se adopte sólo tendrá efectividad en relación a los litigantes, sin que intervenga para

nada el agente mediador, respecto del cual no se produce ningún litisconsorcio pasivo necesario. (Sentencia de 19 de junio de 1979; no ha lugar.)

Sentencia de la que ha sido ponente José Antonio Seijas Martínez y que destaca por la minuciosa valoración de los hechos básicos, que era obligada por tratarse de un contrato verbal cuya perfección se da por probada mediante presunciones.

5. *Donación «inter vivos». Distinción con la «mortis causa».*—Es esencial en la donación «mortis causa», como liberalidad que se hace por temor o en previsión de la muerte («contemplatio mortis»), la característica de que el donante conserva el dominio de la cosa legada y no transmite de presente su titularidad, lo que la convierte en revocable por lo mismo que no produce efecto, sino «post mortem», de manera que la donación «inter vivos» no dejará de serlo cuando la circunstancia de la muerte opera en el donante como motivo puramente subjetivo, pero sin incorporarse a la donación como causa, lo que no acontece en el caso litigioso en que es transmitida a las donatarias la nuda propiedad de las distintas plantas, atribuyéndoles un poder de disposición con determinadas restricciones.

*Reserva de usufructo y del derecho de sobreelevación. Actos propios e interpretación de la donación.*—La existencia del derecho a elevar otras plantas por la donante-usufructuaria (y, ulteriormente, por quien de ella trajo causa), es «situación aceptada por la recurrente a medio de toda una serie de actos propios vinculantes, tales como la no contribución a los gastos de saneamiento de la terraza, colocación de los depósitos de agua propios sobre lo últimamente edificado, conocimiento sin protesta de la solicitud de obras por parte de la donante, etc.»; debiendo añadirse que tal conclusión se acomodaría, de otra parte, en caso de duda y en defecto de otros medios de convicción para establecerla, a la regla interpretativa del artículo 1.289 del Código sustantivo sobre la menor transmisión de derechos e intereses en un acto gratuito como es la donación».

*Ley de propiedad horizontal. Alcance del artículo 11, apartado 1.º El vuelo como elemento común.*—Lo dispuesto en la Ley de 21 de julio de 1960 no eliminó ni coartó el principio de autonomía de la voluntad contractual en lo que no afecte a materias de derecho necesario; y si bien el artículo 11, apartado primero, menciona como alteración esencial afectante a la entidad física del inmueble la construcción de nuevas plantas, el principio general del «ius prohibendi» y consiguiente necesidad de anuencia de los restantes dueños no es operante cuando la propietaria de la casa y donante de los distintos pisos se reservó el derecho a darle mayor altura; por lo que es claro que sólo después de la obra innovadora puede hablarse de la calificación del vuelo como elemento común a tenor de lo dispuesto en el artículo 396 del C. c., y sin perjuicio de lo que pueda pretenderse sobre la variación de las cuotas, si a ello hubiere lugar. (Sentencia de 7 de noviembre de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—La madre de las partes, titular registral de la finca que en la demanda se describe, segregó de ella por escritura pública el semisótano, la planta baja con el jardín y la cochera, cuya nuda propiedad donó a la demandante y ésta aceptó con las siguientes estipulaciones: A) Que la

donante entregaba a la donataria la cuasi posesión, facultándola para que al fallecimiento de la usufructuaria se la tomara real y efectiva. B) Que la donataria no podía gravar, vender, hipotecar ni enajenar lo donado sin el consentimiento de su madre y donante, mientras ésta viviera, y C) Que la comunidad horizontal originada se regiría por el artículo 396 del C. c. y por la Ley de 21 de julio de 1960. Ulteriormente dona a otra hija y en términos similares la nuda propiedad de la planta segunda de la finca originaria, así como el derecho a sobreedificar con las limitaciones que se precisan; y, por último, dona a su tercera hija —después demandada y más tarde recurrida juntamente con la anterior— «el íntegro piso primero».

La demanda se interpone por considerar que las obras y modificaciones hechas por una de las demandadas constituye modificación de los derechos contenidos en las respectivas escrituras de donación, y atentan a la estructura del edificio; pero sobre todo —a juzgar por el protagonismo que tuvo en el pleito y en la Sentencia anotada, lo que justifica que también a esta cuestión se ciña la nota—, por entender que la sobreedificación realizada por la otra se apoya en una estipulación nula, al no haber podido transmitir la donante a la donataria demandada una facultad (la de sobre-elevación) que a ella misma no le correspondía.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, como desestimado fue igualmente el recurso de apelación interpuesto.

Evoca, en primer lugar, la sentencia anotada, la diversidad doctrinal en torno a la subsistencia de la categoría misma de la donación «mortis causa»; y si es cierto que el hecho de que la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, que entendió del recurso en apelación, calificara la sometida a examen de donación «mortis causa», es un dato a añadir a la corriente todavía minoritaria que mantiene su subsistencia, no lo es menos el que el Tribunal Supremo prescinda «de la calificación efectuada» por el Tribunal «a quo» y se refiera, como característica de las «mortis causa», a la conservación del dominio «de la *cosa legada*», constituye un implícito apoyo a la tesis, mayoritaria en doctrina, que asevera la supresión de la donación «mortis causa» como categoría, y su refundición en la del legado (Cfr. el estado de la cuestión en VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, págs. 99 ss.; y CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. IV, 10.ª ed., Madrid, 1977, págs. 217 ss.; que, por lo demás, pueden personificar, respectivamente, cada una de las posturas aludidas).

Ello aparte, no cabe duda de que, de haberse mantenido la calificación de disposición «mortis causa» respecto a la primera donación, la fundamentación del derecho de sobreedificación, reconocido a la segunda donataria, hubiera encontrado un llano apoyo en la consiguiente revocabilidad, total o parcial, de aquélla. Sin embargo, con buen criterio, a mi entender, en vez de ceder a esta tentación, el Tribunal Supremo decidió instrumentar para aquella fundamentación (que, según los términos del propio Tribunal, venía exigida para hacer efectivo el presunto deseo de la donante «de buscar la posible equivalencia en lo recibido por cada una de sus hijas») otros argumentos que acaso resulten no del todo sólidos. Conviene, pues, que nos refiramos a los presupuestos de aquella tentación y a la solidez de estos argumentos, sin que ello signifique poner en cuestión el evidente fondo de justicia que el fallo de la Sentencia anotada —como los de las instancias que le precedieron—, prestó a la solución del litigio resuelto.

A) En efecto, el tenor literal de las estipulaciones contenidas en la escritura de la primera donación no avala, «prima facie» y de forma indubitable, la conceptualización de ésta como disposición «inter vivos». Diríase incluso que la dificulta. Y no constituye el mayor escollo la aclaración —innecesaria— de la primera estipulación en el sentido de facultar a la nuda propietaria para que, a la muerte de la usufructuaria, tome la posesión real y efectiva de lo donado, dado que si estos términos rememoran excesivamente la vía intermedia de la donación «inter vivos» con entrega

«post mortem» (Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Las ventas con reserva de usufructo a favor del vendedor y, para después del fallecimiento de éste, a favor de un tercero y las de bienes gananciales con reserva de igual derecho a favor de los esposos vendedores*, RDP 1946, págs. 944 ss.), no cabe olvidar tampoco que lo que inmediatamente se transfiere a la donataria es la nuda propiedad, es decir —una vez superada la teoría de la «pars dominii», al menos para el Derecho común—, el dominio íntegro, aunque gravado por el usufructo (tal resulta de la Sentencia 3-XII-46, cuya doctrina en este punto se proyecta a las de 26-V-51 y 7-VI-60); dominio que, debido a su elasticidad y como también recuerda la última sentencia citada, se reintegrará o se consolidará tan pronto como el usufructo se extinga, y no porque el usufructuario que deja de serlo, entregue o transmita al ya propietario pleno las facultades que se había reservado, sino porque tal es su destino objetivo. (En este sentido, vid. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, III-2.º, Barcelona, 1975, pág. 55, núm. 84 bis).

No es, pues, obstáculo a la calificación de la donación como «inter vivos» el que sólo se transmita la nuda propiedad. Lo que ocurre es que la segunda de las estipulaciones viene a alimentar la duda de que siquiera la nuda propiedad se haya donado con efectos inmediatos, pues ¿qué contenido actual tiene una nuda propiedad cuando se la priva de su derecho a la transmisión y gravamen, y a la que, además y ulteriormente, la usufructuaria-copropietaria distrae su participación en la facultad de sobreedificar, sin que ello resulte de una reserva expresa y tenga en su contra la implícita conversión del vuelo en elemento común que naturalmente deriva de la sumisión expresa a la Ley de Propiedad Horizontal? Ciertamente que el «ius disponendi» en sí tiene como titular a la nuda propietaria, pero en la misma medida lo es que la efectividad de su ejercicio y hasta la muerte de la usufructuaria se deja supeditada, por virtud de la referida estipulación, a la obtención de su consentimiento. El hecho, pues, de que la libre negativa a prestar este consentimiento pueda realmente hacer ilusorio el derecho más característico de la nuda propiedad, unido a que el usufructo litigioso no es de aquellos, especiales por su objeto, que permite al nudo propietario cualesquiera otros aprovechamientos inmediatos (Cfr. COSSIO Y CORRAL, A. DE: *La nuda propiedad*, ADC 1956, págs. 759 ss.; y MORENO QUESADA, B.: *El usufructo de la nuda propiedad*, ADC 1959, págs. 542 y 554), parece disculpar en alguna medida la calificación, que la Audiencia Territorial hizo, de donación «mortis causa».

B) Por todo ello, la respuesta a aquella interrogante —obviando la fuerte tentación que suponía calificar la primera donación de «mortis causa» y apoyar en su consiguiente «revocabilidad la transmisión a la segunda donataria del derecho de sobreedificación, que la donante común no se reservó de forma expresa— no podía encontrar otras vías que las que instrumenta la sentencia anotada.

Resultaba preciso, como punto de partida, «reservar» a favor de la donante —y para que después pudiera serlo de él— el derecho privativo de sobreedificación (razones obvias, de brevedad, impiden entrar aquí a justificar la conveniencia de esta terminología, o a perfilar el contenido de tal derecho, lo que, acertadamente en mi opinión, ya hiciera GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J.: *Derechos de sobreedificación y subedificación*, en «Conferencias sobre Derecho Foral», San Sebastián, 1978, págs. 140 ss.). Esta función vino a cumplir, en la Sentencia anotada, la alegación de que «el Tribunal "a quo", con independencia de la calificación efectuada, afirma que la donante se reservó... el derecho a elevar otras plantas», así como la de que la misma recurrente y donataria había aceptado tal reserva «a medio de toda una serie de actos propios vinculantes».

Esto sentado, fácil es deducir la improcedencia de los otros motivos del recurso y la solidez de los argumentos restantes de la Sentencia que venimos anotando. Pues, de otra forma y en cuanto a estos últimos, la invocación del artículo 1.289 del C. c. no tenía por qué resultar definitiva, en tanto en cuanto se pensara que no era «absolutamente imposible resolver las dudas

por las reglas establecidas en los artículos anteriores» (recuérdese que una de las cláusulas era la sumisión expresa a la Ley de Propiedad Horizontal, y, para ella, el vuelo es elemento común); y, en fin, el argumento que gira en torno al alcance del artículo 11. LPH, de no haberse sentado aquellas premisas, tampoco pasaría de ser—en lo que no resultara superfluo—una petición de principio: Que esa Ley no suprimió la autonomía de la voluntad en materias que no sean de derecho necesario, resulta obvio; pero, que la donante, además de poder hacerlo, efectivamente se reservara el derecho de sobreedificación, era precisamente lo que exigía fundamentación adecuada.

J. G. R.

6. *Opción de compra. Precio cuando, se refiere a una Vivienda de Protección Oficial.*—El precio en la enajenación de Viviendas de Protección Oficial se encuentra fijado imperativamente en la Cédula de calificación definitiva de la misma, mientras su cuantía no venga modificada por disposiciones posteriores que permitan su alteración, siendo ilícita la exigencia, por cualquier concepto, de cantidad superior, régimen que ha sido respetado, por el beneficiario de la opción, en el presente caso.

*Opción de compra. Ejercicio del derecho.*—La interposición del acto de conciliación, al constituir expresión fehaciente de la voluntad del optante de aceptar y llevar a efecto lo convenido en el contrato de opción de compra, implica el ejercicio del derecho conferido al optante, siempre que la «papeleta» aparezca presentada en tiempo hábil, aunque la comparecencia tenga lugar fuera ya del plazo de duración (segunda sentencia). (Sentencia de 2 de noviembre de 1979; ha lugar.)

