

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 XXXV
FASCICULO II

ABRIL-JUNIO
MCMLXXXII.



**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

S E R I E 1.^o

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 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**

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

«Genus nunquam perit»*

JORGE CAFFARENA LAPORTA

SUMARIO: Introducción.—«Genus nunquam perit»: alcance del aforismo en el estado actual de la doctrina.—Primera parte. Derecho romano. Derecho común y antecedentes en el Derecho español.—Segunda parte. I. Relaciones obligatorias unilaterales de carácter restitutorio: El mutuo. II. Relaciones obligatorias unilaterales no restitutorias. III. Relaciones obligatorias bilaterales: La compraventa genérica.

INTRODUCCION

El tema que a continuación se examina, el de la imposibilidad y riesgo en las obligaciones genéricas, no puede comprenderse con toda claridad, en nuestra opinión, a la luz tan sólo del Derecho actualmente vigente. El análisis de la evolución histórica sufrida por la cuestión aporta sin duda interesantes datos que pueden ayudar de manera decisiva para encontrar la regulación de este tema hoy. Por otra parte, creemos también que un estudio de esta cuestión de la obligación genérica como de todas las cuestiones que pertenecen a las partes generales del Derecho civil, debe hacerse en íntima conexión con el de las partes especiales, en este caso con el de aquellas instituciones en cuyo ámbito se producen obligaciones de este tipo. No tendría ningún sentido hacer una construcción de la obligación genérica que no se correspondiera, por ejemplo, ni con el régimen de una compraventa genérica, ni con el del mutuo, ni con el de un legado genérico. Y si así se hiciera parece claro que estaríamos «obligados» a explicar la falta de correspondencia existente, el porqué debe apartarse la regulación de estas figuras típicas de otros supuestos pensables que pudieran dar lugar a obligaciones genéricas, y que al no gozar de un régimen normativo expreso tendrían que seguir ese régimen general de las obligaciones genéricas. Y ello sería difícil, sobre todo si se piensa que precisamente aquellas partes generales nacieron como una abstracción de aquellas figuras más típicas.

* Este trabajo constituyó en su día una parte de mi tesis. Fue reelaborado en Frankfurt a. M. durante el curso 1980-81 gracias a una beca de la Fundación Juan March.

Estas preocupaciones, sucintamente expuestas, han motivado y quizá sirven para justificar la exposición que sigue a continuación.

En ella se comienza por exponer el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia, con referencias al Derecho comparado, muy especialmente al Derecho alemán, cuya doctrina se ha preocupado de manera inusitada por el tema aquí estudiado, seguramente porque el BGB contiene un régimen mucho más completo que el de los Códigos latinos.

A continuación se procede a esbozar a grandes rasgos el tratamiento del tema en las etapas fundamentales de la historia del Derecho, sin olvidar el contexto en que aquél se mueve en cada momento. Así, el Derecho romano, punto de partida casi siempre obligado, el Derecho común, en el que nace y alcanza su esplendor el aforismo «genus nunquam perit», serán estudiados en esta primera fase del trabajo, si bien sólo desde un punto de vista general, partiendo ya en la medida de lo posible de la construcción de la obligación genérica (lo cual, por ejemplo, se hace difícil en el Derecho romano). Por supuesto que en esta parte se dedicará un tratamiento particular a nuestro Derecho histórico.

La segunda y última parte del trabajo consistirá en un «replanteamiento» del tema desde una perspectiva distinta: la imposibilidad sobrevenida y el riesgo de la obligación interesarán verlos en una serie de relaciones obligatorias en particular. Distinguiremos éstos en relaciones obligatorias unilaterales (restitutorias y no restitutorias) y relaciones obligatorias bilaterales y dentro de cada una de ellas tomaremos aquellas relaciones en las que se insertan obligaciones genéricas y tienen una normativa más o menos clara sobre la cuestión. En cada uno de los casos se esbozará también, cuando se considere necesario, una breve evolución histórica. Así, el mutuo, el legado genérico y la compraventa genérica podrían ser, en nuestra opinión, las instituciones apropiadas para realizar este examen.

El resultado de todo lo hecho siguiendo esta sistemática me ha permitido vislumbrar algunas ideas que pienso pueden ser útiles para reconsiderar distintas cuestiones que afectan el tema.

Así, por lo que se refiere a la parte histórica, el examen del Derecho romano puede aportar alguna luz en cuanto a los presupuestos de la imposibilidad sobrevenida de la prestación en la obligación genérica, que repercute obviamente en el alcance del aforismo «genus nunquam perit». En efecto, se ha tratado de dejar claro que no cabe encontrar en los textos romanos apoyo para entender que existe un régimen jurídico diverso en este punto para las obligaciones genéricas respecto de las específicas. La lectura de los glosadores apunta, en cambio, aunque tímidamente, una nueva visión del brocado, que ya no sólo se sitúa en el plano de la imposibilidad sino también en el del riesgo. Así, por ejemplo, Azón utiliza a veces el aforismo «genus nunquam perit» dándole el sentido aceptado hoy por la doctrina, para significar que el deudor de la obligación genérica no queda liberado en una serie de supuestos en los que en realidad no se ha producido una imposibili-

lidad sobrevenida. Pero en algún caso se sirve el autor citado de la máxima para justificar la imputación del riesgo a este deudor. Y es precisamente siguiendo el hilo de esta idea como se llega en la segunda parte del trabajo (la sistemática) a un replanteamiento de la cuestión, examinando a través de algunas instituciones la posibilidad de un régimen distinto en esta materia frente a las obligaciones específicas y las razones que lo justificarían. Resulta de este examen que, aunque pueda parecer extraño, el sentido del aforismo estudiado no será siempre el mismo. En unos casos (Vid. apartado referente a las relaciones obligatorias unilaterales no restitutorias) la regla muestra tan sólo lo improbable de una imposibilidad sobrevenida de la prestación en la obligación genérica. En otros casos, en cambio (Vid. apartados dedicados a las relaciones obligatorias unilaterales restitutorias y a las bilaterales), el brocado iría más lejos, tendría aquel sentido y además aludiría al hecho de que el «*periculum obligationis*» corresponde al deudor de la obligación genérica. Significado equívoco, por tanto, del aforismo «*genus nunquam perit»*, que no se corresponde con el recogido por la doctrina, y que quizá pueda servir de alguna ayuda para la construcción de una teoría del riesgo en la obligación.

«GENUS NUNQUAM PERIT»: ALCANCE DEL AFORISMO EN EL ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA

En el artículo 1.182 de nuestro Código civil, entendido «a sensu contrario», encuentra nuestra doctrina y jurisprudencia de forma casi unánime la máxima «*genus nunquam perit»* (1).

Esta máxima habría que entenderla de la siguiente forma: en la obligación genérica, por su misma configuración, en la cual el acreedor ve satisfecho su interés recibiendo cualquier cosa que pertenezca al género y el deudor está obligado a entregar cosa que reúna las características establecidas, parece imposible en principio que surja la imposibilidad de la prestación, estadio previo al tema de los riesgos. Por lo tanto, con el aforismo «*genus...*» no se afirma que en las obligaciones genéricas es el deudor quien soporta el riesgo, entendido éste en un sentido técnico-jurídico, sino que lo que se trata de evidenciar es sencillamente que en este tipo de obligaciones no hay oportunidad siquiera de llegar a plantearse el tema del «*periculum obligationis*», en tanto en cuanto la prestación siempre es posible. Y todo ello hasta la especificación, pues al convertirse en específica la obligación genérica cabe que tenga lugar una imposibilidad de la prestación (2).

Por todo ello deben ser rechazadas, a mi parecer, en esta interpretación, aquellas opiniones, aún hoy mantenidas, que hablan de que en

(1) Véase a modo de ejemplo SÁNCHEZ CALERO, *Las obligaciones genéricas*, en R-D.P., 1980, pp. 654 y ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-1.º, Barcelona, 1977, p. 48 y S.T.S. de 9-I-1951.

(2) Véase, por todos, ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-1.º, Barcelona, 1980, pp. 48 y 49, que se preocupa de precisar el exacto significado del aforismo.

este tipo de obligaciones el deudor soporta el riesgo, frente a lo que ocurre en las obligaciones específicas donde el periculum es soportado por el acreedor (3).

Así entendida la máxima, como hemos visto se entiende por la doctrina, vendría a recoger un hecho de la naturaleza que incide, como otros muchos, en el mundo del Derecho. No iría más allá. Es más, no pasaría de expresar un principio normal («id quod plerumque accidit), sin que constituya una verdad inderogable, que puede ser objeto de quiebra en numerosas ocasiones.

Así, según algunos, el brocardo se referiría sólo a las obligaciones de género ilimitado, donde el ámbito del género del que han de extraerse las cosas a entregar impide que tenga lugar la imposibilidad sobrevenida. Se excluye, reputándose incluso como falso, a la obligación de género limitado (ésta existe cuando el género del que se han de extraer las cosas a entregar consiste en un conjunto masa de éstas específica e individualmente determinado), donde cabe el perecimiento de todas las cosas pertenecientes al género (4). Lo cual, no parece del todo correcto, incluso siguiendo las directrices de la doctrina mayoritaria. El aforismo «genus...» tiene aplicación tanto en la obligación genérica pura como en la de género limitado. Lo único que ocurre es que en ésta es más probable que en aquélla que el cumplimiento de la obligación devenga imposible. Una vez relativizado el significado del aforismo, no tiene sentido afirmar que el mismo no se aplica a las obligaciones de género limitado. Porque en definitiva lo que se quiere expresar con el aforismo es que el deudor no se ve liberado si parte del «genus» se pierde, se piensa fundamentalmente en que han perecido las cosas que el deudor tenía ya en su patrimonio y con las que él pretendía cumplir la obligación. Y esto, parece evidente que se estima aplicable tanto a la obligación genérica pura como a la de género limitado (5).

Por otra parte, como Díez-Picazo dice, cabría la imposibilidad so-

(3) Así, por ejemplo, VATTIER FUENZALIDA, *Reflexiones en torno al problema de la determinabilidad de la prestación y las obligaciones específicas y genéricas*, en «Sobre la estructura de la obligación», Universidad Palma de Mallorca, 1980, pp. 132 y 133: «La disciplina del incumplimiento de las obligaciones genéricas presenta una particularidad importante, como sabemos, en materia de riesgos, la que consiste en que las consecuencias derivadas de la imposibilidad sobrevenida fortuita se imputan, pendiente la individualización, a la posición jurídica del deudor a base de constatar que los elementos del género que perecen o se hacen imposibles son, por definición, susceptibles de ser reemplazados por otros; de aquí la máxima "genus non perit" que una lectura del artículo 1.182, a contrario, según nuestra doctrina contempla».

(4) Esta afirmación, como se verá más adelante, era mantenida de forma casi unánime por los autores del Derecho común. Me remito aquí a lo que se dirá sobre la naturaleza de este tipo de obligaciones en sede de riesgos en la compraventa genérica.

(5) Véase SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 655.

brevenida extintiva de la obligación en supuestos distintos a los del perecimiento o pérdida de la cosa (6).

Y por último, aún habría que añadir la opinión de algunos autores de estimar aplicable en sede de genéricas la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación (7).

Esta interpretación, que la doctrina hace del aforismo «genus...» coincide fundamentalmente con la mantenida en el Derecho comparado. Y encontraría una consagración legal en el párrafo 279 del BGB (8),

(6) La prestación puede devenir imposible, por resultar legal o físicamente imposible la entrega, aun cuando las cosas pertenecientes al género no hayan perecido, en *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, p. 487.

(7) Así, por ejemplo, véase PUIG BRUTAU, *Fundamento de Derecho civil*, I-2.º, p. 240; SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pp. 655 y 656; en contra de esta opinión parece manifestarse VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, p. 133.

(8) Véase también el art. 540 del C. c. portugués (V. MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações*, I, Lisboa, 1980). Así dice el párrafo citado del BGB: «Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt». Para la comprensión de este artículo es fundamental remontarse a sus antecedentes en la pandectística. Y quizás haya que empezar aludiendo a la distinción formulada por Savigny entre dos tipos de imposibilidad: la objetiva y la subjetiva, a las que sefiala distintos efectos (*Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts* I, Berlín, 1851, pp. 384 y ss.).

Pero sería sin duda Mommsen (F. MOMMSEN, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, en «Beiträge zum Obligationenrecht», I, Braunschweig, 1853), quien llevaría a cabo una construcción de estos dos tipos de imposibilidad y de su planteamiento en los distintos tipos de obligaciones cuya repercusión en el Derecho alemán todavía hoy se deja sentir. Y difícilmente podía ser de otra manera, teniendo en cuenta que el B.G.B. no hizo en este punto sino recoger la doctrina de este autor. Siguiendo a Savigny distingue entre la imposibilidad objetiva y subjetiva de la prestación, según que aquélla tenga su fundamento en el objeto de la obligación en sí o en las circunstancias puramente personales del deudor o en su relación con el objeto de la obligación (p. 5). Y refiriéndose a la obligación cuya prestación tiene por objeto cosa determinada específicamente, entiende que la imposibilidad subjetiva en general, al igual que la objetiva, origina la liberación del deudor («Aber auch die subjective Unmöglichkeit kommt im Allgemeinen dem Schuldner zu Statten», p. 27). Por supuesto que se refiere a una imposibilidad en la que no haya intervenido culpa del deudor. Alude Mommsen a la menor posibilidad de que una imposibilidad de este tipo pueda darse, sobre todo cuando se refiere directamente a la persona del deudor (enfermedad, ausencia necesaria del lugar del cumplimiento, etc...) (p. 28). Más probables son aquellos supuestos que hacen referencia a la relación del deudor con la cosa objeto de la prestación, casos en los que el deudor se ve privado de la fáctica disposición de las cosas («Raub, Dejection, Diebstahl, Wegnahme durch Feinde und bei Leistung von Sclaven die Flucht derselben», p. 29) y para los que Mommsen entiende también, según su interpretación de los textos romanos, que dan lugar a una imposibilidad que libera al deudor de su obligación (p. 32). Esta regla de la eficacia liberadora de la imposibilidad subjetiva debe valer, según el autor alemán tantas veces mencionado, para todas las obligaciones cuya prestación sea una cosa determinada específicamente. Si bien reconoce que en las fuentes las decisiones se refieren casi siempre a obligaciones *bonae fidei*, no encuentra en ellas ninguna indicación que haga descansar este régimen de la imposibilidad subjetiva en la naturaleza de este tipo de obligaciones. Es más,

o, si se quiere, en el apartado segundo del parágrafo 243 del mismo texto legal entendido «a sensu contrario» (9).

Tomando como punto de partida los preceptos transcritos, la doctrina alemana ha llevado a cabo un estudio riguroso del tema aquí tratado. Desde la entrada en vigor del BGB, el parágrafo 279 ha provocado verdaderos ríos de tinta. Lógico que así fuera. Era necesario explicar el régimen distinto, al menos aparentemente, que en materia de responsabilidad se había dispuesto para el deudor de una obligación genérica frente a la regla general del parágrafo 275.

En apretado resumen podríamos decir que el entendimiento del precepto citado ha pasado desde una interpretación literal, estricta, del mismo (responsabilidad del deudor hasta la material y física pérdida de todo el género) hasta otra en la que se restringe y se amplía a la vez su ámbito de aplicación (10). Se ha limitado su ámbito a través de

para Mommsen, esto se demuestra con el igual trato que recibía la obligación del legado *per damnationem*, que era una obligación *stricti iuris*, presentándose sólo dudas respecto a la *stipulatio*, que deben resolverse, según él, en favor de la aplicación de la regla general antes citada (p. 32 y 33).

Tan sólo en estos supuestos en que la cosa objeto de la prestación es ajena, establece Mommsen limitaciones a aquella regla en sede de obligaciones específicas (vid. pp. 34-37). Y es precisamente esta excepción referida a la obligación cuya prestación recae sobre cosa ajena la que le sirve para fundamentar el distinto régimen de las obligaciones genéricas en este punto, negando la eficacia liberatoria de la imposibilidad subjetiva (p. 47).

Las tesis defendidas por Mommsen recibieron fuertes críticas por parte de algunos autores desde sus comienzos. Brinz y Hartmann rechazaron ya muchos de los puntos mantenidos por Mommsen con argumentos que hoy se encuentran ampliamente desarrollados y aceptados. Basta leer la parte que en este trabajo se dedica al Derecho romano para hacerse una idea del contenido de estas críticas en el planteamiento actual del problema. El punto central es el siguiente: habiéndose producido un cambio profundo en el sistema procesal, en el que actualmente no tiene cabida la distinción entre acciones *stricti iuris* y acciones *bonae fidei*, no cabe desconocer la íntima conexión que las reglas del Derecho substantivo guardaban con la misma a la hora de saber cuáles de estas normas podían seguir estando vigentes. (Véase para esta crítica LEMPPENAU, *Gattungsschuld und Beschaffungspflicht*, Berlín, 1972; WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre*, pp. 159 y ss.; EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Múnich, 1978, pp. 7 y ss.; y otra visión en JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn, 1969, pp. 112 y ss.).

No obstante las críticas surgidas, la tesis de Mommsen, con el apoyo de la autoridad de Windscheid, encontró acogida en el B.G.B., si bien con ligeros retoques. (Véase LEMPPENAU, *op. cit.*, pp. 42 y ss.).

(9) «Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache». Así, LEMPPENAU, *op. cit.*, 25 y ss., el cual critica a la doctrina dominante en este punto, que encuentra en el pár. 279 la sede legal del aforismo.

(10) No se crea, sin embargo, que esta evolución es uniforme. Aún hoy se discute el alcance y sentido del parágrafo 279 del BGB. Sobre aquella evolución (en la doctrina y jurisprudencia alemanas) véase LEMPPENAU, *op. cit.*, pp. 47 y ss. Además es interesante tener en cuenta BERNDORFF, *Die Gattungsschuld*, Berlín, 1900, pp. 45 y ss.; WEISBECKER, *Die Gattungsschuld nach dem BGB*, Diss. Borna-Leipzig 1910, pp. 21 y ss.; OPPENHEIM, *Die Haftung des Gattungsschuldners*, Diss. Cassel, 1911, pp. 51 y ss.; KISCH, *Gattungsschuld und Wahlschuld*, Múnich-Leipzig 1918, pp. 75 y ss., especialmente pp. 87 y ss.; LIEBMAN, *Die Grenzen der Haftung des Gattungsschuldners auf die Erfü-*

una delimitación más estricta de los supuestos de la llamada imposibilidad subjetiva (Unvermögen) en favor de la imposibilidad objetiva que resulta sensiblemente ampliada. En este tema es fundamental la evolución que se produce en la doctrina, de la que se hace eco la jurisprudencia, desde no considerar en absoluto la conducta del deudor en la cuestión de la imposibilidad a entronizar a aquélla dentro de los elementos a tener en cuenta al examinar la imposibilidad considerada en sí misma. Se ha ampliado el ámbito de aplicación del precepto, por otra parte, al extenderse por analogía a casos de deudas específicas en los que la insolvencia del deudor fue la causa de la imposibilidad sobrevenida (11).

Todo ello ha llevado a un sector de la doctrina a proponer la sustitución de la clásica división obligación genérica-obligación específica por esta otra *Beschaffungsschuld-einfach Leistungsschuld*, que sería la subyacente en el parágrafo 279, sobre todo si se considera que algún tipo de las obligaciones genéricas (la obligación de género limitado) quedaría fuera del precepto (12).

Por lo que se refiere a la fundamentación del precepto, de la más fuerte responsabilidad del deudor de la obligación genérica se ve hoy en esto: que un deudor, que se obliga a una prestación determinada genéricamente, acepta con ello la garantía de poder procurarse las necesarias cosas del género (13). Este sería el fundamento, según una buena parte de la doctrina, para la mayor responsabilidad del deudor genérico; lo que se discute, en cambio, es si aquel deber de procuración (*Beschaffungspflicht*) deriva directamente del propio contrato (14), con lo que se puede poner en duda la utilidad del parágrafo 279 BGB, o si a este precepto le cabe al menos la misión de establecer el alcance de aquel deber de procuración del deudor en aquellos casos en los que la interpretación del contrato no puede responder con exactitud al tema (15).

llung, Diss. Borna-Leipzig, 1919, pp. 25 y ss.; BALLERSTEDT, *Zur Lehre vom Gattungskauf*, en «Festschrift für Nipperdey», 1955, en especial pp. 266 y ss.; RHODE, *Die Unmöglichkeit der Leistung bei Gattungsschulden*, Diss. Würzburg, 1972; KNÖRINGER, *Vertragsauslegung und gesetzliche Beschaffungspflicht*, Diss. München, 1973; GESANG, *Force-majeure*, Königstein/Ts., 1980, pp. 49 y ss., y BERGHOFF, *Die Unmöglichkeit und ihre Rechtsfolgen nach dem BGB* Diss. Münster, 1980, pp. 86 y ss.

(11) Véase LEMPPENAU, *op. cit.*, pp. 48 y ss.; EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, München, 1978, pp. 55 y ss.; JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn, 1969, pp. 150 y ss. comentarios de Staudinger (Werner) al BGB, II - 1, Berlín, 1967, pp. 397 y ss.

(12) BALLERSTEDT, *op. cit.*, pp. 265 y ss.; LEMPPENAU, *op. cit.*, pp. 71 y ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts I*, München, 1979, p. 261; ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht I*, 1, «Heidelberg-Karlsruhe», 1976, pp. 129 y ss.

(13) Véase autores y lugares citados en la nota anterior. Con independencia de ella o junto a esta fundamentación, en interpretaciones distintas del precepto, se ha visto una razón de ser en la idea de que el deudor ha de responder de las consecuencia de su propia insolvencia. Véase KISCH, *op. cit.*, p. 88.

(14) BALLERSTEDT, *op. cit.*, pp. 270 y ss.; LEMPPENAU, *op. cit.*, p. 95.

(15) LARENZ, *op. cit.*, p. 263.

PRIMERA PARTE

DERECHO ROMANO

Presupuesta la posibilidad y el reconocimiento de la obligación genérica en el Derecho romano, su estudio pasa necesariamente por el examen de aquellas instituciones, de aquellas relaciones, que daban lugar a este tipo de obligación, y como más adelante veremos, no puede olvidar el tratamiento diverso que recibe la imposibilidad de la prestación en el ámbito de las obligaciones de derecho estricto y en el de las de buena fe (16).

Dejando aparte la venta de género limitado, podemos decir que los demás supuestos típicos en los que se dan las obligaciones genéricas pertenecían en el Derecho romano al ámbito de las relaciones que daban lugar a acciones de derecho estricto.

En efecto, a este tipo de acciones daba lugar el legado «per damnationem», dentro del cual se incluiría el legado genérico (acciones «ex testamento») (17). Y lo mismo ocurría con el préstamo; ya se utilizara la «stipulatio» o el «mutuum» se daba lugar en cualquier caso a acciones de derecho estricto (18).

Y finalmente, otro tanto tenemos que decir de la compraventa genérica si seguimos la tesis, mayoritaria entre los romanistas (19), de que una tal compraventa era desconocida para el Derecho romano incluso en sus etapas últimas (20). Los intercambios con dinero que se referían a cosas determinadas genéricamente, que se dieron con frecuencia en el ámbito del comercio al por mayor con cereales y vinos, eran hechos a través de estipulaciones recíprocas (21). La idea imperante de una compraventa manual, real, efectiva, era al parecer un

(16) El presente apartado está basado siguiendo fundamentalmente las líneas generales de las siguientes obras: LEMPPENAU, *op. cit.*, pp. 30 y ss.; WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, en «Festschr für Nipperdey» (1965), pp. 783 y ss.; WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre*, Köln, 1970, pp. 7 y ss. y 35 y ss.; y MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht*, en SZ, 1969, pp. 67 y ss. También hay que considerar las críticas de Brinz y Hatmann a la monografía de Mommsen sobre la imposibilidad, a la que se hizo ya alusión.

(17) KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, 2.^a ed., München, 1971, p. 743; BRONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, (trad.), Barcelona, 1960, pp. 278, 279, 340 y ss., 446 y ss.

(18) MICHEL, *Gratuité en Droit romain*, pp. 103 y ss. (p. III y s.); HÜSCHKE, *Die Lehre des Römischen Rechts vom Darlehn*, Stuttgart, 1882, pp. 8 y ss., y pp. 196 y ss.

(19) Frente a la opinión de algunos autores como HAYMANN, *Haben die Römer den Gattungskauf gekannt?*, en «Jher. Jahrb.», 1928, pp. 95 y ss., véase KASER, *op. cit.*, p. 548 y, fundamentalmente, SECKEL-LEVY, *Die Gafahrttragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, en «S. Z. 47», pp. 122 y ss.

(20) Véase LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, p. 232.

(21) Véase KASER, *op. cit.*, loc. cit., n. 31.

obstáculo insalvable para el reconocimiento de la compraventa genérica (22). Las necesidades del tráfico comercial se cubrieron entonces con la figura de la «*stipulatio*», esa forma de contrato que podía llenarse con cualquier contenido. Y como bien sabemos, la «*stipulatio*» daba lugar a acciones de derecho estricto.