7. *Compraventa. Es problema de interpretación de la intención real de los contratantes su diferencia con la promesa.*—La determinación de si un pacto reviste naturaleza preliminar o constituye un negocio definitivo, entraña un problema de hermenéutica contractual, que si bien en su solución exige partir del gramatical significado de los términos utilizados, no se detiene en su mera literalidad, sino que habrá que buscar la intención real de los otorgantes cuando las palabras empleadas no se muestren claras y concluyentes; y si bien en alguno de sus pasajes el documento básico del pleito contiene locuciones propias de la promesa bilateral de compra y venta recíprocamente aceptada, en varias de sus cláusulas hace referencia a «comprador» y «vendedor», denominaciones que categóricamente aparecen reproducidas en la antefirma, sin duda porque son las que propiamente convienen al contenido del contrato, atendidas la verdadera voluntad de los intervinientes, las prestaciones pactadas y el desarrollo negocial.

*Naturaleza de la promesa bilateral de compraventa. Incompatibilidad con la venta perfecta.*—Siendo objeto del contrato de promesa el *contrahere futuro*, obligándose los promitentes a prestar un consentimiento ulterior que se plasmará en el contrato definitivo, obviamente donde existe venta no puede haber promesa, por más que al contrato se le denomine así, según es frecuente en el tráfico cuando el pago se aplaza, o la entrega de la cosa se difiere, calificación que en manera alguna predetermina la verdadera naturaleza del negocio, y mal puede atribuirse carácter precontractual o preparatorio a un pacto, como el debatido, mediante el cual los contratantes han decidido la inmediata creación del vínculo propio de la compraventa.

con pago de parte del precio y fecha señalada para la entrega de la nave industrial, de la que se posesionó el comprador por propia autoridad, sin ningún otro pacto complementario.

*Resolución por incumplimiento.*—Aunque se pretende la inoperancia del artículo 1.504 C. c. por tratarse de una modalidad de convenio precontractual, es lo cierto que la Sala ha hecho correcta aplicación de dicho precepto, que recoge el pacto de la *lex commissoria* y consiguiente derecho potestativo del vendedor para resolver el contrato, vedando el posible ejercicio de la facultad de fijar nuevo plazo para el cumplimiento conforme a la norma general del artículo 1.124 C. c., debiendo reprocharse al comprador una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.

*Ineficacia del ofrecimiento de pago extemporáneo.*—El ofrecimiento de pago hecho por el comprador mediante acta notarial, además de ser parcial, ha tenido lugar extemporáneamente, después de la conminación resolutoria del vendedor por medio fehaciente, en razón a la prolongada inobservancia de las obligaciones del comprador en orden al pago del precio, siendo también desatendido un requerimiento por acto conciliatorio y una invitación al cumplimiento a través del Notario.

*Cláusula penal. Pérdida de cantidad satisfecha a cuenta.*—Aun cuando la sentencia de primer grado haya calificado erróneamente como señal o arras, una entrega que la Sala de apelación reputa con acierto, de cantidad satisfecha a cuenta y contenido económico de una cláusula penal, se trata en realidad de un pacto convenido por los contratantes en lícito ejercicio de la autonomía de la voluntad, y aplicando la función liquidatoria que usualmente viene atribuida a la *stipulatio poenae* en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.152 y 1.153 C. c. (Sentencia de 19 de junio de 1979; no ha lugar.)

Aunque tiene un valor marginal en el caso, hay que resaltar la insistencia del T. S. en definir la promesa bilateral de compraventa como contrato que obliga a contratar en el futuro, según una dirección jurisprudencial que puede considerarse probablemente mayoritaria.

8. *Contrato de compraventa. Pacto comisorio. Impago de letras intermedias. Alcance de la cláusula penal en estos casos. El principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos.*—El llamado pacto comisorio, que sanciona con la resolución contractual y pérdida de lo entregado por el comprador, ante el impago por éste del precio o de cualquiera de los plazos estipulados, con el retorno de la cosa vendida al primero, constituye una auténtica garantía en beneficio del vendedor cuya rigurosidad atenúa en cierto modo nuestro C. c. al establecer en su artículo 1.504, y en interés del comprador, que para que su automático efecto se produzca deberá el vendedor requerir judicial o notarialmente al comprador en el sentido resolutorio, a partir de lo cual será inválido cualquier pago y sin que el Juez pueda conceder nuevo término, indicándose con ello que interín no se produzca tal requerimiento puede el pago enervar la resolución y salvarse el programa contractual. Si los problemas que puedan plantearse se simplifican en el caso de precio fijado en una sola vez o en un solo plazo, sin

más división temporal, no ocurre lo propio en la hipótesis contraria, pues ni las partes ni la ley han previsto el supuesto en el que el comprador, que normalmente abona las cantidades, divididas del precio en letras mensuales, deja de pagar algunas de ellas para después reanudar el cumplimiento pactado y previsto, sin que por su parte el vendedor manifieste voluntad alguna en cualquier sentido, antes bien, persistiendo en el cobro de los siguientes plazos o letras hasta el final señalado en el contrato y sólo después (pasado más de un año de haber percibido el último plazo) dirige la conminación judicial al otro contratante, manifestando su voluntad de resolver el contrato por impago. Es doctrina conocida, fijada por la jurisprudencia últimamente en sentencia de 19 de junio de 1979, que la especialidad del artículo 1.504 del C. c. no basta para suprimir la doctrina general recaída en torno del artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal, relativa a la necesidad de exigirse, para acordar la resolución contractual, la concurrencia de voluntad obstativa al cumplimiento, que exista propio incumplimiento y que éste sea imputable al deudor, requisitos y notas comunes a ambos supuestos legales, doctrina que hay que declarar desconocida (por la Sala de instancia) al no aplicar debidamente el artículo 1.504 e inaplicar el párrafo pertinente del artículo 1.124, ya que no puede calificarse de voluntad rebelde y obstativa al cumplimiento la del comprador que sigue abonando los plazos contractuales aún con la omisión de alguno de ellos, conducta que podrá calificarse de inadecuada o defectuosa, pero no de incumplidora, pues ciertamente estuvo atendida, atemperada o, incluso, tolerada por la vendedora, quien de ese modo operaba una especie de ratificación contractual, una opción clara respecto al mantenimiento del contrato, una voluntad de persistir en su cumplimiento, acorde con el primer inciso del párrafo 2.º del artículo 1.124 del C. c., que permite «al perjudicado escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución» de lo convenido, y que en todo caso eliminaba la posibilidad de conceptuar como incumplidora a la otra parte, quien siguió cumpliendo en la medida exigida o tolerada.

La conclusión anterior de que la vendedora optó ya por el cumplimiento, o, al menos, por condonar el defectuoso, y que, al tiempo, no existió voluntad contraria al cumplimiento por parte del comprador, fluye también, aparte de la correcta aplicación de los preceptos citados, del artículo 7 del C. c., que por primera vez en nuestro Derecho establece como norma el principio de la buena fe (en sentido objetivo, ya recogido en materia contractual en el artículo 1.258 del C. c., normas que obligan al sujeto de derecho en general y al contratante, el particular, al cumplimiento de las reglas de conductas ínsitas en la ética social vigente y que normalmente viene significadas por los valores de la honradez, corrección, lealtad, fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida. En ese sentido no puede afirmarse que la conducta de la vendedora se ajustase a esos postulados, sino que fueron desconocidos al intentar ejercer anormalmente o con voluntad de lucro excesivo en perjuicio ajeno un derecho de resolución contractual, dirigido a la obtención de un beneficio injusto, pues por tal ha de calificarse su aplicación estricta y a la letra de una cláusula penal que le permitía quedarse con la cosa vendida y con los cuatro quintos de su precio ya percibido, con la alegación extemporánea de un parcial incumplimiento

del comprador, antes tolerado y no denunciado, volviéndose así contra una propia conducta creadora de una ajena confianza que ahora no puede ser defraudada. (Sentencia de 26 de enero de 1980; ha lugar.)

9. *Compraventa de inmuebles. Pacto comisorio. Conducta culposa del contratante incumplidor.*—Si bien la jurisprudencia ha precisado que el ejercicio del pacto comisorio por parte del vendedor se halla subordinado al requisito de la existencia de una conducta culposa, por negligencia de cualquier grado, y consiguiente responsabilidad del contratante a quien se imputa la infracción de lo pactado, la reprochabilidad al deudor y el propio incumplimiento habrán de tenerse por acreditados en razón del hecho mismo, de haberse desatendido la obligación de satisfacer el precio en el tiempo fijado en el contrato, en tanto no pruebe el incumplidor su fundado propósito de hacerlo efectivo, lo que autoriza manifiestamente la procedencia del derecho potestativo actuado por el vendedor para resolver el contrato, como garantía convenida de tal aplazamiento.

*La suspensión de pagos de un codeudor solidario no paraliza la acción resolutoria.*—La circunstancia de que el demandado recurrente esté declarado en suspensión de pagos, con la preceptiva paralización de las acciones individuales a promover por los acreedores que no lo sean de dominio o privilegiados *ex iure crediti* (arts. 9.º, párrafos 4.º y 5.º, y 22 de la Ley especial), no constituye obstáculo a la pretensión resolutoria de un contrato sinalagmático en el que el suspenso es un coobligado solidario, originándose los efectos expansivos característicos (S. 8 marzo 1965) y la posibilidad de que el acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de los deudores o contra todos ellos simultáneamente, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1.137 y 1.144 C. c., ya que, por otra parte, no se trata de hacer detracción de un bien determinado de la masa patrimonial del suspenso, sino de dilucidar la pertinencia de la resolución del contrato operada con anterioridad al litigio por declaración recepticia de la vendedora. (Sentencia 5 de noviembre de 1979: no ha lugar.)

Supuesto de hecho singular: Se trata de dos compradores proindiviso de una finca, uno de los cuales solicita la declaración de suspensión de pagos con anterioridad al requerimiento de la vendedora por falta de pago del precio, con arreglo al artículo 1.504. En el juicio se declara la rebeldía del otro comprador solidario.

G. G. C.

10. *Compraventa de «lonja». Interpretación por actos posteriores. «Lonja comercial» y no garaje.*—La sentencia recurrida llega acertadamente a la conclusión de que lo vendido fueron lonjas comerciales, y no garajes, por la apreciación conjunta de las pruebas e, incluso, por la actitud del constructor y vendedor que, casi un año con posterioridad al contrato, instó ante el Ayuntamiento el cambio de destino de la misma, pues el permiso de construcción estaba concedido sólo para garaje, no pudiendo desconocerse el significado positivo de estos actos posteriores de los contratantes como reveladores de cuál era su voluntad en orden al destino de los locales, conforme al artículo 1.282 C. c.

*Resolución por incumplimiento.*—Al aparecer totalmente injustificado en la fecha del requerimiento el incumplimiento del vendedor, pues con anterioridad habían quedado removidos todos los obstáculos para que los locales transmitidos fueran destinados en su integridad a fines comerciales, no puede entenderse que el comprador estuviera autorizado a obtener el aplazamiento de un año en el pago del resto del precio adeudado.

*Naturaleza del requerimiento del artículo 1.504 C. c.*—Como dice la S. de 30 octubre 1977, reiterada jurisprudencia ha proclamado que el requerimiento a que hace referencia el artículo 1.504 C. c., no es un requerimiento para que el deudor pueda pagar en un nuevo plazo que haya que concederle, sino que como dijo la S. de 2 julio 1917, es una intimación concreta para que se allane el comprador a resolver la obligación, y a no poner obstáculo a ese modo de extinguirla.

*Cláusula penal. Inaplicabilidad a la resolución judicialmente decretada.*—Las cláusulas penales han de interpretarse restrictivamente, y por ello resulta violento entender comprendida dentro de una penalización pactada como consecuencia de un arrepentimiento voluntario, el caso de resolución, con oposición del comprador, judicialmente decretada. (Sentencia de 11 de mayo de 1979; ha lugar.)

Se reitera la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de este requerimiento. Para la jurisprudencia anterior ver MULLERAT BALMAÑA, *El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles*, A.D.C. 1971, págs. 481 ss.

G. G. C.

11. *Venta simultánea de usufructo y nuda propiedad. Impuesto devengado por la consolidación del dominio. Pacto sobre el pago de impuestos.*—Pactado expresamente en el contrato de compraventa que todos los impuestos que gravaran la transmisión, habían de ser de cuenta del comprador, quedan incluidos los que lleva aparejada la extinción de usufructo vitalicio que afectaba a la finca vendida, sin que el comprador pueda repercutirlos al vendedor.

*Derecho a repercutir el impuesto. Naturaleza de los pactos que lo regulan.*—Cuando, al amparo de la libertad de contratación, se incluye en el contrato una cláusula sobre el pago de los impuestos devengados, las cuestiones planteadas sobre su alcance constituyen un tema puramente civil.

*Alegación de leyes fiscales. Improcedente en casación.*—La invocación de que han sido indebidamente aplicados preceptos de una ley puramente fiscal, como la que regula la aplicación de impuestos de derechos reales, es un tema que podría discutirse ante otro tribunal, pero no ante éste, consagrado a controversias entre partes, sobre cuestiones de derecho privado. (Sentencia de 10 de octubre de 1979; no ha lugar.)