Ahora bien, las consecuencias que producían este tipo de acciones en el proceso, a diferencia de las acciones de buena fe, influyeron de modo decisivo en el trato de la imposibilidad de la obligación. La diferencia fundamental de uno y otro tipo de acción estribaba en el distinto margen de discrecionalidad de que el juez gozaba en uno y otro tipo de juicio. Mientras que en las acciones «*stricti iuris*» al juez sólo le cabía decidir entre la absolución o condena del deudor según el deber de prestación fijado en la fórmula, en las acciones «*bonae fidei*» el juez decidía también sobre el contenido del deber de prestación del deudor (23).

Esto, llevado al tema que nos ocupa de la imposibilidad de la obligación, imponía el que en uno y otro tipo de acciones se requerieran unos presupuestos distintos para que el deudor quedara liberado en los casos de no cumplimiento de la prestación.

En las acciones de derecho estricto la existencia de la obligación y de la acción se encontraba conectada con la del objeto de la prestación. La existencia o inexistencia de éste implicaba la existencia o inexistencia de la obligación, de tal forma que si la prestación devenga imposible la obligación se extinguía; pero esta imposibilidad extintiva era una imposibilidad objetiva, no aquélla que tan sólo afectaba al deudor. Ahora bien, aquel principio que conectaba la existencia de la obligación con la de su objeto encontraba un límite a través de la llamada «*perpetuatio obligationis*», referida tan sólo, al parecer, a los casos de «*mora debitoris*» y de hecho positivo del deudor, que «*finigia*» la subsistencia de la obligación con la imposibilidad total y objetiva sobrevenida de la prestación. Por su parte, el principio de la condena pecuniaria obviaría las dificultades que podría provocar, en nuestro modo de pensar, la subsistencia de la obligación en los casos de «*perpetuatio obligationis*» o de imposibilidad subjetiva (24).

En cambio, las características de los «*iudicia bonae fidei*» llevan a un tratamiento distinto de este tema: los elementos que se introducen en este tipo de procesos llamados a producir un mayor ámbito de poder de decisión en el juez originan que, frente a esa conexión casi mecánica de la existencia de la obligación con la de su objeto, el eje central

(22) Véase autores, *cit. loc.*, *cit.* en n. (19).

(23) Véase KASER, *op. cit.*, pp. 485 y ss.; BRONDI, *Iudicium bonae fidei*, en «N. N. D. I.» IX, pp. 339; véase también el tomo II de la obra de Kaser (München, 1975), pp. 333 y ss.

(24) En general, sobre la condena pecuniaria, véase VISKY, *Quelques remarques sur la these ipsam rem condemnare et ses rapports économiques*, en «R. I. D. A.», 1972, pp. 469 y ss.

Sobre la cuestión específica tratada en el texto, LEMPPEAU, a quien seguimos en este apartado, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

fuera aquí la conducta observada por el deudor en el no cumplimiento de la obligación en relación con el tipo de contrato de que se tratara en cada caso, que venía a determinar la conducta y la responsabilidad debida por el deudor. De ello dependerá la liberación o no del deudor. De todo lo anterior se desprende, de un lado la no necesidad aquí del mecanismo de la «perpetuatio obligationis», de otro lado la consideración de la imposibilidad subjetiva que liberaría o no al deudor según las circunstancias en que se hubiera producido (24).

Con todos estos datos habría que decir con Lemppenau que no había en el Derecho romano un régimen jurídico distinto, específico, para las obligaciones genéricas por lo que se refiere a la responsabilidad del deudor. La más dura situación de éste en el tipo de obligación examinado obcedería tan sólo al concepto de imposibilidad imperante en el Derecho romano, en relación con el ámbito de «iudicia» en los que tenía lugar aquélla (25).

Si la liberación del deudor sólo se producía por una imposibilidad (física o jurídica) objetiva de la prestación, es evidente que, por la propia configuración de la obligación genérica, el deudor difícilmente aquí quedaría liberado. Las probabilidades de una imposibilidad de este tipo en esta clase de obligaciones son mucho menores que en una obligación específica. Es la propia configuración del objeto de la prestación la que ocasiona esta más difícil situación del deudor de la obligación genérica, pero no es la existencia de un régimen diverso para ella que sea más estricto en cuanto a la conducta exigida al deudor, y en cuanto a la responsabilidad de éste.

El régimen diferente se referiría siempre a la distinción obligaciones de derecho estricto-obligaciones de buena fe y no a la distinción obligación genérica-obligación específica, que recibirían un mismo trato cuando se encontraran dentro del mismo ámbito.

Otro tanto ocurriría por lo que respecta a la «mora debitoris», no pareciendo que hubiera, frente a lo que algún autor opina, reglas distintas para las obligaciones genéricas (26).

De todo lo anterior se puede concluir que en el Derecho romano el deudor de una obligación genérica, salvo en los supuestos de una «mora accipiendi» del acreedor en los que correspondía a aquél una «exceptio doli» si las cosas ofrecidas perecían fortuitamente y éste reclamaba el cumplimiento; salvo en estos casos, repito, no quedaba liberado por una imposibilidad sobrevenida subjetiva (esto por las razones antes dichas), ni mucho menos por el perecimiento fortuito de cosas por él preparadas para la entrega o de cosas a él entregadas (caso del mutuo) de lo que debe devolver otro tanto de las mismas especies y calidad (27).

(25) *Op. cit.*, pp. 35 y ss.

(26) LEMPPENAU, *op. cit.*, p. 36, sobre la base de la obra de HEYMANN, *Das Verschulden beim Erfüllungsverzur*, Marburg, 1913, especialmente pp. 96 y ss.

(27) Véase DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanomisten*, Frankfurt/M., 1960, p. 277.

DERECHO COMUN Y ANTECEDENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL

Parece que fue Azón quien por primera vez utilizó la fórmula que luego se convertiría en la conocida máxima «*genus nunquam perit*», o «*genus perire non censemur*», o «*genus perire non potest*». Tanto en su *Lectura super Codicem* (28) como en la famosa *Summa* (29) encontramos recogido el aforismo citado.

La formulación que hace el glosador en C. 4,38,3 del brocado es sorprendente: «... quia si in genere sit facta, puta vendis mihi hominem, nunquam spectat periculum ad emptorem, etiam si omnes servi, quicumque sunt in mundo, perirent; quia quod in genere debetur, perire non potest».

Se trata de la compraventa genérica y frente a lo que afirma con la compraventa-específica se dice aquí que el riesgo no pertenece nunca al comprador, incluso si todas las cosas pertenecientes al género perecen y esto es así: «...quia quod in genere debetur, perire non potest». No hay que hacer un gran esfuerzo para darse cuenta de la diferencia sustancial que existe entre lo que en este texto entiende Azón por «*genus nunquam perit*» y el significado hoy admitido pacíficamente por la doctrina. Esta, como ya se ha visto, interpreta el aforismo simplemente como improbabilidad de que el deudor se vea liberado en una obligación genérica por causa de una imposibilidad sobrevenida de la prestación, pues sería muy difícil que todas las cosas pertenecientes al género determinado perecieran. Azón, en cambio, va mucho más allá: aunque en la realidad perezca todo el género (aunque exista una imposibilidad sobrevenida) el riesgo no es del comprador (como ocurre en la compraventa normal) porque *quod in genere debetur, perire non potest*. Aquí el aforismo tiene un significado jurídico propio, podríamos decir que tiene el carácter de apotegma jurídico, se trata de una regla con sustantividad jurídica propia. La opinión de la doctrina contemporánea refiere el brocado al campo de la imposibilidad de la prestación: es imposible que la imposibilidad sobrevenida acontezca. El texto de Azón se sitúa claramente en otro ámbito: el del «*periculum obligationis*», porque con la máxima se quiere fundamentar que el comprador no debe pagar el precio o puede pedir una devolución si ya lo entregó en el supuesto de que la obligación del vendedor devenga imposible. Además, mientras que en la interpretación hoy imperante la máxima tiene un valor relativo y una conexión directa con la realidad extrajurídica (improbabilidad de que parezcan todas las cosas pertenecientes al género determinado), en el texto del glosador traído a colación la regla tendría un valor absoluto y se situaría ex-

(28) C.4,2,11; C.8,54,35 (*Augustae Taurinorum*, 1966, de la ed. de 1577).

(29) C.4,48,3 (*Augustae Taurinorum*, 1578).

clusivamente en el ámbito del Derecho (incluso si todo el género perece el riesgo no pertenece al comprador).

Los otros dos textos antes mencionados del mismo autor, en los que de una forma u otra se recoge el aforismo, no permiten en cambio llegar a las conclusiones antes citadas. De ellos lo único que se deduce como seguro es que el aforismo manifiesta la imposibilidad de la liberación del deudor, pero en ninguno de estos textos se hace referencia expresa, como ocurre en el texto que acabamos de examinar, al supuesto de que la prestación determinada como objeto de la obligación devenga imposible.

Así, el texto que se refiere a C. 8,54,35 (v.n. 2 y 3) parece, ciertamente, cercano a la interpretación hoy dominante: «Si verò centum corbes in genere promittantur, non demonstrato fundo, licet de praediis suis nihil percepit, debet tamen: quia genus nunquam potest peri-re». Aquí el brocado se refiere a un supuesto en el que no se ha producido una imposibilidad sobrevenida, eso es cierto, pero nada dice del caso en que ésta se produzca respecto a la obligación genérica pura.

Bastante más problemático que los dos textos anteriores se presenta el que glosa la ley Incendium (C. 4,2,11). Al glosar las palabras «non exuit debitorem» nos dice: «Duplex est ratio, naturalis, et legis, naturalis ratio hoc non dictat, quia non tenebatur in specie, imo in genere: et genus non perit. Si enim ad speciem teneretur: si periret sine dolo et culpa sua, et ipse non existente in mora, interitu speciei liberaretur... per legem probatur, quia distinguit lex utrum in specie sit aliquis obligatus, an ad incertum, distingue, quia aut erat incertum de incertis, aut incertum de certis, si incertum de certis, ... si incertum de incertis (30), puta loricam in genere, ibi aliud effet, quia non liberatur...». En este texto de Azón parece considerarse, como en C. 4,48 n. 3, el supuesto de verdadera imposibilidad (31); sin embargo, aquí esto no se presenta tan claro como en el otro texto, y ello por dos razones fundamentales: en primer lugar porque aquí el supuesto no se menciona de manera expresa como allí ocurría, y en segundo lugar porque tampoco aportan una ayuda decisiva los casos citados por Azón.

En este tema hay otros datos que también hay que tener en cuenta. Uno es que Azón trata siempre de separar de la obligación genérica pura la de género limitado (32), excluyendo del régimen de la primera a esta otra. En los tres textos examinados viene a manifestar el autor que en los supuestos de género delimitado (33), el perecimiento o

(30) El texto manejado dice «de certis», pero salta a la vista que se trata de una errata; basta para darse cuenta de ello leer el párrafo completo.

(31) Glosando las palabras «aere alieno» el autor dice: «aes alienum appellatur quod nos debemus».

(32) Incertum de incertis e incertum de certis.

(33) «Puta quia debebam unum de servis meis, aut unum de illis aureis». C.4,2,11.

pérdida de todo el conjunto del que había de extraerse las cosas a entregar supondrá la liberación del deudor (34). Otro dato a considerar aquí es el que el deudor de una obligación genérica podía liberarse (no *ipso iure*, sino *ope exceptionis*) en los casos de mora del acreedor si las cosas ofrecidas perecían sin su culpa (35).

Pasamos ya a Accursio, y al igual que hicimos con Azón, vamos a examinar tan sólo aquellos textos en que aparece el aforismo «genus perire non potest», tratando de buscar el sentido que el glosador dio al mismo, sin que por ahora se estudien otros textos que son importantes para el examen del riesgo y la imposibilidad en la obligación genérica pero que el autor no conectó con el citado aforismo. El examen de esos textos se hará en la última parte del trabajo.

Accursio menciona el brocado tantas veces aquí recogido «genus perire non potest» con referencia a diversas instituciones: mutuo, compraventa, legado, stipulatio. Pero sólo en uno de los textos examinados se plantea directa y expresamente, como hacia Azón, la posibilidad de que todo el género se pierda. Fundamentalmente se quiere expresar con el aforismo que el deudor no se ve liberado por la pérdida fortuita de cosas pertenecientes al género (no se dice si algunas o todas), o que él debe soportar el «periculum obligationis». Esto último podría llevarnos a pensar que Accursio veía en el aforismo una regla de atribución del riesgo en sentido técnico jurídico al deudor de la obligación genérica. Sin embargo, pensar así sería demasiado aventurado. El concepto de riesgo («periculum») tal como se entiende hoy en sentido estricto en el campo del Derecho de obligaciones hace referencia al problema de qué patrimonio debe soportar el daño que supone la imposibilidad sobrevenida y fortuita de la prestación (o de una de las prestaciones) en la relación obligatoria, si bien se plantea de forma diversa en las relaciones obligatorias bilaterales y en las unilaterales (36). En cambio, históricamente la palabra «periculum» tenía un significado plurívoco y mucho más amplio (37) y por lo que a nosotros nos interesa venía a comprender también lo que podríamos llamar riesgos económicos (por ejemplo, si se produce un alza de los precios de una determinada mercancía), y en general cualquier tipo de daño patrimonial.

Los textos romanos no eran en absoluto precisos al utilizar este término. Como Mommsen dice: «... das Wort *periculum* keine bestimmte technische Bedeutung hat, sondern nur im Allgemeinen einen

(34) «Si omnes amisit, liberatur». C.4,2,11.

(35) «Item et debiti, et principalis obligationis praestant liberationem ipso iure si tamen debitum oblatum et sine causa sit recusatum, et sine culpa debitoris debitam perierit, et hoc si debitum in specie sit. Nam si in genere, contigit non ipso iure, sed per exceptionem liberatio...».

(36) Aquí incluso se discute sobre la misma posibilidad de hablar de «periculum obligationis».

(37) Lógico que así sea teniendo en cuenta los textos romanos. Véase MOMMSEN, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, 1853, pp. 237 y ss.; MIQUEL, *Periculum locatoris*, en «SZ», 1964, pp. 134 y ss.; y GORLA, *Del rischio nelle obligazioni*, pp. 17 y ss.

zu befürchtenden Schaden bezeichnete. In jedem einzelnen Fall muß nach dem Zusammenhang entschieden welche Bedeutung dem Worte beizulegen ist» (38). Hecha esta advertencia, podemos ya recoger las glosas en las que *Accursio* alude al brocado «genus...». Así, la glosa «Aere alieno»: «sive sit pecunia, sive aliud genus quod enim in genere debetur, perire non potest» en C. 4,2,11 (1. *Incendium*). Pero en el caso puesto quizá por *Accursio* (39) en el comienzo de su glosa a esta ley *Incendium* se hace referencia a un supuesto que no es de imposibilidad sobrevenida total: «Mutuavi tibi decem. Post omnia bona tua per incendium perierunt: nunquid desinas mihi esse obligatus, quaeritur? Dicitur quod non».

Será de nuevo en sede de riesgos en la compraventa donde el aforismo tendrá en *Accursio* de manera clara y contundente un significado muy distinto al que actualmente se le da: así, en glosa *vendoris* a D. 18,6,15 (14) se nos dice: «Sed nonne post emptionem emptoris debet esse periculum? Responsio: dic quod si in specie facta fuit venditio, pacto suscepit vendor periculum. si autem in genere, tunc est planum, quia genus non perit». y en glosa «*Periculum*» a D. 18,6,8: «... Specie ideo, quia si in genere vendo servum: licet omnes servi moriantur, tamen teneor: quia genus perire non potest». A pesar de la extraña formulación hecha por el glosador (*teneor*), que parece aludir a una imposibilidad transitoria de la obligación del vendedor de entrega de la cosa, del supuesto planteado (*omnes servi moriantur*) y del conjunto de las dos glosas no sería descabellado pensar que el autor da a la regla «genus...» el alcance de atribuir el riesgo al vendedor en la compraventa genérica. Mejor dicho, con este aforismo *Accursio* aludiría al hecho de que en la compraventa genérica (no perfecta la compraventa) el riesgo es del vendedor.

Con el resto de los textos en que *Accursio* menciona el aforismo «genus...» ocurre igual que con el primer texto aquí recogido, no se puede de ellos deducir que el autor tuviera in mente como presupuesto una imposibilidad absoluta (40).

Al igual que Azón, *Accursio* entiende que el deudor de una obligación genérica queda liberado, «ope exceptionis», si ofrecida y no recibida por el acreedor una cosa perteneciente al género, ésta perece después fortuitamente (41).

También Odofredo (42) se refiere al aforismo de forma clara. Así,

(38) *Op. cit.*, p. 240. Véase LONGO, *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazioni*, Napoli, 1893, p. 137. «Si tratta alcune volte nelle fonti di un periculum in un senso speciale, ma esso denota, di regola, un danno economico, che si rapporta giuridicamente ad una determinata persona».

(39) Quizá por VIVIANO, *Antuerpiae*, 1575 y *Lugduni*, 1569-1612.

(40) Así, glosa profcient a D.35,2,30,5, glosa certum a D.45,1,23, glosa Videmur a D.45,1,83,5, glosa *Exceptione* a D.46,3,72,pr., en glosa factum a D.12,1,5.

(41) *Gl. mortis* en C.4,48,6, gl. *Si cui homo a D.30,84,3, gl. exceptione a D.46,3,72, pr.*

(42) *Lectura super Codice*, *Lugduni*, 1552, reimpr. Bologna, 1968.

por ejemplo, en materia de riesgos en la compraventa dice en C. 4,48, 1-6: «*Sed si vendis mihi hominem in genere, licet Stichus perire, non est meum incommodum: quia genera perire non possunt...*». No parece en este texto considerar el supuesto de una imposibilidad sobrevenida a pesar de que más abajo diga que en los supuestos de compraventa genérica pura el «*periculum*» pertenece al vendedor siempre frente a lo que acontece con la venta de género limitado, donde no ocurre lo mismo (43). Y en C. 4,2,11,1 también recoge el aforismo «*genus*»: «*cum teneatis ad genus, non liberaberis interitu generis: quia genera perire non possunt*». Al igual que ocurría con el texto antes transscrito, no deja éste de presentar una gran ambigüedad. El texto, que habla de una pérdida del género, podría hacernos pensar en una imposibilidad sobrevenida; sin embargo, ocurre que poco antes el autor ha contemplado tan sólo el supuesto de que la cosa prestada («*ex mutuo*») haya perecido fortuitamente, caso en que indiscutiblemente el deudor no queda liberado pues su obligación no era la de entregar esa misma cosa que a él le fue prestada sino una cosa de la misma especie y calidad (44).

Finalmente, también cuando trata de la pérdida fortuita de las cosas ofrecidas «*post moram creditoris*», el aforismo sirve para justificar y explicar el diverso tratamiento de la obligación genérica y la específica (liberación «*ope exceptionis*» e «*ipsu iure*», respectivamente) (45).

Por lo que a los postglosadores se refiere, creo que podrían establecerse como líneas generales de su pensamiento en esta materia las siguientes:

— Excepto en algún autor, como en Cino, que sigue a Azón y Accursio, el aforismo «*genus perire non potet*» no se refiere, al menos de forma expresa y de modo general, a supuestos en que se produce una imposibilidad sobrevenida, y de alguna manera cabe deducir de sus comentarios que no piensan en una tal imposibilidad cuando citan el aforismo (46).

(43) «... aut vendis rem incertam de certis, aut incertam de incertis: si incertam de incertis, puta hominem in genere: tunc periculum erit venditoris... sed si rem incertam de certis, puta, si vendas unum de servis tuis: uno pereunte periculum erit tui vendentis. Sed si omnes pereant, periculum erit mei emptoris...».

(44) «... in lege ista dicitur, mutuavi tibi res mutuatis tibi res portasti domi; est postea domus tua cum ista pecunia est combusta. nunquid liberaberis: certe non: quia in mutuo cum transferatur dominum in accipientem, non liberatur debitor incendi eris alieni hoc dicit ista lex».

(45) «illa pecunia perdita est casu: licet hic tu debitor non liberaberis ipso iure, quia genera perire non possunt ut dixi supra tamen tu liberaberis exceptione...» (C.4,2,11,2; véase también C.4,32,19).

(46) Esto, por lo demás, es evidente y claro en BÁRTOLO, en D.12,1,5,11, n. 6: «*Ego dixi quod quantitas in genere non potest perire. Ponamus casum, quod pereat, v. g., debo tibi libras X grossorum Perusinorum contingit, quod per statutum huius civitatis ista moneta est reprobata, ita quod non potest expendi, an debitor liberetur? videtur quod sic, quia eadem est ratio, quae est in debitore speciei*», después de establecer que en la obligación genérica siem-

— Se establece una separación tajante entre la obligación genérica pura y la obligación de género limitado: mientras que a la primera se aplicaría el aforismo, la segunda recibe fundamentalmente el tratamiento de las obligaciones específicas (47).

— Constituido en *mora* el acreedor, el deudor se libera «ope exceptionis» si las cosas ofrecidas perecen fortuitamente (48).

pre que el acreedor no haya sido constituido en *mora accipiendo* «tunc periculum pertinet ad debitorem, quia quantitas in genere perire non potest»; y en C.4,2,11: «Casus fortuitus non liberat debitorem quantitatibus vel generis...»; también báse BALDO, en C.4,2,11, C.8,37(38),8,2; CINO, en C.4,48,6, n. 1; es una excepción como ya he dicho en el texto: en él el aforismo aparece también, como ocurría en los glosadores, como una regla de atribución del riesgo, pues considera también de manera clara el supuesto de la imposibilidad absoluta y objetiva. También SALICETO recoge el aforismo en C.4,2,11-1: «Casus fortuitus non liberat debitorem quantitatibus vel generis... Et est ratio quia genus non est quid materiale sed intellectuale tantum: ideo perire non potest. A debito autem certe speciei liberat... quia species est quid materia-tum et formatum: ideo perit», véase C.4,48,5,4, donde el aforismo sirve para justificar que el «periculum» pertenece al vendedor en la compraventa genérica. Por su parte, RAVANIS, en C.4,48,1 y 2, utiliza el aforismo para explicar que en la compraventa genérica el riesgo no es del comprador (C.4,48,1: «si esset contracta venditio in genere non esset periculum emptoris quia genus perire non potest»), porque en ella no se plantea el tema del riesgo (C.4,48,2: «... dico ego domine de tali vino ego vendo vobis c. amphoras. isto casu non est tractandum de periculo. genus enim perire non potest»). Los autores suelen extender esta interpretación del aforismo «genus...» a todos los autores del Derecho común; así, véase, por vía de ejemplo, ASTRUTI, *Obbligazioni (diritto intermedio)*, en «Enciclopedia del Diritto», XXIX, p. 108, y DILCHER, *op. cit.*, pp. 278 y ss.

(47) BÁRTOLO, en C.4,2,11: «Item quod hic dicit de debitore quantitatis, fallit quando quantitas debetur respectu certe speciei», y en D.12,1,5, n. 8; BALDO, en C.4,2,11; CINO, en C.4,2,11: «... quando est debitor generis vel quantitatis, refert: aut est debitor generis generalissimi, ut quia est debitor hominis, tunc licet omnes homines istarum partium pereant, non liberatur.. Aut est debitor generis subalterni, ut quia debet unum ex servis suis in genere, vel unum ex equis suis, vel decem libras monetae alicuius: tunc quia tale genus perire potest, si ante moram pereat, liberatur debitor, sicut et quando est debitor speciei: cum eadem ut ratio, ergo idem ius» y en C.4,48,6.

SALICETO, en C.4,2,11, n. 6 y 7: «... Iuxta hoc quero. pone totum genus peremptum nulla precedente debitoris nec creditoris mora an debitor liberetur. respondeo distinguendo interdum quis est debitor generis subalterni seu alicuius individui de genere subalterno. puta debet quis unum ex servis ius. tunc omnibus illis peresupstis ante moram liberatur: quia debitor est respectu certi corporis...», en el mismo sentido en D.12,1,5, n. 11.

BELLAPERTICA, también hace la distinción (en *Lectura institutionum* I. IV, 6,16, n. 14.

(48) CINO, D.12,1,5,2: «... dixi supra quando est debitor generis, quod non liberatur, verum, nisi fieret oblatio rei, et postea periret res oblatata: tunc enim liberatio contingit ope exceptionis. Sed hic resultat unum quare, vide-licet, debitor speciei per casum ante moram liberatur ipso iure... et debitor generis post oblationem, et sic ante moram liberatur, non ipso iure, sed ope exceptionis. Respondeo debitor generis non tenetur ad certum quid, sed obligatus est ad speciem indeterminatam: determinatam tamen per solutionem... et ideo ante solutionem non post appareat quae sit species, quae sit in obligatione: unde non liberatur eius interitus ipso iure, sed quando per creditorem stat, quo minus accipiat rem oblatam: et sic est aequum, quod tibi praejudicet, consultur debitori per exceptionis auxilium. Sed debitor speciei tenetur ad rem certam, et ideo casus ipsius rei ante moram suam

— El deudor de una obligación genérica no se ve liberado aunque tenga para él una gran dificultad el cumplimiento de la obligación. Parece que esa dificultad tampoco sería obstáculo para ser constituido en mora; sin embargo, esto último es más bien una opinión que distaba de ser unánime (49).

eum liberat ipso iure». BÁRTOLO, D.46,3,72, pr.a: BALDO (C.4,32,19, n. 3). SALICETO (D.4,2,11, n. 10).