NOTA: La adquisición, por una sola persona, de los derechos de usufructo y nuda propiedad sobre una finca, causa la extinción de tal usufructo, por consolidación del dominio (art. 513, núm. 3, del Código Civil). Esta operación se encuentra sujeta, con independencia del régimen tributario aplicable a la transmisión de ambos derechos, al Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

El artículo 76 del Texto Refundido, de 6 de abril de 1967 (no afectado en su vigencia por la Ley 32/1980, de 21 de junio, véase su disposición final 3.ª) regula la práctica de la oportuna liquidación, de la que interesan, en el presente caso tres notas:

1.ª Al extinguirse el usufructo el primer nudo propietario viene obligado a pagar por el concepto de «extinción de usufructo» (p. 2, pár. 2.º).

2.º Esta obligación es transmisible a los adquirentes de la nuda propiedad, que tendrán que pagar, en el momento de la extinción del usufructo, lo que hubiera tenido que satisfacer el primer nudo propietario (p. 2, párrafo 6.º).

3.º Cuando usufructuario y nudo propietario transmiten sus derechos a un tercero, se exigirá a éste la liquidación procedente por la consolidación del dominio, sin perjuicio de su derecho a repetir contra quien proceda (p. 3, pár. 2.º). (En general, puede examinarse el trabajo de M. Martín Timón, «Los derechos de usufructo, uso y habitación en los Impuestos Generales sobre las Sucesiones, y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», en Impuestos sobre Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Madrid, 1977, vol. I, páginas 507 y sig.).

La situación tributaria del tercer adquirente ha sido calificada como «sustitución», por estimarse que concurren las notas indicadas por el artículo 32 de la Ley General Tributaria, aunque no se produzca el supuesto más ordinario de retención (la tesis ha sido muy razonada por el Tribunal Económico-Administrativo Central, en resolución de 29 de septiembre de 1977, comentada favorablemente por T. Mir de la Fuente y M. Conde Conde y A. Martínez Lafuente, en Crónica Tributaria, núm. 25, págs. 179 y 285).

En la sentencia anotada se parte, sin embargo, de un criterio diverso, por considerar producido un supuesto de repercusión tributaria; figura semejante, pero esencialmente diversa de la sustitución (sobre este tema he insistido en mi trabajo «Repercusión tributaria y función arbitral de la Administración», en publicación, en Hacienda Pública Española, núm. 63), aunque la confusión se produzca incluso a nivel normativo (especialmente en el ámbito del Impuesto Municipal de Plusvalía, como se desarrolla en el trabajo antes citado). Configurada la situación planteada como sustitución tributaria, las relaciones entre transmitente y adquirente no pierden su naturaleza jurídico-privada, siendo plenamente eficaces los pactos que otorguen en este ámbito. La Ley General Tributaria reconoce expresamente su eficacia en el artículo 36, aunque surjan posteriormente limitaciones para los casos especiales de retención, no extensibles a los restantes supuestos de sustitución (me refiero concretamente a los llamados «rendimientos libres de impuestos», véase C. Albiñana, «El sistema fiscal en España», Madrid, 1974, págs. 264 y 286, también los artículos 151 y 165, p. 3, del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de 2 de noviembre de 1979, 9 del Reglamento General de Recaudación, de 14 de noviembre de 1968 y regla 4 de la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 24 de julio de 1969).

La naturaleza privada de la relación jurídica que media, en el presente caso, entre sustituto y contribuyente, justifica la sumisión del conflicto surgido a la jurisdicción ordinaria, cuya intervención no debe limitarse porque sean de aplicación normas fiscales (este criterio no ha sido admitido por el Tribunal Supremo, ni siquiera en supuestos de repercusión tributaria; pueden verse las sentencias de 28 de septiembre de 1970, 28 de mayo de 1975 y 15 de mayo de 1978).

P. E. A.

12. *Arrendamiento, rústico protegido. Prórroga legal.*—El derecho a prorrogar el contrato por un período de seis años concedido al arrendatario en las situaciones cuya renta en dinero, en especie en ambas cosas a la vez, sea igual o superior a cinco mil pesetas anuales, habrá de ser puesto

en ejercicio en la forma y tiempo rigurosamente prevenidos, notificándolo al arrendador con un año de anticipación si se trata de fincas de aprovechamiento agrícola, pues de no hacerlo así se tendrá por terminado el contrato al expirar el plazo mínimo de seis años, o el superior pactado.

*El preaviso del arrendatario es elemento constitutivo del derecho de prórroga.*—Es tan rigurosa la obligación de preaviso que alcanza al colono, que basta su incumplimiento para que éste pierda toda facultad para continuar en la posesión de las parcelas arrendadas, y el arrendador quede en plena libertad para disponer de ellas —según reiterada jurisprudencia, de la que puede citarse entre la más reciente las SS. de 23 mayo 1973 y 2 de enero 1974—, lo que lleva a concluir que esa puesta en conocimiento del arrendador (*facere notum*) tiene toda la trascendencia de un elemento constitutivo de la actuación del derecho a la prórroga, y, en consecuencia, de ser omitida el arrendamiento finaliza en los términos expuestos, siendo indiferente que el arrendador expresara, o no, su voluntad contraria a la prórroga, pues esa manifestación es sólo precisa, unida al compromiso del cultivo directo, para enervar el derecho del arrendatario una vez ejercitado por éste.

*Desahucio por expiración de plazo.*—Si la arrendataria en ningún momento ha manifestado su voluntad de prorrogar el contrato, falta un presupuesto primordial para la formación del derecho a la prórroga, el cual no se genera por la sola virtud del interno querer del colono no seguido de la declaración recepticia preceptivamente requerida, quedando expedito el cauce para el ejercicio de la acción de desahucio por haber transcurrido el plazo mínimo de los seis años y no aparecer pactado otro superior.

*Tácita reconducción.*—Según reiterada jurisprudencia (SS. de 18 septiembre 1941, 23 junio 1942, 7 febrero 1944, 26 febrero y 20 marzo 1953, 16 abril 1956, 14 marzo 1957, 8 julio 1963 y 23 mayo 1973, entre otras), la tácita reconducción contemplada en el artículo 1.566 C. c. no es aplicable a los arrendamientos regidos por la legislación especial; en todo caso incurre el recurrente en el error de entender que la nueva locación tácitamente consentida tiene la misma duración que la primitiva, cuando claramente resulta por la remisión que dicho precepto hace al 1.577 que el tiempo hipotético estaría limitado a un año, dadas las características de las fincas arrendadas.

*Concentración parcelaria de una parte de las fincas arrendadas. Inexistencia de novación.*—La sentencia recurrida afirma categóricamente que existe identidad sustancial de las tierras arrendadas, aunque algunas parcelas han sufrido un cierto cambio material por haberse realizado la Concentración Parcelaria en la comarca, operándose la subrogación real de las tierras de reemplazo con subsistencia de idéntica relación arrendaticia sin cambio de sus elementos, por lo que mal puede pretenderse que se ha variado su objeto o sus condiciones esenciales, antes al contrario, permanece la superficie total, cuya ampliación rechaza la Sala de instancia, y la cuantía de la renta, aconteciendo simplemente una «mutación parcial», sustituyendo alguna parcela de aportación por la que pasó a ocupar su lugar en las operaciones concentradoras, hecho que no comporte base para presumir la exis-

tencia de un negocio novativo. (Sentencia de 26 de enero de 1980; no ha lugar).

Para denegar la existencia de una novación del contrato, con repercusión en la prórroga del mismo, parece que la sentencia extractada se apoya fundamentalmente en que la concentración parcelaria afectó a una *parte mínima* de las fincas arrendadas, permaneciendo la *identidad sustancial* del objeto del contrato. Pero si se consulta el artículo 230 del texto refundido de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 se obtiene la conclusión de que tampoco habría novación, aunque hubiesen sido afectadas la *mayoría* de las fincas arrendadas o incluso la totalidad, pues allí se dice que las «situaciones jurídicas que tengan por base las parcelas sujetas a concentración parcelaria pasarán a recaer *inalterad(a)s* sobre las fincas de reemplazo», lo que revela el propósito legislativo de no modificar en modo alguno el régimen legal anterior, pese al importante cambio producido en el sustrato material de aquéllas. Lo que sí se otorga al arrendatario por el artículo 231 es la facultad de rescindir anticipadamente el contrato sin indemnización, que aquí no se ejercitó.

G. G. C.

13. *Transmisión de propiedad de finca en garantía de préstamo. Interpretación de contrato.*—Aunque la interpretación de los contratos corresponde al Tribunal de instancia, tal interpretación ha de ser lógica y acorde con las normas exegéticas y con los términos contractuales e intención de los contratantes, de tal modo que esa labor interpretativa no contradiga la letra y espíritu de lo convenido; en el presente caso, del documento privado suscrito por las partes y cuya autenticidad está reconocida, se deduce que el actor se obliga a devolver al demandado la finca que en garantía del pago de la cantidad objeto del préstamo, una vez devuelto éste.

*Deber condicional de restitución. Acción de conservación. Artículo 1.121 C. c.*—El deber de restitución de la finca entregada en garantía viene a constituir una obligación condicional, exigible solamente cuando la condición se cumpla, es decir, cuando el recurrente satisfaga la suma que en préstamo recibió, lo cual no impide ejercitar las acciones procedentes para la conservación y declaración de su derecho en consonancia con el artículo 1.121 C. c., de donde deriva la necesidad de declararlo así en la sentencia, al haberlo solicitado el demandado por vía reconventional, evitando así una nueva contienda sobre el mismo punto litigioso, lo que viene abonado por obvias razones de economía procesal. (Sentencia de 28 de septiembre de 1979; no ha lugar.)

Aunque la sentencia no lo diga expresamente, y a lo largo del pleito no aparezca tal calificación, parece indudable que las partes realizaron un negocio fiduciario *cum creditore*, cuyo pleno cumplimiento viene solicitado por ambos contratantes, estando facilitado por la circunstancia de que la finca transmitida no salió del patrimonio del prestamista.

G. G. C.

14. *Fianza. Artículo 1.851. Doctrina general.*—Siguiendo con fidelidad literal el precedente del artículo 1.765 del Proyecto de García Goyena, el artículo 1.851 dispone que la prórroga concedida al deudor por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza, pues no se oculta que tal

extinción por vía, de consecuencia viene determinada por la mayor onerosidad surgida de la prolongación temporal, que afectaría a la obligación del fiador, y por el juego de los principios generales en orden a los límites subjetivos de la eficacia de lo pactado (*res inter alios acta*), sin trascendencia a quien no ha sido parte en el contrato (art. 1.257 C. c.), así como la improcedencia de quedar los efectos de la fianza al arbitrio del acreedor en menoscabo del fiador, contraviniendo el artículo 1.256 C. c.

*Requisitos de aplicación.*—El artículo 1.851 C. c. exige no sólo que exista una dilación de la deuda por convenio explícito, traducido en señalamiento de nuevo plazo con fecha determinada para el pago, lo que no es confundible con la mera tolerancia del acreedor que detiene el ejercicio de su derecho a la espera de que el deudor pueda ponerse al corriente en la liberación de sus obligaciones (S. de 24 junio 1940, corroborando criterio mantenido en SS. 29 marzo 1901 y 22 noviembre 1916), sino también la inexistencia de consentimiento por parte del fiador a la concesión de la prórroga, por lo que es palmario que tal presupuesto faltará cuando la autorizó de modo más o menos explícito pero cierto. (Sentencia de 7 de abril de 1975, en la misma línea ya sustentada por la de 2 julio 1917).

*El aval cambiario equivale a consentimiento de los fiadores.*—Los fiadores conocían y consentían el segundo contrato como se deduce del hecho de haber avalado el conjunto de las cambiales suscritas para garantizar el pago fraccionado de la deuda; conclusión válida, aunque no se ejercite la acción cambiaria, pues a los juzgadores no les está vedado basarse en el afianzamiento cambiario expreso para sostener que la firma trazada por los avalistas respondió a la más completa notificación del renovado contrato de préstamo causal.

*Prescripción quinquenal extintiva. No es aplicable a los pagos fraccionados de obligación principal única.*—Aun cuando el tema no deja de ser controvertible, parece más adecuado, en caso de duda, buscar la protección de la eficacia del negocio, entendiendo, para no tutelar el incumplimiento contractual, que el artículo 1.966-3.º C. c. no contempla las situaciones en que la prestación debida es unitaria, y, con tal carácter, prevista por los contratantes, a lo que no es óbice que para facilitar el cumplimiento del deudor aparezcan pactadas entregas periódicas, pero sin que estos pagos fraccionados alteren el derecho del acreedor a un total inicialmente determinado, tesis a la cual responde fundamentalmente la Sentencia de 16 mayo 1942.