(49) Véase la magnífica obra de HEYMANN, E., *Das Verschulden beim Erfüllungsverzug* (Marburg, 1913), pp. 96 y ss. Así, CINO manifiesta en C.4,2,11, n. 1: «... aut est debitor generis generalissimi, sit quia est debitor hominis, tunc licet omnes homines istarum partium pereant, non liberatur...» (Véase, en el mismo sentido D.12,1,5, n. 2). BÁRTOLO, en D.12,1,5, n. 14: «Aut est obligatio quantitatis et difficultas non impedit moram. Licet enim in perpetuum debitor non possit congregare pecuniam quaru debet, tamen in mora constituitur... Si enim debitorem non excusat casus (remisión a la 1. incendium) ... multominus difficultas...». (Véase también D.45,1,137,4 y 5; en este último número se dice expresamente que la dificultad no impide el cobro pues el caso fortuito no libera al deudor).

SALICETO, en C. 4,2,11, n. 7: «Iuxta hoc quero. pone totum genus peremptum nulla precedente debitoris nec creditoris mora an debitor liberetur. respondeo distinguendo interdum quis est debitor generis subalterni seu alicuius individui de genere subalterno. puta debet quis unum ex servis suis. tunc omnibus illis peremptis ante moram liberatur: quia debitor est respectu certi corporis ergo... Interdum quis est debitor generis generalissimi et hoc subdistingue aut illo perempto cessat omnis species et facultas humano generi illud genus reintegrandi vel restituendi: tunc debitor non morosus liberatur per ius interitum exemplum ubi fuisse debitor unius equi in genere tunc omni equo mundi perempto si foret possibile saltem nutu divino dico debitorem liberari: quia spes et facultad restituendi illud genus cessat. Aut haec spes et facultas non cessat in humano genere: et tunc debitor non liberatur. exemplum: ubi est debitor unius servi in genere. licet enim omnis servus periret adhuc spes est servos habendi per captivitatem hostium vel per venditionem liberi hominis ad pretium participandum ideo non liberatur cum non sit extinta obligatio: quia non ad unum ex tunc praesentibus tantum fuit restituta: sed ad unum servum simpliciter. Hinc est quod debitor unum ex his qui facti essent servi post obligationem solvere potest... Nec dicor hoc casu spectare fortunam adversam et casum certi hominis sed incerti quod licet... Concludo igitur istum passum cum quaeritur an debitor generis liberetur interitu aut creditor tunc erat in mora aut debitor aut neuter. primo casu liberatur... Secundo non liberatur... Tertio casu aut perit individuum generis et non liberatur quia supersunt alia de quibus solvere potest... aut perit genus totum et tunc distingue. aut erat debitor generis subalterni et liberatur... aut est debitor generis generalissimi et tunc aut non superest spes restituendi generis et tunc liberatur aut subest spes restitutio- nis et non liberatur quandiu spes illa durat sed exactum defertur. et haec de debito generis...».

Por lo que a la mora se refiere, mientras que para Accursio la dificultad del deudor no parece que fuera causa de excusa (V. DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen...*, p. 41) en ningún tipo de obligación, para los comentaristas constituye ésta una causa que excusa al deudor generalmente (V. DILCHER, *op. cit.*, pp. 43 y 44). De ahí, seguramente, que el autor antes citado no haga ninguna alusión al tema en relación con la obligación genérica.

Entre los segundos, en cambio, y sobre todo desde Bárto, preocupó la solución que en este tipo de obligación debiera darse a la cuestión.

Para Bárto la «sedes materiae» se encuentra en D.12,1,5, que refiere el autor a la obligación específica y en el texto de D.45,1,137, y que trata, según él, de la obligación genérica (sobre las distintas interpretaciones que de estos dos textos hicieron glosadores y comentaristas, véase HEYMANN, *op. cit.*,

En cuanto a nuestro Derecho histórico hay que decir que a grandes rasgos valen las ideas expuestas acerca de los postglosadores (50).

pp. 93 y ss.). (Conviene saber también que en esta sede D.45.1.137-4, habla Bártholo no sólo de la «difficultas» referida al nacimiento de la obligación, sino que también alude a la misma en relación con el cumplimiento de la obligación, la mora y la pena (pena convencional).

Frente a lo que ocurre en la obligación específica, en la obligación de cantidad la «difficultas» no impide que se constituya la mora. (Véanse los textos en este mismo apartado). «Si enim debitorem non excusat casus multominus difficultas», argumenta el comentarista.

Con independencia del razonamiento hecho por Bártholo, que conecta la cuestión de la imposibilidad de la obligación-liberación del deudor con el tema de la mora del mismo, su apoyo en las fuentes romanas ha sido y es duramente criticado. Así, se entiende que ni los textos de Venuleayo y Pomponio (véase HEYMANN, *op. cit.*, p. 98) se refieren exclusiva y respectivamente a la obligación genérica y a la específica, ni era posible imaginar en el Derecho romano una mora absolutamente independiente y desconectada de la culpa (véase LEMPPENAU, *op. cit.*, p. 36; KASER, *op. cit.*, I, p. 515. Sin embargo, véanse las matizaciones de este último en *op. cit.*, II, p. 358, n. 9, a raíz de un trabajo de Jakobs de 1974). También creo necesario en este punto hacer constar con referencia al tema de la imposibilidad sobrevenida los importantes cambios que a raíz del Derecho postclásico se producen en relación a problemas como el de la condena pecuniaria o el del juego de la buena fe, entre otros, que constituyan el contexto fundamental del tratamiento de aquel tema. Véase para ello WOLLSCHLÄGER, *op. cit.*, pp. 18 y ss., y 38 y ss.; HORN, *Aequitas in den Lehren des Baldus*, KölN, 1968, pp. 162 y ss., y DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtslehre*, en «SZ 78».

(50) En la Quinta Partida, título V, ley XXIV («A quien pertenesce el pro, o el daño, en las cosas que se suelen contar, o pesar, o medir, o gustar, despues que fuessen vendidas») la glosa «Vino» de Gregorio López precisa el supuesto de hecho recogido en esta ley cuando dice: «Intellige, quando venditur in genere subalterno, ut in vino tallis cellae, vel dolii, nam si esset in genere generalissimo, non cadit tractatus de peremptione, vel deterioratione, quia genus perire non potest,...». Para el glosador, por tanto, el aforismo «genus...» sirve para poner de manifiesto la imposibilidad de que tenga lugar en una obligación genérica pura una imposibilidad sobrevenida. Precisamente por eso Gregorio López refiere la susodicha ley a la compraventa de género limitado. Por tanto, es también fundamental para el glosador de las Partidas la distinción que los glosadores y comentadores hacían entre obligación genérica pura y de género limitado. (Véase también las glosas «cosa señalada» y «Fazer» a la ley XVIII, título XI de la Quinta Partida).

La misma idea es repetida por Hermosilla (*Resolutiones ad leges Partitas; Notae, additiones et resolutiones ad glossas legum Partitarum* D. Gregorii Lopetii 1751 t. II, tit. V 1. XXIV; add. gloss. I, 2); y también en sede de mutuo (t. 6, tit. I, 1. X add. glossae II).

También Antonio Gómez se enfrenta con el tema aquí examinado. A continuación recogemos dos textos del autor que aluden al aforismo «genus...»: «... vere, et resolutive dico, quod si quis vendat certas amphoras vini, vel olei, in genere, et simpliciter, non designato, vel determinato loco, ex quo debeat extrahi, et fieri solutio, damnum, et periculum erit venditoris, licet illud, quod haberet in suo patrimonio, pereat: quia genus perire non potest...». (*Variae Resolutiones* t. II, cap. II, n. 32 Venetiis 1735). El texto se refiere claramente a las obligaciones genéricas puras y con el aforismo «genus...» parece aludirse tan sólo a la imposibilidad de la imposibilidad sobrevenida en este tipo de obligaciones (licet illud, quod haberet in suo patrimonio, pereat), y ello a pesar de que en el texto se diga «damnum et periculum erit venditoris». No se utiliza aquí el término «periculum» en el sentido que hoy

SEGUNDA PARTE

Como ya se advirtió en la introducción a este trabajo, la segunda parte del mismo, que ahora comienza, pretende hacer un recorrido por aquellas instituciones pertenecientes a la parte especial del Derecho civil en las que se insertan obligaciones genéricas. En cada una de

entendemos de riesgo de la obligación, sino en un sentido mucho más amplio.

Más interesante es, sin duda, el segundo texto, que a continuación se transcribe. Está el autor tratando de la naturaleza jurídica de la obligación genérica, y frente a la opinión que ve en ésta una obligación alternativa, entre otros argumentos expone el siguiente: «... quia peremptis rebus alternative promissis perit et extinguitur ipsa obligatio, et debitor remanet liberatus... Confirmatur, quia sicut perempta sola re, quae simpliciter debetur, extinguitur obligatio, ... ita etiam peremptis rebus alternative debitis extinguitur obligatio rerum. Si vero est promissio generica, peremptis rebus contentis sub genere, non perit ipsa obligatio, quia genus perire non potest... Quod ingeniose et speculative declaro isto modo, quod si omnes res illius generis pereunt, taliter quod sit spes et facultas in genere humano habendi illa res: ut si quis promisit servum in genere, et perirent omnes servi de mundo, tamen subest spes serves habendi per captivitatem hostium, vel per venditorem liberi hominis ad pecuniam participandam; unde debitor non liberatur, nec extinguitur obligatio, quia non fuit restricta ad unum ex servis praesentibus tantum, qui erant tempore contractus, sed ad unum servum simpliciter et absolute: si vero omnes illius generis perirent, taliter quod cessat omnis spes et facultas humano generi illas res habendi, et illud genus restaurandi, ut si quis promisit equum in genere, et nutu divino omnes equi de mundo perirent, et nobis fuissest possibile scire, debitor liberaretur, quia cessat spes et facultas illud genus restituendi, et in terminis istum passum declarat solus Salic in...» (*Variae Revolutiones*, tomo II, cap. XI, n. 49). Para Antonio Gómez, por tanto, el aforismo «genus...» viene a significar la gran dificultad para que el deudor de la obligación genérica se vea liberado por una imposibilidad sobrevenida: la propia configuración de este tipo de obligaciones impide en buena medida que se produzca una imposibilidad sobrevenida total y definitiva. Puede darse una imposibilidad transitoria, puede tener el deudor grandes dificultades para realizar la prestación porque (véase el texto anterior) las cosas del género «debito» que tenía en su patrimonio han perecido; pero todo ello no basta para que el deudor sea liberado de su obligación. Pero si se diera la improbable imposibilidad sobrevenida absoluta y permanente de modo fortuito el deudor quedaría liberado.

Sea como fuere, lo que sí parece claro es que ni nuestro Código, ni sus antecedentes más inmediatos, los Proyectos de 1836 y 1851 y el Anteproyecto (1882-1888), se preocuparon, como, por ejemplo, haría después el Código alemán, de dedicar algún precepto al tema aquí examinado. Quizá, luego se verá si así es, sólo en sede de riesgo en el contrato de compraventa. Pero de algún modo, implícitamente, se hace alguna referencia al problema de la imposibilidad en la obligación genérica en sede de obligaciones en general cuando se trata de la pérdida de la cosa debida. En efecto, el párrafo primero del artículo 1.160 del Proyecto de 1851, antecedente del actual 1.182, decía: «Cuando la deuda consistiere en una cosa cierta y determinada, y se perdriere sin culpa del deudor, y antes de constituirse éste en mora, la obligación queda extinguida». Glosa García Goyena las palabras «cosa cierta» y «determinada» del siguiente modo: «porque la cantidad y el género nunca perecen. Así, debiéndose genéricamente o en abstracto un caballo u otra cosa indeterminada, como en el caso del artículo 691, no tiene lugar este medio de extinción. Pero las mismas cosas fungibles pueden pasar a ser especies o cuerpos determinados por la designación del lugar; *Pecuniae, quae*

ellas se examinará el problema del «periculum obligationis». Se ha creído conveniente a tal efecto distinguir entre relaciones obligatorias unilaterales y relaciones obligatorias bilaterales y en las primeras según que tuviesen un carácter restitutorio o no. La razón de la sistemática seguida es que en uno y otro tipo de relaciones el tema del riesgo tiene un planteamiento diferente (51) y ofrece perspectivas distintas para su solución (52). Dentro de las relaciones obligatorias unilaterales, el mutuo y el legado de cosa determinada genéricamente constituirán el objeto de nuestra atención. Entre las bilaterales se estudiará la compraventa genérica.

I.—RELACIONES OBLIGATORIAS UNILATERALES DE CARÁCTER RESTITUTORIO: EL MUTUO

Sin ninguna norma en la regulación general de las obligaciones y, dicho sea de paso, no muy satisfecho ni del todo convencido acerca de las soluciones encontradas, nos vemos forzados sin duda alguna a indagar los preceptos que hacen referencia a los contratos en especial, con el expreso deseo de encontrar alguna información que dé alguna base mayor a lo anteriormente dicho o arroje alguna luz sobre el tema.

Encontrándonos ante obligaciones unilaterales y en sede de genéricas no dudamos en examinar los artículos que el Código dedica al mutuo o simple préstamo donde una parte entrega a la otra dinero u otra cosa fungible con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1.740). Nos interesa detenernos en los artículos

in arca est, vel vinum quod in apothecis est, ley 30, libro 30 del *Digesto*. Si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim, et hi sine culpa promisoris perierint: nihil nobis debetur, ley 37, título 1, libro 45 del *Digesto*. Como se ve, para García Goyena, en resumen, no cabe este medio extintivo de la obligación para las genéricas. Esta sería la razón de que en este precepto, como en el actual 1.182, el supuesto de hecho contempla sólo la obligación específica. Otros preceptos hay en el Proyecto de 1851 que interesa traer a colación, pero al igual que vamos a hacer con otros textos esta tarea será cumplida en la segunda parte del trabajo. (Véase el art. 1.987 del Proyecto de 1836). Véase también GUTIÉRREZ, *Códigos fundamentales sobre el Derecho civil español*, IV, p. 177, 2.^a ed., Madrid, 1871.

(51) Respecto de las relaciones obligatorias unilaterales se ha llegado a discutir incluso la posibilidad de hablar de riesgo. Véase sobre esta discusión BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I, pp. 173 y ss. En general, sobre el tema, ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, pp. 97 y ss.

(52) Se discute por algún autor la utilidad de la distinción entre obligaciones unilaterales y bilaterales en este tema. Gorla, por ejemplo (pp. 31 y ss.), que centra el problema sobre el carácter commutativo o no de las obligaciones. Sin perjuicio de que nos sirvamos de la commutatividad a la hora de resolver los problemas que se plantean, al igual que nos serviremos del dato de la titularidad dominical, y no aceptamos la regla «casum sentit dominus», preferimos seguir la distinción aquí propuesta, entre otras cosas porque al menos en nuestra doctrina tiene unos perfiles más claros que la que separa las obligaciones commutativas de las que no lo son. Además, la subdivisión que se hace respecto a las relaciones obligatorias unilaterales puede servir para obviar los problemas que a aquella distinción se imputan.

1.753 y 1.754 del Código. Según el primero «el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

Esta obligación de devolución del mutuatario se desenvuelve en el siguiente precepto: «La obligación del que toma dinero a préstamo se regirá por lo dispuesto en el artículo 1.170 de este Código. Si lo prestado es otra cosa fungible, o una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio».

En el artículo 1.753 se nos dice por una parte que el mutuatario deviene propietario de las cosas que le han sido entregadas y por otra parte que queda obligado a restituir el «tantumdem», aunque sufra alteración en su precio, añade el artículo 1.754, con lo que se atribuye al mutuatario el aumento o la disminución del valor de las cosas prestadas a su riesgo o beneficio.

Ante estos preceptos se nos ocurre preguntar: ¿Sigue obligado el mutuatario a devolver el «tantumdem» si la alteración del precio de las cosas es exorbitante? Aún más, supongamos una imposibilidad absoluta y objetiva del mutuatario de entregar las cosas debidas. ¿Quedaría por ello liberado de su obligación?

Ninguna respuesta hallamos en el Código.

Precepto específico para esta cuestión contenía, en cambio, el Proyecto de 1851, que en su artículo 1.647 decía: «Cuando sea imposible restituir otro tanto de la misma especie y calidad, entregará el deudor su precio regulado por el que tenía la cosa prestada en el lugar y tiempo en que deba hacerse la restitución, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior» (53).

El texto del Proyecto de García-Goyena es muy confuso y está necesitado de una interpretación que aclare su verdadero sentido; así lo exige su redacción ambigua y contradictoria. En efecto, en el artículo mencionado se establece la obligación del deudor de entregar el precio «que tenía la cosa prestada en el lugar y tiempo en que deba hacerse la restitución»; es indudable, en nuestra opinión, la defectuosa construcción de la frase, los tiempos de los dos verbos utilizados no se corresponden, no encajan en ella el pretérito imperfecto de indicativo con el presente de subjuntivo; uno y otro tiempo nos inducen a interpretar de diverso modo el precepto. El «tenía», por lo que implícitamente implica, nos hace pensar, en relación con el tiempo de la restitución, en una «mora debitoris», justificativa de una «perpetuatio obligationis» caso de imposibilidad sobrevenida fortuita, en la que se establecería por la ley la cuantía de la responsabilidad. El «deba», por su parte, parece, sin embargo, aludir a una verdadera imposibilidad sobrevenida, fortuita, extintiva de la obligación y liberatoria del deudor en la normalidad de los casos, pero que aquí, en el supuesto del mutuo, de manera excepcional, no llevaría aparejada esas consecuencias

(53) GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., p. 853.

normales dichas, sino que produciría una modificación objetiva de la obligación del mutuatario sustituyéndose la prestación inicial de entrega de una cantidad de cosas fungibles por otra cuyo objeto sería una cantidad de dinero, cuyo montante nos vendría dado por el precio de las cosas debidas. Sin embargo, así interpretado el precepto, encontramos para su aplicación una dificultad práctica importante y ésta sería el modo de saber el precio de la cosa cuando se debe, si realmente es imposible su entrega.

Por su parte, el mismo García-Goyena, comentando el precepto (54), nos dice: «El valor o precio de la cosa se ha de regular siempre por el del tiempo y lugar en que debió ser restituida: el acreedor no puede aspirar a más ni el deudor ofrecer menos: respecto de uno y otro, la cosa, cuya devolución es imposible, está representada por su precio, atendidos al tiempo y lugar en que debió ser restituida». Aquí el autor habla de «debió ser restituida».

No obstante, aunque se estimase que el artículo 1.647 del Proyecto de 1851 se estaba refiriendo al supuesto de que el deudor se haya retrasado en el cumplimiento de su obligación, esto no supone necesariamente que incurriera en mora, ya que el artículo 1.007 del mencionado Proyecto exigía, como exige nuestro artículo 1.100, el requerimiento del acreedor (55) y por lo tanto, siguiendo los preceptos generales de las obligaciones no alcanzarían los efectos de la mora (entre otros el de la «perpetuatio obligationis») al deudor que incurrió en mero retraso en el cumplimiento de su obligación, y en cambio quedaría cubierto este supuesto por el artículo 1.647 del citado Proyecto. De esta forma el precepto no sería inútil, sino que sería una forma de determinarse por la ley una mora automática, no necesitada de requerimiento por el acreedor, si bien aquí no se nos habla sino de la atribución al deudor de uno de los efectos de la mora: el de la responsabilidad por la pérdida o destrucción fortuita de las cosas debidas (56); y nada se nos dice del otro efecto: el de la responsabilidad por los demás daños y perjuicios que el retraso en el cumplimiento le ocasione al acreedor (57).

Cabría, finalmente, otra interpretación del precepto. Sin duda sería la que menos alcance daría al mismo. Según ella, el artículo presupone que el deudor se encuentra ya en mora y establece para el caso de imposibilidad la cantidad a indemnizar, atendiendo a un criterio objetivo y sin perjuicio de que el acreedor probando otros daños pueda reclamar más. La única finalidad del artículo sería establecer el tiempo y lugar respecto a los que hay que realizar la valoración del objeto de la prestación. Esta sería, como más adelante veremos, la interpretación más acorde con los antecedentes del artículo (58). Además, podría

(54) *Op. cit.*, p. 861.

(55) Véase GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pp. 539 y 540.

(56) Artículos 1.096, tercer párrafo, y 1.182 actuales, correspondiente a los 1.006 y 1.160 del Proyecto de 1851.

(57) Artículos 1.101 del Código, 1.011 del Proyecto.

(58) En este punto conviene tener en cuenta que, al contrario de lo que

apoyarse en la propia lógica del sistema en la medida que respeta más que las otras interpretaciones la normativa general.

Después de todo lo anterior, queda sin responder si en el supuesto de imposibilidad fortuita sobrevenida anterior al tiempo en que la restitución debió llevarse a cabo habría que llegar a la solución del mencionado precepto 1.647 del Proyecto de 1851 en la primera de sus posibles interpretaciones. Si la respuesta fuera afirmativa, ello supondría la atribución al mutuatario (deudor) de los riesgos sin paliativos, y, consiguientemente, un caso tal vez especial, quizá meramente histórico (no tanto si el artículo 312, párrafo 3.º del Código de comercio recogiera la misma solución), en que el aforismo «*genus nunquam perit*» brillaría con todo su esplendor y pasaría a ser una máxima jurídica con el carácter de apotegma.

Ya hemos visto las dificultades que presenta el precepto del Proyecto de García Goyena. En principio la solución afirmativa parece la correcta, pues cuando el artículo habla de imposibilidad no distingue para nada entre la fase anterior y la posterior al tiempo del cumplimiento, pero la redacción confusa del precepto, así como el posterior comentario de García-Goyena, de alguna forma parecen contradecir esa inicial impresión restringiendo el supuesto de hecho tan sólo a los casos de retardo en el cumplimiento de la obligación de restitución. Además, existe otro dato, y es que en el artículo 1.647 del Proyecto se establece para el caso de imposibilidad de restituir el tantumdem la obligación del deudor (mutuatario) de entregar el precio de las cosas al tiempo en que deba ser restituída; y se nos hace difícil encontrar la forma de averiguar tal precio si resulta que ha devenido imposible la obligación de restituir el tantumdem con anterioridad a ese tiempo en que se debió entregar (por ejemplo, por extinción de la especie o por la prohibición de su tráfico). Distinto sería si la estimación se refiriera al momento de la constitución del préstamo, pues con ello se hubiera salvado indudablemente este difícil escollo. Si a todo ello se añade la oposición que supondría tal interpretación del Proyecto a la regulación general del Derecho de obligaciones en materia de riesgos, parece imponerse una respuesta negativa a la pregunta formulada.

Pero frente a estas consideraciones, cabe aún hacer otras, no menos importante, desde la puramente dogmática de que el mutuatario devino propietario de las cosas a él entregadas y «*res perit domino*» hasta la más contundente de que si el mutuatario se viera liberado por una imposibilidad sobrevenida se produciría un enriquecimiento del mismo (59). Sobre todo ello se hablará más adelante.

En esta tesitura, y antes de exponer otras consideraciones al respecto, estimamos conveniente tener en cuenta el artículo 1.903 del

el Proyecto dispone, en el Derecho romano, en nuestro Derecho histórico, al igual que en el Derecho común, no era necesario para la constitución en mora el requerimiento para las obligaciones a término.

(59) Sobre todo ello se hablará más adelante.

Código civil francés al que en buena medida, reconoce García-Goyena, siguió el Proyecto, y los precedentes del mismo.

Y el precedente más cercano lo encontramos en el Proyecto de 1836. Su artículo 1.342 dice así: «El prestamista (60) queda obligado a devolver otro tanto como recibió, de la misma especie y calidad; si no pudiere verificarse la devolución de las cosas en especie, cumplirá dicho prestamista pagando el valor equivalente en dinero, según las reglas que se expresan en los artículos 1.346 y 1.347». No parece discutible que el artículo contempla el supuesto de una imposibilidad total, sobrevenida y fortuita, sin que el deudor se encuentre constituido en mora. La clara redacción del precepto transrito, los criterios de valoración establecidos en los artículos 1.346 (61) y el texto del artículo 1.344 (62) aportan argumentos que no dejan lugar a dudas. También en *Las Partidas* encontramos un claro precedente, en la Ley 85, título I, Partida Quinta, que, por cierto, no es recogida, ni siquiera citada, por García-Goyena. Dice así el mencionado texto: «Si alguna de las cosas que se pueden contar, pesar o medir, emprestasse un ome a otro, señalando dia e logar, a que gela debia dar el debdor, tenudo es de gela pagar en aquel dia, e en aquel logar que puso con él. E si por aventura no toviere de que le dé otro tanto atal, como aquello que le fue prestado, débelle dar tanto precio porende, quanto montare, e valiere aquello que le presto. E debe ser contado según valiera otra tal cosa, como aquella que fue prestada en aquella sazon e en aquel lugar do la ovo pagar. E si non fue señalado dia, sin lugar, en que oviese de ser fecha la paga, debe ser contado, e asmado, segund que valiere en aquel lugar do la face la demanda, a la sazon que gelo demandare despues en juysio».