*El acto conciliatorio no interrumpe la prescripción extintiva.*—La doctrina jurisprudencial, en Sentencias de 21 noviembre 1941, 21 diciembre 1974 y 16 enero 1975, entre otras, tiene resuelto que no interrumpe la prescripción, ni opera como reclamación extrajudicial, el acto conciliatorio celebrado sin avenencia, y no seguido de la presentación de la demanda, dentro de los dos meses siguientes, según lo exigido por los artículos 479 LEC y 1947 C. c.; orientación en la que debe insistirse a pesar de los argumentos discrepantes de un autorizado sector doctrinal que restringe la efectividad de esas normas a la esfera de la adquisición adquisitiva exclusivamente.

*Interrupción por reclamación extrajudicial.*—Cobra singular relieve el

valioso testimonio del agente, de la Propiedad Inmobiliaria que redactó ambos documentos y por estipulación de los contratantes tomó parte muy activa en la ejecución del negocio, en relación con las reiteradas reclamaciones extraprocesales de pago hechas a los deudores, cuya realidad no es negada por el demandado y recurrente, con lo que se estaría en presencia de sucesivas conminaciones solutorias por parte de la acreedora demandante, generadora del efecto interruptivo previsto en el artículo 1.973 C. c., que llevaría a excluir la inactividad del titular y el llamado «silencio de la relación jurídica», capital basamento de la prescripción extintiva. (Sentencia de 31 de enero de 1980; no ha lugar.)

*Hechos:* El actor el 4 octubre 1968 presta un millón de pesetas a la sociedad «Aparatos Hogar», con el aval solidario de dos socios de la entidad prestataria. Al vencimiento el acreedor otorga un aplazamiento y fraccionamiento de pago, para lo cual se emitieron letras con el aval solidario de los mismos fiadores, la mitad de las cuales fueron abonadas a su vencimiento, pero no las restantes, habiéndose, mientras tanto, declarado en suspensión de pagos la sociedad prestataria. La reclamación se presenta contra ambos avalistas, uno de los cuales no comparece en autos.

1. *La prórroga concedida por el acreedor al deudor como causa de extinción de la fianza.* Como dice GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil*, t. XXIII, Madrid, 1979, págs. 316 ss., nuestro artículo 1.851, idéntico a los precedentes del siglo XIX españoles y semejante al Fuero Real 3,18,10, se aparta del Código francés y sigue el criterio del Derecho romano. En el Derecho comparado hay variedad de soluciones: el artículo 2.039 *Code civil* prevé la prórroga de la obligación, disponiendo que no libere al fiador, si bien protege su interés facultándole para obligar al deudor principal al pago; similar solución se encuentra en los Códigos italiano de 1865 y portugués de 1867. En el parágrafo 777 del B. G. B. y en el artículo 1.957 Código civil italiano de 1942, no se contempla expresamente el supuesto de la prórroga, y dispensan una mayor protección a los intereses del fiador haciéndola depender de la conducta del acreedor. Ahora bien, observa el autor citado en cualquiera de las legislaciones mencionadas, una vez otorgada la prórroga por el acreedor al deudor sin el consentimiento del fiador, la garantía se extingue, pues la concesión de tal prórroga implica necesariamente una conducta contraria a la que los distintos preceptos citados exigen del acreedor para que aquélla se mantenga viva. Pese a las distintas opiniones expresadas en nuestra doctrina sobre dicho artículo 1.851, a Guilarte Zapatero le parece que la sanción del artículo imponiendo la eficacia extintiva de la prórroga es justa y coherente en cualquier caso (loc. cit., pág. 319). En la jurisprudencia, la Sentencia de 2 julio 1917 declara que el artículo 1.851 no es de aplicación cuando el fiador no sólo tiene conocimiento de ella, sino que la legitimó o, por lo menos, la consintió de modo más o menos expreso. En este sentido cabe hablar de continuidad en la doctrina jurisprudencial mantenida en la sentencia aquí extractada. Obsérvese, por último, que los difíciles problemas que suele plantear la confianza aquí no se suscitan por tratarse de fianza solidaria.

2. *Inaplicabilidad de la prescripción quinquenal a los pagos fraccionados de una prestación principal única.* Me adhiero a la doctrina de la sentencia extractada, pese a la amplia fórmula que utiliza el artículo 1.966-3.º, pues no parece conforme a la intención de las partes el que el mero fraccionamiento de pago de la obligación suponga una reducción considerable en el plazo de la prescripción extintiva.

3. *Interrupción de la prescripción extintiva por acto de conciliación.* La conocida doctrina jurisprudencial se expone a mayor abundamiento, si bien con propósito de ratificación. La opinión contraria se debe principalmente a ALBALADEJO, *La interrupción de la prescripción extintiva civil no*

*seguida de demanda*, R. G. L. J., noviembre 1967, doctrina que reitera y resume en *Derecho civil*, I, 2, 4.ª ed., pág. 471. Su argumentación se basa en que si la prescripción es interrumpida tanto por el ejercicio judicial de la acción, como por la reclamación extrajudicial del derecho, es absurdo no admitir que se interrumpa por la reclamación o el reconocimiento hechos en conciliación, aunque luego no se llegue a presentar la demanda. Le sigue LACRUZ, *Elementos*, I, Barcelona, 1974, pág. 302, sosteniendo que, puesto que cualquier manifestación de voluntad de reclamar el derecho es interruptiva, la demanda de conciliación, si no vale como reclamación judicial, puede valer como extrajudicial, reuniendo los requisitos correspondientes.

G. G. C.

15. *Cooperativas. Expulsión de socio. Transmisión «inter vivos» de la participación en el capital social.*—No constituye causa de expulsión de un socio cooperativista el haber adquirido la totalidad de la participación social correspondiente a otro, que se produjo con la plena autorización de la Junta Rectora y de todos los socios reunidos en asamblea, aunque tales acuerdos no llegaron a reflejarse en las actas sociales.

*Unión de dos pisos. No constituye causa de expulsión si fue autorizada.*—La unión de dos pisos pertenecientes al mismo cooperativista tampoco constituye causa de expulsión si fue autorizada, no sólo por la Junta Rectora, sino por la totalidad de los socios cooperativistas, consentimiento unánime que alcanzaba a cuantas obras quisieran realizar, en sus respectivos pisos, cada uno de aquéllos, aunque no tuvieran reflejo alguno en las actas sociales. (Sentencia de 19 de octubre de 1979; no ha lugar.)

16. *Contrato atípico. Interpretación.*—Si la interpretación de los contratos es materia privativa de los jueces de instancia, con más razón lo será en aquellos supuestos contractuales no perfectamente definidos por su inadaptación a ninguna de las figuras legales, es decir, en los llamados contratos atípicos, para cuya regulación se han de tener en cuenta las reglas que los contratantes previeron según sus circunstancias específicas y peculiares, no incursas en tipo legal alguno; y ello porque en esos supuestos corresponde al Juez una mayor y más propia facultad interpretativa, una labor de depuración de hechos y fijación normativa más personal e individualizada, bien que, por supuesto, objetiva e imparcial, y, consiguientemente, más difícil de ser sustituida por la de la parte —presunción de objetividad judicial— y sólo posible ante una interpretación de este orden ilógica, desorbitada o paladinamente errónea.

*Contrato de colaboración. Calificación.*—Habrà que estar a la calificación jurídica de la sentencia recurrida, en la que, después de sentar que el contenido contractual no se adecúa a ninguno de los contratos típicos a los que más podría parecerse, siendo definido en términos generales por las partes con referencia a la promoción de ventas, información, ofertas y negociaciones a cargo de la recurrida, mediante abono de comisión por la recurrente, se pronuncia luego por el título de «contrato de colaboración» (Sentencia de 30 de noviembre de 1979; no ha lugar.)

Se trataba del contrato celebrado entre dos empresas españolas para la promoción de venta de los productos de una de ellas, realizadas por la otra en Cuba. Se reclaman las comisiones devengadas, siendo estimatorias en ambas instancias las sentencias recaídas. La demandada pretende que el contrato es de comisión mercantil y niega que se hayan realizado ventas por 'la gestión de la parte actora. Como dice MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, pág. 693: «El contrato innominado es el indicio más significativo de que la vida jurídica no se fosiliza en formas inmutables, sino que, por el contrario, está en perenne movimiento y en constante evolución, aun bajo el aspecto técnico». La colaboración entre empresas a fines de exportación genera diversidad de contratos, de los que hay muchos ejemplos entre las empresas españolas que trabajan a su amparo en los países del Mercado Común, adelantándose así a nuestra previsible incorporación.

G. G. C.

17. *Indemnización de daños y perjuicios. Accidente. Existencia de un riesgo. Responsabilidad objetiva.*—El peligro subjetivo y potencial que la sola actividad de una máquina puede generar (en el presente caso, una carretilla que efectuaba la carga de grandes troncos de madera a un camión), debe ser contrarrestado con eficaces medidas de precaución, fundamentalmente evitando que se coloquen personas en su zona de giros y maniobras, por lo que si instantes antes del accidente desde la cabina habló el conductor con la víctima sobre la carga (de un tronco concreto), queda acreditado el conocimiento de su proximidad, y debió tener la seguridad de su apartamiento antes de mover la máquina. Ante estos hechos no hay necesidad de recurrir a la aplicación de la responsabilidad objetiva, realizada por el T. S., iniciada por la S. de 10 junio 1943, llegando a declarar a partir de la S. de 25 marzo 1954 que cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para precaver y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela la insuficiencia de los mismos y que faltaba algo que prevenir, no hallándose completa la diligencia y aplicándose a la responsabilidad extracontractual, regulada en los artículos 1.902 y siguientes, los principios que inspiran la teoría de la culpa contractual, prevista en el artículo 1.104 del propio C. c., en la que no sólo se exige la culpa previsible sino la que se deriva de la naturaleza de la obligagación y corresponda a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, debiéndose entender que la creación de un riesgo lleva consigo el acarreo de la responsabilidad de aquél. (Sentencia de 27 de diciembre de 1979; no ha lugar.)

18. *Indemnización de daños y perjuicios. Accidente de automóvil. Responsabilidad del asegurador y acción aquiliana del causante del daño. Prescripción.*—Aunque no pueda hablarse de solidaridad entre las responsabilidades exigibles al asegurador obligatorio y al autor material del daño por el resto indemnizatorio no cubierto por aquél, sí cabe admitir la ruptura del tracto temporal de la prescripción, operada por la originaria y persistente voluntad del acreedor de ejercitar su derecho mediante la acción que la ley especial le concede para la satisfacción urgente y perentoria del mismo, con la formación del título ejecutivo y subsiguiente juicio de este orden (como así hizo el recurrente hasta el trámite de apelación ante la Audiencia Territorial,

io cual manifiesta una voluntad decididamente conservativa de su derecho, traducida en actos procesales), y como el origen y fundamento de hecho —«causa petendi»— es exactamente el mismo (es decir, el accidente autovilístico del que dimanar los daños y perjuicios) que el que sirve para el ejercicio de la acción aquiliana «ex» artículo 1.902 del C. c., tendente al resarcimiento no cubierto por el seguro obligatorio, sin que haya transcurrido el año desde las últimas actuaciones procesales del juicio ejecutivo precedente hasta la demanda, inicio del ordinario, es claro que no puede hablarse de prescripción de la acción (como erróneamente declaró la Sala de instancia al interpretar el artículo 4 de la Ley especial, al dar un alcance excesivo al último inciso de dicha norma). A las precedentes consideraciones, referidas al fundamento subjetivo de la prescripción (no hay voluntad de abandono), podrían añadirse, «ex abundantia», las concernientes a la tesis objetiva de dicho instituto, como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, que está llena de sentido e interés social, y que obliga a tener en cuenta la finalidad de este último carácter que late en la legislación especial sobre accidentes automovilísticos y seguro obligatorio, y a examinar todos los aspectos implícitos en la noción de seguridad jurídica, de un lado y otro, es decir, acreedor y deudor, para sentar el preferente interés social subyacente en favor del perjudicado, a quien la Ley quiere proporcionar un efectivo y seguro resarcimiento y de lo que resulta la conclusión de que no deba perjudicar a éste una aplicación técnicamente desmedida del Derecho fundada en una interpretación rigurosa de la prescripción que, como instituto no fundado en la intrínseca justicia, debe merecer un tratamiento restrictivo. A estas apreciaciones no puede válidamente oponerse la tesis de que al no haberse ejercitado la acción aquiliana (pudiendo haberse hecho) antes del año transcurrido desde el sobreseimiento de las diligencias penales, aquélla se ha extinguido por prescripción, dada su naturaleza distinta y separada de la exigible por la vía del seguro obligatorio, pues si bien las citadas acciones no son exactamente parejas y ofrecen características en algún punto diferente (tal el «quantum» exigible por limitación legal), por otro lado tienen un origen común y de otro un camino o trayectoria procesal dual con posibilidades contradictorias e, incluso, en su caso, excluyentes, con lo que se quiere decir que no es en absoluto inadecuado el argumento del recurrente sobre la prejudicialidad de la nacida del contrato de seguro obligatorio, con la eventualidad de incidir, prejuzgándolo, en el resultado de la acción aquiliana, todo lo cual justifica, en consecuencia, la necesidad («ad cautelam») para el perjudicado de ejercitar antes la acción especial y agotar sus trámites hasta la resolución definitiva, a partir de la cual podrá actuarse la ordinaria en el plazo legal establecido en el artículo 1.968 del C. c. y limpia de todo posible obstáculo. (Sentencia de 17 de diciembre de 1979; ha lugar.)