Con el texto alfonsino nada se aporta al problema planteado. En todo caso apuntaría a la solución negativa del problema si tan sólo tuviéramos en cuenta este texto, pues según él la posición del mutuatario aparece en principio como privilegiada; en efecto, parece como si el deber de entregar el mutuatario la estimación de las cosas prestadas,

(60) Prestamista se llama al hoy llamado prestatario. Véase ESCRICHÉ, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1876, voz «Prestamista», T. IV, p. 659.

(61) Estos no ofrecen ninguna dificultad de aplicación en el caso de imposibilidad sobrevenida. Art. 1.346: «si el préstamo hubiere consistido en cosas o especies, y éstas se hubiesen apreciado al tiempo de celebrarse el contrato, deberá el prestamista devolver tanta cantidad de las mismas cosas prestadas cuanta sea necesaria para cubrir el valor que se le dio, bien se haya disminuido o aumentado el precio de aquélla». Art. 1.347: «si en el contrato no se hubiere designado el valor de la cosa prestada, se regulará éste por el que tenía en el lugar donde se hubiere celebrado el contrato y al tiempo de su otorgamiento». En LASSO GAITÉ, *Crónica de la Codificación Española*, 4 «Codificación civil», II, Madrid, 1979.

(62) «El prestamista que no devolviere la cosa prestada o su equivalencia en defecto de aquélla, al plazo convenido, estará obligado a indemnizar al prestador de los gastos y perjuicios que haya sufrido por su morosidad, y deberá además abonarle el importe del interés legal de la deuda desde el día de la demanda».

más que un deber subsidiario de la obligación de restituir el tantumdem cuando ésta torne de alguna forma imposible, consistiera en una facultad del deudor al que se le da a elegir entre una u otra prestación, o el tantumdem o la estimación, tal es la redacción de la ley de Las Partidas «o si no toviere», que nos conduce a plantearnos estas dudas. Sin embargo, es claro que no es así, la rigurosidad con que se trata al prestatario en las otras leyes que el texto alfonsino dedica al mutuo nos demuestra a las claras que la situación de aquél es muy otra en el punto del cumplimiento de su obligación; así lo manifiestan las leyes 2.^a y 10.^a del mismo título y capítulo de la Quinta Partida (63).

Ahora bien, si esto parece cierto, que la citada ley no concede al mutuatario ninguna facultad de elegir para el cumplimiento de la obligación entre una cantidad de cosas de la misma especie y calidad y su estimación en dinero, no parece menos cierto otra cosa: los autores que comentaron o glosaron el texto lo refirieron siempre al supuesto en que el mutuatario estaba ya en mora (64). Así, el glosador de Las Partidas extracta la ley del siguiente modo: «Si in termino praefixo mutuum non solvitur: post moram a esse estimatur quantum valet in loco ubi erat solvendum, sed non apposita die, nec loco, aestimatur secundum valorem tempore petitionis in judicio factae, et loci ubi pretitetur, hoc dicit». Y esta opinión está latente en las diversas glosas a la ley. También Hermosilla: «mutuum reddendum esse eiusdem qualitatis, et bonitatis in termino praefixo, et loco designato, alias ad aestimationem post moram, debitorem teneri... et si vult creditor potest ipsam rem persegui, et simul ad aestimationem damni sibi illati agere...» (65). El mismo autor, más tarde, parece plantearse el supuesto de la imposibilidad de la prestación sin que el deudor haya incurrido en mora: «et antequam debitor in mora solvendi sit constitutus, nec interesse damni emergentis, nec lucri cessantis peti potest (65); pero otra cosa se deduce de estos textos; que en el supuesto de «mora debendi» el acreedor tiene la facultad de elegir entre pedir la cosa o su estima-

(63) Ley 2.^a: «... Pero tenudo es de dar á aquel que gela prestó otra tanta, é atal, é tan buena como aquella que le prestó, maguer ningunas destas cosas non dixesse señaladamente el que la emprestasse. E devegela dar al plazo que pusieren entre si cuando la cosa fue prestada. E si el plazo no fue puesto devegela dar á voluntad del que la prestó, diez días después que fue prestada». Ley 10.^a: «Tal fuerza ha el prestamo que los omes facen unos á otros, de las cosas que se pueden contar, ó pesar, ó medir, que luego que passa la cosa á poder de aquel á quien fue prestada, que maguer la quemé fuego, ó la lleve agua, ó la furten ladrones, ó la pierdan por otra manera cualquier, por de aquel se pierde que la recibe presdada, é non por del otro que la prestó. Otrosi decimos, que aquel que toma la cosa prestada, si non la torna á la sazon que devia, que tenudo es de pechar aquella pena á que se obligó por esta razon. E si pena non fue puesta, deve pechar los daños, é los menoscabos que recibió el otro en demandar la cosa que se prestó. E para esto pagar, son tenudos también los herederos de los que tomaron el prestamo, como ellos mismos».

(64) Véase nota 58.

(65) *Resolutions ad leges Partitas* D. Gregori Lopeti 1751, tomo I. add. glossae I. 1. VIII.

ción, facultad que no tiene en los supuestos en que el deudor no ha incurrido en mora. El texto de *Las Partidas*, estrechamente unido al de D. 12,1,22, se encuentra en conexión con el tema de la condena pecuniaria y el problema de la estimación del valor de la prestación.

El mencionado texto del *Digesto*, citado por García-Goyena, nada tiene que ver por tanto con el problema aquí planteado: el de la imposibilidad sobrevenida de la prestación en relación con la obligación del mutuatario. El pasaje, tanto originariamente (66), como en la interpretación que de él hicieran glosadores y comentaristas (67), se refirió al problema del tiempo y lugar respecto de los que la valoración de la originaria prestación debía hacerse.

Por lo demás, ningún texto hemos encontrado en el Derecho romano, ni en los autores del Derecho común, que abordara el problema de la imposibilidad sobrevenida de la prestación en la obligación del mutuatario de entregar otro tanto de la misma especie y calidad. Ni los textos recogidos en D. 44,7,1,4 y en Inst. 3,14,2, ni las glosas y comentarios que ellos suscitaron pueden conducir a pensar otra cosa (68).

De todo lo dicho hasta aquí se deduce con claridad una conclusión inmediata: los preceptos examinados, recogidos en los proyectos de nuestro Código civil y en algunos códigos extranjeros, obedecen seguramente a una errónea interpretación del texto de D. 12,1,22. Los principios «*dies inter pellat pro homine*» y de condena pecuniaria, que eran el contexto esencial de la solución romana, habían desaparecido en aquellos códigos. Posiblemente el legislador no se percató de ello, y se limitó a transcribir una regla que había sido indiscutida a lo largo

(66) Véase KASER, *op. cit.*, I, p. 500. El texto es el siguiente: «*Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est: quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset an cum item contestatus fuisset an cum res iudicaretur. Sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, si dictum non esset, quanti tunc fuisset, cum petitum esset. interrogavi, cuius loci pretium sequi oporteat. respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset, si dictum non esset, quanti ubi esset petitum.*»

(67) Aunque no se refiere directamente al tema aquí estudiado, es interesante el trabajo de DÜCHER, *Geldkondenzation und Sachkondenzation in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, cit.

(68) Así dicen los textos citados: D.44,7,1,4: «*Et ille quidem qui mutuum accepit, si quilibet casut quod accepit amiserit nihil minus obligatus permanet...*» e Inst. 3,14,2: «*Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur, ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. et is quidem qui mutuum accepit, si quilibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio ruina naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihil minus obligatus permanet...*». Los textos, ambos, hacen referencia a la distinción entre «*mutuo*» y «*comodato*». Entre otras diferencias se apunta que la destrucción... por causa de fuerza mayor de la cosa entregada, no libera al mutuatario, frente a lo que ocurre al comodatario. Ello es lógico si se piensa que aquél no está obligado a entregar las mismas cosas que recibió, sino otras de la misma especie y calidad. La Glosa remite a la ley *indendium*, cuyo contenido y comentario fueron ya examinados, para explicar la solución dada aquí para el «*mutuo*».

de la historia. Es precisamente este cambio contextual el que provoca las dificultades para llevar a cabo hoy una interpretación mínimamente satisfactoria de la misma (69).

Es sumamente extraño que los autores extranjeros, al comentar los respectivos preceptos de sus códigos donde se encuentra regulado el tema aquí planteado (70), no hagan alguna alusión a estos antecedentes. Extraño en la medida que estos preceptos recogen una regla excepcional, por lo menos en principio, en Derecho de obligaciones (la imposibilidad sobrevenida, total... y fortuita, no libera al deudor), y que además imponen la consideración de un supuesto de hecho casi imposible en la explicación del aforismo «genus nunquam perit» dada por aquellos autores. Más extraño resulta aún si se tiene en cuenta que un autor tan cercano a la codificación civil como Domat exponía la cuestión siguiendo las pautas del Derecho histórico (71).

Todo lo anteriormente dicho ha servido para explicar las razones de la existencia de unos preceptos de dudosa utilidad práctica y de un tenor ciertamente confuso. Pero el problema inicialmente planteado sigue en pie. ¿Queda liberado el mutuatario si su obligación deviene fortuitamente imposible?

Como ya hemos dicho, el tema no lo hemos visto planteado ni en el Derecho romano ni en los autores del Derecho común. Pero no ha faltado quien se haya enfrentado con la cuestión, si bien constituye una rara excepción a la regla, tratando de buscarle una solución en base a los textos romanos. Así, Huschke (72), tras exponer la posibilidad de que el problema se presente, rechaza de plano la idea de que el deudor quede liberado como ocurre en una obligación específica (en un comodato, por ejemplo) (73). A esta conclusión se opone, según el autor, el natural sentido jurídico. Dejando a un lado otras relaciones jurídicas y centrándose única y exclusivamente en el contrato mutuo entiende que la propia naturaleza de este contrato, las características que le separan de los otros contratos reales (74), lleva precisamente a la so-

(69) Así, por ejemplo, CARRESI: «Cio pro non esclude che la disposizione sia, oltreche di difficile giustificazione dogmatica, anche infelicemente redatta e tale da dar luogo a gravi e motivati dubbi nella sua interpretazione.

(70) Véase más adelante el texto transscrito de dichos artículos.

(71) «Les loix civiles dans leur ordre naturel», tit. VI sec. III, núms. 4 y 5: «Si celui qui a emprunté d'autres choses que de l'argent, ne les rend pas au terme, ou ne les red pas telles qu'il les doit, il en pairera l'estimation. 5. L'estimation de la chose empruntée que le débiteur est en demeure de rendre, comme du vin, du blé et autres choses se fait aux prix du temps et du lieu ou elle devait être rendue, parce qu'elle était due alors, et en ce lieu; et si le temps et le lieu n'étaient pas réglés par la convention, l'estimation s'en fera au prix du temps et du lieu où la demande est faite. Si ce n'est que le circonstances et les presomptions de l'intention des contractans obligent à régler cette estimation sur un autre pied». En cambio, es distinta ya la interpretación que hace POTTHIER del citado texto del *Digesto*, en *Traité de contrats de bienfaisance*, I, París, 1807, pp. 102 y 103.

(72) E. HUSCHKE, *Die Lehre des Romischen Rechts vom Darlehn*, Stuttgart, 1882, pp. 221 y ss., especialmente interesan aquí pp. 233 y ss.

(73) *Op. cit.*, p. 236.

(74) Véase *op. cit.*, pp. 8 y ss.

lución contraria; que la pérdida del «genus», sobre el que se concertó el mutuo, no extingue la obligación de él nacida, sino que sólo supone que el acreedor debe contentarse con la estimación (75): el mutuatario, al recibir las cosas prestadas, ve de una manera efectiva aumentado su patrimonio, a la vez que en éste se produce una disminución a través de la obligación que ha venido a engrosar un pasivo. Ahora bien, para Huschke, mientras que el aumento patrimonial es real, el mutuatario queda obligado en su patrimonio sólo ideal o abstractamente, ya que debe tanto de la misma calidad que lo recibido, que como tal sólo existe en el intelecto. Y esta disminución patrimonial en forma de deuda no puede de hecho percibir, precisamente porque ella (en un objeto) no existe realmente. En esto es ciertamente verdadera la regla de que «genus» como «debitum interire non potest», según el autor.