19. *Responsabilidad civil por culpa extracontractual.* «Culpa in vigilando» o «in eligendo». No procede aplicar el artículo 1903 cuando una empresa contrata a otra empresa.—Por lo general no puede decirse que quien encarga cierta obra o trabajo a una empresa, autónoma en su organización y medios y con asunción de sus propios riesgos, deba responder «in vigilando»

o «in eligendo» de los daños causados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado la vigilancia o participación en los trabajos o parte de ellos.

*Descarga de mercancías. Responsabilidad de la Empresa por la negligencia de sus empleados.*—La empresa estibadora que contrata con la consignataria la descarga de dos carretillas mecánicas, es responsable con base en el artículo 1.903 C. c. de los daños causados en ellas por sus dependientes, siendo improcedente la cita del artículo 952 C. comercio al no invocarse el contrato de transporte marítimo sino la culpa extracontractual. (Sentencia de 18 de junio de 1979; no ha lugar.)

La propietaria de las mercancías dañadas en la descarga había demandado a la Empresa consignataria y a la que efectuó la descarga, y aunque en primera instancia se había condenado a ambas, en apelación se absuelve a la primera. Es interesante la doctrina del T. S. que fija la responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1.903, y confirma tal exclusión de responsabilidad.

20. *Seguro de daños. Reembolso de la aseguradora. Responsabilidad de la Empresa depositaria. «Causa petendi». «Iura novit curia».*—No es lícito al juzgador modificar la causa de pedir, ni puede pretenderse bajo el principio «iura novit curia» que el Tribunal pueda cambiar la acción ejercitada, y en el presente caso la causa de pedir radica en las obligaciones que incumbían a la sociedad recurrente «como depositaria» de la mercancía sin entrada y no a aquellas que podían derivarse de la atribución de responsabilidad por concurrencia de culpa de carácter extracontractual, sin que sea óbice para llegar a esta conclusión que, tras alegarse preferentemente en los fundamentos jurídicos de la demanda artículos del C. c. y del C. com. referente al contrato de depósitos, se consigne en el penúltimo de dichos fundamentos la cita de los artículos 1.902 y 1.903 del C. c. «relativos a la culpa o negligencia, en cuanto sean de aplicación», ya que tal condicionada cita no configura la causa de pedir ni la acción ejercitada, constituyendo únicamente un defecto de técnica jurídica. (Sentencia de 22 de marzo de 1980; no ha lugar.)

Con carácter general cabe decir que en nuestro ordenamiento los problemas derivados de la acumulación posible o potencial, respecto de un mismo hecho, de la responsabilidad *ex contractu* y aquiliana no aparece suficientemente deslindados, y ello pese a las importantes diferencias de régimen. En el presente caso el T. S. se ve obligado a una interpretación (¿correctora?) del suplico de la demanda para eludir la acusación de incongruencia.

G. G. C.

21. *Responsabilidad civil nacida de delito. Compatibilidad con las indemnizaciones laborales.*—Son perfectamente compatibles la indemnización obtenida en vía penal con la que tiene origen laboral en el supuesto de que de un mismo acaecimiento se desprendan dos obligaciones de resarcir de origen causal diverso, pues si una deriva de un contrato de seguro en que eran beneficiarios la víctima o sus herederos convenida como asegurada

por la empresa patronal mediante el pago de una prima u otra contraprestación, la segunda tiene su fuente en el proceso penal por un ilícito de este orden y se traduce en el pago definitivo de una cantidad dineraria, mientras que en aquélla la indemnización opera ordinariamente mediante la percepción de una renta por la persona damnificada; por donde se sigue que el trabajador o sus derechohabientes ostentan legitimación para exigir ambas responsabilidades, según se desprende del artículo 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo, del 189 de su Reglamento y del 97, par. 3.º, de la Ley de Seguridad Social, así como de la doctrina jurisprudencial establecida por SS. de 20 mayo 1966, 24 noviembre 1967, 21 marzo 1969, 23 enero 1970 y 22 febrero y 30 octubre 1977, entre otras.

*Subrogación del asegurador frente al tercero responsable. No es un principio general de nuestro ordenamiento.*—La subrogación del asegurador frente al tercero responsable de los daños y perjuicios ocasionados, lejos de constituir principio en nuestro ordenamiento fuera del ámbito del seguro contra daños en las cosas (ar.ºs. 413, 437 y 780 C. comercio), sólo se origina en los casos y en la forma particularmente prevista cuando se trata de seguros de riesgos sobre personas: la facultad que el artículo 53 de la Ley de Accidentes otorga a las Compañías aseguradoras para recuperar del responsable civil de un delito o por culpa extracontractual el importe de las indemnizaciones satisfechas a la víctima de un accidente de trabajo, o a sus herederos, no es tan absoluta que permita a dicha persona jurídica el ejercicio de una acción encaminada a la obtención de tal reintegro, máxime cuando el Tribunal de la jurisdicción represiva se pronunció ya en la causa criminal sobre la cuantía de la indemnización, porque tal interpretación sería contraria a la cosa juzgada y daría a la norma citada una amplitud de la que carece, pues se limita a conceder a los aseguradores un simple derecho de preferencia para reintegrarse de tales prestaciones, pero con cargo a la suma indemnizatoria señalada en el correspondiente procedimiento y con prioridad a la que hubieran debido percibir la propia víctima o sus causahabientes, por lo que resulta improcedente la reclamación en un proceso civil posterior y frente a quien ya ha hecho efectiva con pleno efecto liberatorio la cantidad fijada en la sentencia condenatoria o convenida en lícita transacción; debiendo añadirse que el último párrafo del artículo 97 de la Ley de Seguridad Social limita el *quantum* de la reclamación a efectuar, al coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen realizado, sin extenderla a ningún otro aspecto.

*No hay pago por un tercero.*—Según SS. de 8 abril 1948 y 9 mayo 1977, el artículo 1.158 C. c. no puede entenderse aplicable cuando un tercero—condición que ostenta la entidad aseguradora—realiza el pago, no por cuenta ajena, sino en nombre propio, en observancia de la fuerza vinculativa de un contrato de seguro, ya que al prestar la cobertura económica que constituye la función característica de esa modalidad negocial aleatoria, atiende a la liberación de una deuda propia.

*Improcedencia de aplicar la culpa extracontractual. Ausencia de causalidad eficiente.*—No hay ninguna relación de causalidad eficiente entre la conducta ilícita del sujeto activo y las prestaciones de la aseguradora que

constituyen cumplimiento de la obligación de cobertura impuesta por el contrato de seguro, y por lo tanto no son consecuencia, directa o indirecta, de la conducta del agente. (Sentencia de 29 diciembre 1979: No ha lugar.)

Sentencia importante doctrinalmente, no tanto por su novedad, cuando por haber ordenado y sistematizado la doctrina relativa a la subrogación del asegurador, dado que en el recurso se agotaron los argumentos para justificarla en favor de la Mutua Patronal que había hecho efectiva las indemnizaciones laborales.

G. G. C.

#### 4. Derechos reales

1. *Reclamación de cantidad por cargas y gastos fiscales. Cosa juzgada. Posesión instrumental y posesión real.*—No concurren las idéntidades de la cosa juzgada ya que en la primera sentencia se estimó la posesión instrumental al haberse plasmado la compraventa en escritura pública; mas dicha posesión puede no ir acompañada de la posesión real, que es ahora la invocada para la demanda de gastos causados, y por ello procede la estimación del motivo al haberse aprobado que los demandados no llegaron a poseer efectivamente las fincas comparadas distinción entre ambas posesiones que ya la proclamó la S. de 12 junio 1961.

*Gastos de percepción de rentas.*—Acreditado que las rentas fueron percibidas por un tercero, no procede condenar a los demandados a los gastos de producción de los frutos que no han percibido. (Sentencia de 3 de diciembre de 1979; ha lugar.)

En la primera sentencia se estimó la acción resolutoria de la venta por falta de pago, mientras que en el segundo pleito se reclaman gastos de contribución, Seguridad Social Agraria, etc. Los demandados alegan que las fincas vendidas no llegaron a estar poseídas en ningún momento por ellos, por lo cual no llegaron a percibir sus frutos ni rentas. El T. S. desestima la excepción de cosa juzgada y absuelve de la reclamación.

2. *Derecho de propiedad. Acción reivindicatoria. Ejercicio de la acción por uno de los condueños. Derecho de aprovechamiento del vuelo.*—Cuando existe una comunidad sobre el derecho de aprovechamiento del vuelo de una finca, es aplicable la doctrina legal sancionada, entre otras, por las SS. de 15 noviembre 1968, 26 mayo 1955 y 18 abril 1952, en el sentido de que cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada aprovechará a los demás comuneros, sin que le perjudique la adversa.

*Interpretación de los contratos. Facultades del Tribunal de Instancia.*—Es reiterada doctrina legal de que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación siempre que sea racional.

*Recurso de casación. Error de hecho en la apreciación de la prueba. Documentos auténticos.*—No son documentos auténticos a efectos de casación los que, como fundamentales del litigio, fueron objeto de análisis e interpretación por el Tribunal «a quo», según ha declarado con reiteración la doctrina legal sancionada por las SS. de 16 diciembre 1975, 28 enero 1977 y 31 mayo 1979, entre otras muy numerosas. (Sentencia de 5 de octubre de 1979; no ha lugar.)

3. *Derecho de propiedad. Deslinde de fincas. Naturaleza de la acción.*— Toda acción de deslinde parte del supuesto de una usurpación llevada a cabo por uno de los colindantes de la propiedad que el actor trata de deslindar y, por tanto, supone tanto una pretendida reivindicación del terreno usurpado como una declaración del contenido en cuanto a dimensión de un título de propiedad: cuando lo reivindicado es un cuerpo cierto y no hay discusión en cuanto a la extensión, la Sala de Instancia se verá en la necesidad de decidir a quién corresponde la propiedad de la parcela discutida, fundándose en pruebas que, al efecto, le presenten las partes en litigio, a efectos meramente declarativos o también reivindicatorios; pero cuando el pleito se plantea, por la no coincidencia de la cabida expresada en las respectivas escrituras de las propiedades de los litigantes, es improcedente el ejercicio de la acción reivindicatoria o de la meramente declarativa que no vaya precedida de la de deslinde. (Sentencia de 17 de noviembre de 1979; no ha lugar.)

4. *Delimitación entre servidumbre de paso y Derecho de paso de los comuneros de un terreno.*—Cuando un terreno se encuentra en estado de indivisión, el derecho a utilizarlo como paso por todos los condueños no puede ser incluido dentro del concepto técnico de servidumbre, pues todos sus titulares vendrían a ser, al propio tiempo, sujetos activos y pasivos del gravamen, con el inevitable obstáculo de la regla «nemini res sua servit», recogida en el artículo 1.530 del C. c., al exigir que recaiga en fundo ajeno, incompatible con el concepto de comunidad en que todos los titulares son propietarios del todo, con cuotas ideales que determinan la respectiva participación, lo que conduce a configurar aquella llamada servidumbre como un simple derecho de paso y no verdadero gravamen o carga que requiere el artículo 1.483 del Código para justificar el derecho a la indemnización pretendida. (Sentencia de 7 de enero de 1980; ha lugar.)

5. *Retracto de comuneros. Requisitos procesales de la acción. Consignación del precio.*—La consignación del precio a que se refiere el artículo 1.618, 2.º, LEC, deberá hacerse con arreglo a los artículos 1.176, 1.178 y ss. del C. c., sin que pueda estimarse que tal consignación se haya hecho por la presentación del cheque que figura al folio 27. (Sentencia de 7 de noviembre de 1979; no ha lugar.)

El reembolso del precio, establecido para el retracto legal por remisión del artículo 1.525 al 1.518 C. c., es una exigencia sustantiva derivada de su naturaleza de derecho real de adquisición, la cual se transforma en requi-

sito procesal como consecuencia del artículo 1.618, 2.º, LEC. Sin perjuicio de aludir *in genere* a la necesidad de revisar y actualizar la normativa de estos especiales derechos reales limitados, eliminando las incertidumbres sobre la vigencia en ciertos puntos de la LEC, aquí sólo procede destacar que la S. extractada es correcta, pues según el artículo 1.170, 2.º, C. c., la entrega de documentos mercantiles sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados. En el mismo sentido la S. de 24 mayo 1966 declaró que la entrega de una letra de cambio no equivale al reembolso mientras no se realiza.

G. G. C.

6. *Aplicación de los artículos 394 y 398 del Código Civil. Alcance.*—Dichos preceptos no se refieren a la concurrencia del dominio de una determinada comunidad con el aprovechamiento reconocido en favor de otro, no perteneciente a ella, sino exclusivamente a los supuestos de colisiones de uso entre los copartícipes en una comunidad y de administración y mejor disfrute de la cosa común por aquéllos.

*Heredamientos de aguas en Canarias. Personalidad jurídica.*—La sentencia recurrida admite la personalidad jurídica del «Heredamiento» demandante, previo reconocimiento de su existencia con anterioridad a la Ley de 27 de diciembre de 1956, la cual atribuye dicha personalidad no sólo a los «Heredamientos de agua» futuros, sino también a los que, de hecho, estuvieren constituidos, como dispone terminantemente su artículo 1.º y corrobora la Exposición de Motivos.

*Enriquecimiento injusto. Requisitos.*—Constituyen presupuestos precisos para la aplicación de este principio general de Derecho el haberse producido un perjuicio efectivo, por medios reprobados, tanto mediante un aumento de patrimonio, como evitando una disminución del mismo, que entraña una ventaja patrimonial a una persona, con un correlativo empobrecimiento de otra, sin causa justificativa; doctrina inaplicable cuando se usa de un derecho y más cuando éste viene judicialmente reconocido, debido a que no hace daño a otro quien usa de su derecho.

*Principio de legitimación registral. Dominio de aguas. Alcance.*—Este principio registral requiere que el derecho inscrito tenga el alcance legitimador que se pretenda, lo que significa, si se refiere al dominio de aguas, que es excluyente del dominio, pero sólo con el alcance cuantitativo que le corresponda; debiendo considerarse, además que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria contiene una mera presunción «*iuris tantum*», permisiva de prueba en contrario de la inscripción registral.

*Poseción en concepto de dueño. Concesión administrativa.*—La actividad posesoria, realizada por la entidad demandada, emana de concesión administrativa, que, si bien confiere derecho al aprovechamiento de las aguas, no produce posesión de las mismas a título de dueño, en contradicción a la que venía realizando el «Heredamiento» demandante, de modo compatible con aquél, al ser derechos posesorios enteramente diferenciados, como explícitamente lo refleja el artículo 106, p. 3 de la Ley de Minas. (Sentencia de 31 de enero de 1980; no ha lugar.)

NOTA: La presente sentencia resuelve la compatibilidad de dos aprovechamientos de aguas, adquiridos por títulos diversos. Por una parte el «Heredamiento» demandante, cuya existencia se acreditó por acta de notoriedad de 25 de febrero de 1972, que desde tiempo inmemorial destina las aguas a riego. Por otra, la Sociedad Limitada demandada, que adquirió la propiedad de los terrenos en que nace el manantial, así como las autorizaciones administrativa para su explotación industrial (Real Orden de 12 de enero de 1929). Dicho manantial consta en la inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad, como una cualidad de la misma.

Los «Heredamientos» o «Heredades» de aguas constituyen una figura jurídica particular del Derecho de Aguas canario. Existentes desde tiempos remotos, son, esencialmente, agrupaciones de propietarios de aguas privadas, regidas en la actualidad por la Ley de 27 de diciembre de 1956.

El propósito básico de esta Ley fue regularizar la «situación y organización de estos «Heredamientos»». Para ello parte del «reconocimiento» de su personalidad jurídica (art. 1); pero, mientras aquellos que se constituyan en lo sucesivo deben organizarse con arreglo a alguna de las formas legales existentes en nuestro Derecho (art. 2), los preexistentes basta que acrediten su existencia (véase el art. 3) para gozar de personalidad jurídica, como asociaciones de interés particular. El único medio de publicidad de estos entes asociativos es la inscripción de las aguas practicada a su favor en el Registro de la Propiedad, ya que se encuentran excluidos del Registro gubernativo de Asociaciones (art. 5). Su régimen jurídico ha sido estudiado en «Estudios de Derecho administrativo especial canario», sobre todo su volumen III, Santa Cruz de Tenerife, 1969.

El artículo 106, p. 3, de la Ley de Minas, de 21 de julio de 1973, citado por la sentencia, dispone: «En el caso de que el titular de una autorización o concesión de aprovechamiento de aguas minerales fuese distinto del propietario de las mismas, cuando éstas tenían la consideración de aguas sustantivas o comunes, será también objeto de indemnización el valor de las aguas comunes que dicho propietario viniera utilizando, a no ser que el titular de la autorización las sustituya por un caudal equivalente».

La referencia a este precepto no parece ser argumento favorable a la compatibilidad de los actos posesorios de las aguas realizados por las partes. Más convincente hubiese sido enfocar el tema como un supuesto de «aprovechamientos múltiples de aguas», cuya posibilidad encuentra fundamento en la Ley de Aguas, de 13 de junio de 1879. Sobre esta cuestión pueden verse: A. GUAITA, *Derecho Administrativo Especial*, vol. V, Zaragoza, 1970, págs. 95, 101 y sigs. y S. MARTÍN-RETORTILLO, *Aguas Públicas y Obras Hidráulicas*, Madrid, 1966, págs. 227 y sig.

P. E. A.

7. *Hipoteca legal tácita en favor del Estado para el cobro de las contribuciones. Naturaleza.*—Cualquiera que sea la denominación utilizada, representa una afección de los bienes inmuebles sobre los que recae, produciéndose, en perjuicio del tercero protegido por el principio de fe pública registral, en el momento en que éste inscribe su título, que es cuando entra en colisión el derecho que accede al Registro de la Propiedad con el privilegio.

*Hipoteca legal tácita. Su alcance. El concepto de «anualidad corriente».*—El artículo 194 de la Ley Hipotecaria, al establecer esta especial preferencia, parece referir la expresión «anualidad corriente» a la que transcurre en la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho del tercero afectado por ella, pues no puede tener otro sentido la mención indiferenciada que hace de «cualquier otro acreedor» y de «el tercer adquirente»; este criterio resulta además confirmado por las disposiciones posteriores,

como los artículos 12 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de junio de 1911, 73 de la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963, 37 del Reglamento General de Recaudación, de 14 de noviembre de 1968 y regla 19 de la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad, de 24 de julio de 1969, debiendo destacarse sobre todo la regla 1.ª del párrafo 2 del artículo 130 del Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948, que remitía concretamente dicha preferencia al «cobro de la anualidad corriente al ser inscrito el derecho hipotecario o efectuarse la transmisión del dominio de la finca y para el de la última vencida». (Sentencia, de 21 de diciembre de 1979; no ha lugar.)

*Hechos:* El Banco de Crédito Industrial era titular de dos créditos garantizados con sendas hipotecas, inscritas en el Registro de la Propiedad en 1967 y 1968, respectivamente. Por su parte, la Recaudación de Hacienda, ante la falta de pago de la Contribución Territorial Urbana correspondiente a la finca hipotecada, por los ejercicios 1970 a 1974, inició procedimiento de apremio en que fue embargada ésta, extendiéndose las oportunas anotaciones en 1971 y 1974. El Banco ejerció tercería de mejor derecho, que, estimada por el Juez de Primera Instancia, en resolución confirmada por la Audiencia Territorial, da lugar al recurso de casación.

*NOTA:* Las disposiciones actualmente vigentes realizan una importante labor precisando el alcance de los privilegios concedidos a la Administración Fiscal para el cobro de los tributos. Basta, para apreciarla, comparar los preceptos de la Ley General Tributaria y del Reglamento General de Recaudación, con los tradicionales de la Ley y Reglamento Hipotecario o de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública. Sin embargo, cuando se trata de la llamada «hipoteca legal tácita» falta una precisión totalmente segura de cuáles son las deudas tributarias amparadas por ella. En efecto, el artículo 130 del Estatuto de Recaudación derogado, de 1948, expresaba que la absoluta preferencia de la Hacienda, se refería sólo «al cobro de la anualidad corriente al ser inscrito el derecho hipotecario... y para el de la última vencida». Estos términos no son recogidos tan claramente en la normativa vigente, aunque la solución sea la misma. Actualmente han de estudiarse conjuntamente los artículos 73 de la Ley General Tributaria, 37 del Reglamento General de Recaudación y Regla 19 de la Instrucción General de Recaudación y contabilidad, para concluir que las deudas tributarias amparadas por la hipoteca legal son: las devengadas dentro del ejercicio económico en que se realiza la transmisión o inscripción del crédito hipotecario y las del ejercicio anterior.

Los tributos devengados en ejercicios posteriores nunca están garantizados por esta especial preferencia, sin perjuicio de que respondan de su pago el acreedor hipotecario, en ocasiones, y siempre el tercer adquirente.

Sobre este tema puede verse el detenido estudio de M. Martín Timón en «Embargos y Tercería de la Hacienda Pública», I.E.F. 1978, págs. 141 a 154, que comenta los antecedentes de la sentencia anotada. También el artículo «La anulabilidad corriente en la hipoteca tácita por contribuciones», de P. L. Serrer Contreras, en Rev. C. de Dcho. Inmobiliario, núm. 524, 1978, páginas 9-19.

## 5. Derecho de la familia

1. *Venta de finca ganancial. Doctrina general sobre facultades dispositivas del marido. Innecesidad de que la esposa sea demandada.*—Si bien es cierto que el objeto del contrato de compraventa es un bien perteneciente a la sociedad de gananciales, no tenía por qué ser demandada la mujer, toda vez que es el marido quien interviene en los actos dispositivos sobre bienes de la sociedad conyugal por ser el representante legal de la misma, a tenor de los artículos 59 y 1.412 C. c., según los cuales tiene, por ministerio de la Ley, la facultad de representar a la mujer y actuar en nombre de dicha sociedad; por lo que está legitimado para, sin intervención de su esposa, poder actuar tanto para reclamar en juicio todo lo concerniente a los bienes gananciales como para ser demandado con relación a los mismos; y por ser el marido responsable frente a un contratante de los compromisos contraídos, no es necesario que al instar éste el cumplimiento del contrato tenga también que demandar a la mujer de aquél, contra la que carece de acción, ni hay obstáculo para cumplirlo mientras la esposa no lo impugne; deben tenerse en cuenta además que al defenderse el marido defiende también a ésta, y así lo tiene declarado la doctrina jurisprudencial en Sentencias, entre otras, de 13 marzo y 21 abril 1964, 11 noviembre 1965, 24 febrero 1967, 8 enero 1968, 4 abril y 15 diciembre 1972, 22 diciembre 1973 y 19 enero 1974, conforme a la cual, en el caso presente, ha de estimarse bien constituida la relación jurídico-procesal en cuanto se demanda solamente al marido.

*Interpretación de cláusula. No debe extenderse a la realización de actos ilegales.*—Según el artículo 1.283 C. c., no deben entenderse comprendidos en un contrato, cualquiera que sea la generalidad de sus términos, cosa distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar, y en el caso presente, el comprador demandante a lo que prestó su asentimiento fue a las reglas de constitución del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley, en orden al uso y destino del edificio, en el que no se había realizado la obra que el recurrente pretendió llevar a efecto después, sin conseguir la autorización del órgano administrativo competente, pero no se comprometió a la realización de un acto ilegal. (Sentencia de 9 de noviembre de 1979; no ha lugar.)

Se recoge la doctrina jurisprudencial en vigor hasta el momento sobre disposición onerosa por actos inter vivos de inmuebles gananciales. ¿Será válida en adelante si llega a aprobarse el artículo 1.377 párrafo 1.º tal como figura en el proyecto de Ley de 13 de septiembre de 1979? Según dicha norma, «para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges». ¿Obligará tal precepto a demandar a ambos cónyuges y a constituir el litisconsorcio, activo o pasivo, según los casos? La sanción de mera anulabilidad que, con carácter general, establece el artículo 1.322 del mismo proyecto puede ser argumento para una respuesta negativa. Con todo, resulta innegable que la *ratio legis* de la reforma es llevar el principio de igualdad a la disposición sobre gananciales, lo cual inclina más bien a una forma de codisposición por ambos cónyuges.

## 6. Derecho de sucesiones

1. *Testamentos. Interpretación de cláusulas testamentarias. Impugnación en casación.*—Según tiene declarado constante y uniforme jurisprudencia (Sentencias, entre otras, de 29 marzo 1922, 1 mayo y 10 noviembre 1954, 12 junio 1956, 29 octubre 1965 y 2 octubre 1975), la función interpretativa de las cláusulas testamentarias corresponde al Tribunal de Instancia, pudiendo, sólo en casos extraordinarios, entrar a conocer del alcance de las mismas el Tribunal de casación, cuando la interpretación llevada a cabo por la Sala sentenciadora resultare manifiestamente contraria al contenido de ellas, debiendo, en cualquier otro caso, prevalecer el criterio del juzgador de instancia.

*Daño moral. Indemnización. Requisitos.*—Una reiterada doctrina jurisprudencial tiene declarado que el fundamento del resarcimiento de perjuicios se encuentra en la real existencia de perjuicios por el incumplimiento de una obligación, los que tienen que probarse, pues no basta que haya existido el incumplimiento que se alega, siendo de la exclusiva competencia de la Sala sentenciadora la apreciación y declaración de existencia de los mismos. (Sentencia de 7 de diciembre de 1979; no ha lugar.)

## II. DERECHO MERCANTIL

1. *Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos de la Junta general. Legitimación activa del socio disidente. Necesidad de hacer constar su oposición.*—Se declara probado que una vez adoptados los acuerdos sociales impugnados, con el voto en contra del accionista demandante en la litis, éste no hizo constar en acta su oposición a los mismos, lo que determina una falta de legitimación para accionar en el proceso al ser reiterada la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias 5 enero 1978, 30 enero 1976, 19 enero 1974, 10 diciembre y 27 abril 1973, 21 octubre 1972 y 30 enero 1970) en el sentido de ser requisito previo de legitimación o procedibilidad para ejercer el derecho a impugnar los acuerdos sociales por la vía del artículo 70 de la Ley de 1951, el haber hecho constar en el acta de la Junta su oposición a los mismos, no siendo suficiente la mera emisión del voto contrario a la aprobación, sin que sea óbice lo establecido en la Sentencia de 11 noviembre 1978, cuyas afirmaciones no es dable generalizar al ser única respecto al supuesto que contempla. (Sentencia de 4 marzo 1980; ha lugar.)

2. *Cooperativa farmacéutica. Expulsión de socio. Nulidad de acuerdo.*—Según el artículo 11 punto 2 de la Ley General de Cooperativas, la expulsión de un socio sólo podrá acordarla el Consejo Rector por falta grave, a resultados del expediente instruido al efecto, con audiencia del interesado, que podrán recurrir ante la Asamblea General, que resolverá por votación secreta, mediante escrito presentado en el plazo de cuarenta días desde la fecha en que se le notifique el acuerdo; precepto que constituye por su carácter procesal una garantía de los derechos del socio cooperador, con

especial vinculación para los órganos directivos y, por tanto, de obligado cumplimiento, y cuya inobservancia constituye la ilegalidad prevista en el artículo 6.3. C. c., la cual no puede ser subsanada por la propia Asamblea. (Sentencia de 28 de mayo de 1980; no ha lugar.)

3. *Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos. Retribución del presidente del Consejo de Administración.*—Procede estimar la impugnación, ya que la situación de la Empresa no permite la retribución que en el acuerdo impugnado se fija para el Presidente, ya que absorbería todas las ganancias en detrimento de los demás accionistas. (Sentencia de 17 de mayo de 1979; no ha lugar.)

4. *Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos de Junta general extraordinaria. Punto no incluido en el orden del día. Interpretación finalista del artículo 56 de la Ley.*—El contenido y fin del artículo 56 de la Ley de 1951 no se satisface con la mera celebración de la Junta general extraordinaria, ni tampoco el interés de los accionistas, ni, en su caso, el social, pues la dicción literal del precepto habla de los asuntos que han de «tratar» en la Junta, y es obvio que el término tratar significa y presupone los de deliberar y resolver, todo ello para que la Junta cumpla el destino y fin que la Ley le señala, supremo órgano deliberante, fiscalizador y decisor de la sociedad, en armonía con el ordenamiento jurídico todo, que está impregnado de intencionalidad y pragmatismo en su aceptación más correcta, de esa finalidad que el artículo 3.1. C. c. recomienda tener en cuenta en la faena del desvelamiento del sentido último de las normas, es decir, el que viene determinado por el fin a cuyo cumplimiento tienden y sin el cual, lógicamente, carecerían de sentido; por ello, al no incluir el Consejo en el orden del día el punto quinto, y al abstenerse de deliberar y decidir, en un sentido u otro, los puntos propuestos, se violó el artículo 56 de la Ley. (Sentencia de 26 de octubre de 1979; ha lugar.)

5. *Sociedad irregular. Fijación de aportaciones. Error material o «lapsus calami». Irrelevancia.*—Si es cierto el error denunciado, también lo es que carece de trascendencia efectiva en relación con lo decidido por la sentencia recurrida, al no producir alteración en los porcentajes de participación en la sociedad irregular fijados en el fallo, dado que no tiene más alcance que un mero error material o «lapsus calami» dimanante de consignar como aportado a la indicada sociedad la finca denominada «Hereditamientos I. O.», cuando en realidad se venía a referir a la conocida con el nombre de «San Martín de Yeltes», lo cual pudo subsanarse mediante el ejercicio de un simple recurso de aclaración.

*Incongruencia.*—Según reiterada jurisprudencia, la concesión de menos de lo pedido no es generadora de incongruencia.

*Presunciones.*—El recurso que ataque prueba de presunciones solamente puede prosperar cuando no sean ciertos los hechos en que se base o cuando entre tales hechos y el que se deduce no haya enlace preciso y directo. (Sentencia de 29 de junio de 1979; no ha lugar.)

6. *Quiebra fraudulenta. Reintegración de la masa. Doctrina general.*—Alcanzando la responsabilidad del deudor a la totalidad de su patrimonio, según el principio de la responsabilidad universal proclamado en el artículo 1.911 C. c., la masa de la quiebra se integrará por todos los bienes de contenido económico susceptible de ejecución en favor de la masa de acreedores (artículos 1.333 y 1.358 LEC, 1.044 disp. 3.ª y 1.046 C. comercio de 1829 y 908 a 911 del C. comercio vigente), y, por tanto, también con los derechos hereditarios que le correspondan.

*Testamento del padre del quebrado, en fecha inmediatamente posterior a la declaración de quiebra. Declaración de haber satisfecho la legítima en vida.*—La inoperancia de lo declarado por el testador, padre del quebrado, once días después de la declaración de quiebra, lo que por sí sólo la hace harto sospechosa, se origina sin más una vez hecho el pronunciamiento de que la pretensión legitimaria no ha sido atendida o cubierta por liberalidad *inter vivos*, y, por tanto, subsiste íntegra la titularidad correspondiente sobre el caudal relicto, no obstante la plena conformidad del quebrado, pues la renuncia de éste a sus derechos hereditarios no puede perjudicar a sus acreedores.

*Presunción de exactitud del Registro. Acción ejercitada por la sindicatura para que el propietario ejercite la opción que otorga el artículo 361 C. c.*—El principio de presunción de exactitud del Registro entraña una presunción legitimadora de naturaleza *iuris tantum*, la cual provoca, entre otras consecuencias procesales, la exigencia de pedir la nulidad o cancelación de la inscripción de dominio o derecho real cuando se ejercite una acción que lo contradiga, lo que acontecerá en el evento de las acciones reivindicatoria, declarativa de dominio u otro derecho real, negatoria, confesoria, o las de nulidad, rescisión o resolución del título inscrito; pero tal contradicción no se origina si no media esencial discordancia en el orden jurídico entre acción y asiento, o si la entablada reviste naturaleza obligacional (Sentencias de 16 noviembre 1960 y 22 septiembre 1965), como es el caso de la demanda ejercitada por la Sindicatura, postulando la conminación al dueño del terreno, a fin de que actúe su derecho de opción con arreglo al artículo 361 C. c., que no es contradictoria del actual contenido del asiento y que habrá de servir como eslabón en el tracto para el supuesto de que la otra parte eligiese el segundo término de la alternativa, solución excluida al haberse optado por la indemnización.

*Documento auténtico a efectos de la casación.*—El documento auténtico, según constante doctrina de esta Sala, habrá de acreditar por sí mismo, sin necesidad de operaciones discursivas que excedan de su mera confrontación, un resultado discrepante con el obtenido por el juzgador *a quo* y que se impone por su sola virtud al sujeto del conocimiento, lo que equivale a evidencia objetiva dimanante de esas notas de autosuficiencia y literosuficiencia.

*Declaración de obra nueva realizada por el padre del quebrado en fecha inmediatamente posterior a la declaración de quiebra.*—La declaración unilateral de obra nueva, en finca ya inmatriculada, a efectos de su registra-

ción, utilizando el procedimiento de escritura independiente que la práctica entiende autorizado por el artículo 308-1.º *in fine* R. H., según relevante criterio doctrinal no comporta acto o negocio jurídico alguno, ni, por tanto, una verdadera expresión de voluntad con tal alcance, sino una simple narración fáctica, y ha sido impugnada eficazmente por inveraz por la Sindicatura al haber sido realizada, en *tempus suspectus*, no siendo posible desconocer que todas las obras e instalaciones fueron realizadas a instancia, en nombre y por cuenta del quebrado, quien firmó y suscribió facturas y recibos, de forma personal, con los contratistas y suministradores de materiales. (Sentencia de 3 de octubre de 1979; no ha lugar.)

La sentencia extractada resuelve autos acumulados interpuestos con ocasión de la quiebra fraudulenta de un comerciante. La rica casuística ofrecida por nuestra presente realidad socio-económica desborda ampliamente las previsiones del vigente C. comercio, pues los Síndicos se ven obligados a impugnar actos realizados por terceros con posterioridad a la declaración de quiebra. A los once días de ésta, el padre del quebrado otorga testamento manifestando haber asignado a su único hijo —el quebrado— en vida su legítima, a lo que el interesado prestó conformidad. Resulta evidente que tales manifestaciones si llegan a producir la pérdida de los derechos legitimarios del quebrado, son perjudiciales para la masa, y legitimarán a la Sindicatura para ejercitar la acción subrogatoria del artículo 1.111 C. c.; y si se entiende que hay una renuncia por parte del legitimario, procedería la acción pauliana. Más compleja era la segunda cuestión dilucidada. Varios años antes de la declaración de quiebra, en una finca propiedad de su padre, el quebrado había construido una granja avícola, al parecer empleando para ello dinero propio y un préstamo solicitado por su padre; la prueba practicada demuestra que el dinero del préstamo era insuficiente para financiar la totalidad de las obras; a los pocos días de la declaración de quiebra el padre hace declaración de obra nueva para inscribir a su nombre lo edificado, lo cual es impugnado por la Sindicatura. No cabe duda del carácter fraudulento de la declaración de obra nueva, aunque en su momento las obras no se realizasen con tal propósito. En el recurso se pone de relieve que el hijo no podía ignorar que la finca pertenecía a su padre, por lo cual se pretende la calificación de haber actuado de mala fe. Parece más bien que dada la relación de parentesco existente entre el constructor y el dueño de la finca, el supuesto escapa de las categorías de buena o mala fe, y que lo determinante debe ser la mala fe con que se ha hecho la declaración de obra nueva.

G. G. C.

7. *Acción cambiaria. Cauces para su ejercicio.*—El ejercicio de una acción cambiaria, derivada de una letra de cambio adornada de todos sus requisitos legales y debidamente protestada, tanto lo puede ser por vía ejecutiva, como por la ordinaria y precisando aquélla el reconocimiento previo de firmas, por avalista o endosante, su falta determina que sólo pueda ejercitarse por vía ordinaria. En cualquier caso, la letra no pierde su carácter de negocio abstracto, por lo que no pueden traerse más excepciones que las derivadas de la letra, ni tienen que ser llamadas a la «litis» las personas que intervinieron en el contrato subyacente o causa de la misma, del que se presenta y surte sus efectos completamente desligada.

*Naturaleza abstracta de la letra de cambio. Funcionamiento.*—Las relaciones cambiarias se desligan del contrato subyacente, que constituye su:

causa y, fuera de las relaciones entre librador y aceptante, funciona como de naturaleza abstracta, máxime cuando está girada bajo la cláusula «valor recibido», en que el librador se declara reintegrado por el tomador de su importe. (Sentencia de 18 de diciembre de 1979; no ha lugar.)

8. *Propiedad industrial. Adquisición. Doctrina general.*—La Ley no crea la propiedad industrial, limitándose la función de la misma a reconocer, regular y reglamentar, mediante el cumplimiento de las formalidades que en ella se fijan, el derecho que por sí mismos hayan adquirido los interesados por el hecho de la prioridad del uso de las distintas modalidades a que el Estatuto de la Propiedad Industrial se contrae; también existe la posibilidad de que la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial sea un medio de adquisición, si bien dicha inscripción no es constitutiva, sino meramente declarativa, en tanto no se consolide frente a terceros, con respecto al Registro, por el transcurso de tres años, conforme declara el artículo 14 del Estatuto.

*Nombre comercial. Marca y rótulo de establecimiento. Nulidad por similitud con otro registrado.*—La recurrente por la simple prioridad en el uso de su nombre comercial ha venido poseyéndolo con buena fe por tiempo superior a los tres años que marca el artículo 1.955 C. c., por lo cual tiene reconocido este derecho que no puede ser enervado por el acceso al Registro de la Propiedad Industrial de otro nombre comercial de idéntica denominación; pero este derecho que a todo poseedor legal le asiste por esa prioridad de uso extrarregistral, no le otorga la facultad de anular nombres comerciales o marcas posteriormente registradas que sean similares, porque la protección que el Estatuto dispensa a los titulares de nombres comerciales, marcas y rótulos de establecimiento que puedan confundirse con otros anteriores, se supedita a la previa inscripción en el Registro de la modalidad de la propiedad industrial que se trate de amparar, y por ello es imprescindible, para conseguir esa anulación, la previa inmatriculación, como así lo tienen declarados las Sentencias de 24 noviembre 1947, 26 mayo 1956, 21 noviembre 1958, 18 marzo 1960, 13 diciembre 1963 y 14 marzo 1969, ratificadas últimamente por Sentencias de 7 octubre 1975, 11 marzo 1977 y 23 abril 1979.

*Capacidad de gestores de S. A.*—Si bien la personalidad jurídica de las Sociedades Anónimas no se obtiene hasta su inscripción en el Registro Mercantil conforme al artículo 6.º de la Ley de 1951, el artículo 7.º de la misma autoriza a los gestores para realizar los actos necesarios para la constitución del ente social, entre los que se incluye la práctica de inscripciones en el Registro de la Propiedad Industrial, que además fueron aceptadas y ratificadas por la sociedad. (Sentencia de 15 de febrero de 1980; no ha lugar.)

9. *Propiedad industrial. Marca coincidente con nombre comercial de fantasía. Convenio de la Unión.*—Al distinguir el Estatuto de la Propiedad Industrial entre el registro de marcas y el de nombres comerciales, si bien para éstos, conforme al artículo 198, si se trata de Sociedades dedicadas a la industria o al comercio, cuyo nombre comercial consista en una

denominación de fantasía —supuesto que es el de la Sociedad demandada— están obligadas a registrar dicha denominación como marca, obligación ésta que ha de ser aplicable indiscutiblemente a nacionales y extranjeros, dada aquella equiparación de derechos establecida en el artículo 2.º del Convenio de la Unión, cuando de marcas se trata, establece el artículo 124-3.º del Estatuto, que no podrán ser admitidas al registro, como tales marcas, los apellidos o razones sociales que no sean las de los propios solicitantes o, medie la debida autorización de quienes lo sean, por lo que es bastante para oponerse a la inscripción de una marca el que exista una razón social o nombre comercial que con la misma sea coincidente, sin necesidad de que se halle inscrito en el Registro de la Propiedad Industrial, siempre que conste su existencia con anterioridad a la de la marca que pretende inscribirse, reconociéndose así plena eficacia al artículo 8.º del citado Convenio cuando dispone que «el nombre comercial se protegerá en todos los países de la Unión, sin obligación de depósito ni de registro, forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio». (Sentencia de 6 de noviembre de 1979; ha lugar.)

10. *Aval cambiario. Poder para avalar. Capacidad del administrador de Compañía Mercantil. Artículo 447 C. comercio.*—Según el artículo 447 párrafo 3.º C. com., los administradores de Compañías que pusieren firmas a nombre de otros en letras de cambio se entenderán autorizados por ello por el sólo hecho de su nombramiento, porque, como tiene declarado la Sentencia de 6 octubre 1975, con base en él, y sin necesidad de contar además con un poder especial, a no ser que de forma expresa se les haya negado capacidad para ello en los Estatutos, escritura fundacional o en el propio acto de nombramiento, el mero nombramiento de administrador debe entenderse con suficiente capacidad cambiaria para firmar por avá en las letras de cambio, obligando a la entidad representada como avalista. (Sentencia de 3 de noviembre de 1979; no ha lugar.)

11. *Quiebra. Nulidad de compra por síndico de finca perteneciente a la masa. Cesión a comisario de mitad indivisa. Nulidad por aplicación del artículo 6.3. C. civil.*—Habiéndose subastado la finca en el procedimiento especial sumario del artículo 131 L. H., y aprobado el remate a favor del Síndico con la cualidad de cederlo a tercero, la cesión que éste hizo al Comisario de la mitad indivisa de la finca, está afectada por el vicio concurrente en la adquisición llevada a cabo por el Síndico, según el artículo 1.089 C. comercio de 1829, aplicándose también el art. 6.3. C. c. (Sentencia de 28 mayo 1979; no ha lugar.)

Según el artículo 1.089 del Código de comercio de 1829: «No pueden los Síndicos comprar para sí ni para otra persona bienes de la quiebra de cualquier especie que sean, y si lo hicieren en su nombre o bajo el de algún otro, se confiscarán a beneficio de la misma quiebra los efectos que hubieren adquirido de ella, quedando obligados a satisfacer su precio si no lo hubieren hecho.» No hay duda sobre la vigencia de esta norma por cuanto que el artículo 1.359 LEC dispone que «todos los acreedores de la quiebra, y el mismo quebrado, serán admitidos a ejercer la acción que concede el artículo 1.089 del Código contra los Síndicos que compraren o

hayan comprado efectos de la quiebra», y en el vigente C. de comercio no existe norma paralela que haya sustituido a la citada. (En el mismo sentido, RAMÍREZ, *Derecho concursal español. La quiebra*, 1, Barcelona, 1959, págs. 206 ss., especialmente pág. 221.) Pero justificada su vigencia, no quedan, sin más, resueltos todos los problemas exegéticos que semejante precepto plantea. Por de pronto, hay una fundamental identidad entre la *ratio legis* del precepto y la del artículo 1.459-5.º C. c., debiendo verse en ambas prohibiciones la misma finalidad de orden público de alejar de las personas que administran justicia, toda sospecha de tráfico inmoral, y los Síndicos de la quiebra desempeñan funciones de estricta colaboración con la Administración de Justicia. Pero no hay total coincidencia en el ámbito de aplicación de ambos preceptos, especialmente en el punto relativo a la sanción de la compra prohibida. Bajo la legalidad constitucional del anterior régimen podía considerarse dudosa la vigencia de dicha sanción, por cuanto que el artículo 32 del Fuero de los Españoles disponía que «en ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes». Si bien cabe preguntarse si el artículo 1.089 del Cód. de 1829, pese a utilizar la terminología, establecía una auténtica pena de confiscación, ya que el objeto ilegalmente adquirido no pasaba a poder del Estado, sino que revertía a la masa, y lo que en realidad ocurría era que el Síndico perdió el precio. En el recurso se argumentaba sobre el criterio restrictivo con que la jurisprudencia interpreta las prohibiciones del artículo 1.459, pero la Sentencia del T. S. hace ver acertadamente que al ser nula por violación de una norma prohibitiva la adquisición de la finca por el Síndico, sus consecuencias afectan necesariamente a la cesión de la mitad proindivisa hecha por aquél al Comisario de la quiebra.

G. G. C.

### III. DERECHO PROCESAL

1. *Derecho a edificar. Competencia de la jurisdicción ordinaria y de la contencioso-administrativa.*—El conflicto surgido entre las licencias o autorizaciones para edificar, invocadas por una y otra parte, constituye materia a dilucidar en el proceso contencioso-administrativo, pues la controversia ante la jurisdicción civil ha de ser decidida con la normativa de derecho privado, centrándose en este caso en la determinación de si el dominio del actor está libre, de gravamen o sometido a un derecho restringido de goce en favor de los demandados.

*Principio de irretroactividad. Aplicación del Plan urbanístico vigente.*—El principio «tempus regit actum» supone que cada relación jurídica se disciplina por las normas rectoras al tiempo de su creación, sin que sea permitido alterarla por preceptos ulteriores, a menos que ofrezcan inequívoco carácter retroactivo; principio que, en relación con el derecho a edificar, conduce a la aplicación del Plan urbanístico vigente al tiempo en que ha sido otorgada la correspondiente licencia. (Sentencia de 22 de febrero de 1980; no ha lugar.)

NOTA: La sentencia parece tomar partido a favor de la naturaleza normativa de los Planes urbanísticos; criterio doctrinalmente mayoritario en la actualidad. En relación con su eficacia, sin embargo, la solución legal (art. 56 de la Ley del Suelo, texto refundido de 9 de abril de 1976) es distinta que la aplicable a las disposiciones generales (arts. 2, p. 3, Código Civil)

y 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957), al establecerse su inmediata ejecutividad (de modo semejante al art. 44 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958). Sobre este tema véase: E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho urbanístico*, vol. I, pág. 163, Madrid, 1979; J. L. VILLAR EZCURRA, *En torno a la naturaleza jurídica de los planes urbanísticos*, en *Rev. Dcho. Urbanístico*, núm. 64, pág. 13.

P. E. A.

2. *Contrato de suministro. Reclamación de Cantidad. Legitimación pasiva. Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.*—Declarado probado que los productos suministrados por el actor, tanto lo fueran a «Exclusiva Mova» como a «Exclusiva Infante», correspondían a pedidos hechos al actor por el propio demandado y para su exclusivo beneficio mediante la ganancia obtenida en su reventa, siendo él, por tanto, el único obligado al pago, tanto mientras el negocio giró como «Exclusiva Mova», como cuando éste fue traspasado al actor como «Exclusivas Infante», hay que concluir que para nada había de ser traído al pleito el que fuera titular de «Exclusivas Mova» con anterioridad a la fecha de la cesión, por ser extraño a la actividad comercial objeto de la litis, al no ser deudor del actor, ni en su caso poderle afectar la sentencia que se dicte, estando, en consecuencia, bien constituida la relación jurídico-procesal. (Sentencia de 18 de febrero de 1980; no ha lugar.)

3. *Derecho de propiedad. Acción reivindicatoria. Litis consorcio pasivo necesario.*—El actor, para lograr el éxito de sus pretensiones, no puede elegir libremente a los demandados, sino que deberá dirigir su acción contra todos los que tengan evidente y legítimo interés en impugnarla y puedan resultar afectados por la decisión jurisdiccional que se pronuncie, pues de otra forma quedaría constituida la relación jurídico procesal y procedería estimar la falta de litis consorcio pasivo necesario, al no ser lícito a los Tribunales hacer declaraciones sobre negocios que se contrajeron por quienes estén ausentes del procedimiento, a pesar de que a ellos puedan extenderse los efectos de la cosa juzgada, cuando estuvieren tan ligados a los pedimentos de la demanda, que de prosperar ésta podrían ver mermados los derechos que previamente habían adquirido. (Sentencia de 11 de octubre de 1979; ha lugar.)

4. *Congruencia. Significado y alcance.*—Este principio prohíbe toda resolución «extra petita», pero no impone una conformidad rígida y literal con las peticiones de la parte, sino racional adecuación a los hechos y a los postulados, de modo que, si, respetando el componente jurídico de la acción y los acaecimientos proporcionados, decide el Juez sobre el objeto propuesto, no incurre en alteración de los elementos del proceso, aunque la determinación concreta del bien o cosa a que se refiere la demanda, deba operarse de modo distinto al propugnado por el actor.

*Identificación de fincas rústicas transmitidas. Cuando han sido aportadas a operaciones de concentración parcelaria.*—La subrogación real y consiguiente sustitución en los bienes, que produce la concentración parcelaria,

se opera, concretamente, no como se sostiene en la demanda, basándose en la continuación en el cultivo por colonos que lo eran de las fincas aportadas, sino que es misión atribuida al Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario por el artículo 232 de su Ley reguladora.

*Prueba de presunciones. Criterio del Juzgador.*—El enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, entre el hecho demostrado y el que se trata de averiguar, efectuado por el juzgador, ha de prevalecer sobre la versión interesada de la parte que lo impugna, a menos que se acredite ser ilógico, absurdo o inverosímil. (Sentencia de 26 de octubre de 1979; no ha lugar.)

5. *Contrato de compraventa. Requisitos esenciales para su validez. Prueba.*—Cuando el recurrente niega la prestación del consentimiento y la existencia de causa respecto a la obligación que establecía el negocio, todo ello en contradicción con las afirmaciones contenidas en los razonamientos de la sentencia de instancia con fundamento en la resultancia de las pruebas practicadas, debe impugnar la prueba por la vía adecuada al efecto, del número 7.º del artículo 1.692 de la LEC, ya que en caso contrario hay que mantener en casación la existencia del contrato, su validez y su fuerza de obligar. (Sentencia de 11 de diciembre de 1978; no ha lugar.)

6. *Interpretación de contrato. Facultades de la Sala sentenciadora. Interpretación sistemática.*—Como ha proclamado con reiteración el T. S. (Sentencias, entre otras muy numerosas, de 7 diciembre 1974, 23 mayo 1973 y 10 noviembre 1971), la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, y siempre que sea racional ha de aceptarse en casación, aun cuando supiere alguna duda sobre su absoluta exactitud, no siendo lícito, de otra parte, ampararse en una determinada cláusula contractual, frente a las demás, para deducir de ella la voluntad y el verdadero propósito que impulsó a los contratantes a concertar el vínculo que contrajeron a través de la convención estipulada (Sentencias de 29 mayo 1964, 4 febrero 1947 y 20 diciembre 1945). (Sentencia de 7 de diciembre de 1979; no ha lugar.)

Suscripción anual: España, 3.000,— pesetas  
Extranjero, 3.500,— pesetas  
Número suelto: España, 1.000,— pesetas  
Extranjero, 1.250,— pesetas