Por lo que se refiere al Derecho moderno, es obligado una referencia a aquellos códigos extranjeros que se han ocupado del tema. El artículo 1.903 del Code napoleónico establece: «S'il est dans l'impossibilité d'y satisfaire, il est tenu d'en payer la valeur en ègard au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'aprè la convention. Si ce temps et ce dieu n'ont pas été réglés le paiement se fait au prix du temps et du bien où l'emprunt a été fait».

Dos son las preguntas que se nos ocurren tras una rápida lectura del precepto: ¿De qué imposibilidad habla el artículo? ¿Qué debe pagar en tal caso el mutuatario? Por lo que a la primera pregunta se refiere, algún autor como Laurent, ha manifestado que la norma no se refiere a la imposibilidad absoluta: «une impossibilité pareille n'existe jamais en fait de denrées; il faudrait supposer, disent les auteurs, que les choses qui ont fait l'objet du prêt ont été mises hors du commerce; ce qui est une hypothèse d'école» (76). Pero esta opinión, así como otras que por distintos motivos excluyen de la aplicación del artículo a la imposibilidad absoluta son aisladas (77). La mayoría de los autores no dudan en incluir a la imposibilidad absoluta junto con la relativa en el supuesto de hecho del artículo 1.903 del Código. Lo único que se discute en si en el supuesto de que sobrevenga una alteración importante de los precios de las mercancías cabría aplicar también el precepto (78). En cuanto a la segunda pregunta se refiere, gran parte de los autores se limitan a transcribir las soluciones recogidas en el

(75) *Op. cit.*, p. 237. En la página anterior y en la última citada desarrolla Huschke los fundamentos de la tesis mantenida:

(76) *Principes de Droit civil*, XXVI, pp. 519 y ss. (4.^a ed., Bruxelles, París, 1887). Añade Laurent otro argumento a su tesis: el texto del artículo se refiere claramente a una imposibilidad relativa: «s'il est dans L'impossibilité...».

(77) Así, Huc, t. XI, núms. 175-176: «On a prêtendu, toutefois, mais cette opinion est isolée, qu'en cas d'impossibilité absolue de restituer la chose en nature, l'emprunteur serait libéré, sauf à restituer la valeur de ce dont il s'est enrichi».

(78) Véase, por todos BAUDRY-LACANTINERIE (A. Wahl), *Traité Théorique et pratique de Droit civil*, XXIII, 3.^a ed., París, 1907. Conviene poner de manifiesto aquí con relación a lo dicho en el texto que no todos los autores entienden lo mismo por imposibilidad relativa.

artículo citado, sin enfrentarse a los problemas que éstas plantean. Porque, ¿qué ocurre si hay un pacto acerca del tiempo en que la devolución debe tener lugar y la imposibilidad sobreviene con anterioridad al vencimiento de la obligación? ¿Cómo se lleva a cabo la estimación? Hay casos en que la imposibilidad sobrevenida impedirá llevar a cabo la estimación de las mercancías, siguiendo al pie de la letra los criterios del legislador francés. Quizá, con la intención de salvar estas dificultades entiende Baudry que el mutuatario debe prestar la suma que probablemente hubiera debido desembolsar para adquirir las mercancías caso de no haber devenido la imposibilidad (79). Como se puede observar, el panorama que ofrece en este punto la doctrina francesa y belga es bastante desolador. Casi desapercibido ha pasado un precepto que, por su incidencia sobre algunos temas de la parte general del Derecho de obligaciones, debía haber despertado gran preocupación a los autores galos. Ciertamente alguno manifiesta que el mutuatario soporta el «periculum obligationis» por devenir propietario de las cosas a él entregadas (80), o que se trata de evitar un enriquecimiento del mutuatario (81), o simplemente se limita a considerar que la obligación del mutuatario es una verdadera obligación de resultado (82). Pero será difícil encontrar voces como la de De Page, que de forma clara expone que el precepto estudiado supone una derogación de los principios generales, según los cuales el deudor debería quedar liberado por la imposibilidad sobrevenida fortuita, derogación que trata de evitar un enriquecimiento ilegítimo del mutuatario (83).

También el Código civil italiano de 1942 (84) establece en su artículo 1.818 que «Se son state mutuate cose diverse dal danaro, e la restituzione é divenuta impossibile o notevolmente difficile per causa non imputabile al debitore, questi e tenuto a pagarne il valore, avuto riguardo al tempo e al luogo in cui le restituzione si doveva eseguire».

(79) *Op. cit.*, *loc. cit.* Para Laurent los criterios establecidos por el legislador para llevar a cabo la estimación de la prestación son inadmisibles: el criterio del primer párrafo no tienen ningún sentido desde un punto de vista lógico (hay que tener en cuenta que este autor refiere el precepto a la imposibilidad relativa, así como lo que entienden por ésta), el establecido en el segundo párrafo le parece al autor belga injusto.

(80) FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*, París, 1965, p. 179.

(81) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *op. cit.*, p. 462.

(82) MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, P. III, Vol. IV, p. 442.

(83) *Traité élémentaire de Droit civil belge*. V. Bruxelles, 1952, pp. 142 y ss.

(84) El Código de 1865 podría encontrarse en la línea del Derecho histórico, así parecería desprenderse de sus artículos 1.828 y 1.223. Pero la doctrina italiana ha entendido aquel artículo o bien en el sentido de que no contempla el caso de imposibilidad sobrevenida (facultad atribuida al mutuatario de entregar el valor en vez del «tantundem eiusdem generis»), o bien en el de que comprende la imposibilidad sobrevenida fortuita sin que haya mediado culpa del deudor. Véase GORLA, *op. cit.*, pp. 275 y ss.; LONGO, por su parte, parece desconocer el artículo 1.828, al que, sin embargo, cita, *op. cit.*, p. 217.

A pesar de no haberse tampoco enfrentado con los antecedentes de la norma, ofrece la doctrina italiana, en nuestra opinión, un examen bastante más minucioso y certero de la misma que el de los autores galos.

Deteniéndose ahora tan sólo en los puntos que aquí interesan, se puede decir en apretado resumen lo siguiente: en primer lugar, que todos los autores están de acuerdo en que la imposibilidad de que habla el precepto es la que extingue la obligación (85), no aplicándose en los casos de mora o culpa del deudor (86). En segundo lugar, que no han dejado de reconocerse el carácter excepcional de la norma (no liberación del deudor por la imposibilidad sobrevenida) (87), encontrándose su fundamento en la conveniencia de evitar un enriquecimiento injustificado del mutuatario (88). Finalmente, por lo que al valor debido y a los criterios de estimación se refiere, se salvan los problemas que sin duda plantea el texto de la norma (fruto, como vimos de reminiscencias históricas), con diferentes interpretaciones: se debe pagar el valor que corresponde, teniendo en cuenta el lugar y tiempo de la restitución, al precio que las cosas tenían en el momento de la entrega (89); debe considerarse el valor de las cosas en el momento del vencimiento de la obligación y si esto no es posible el que tenían las cosas cuando ésta nació (90). Sobre las causas de las dificultades que presenta este precepto, así como el francés examinado y otros semejantes (91) para su interpretación, ya hemos hablado. Más adelante tendremos ocasión de hacer un comentario crítico de los mismos.

En cuanto al Derecho alemán, no recoge el B.G.B. ninguna norma semejante y cuando algún autor excepcionalmente se ha planteado el problema lo ha resuelto a través de la aplicación de las reglas gene-

(85) Por vía de ejemplo, véase FRAGALI, *Del mutuo*, Bologne-Roma, 1969, p. 407; GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, Milano, 1972, p. 96; CARRESI, *El comodato, il mutuo*, Torino, 1954, p. 143.

(86) FRAGALI, *op. cit.*, p. 432: «Le regole predette no valgono se vi e stata mora del debitore, il quale anzi è tenuto al risarcimento dei danni. Analogamente va risolto il caso in cui la situaciones oposta dal mutuatario sia stata provocata da colpa di lui».

(87) Así, GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 96; CARRESI, *op. cit.*, p. 143 y p. 145 n. (2).

(88) FRAGALI, *op. cit.*, p. 407; GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 96; en cambio, CARRESI, *op. cit.*, mantiene al respecto una postura ambigua: la disposición es correcta desde el punto de vista de la oportunidad política, aunque difícilmente justificable desde el punto de vista sistemático (p. 143), es de difícil justificación dogmática (p. 145), establece una norma de indiscutible privilegio en favor del prestamista (p. 145, n. (2)).

(89) SIMONETTO, *I contratti di crédito*, Padova, 1953, p. 181.

(90) FRAGALI, *op. cit.*, p. 430.

(91) Por ejemplo, el artículo 2.251 del Código civil argentino: «Cuando no sea posible restituir otro tanto de la misma especie y calidad de lo recibido, el mutuatario deberá pagar el precio de la cosa o cantidad recibida, regulada por el que tenía la cosa prestada en el lugar y tiempo en que deba hacerse la restitución».

rales: tratándose de una obligación genérica, el parágrafo 279 del B.G.B. (92).

¿Qué pensar sobre el tema en nuestro Derecho? La ausencia en el Código civil de una norma al respecto hace particularmente difícil encontrar una respuesta a la cuestión. Veamos cuáles son los argumentos que cabe exponer en favor de las posibles tesis.

No cabe duda que una primera postura podría ser la de entender que el prestatario si sobreviene una imposibilidad total, definitiva y fortuita queda liberado de su obligación, que se ha extinguido. Esta tesis tendría un apoyo fundamentalmente en dos argumentos: en primer lugar en los antecedentes del Código civil; en segundo lugar en los criterios imperantes para la selección de la normativa aplicable a un determinado problema.

La evolución histórica de la cuestión tiene que tener en cuenta aquí dos datos importantes: la omisión por parte de nuestro legislador de los artículos de los Proyectos de 1836 y 1851 que trataban del tema y el significado de los precedentes de estos preceptos. Por lo que al primero de los puntos se refiere, cabe deducir de esta omisión la voluntad del legislador de rechazar las soluciones recogidas en aquellos artículos (93). No se quiso así establecer una normativa distinta a la general en materia de mutuo en los temas de «*periculum obligationis*» y de imposibilidad sobrevenida. En cuanto al segundo punto aquí aludido sirve para reforzar aún más esta opinión por cuanto que fue precisamente una interpretación errónea de estos precedentes la que dio lugar a los artículos que nuestro legislador decidió suprimir en el Código vigente. Por lo que la fuerza que podrían tener los antecedentes próximos al Código civil queda bastante debilitada.

La ausencia de una regulación del tema en sede de préstamo nos obliga a buscar la norma aplicable en las reglas que el Código dedica a la imposibilidad sobrevenida en la parte general del Derecho de obligaciones. Y con base en estas reglas habría que aceptar que la obligación del prestatario quedaría extinguida y éste quedaría liberado (94). Por otro lado, cabría aún añadir que los preceptos actuales

(92) Así, DITTRICH, J., *Der Darlehensvertrag in seiner rechtlichen Ausgestaltung*, Diss. Marburg, 1978, pp. 116 y ss., y BERNDORFF, *Die Gattungsschuld*, Berlín, 199, p. 132. Matizada es, en cambio, la opinión de BALLERSTEDT, *Zur Lehre vom Gattungskauf*, en *Festschrift für Nipperdey*, pp. 269 y 270.

(93) Resulta sumamente extraño que si en el proyecto de 1851 había para los préstamos de dinero una igual remisión que la actual al artículo 1170 (que en el Proyecto era el artículo 1096) y se decía respecto a las demás cosas fungibles lo mismo que ahora se dice en el artículo 1.754, párrafo 2.º (art. 1.645 del Proyecto de García Goyena), se suprimiera un precepto como el 1.647 del citado proyecto, con rancia tradición, sin pensar en la derogación del régimen históricamente vigente.

(94) Así soluciona la cuestión la doctrina alemana. Véase nota (92). También ALBALADEJO, pero llegando a la solución opuesta, DERECHO CIVIL II, 2.º, Barcelona, 1975, p. 315: «al cumplimiento de tal obligación se aplican las normas generales de éstas. Si sin culpa del mutuatario es imposible devolver lo mismo, habrá de devolverse su valor en la época de la restitución...».

del préstamo, cuando de cosas fungibles diversas del dinero se trata, obligan al prestatario a devolver el tantumdem incluso si las cosas han sufrido alteración en su precio; no le obligan a menos pero tampoco a más; aplicar la analogía u otra vía para llegar a una solución excepcional, que pugna con la regulación general que el Código establece para el «periculum obligationis» parece criticable.

Sin embargo, a pesar de la aparente irrefutabilidad de los argumentos expuestos, nos inclinamos a creer que la tesis contraria se apoya en bases más sólidas. Comenzando por hacer unas consideraciones críticas de los argumentos esgrimidos en pro de la tesis anterior cabe decir lo siguiente: que por lo que se refiere a los antecedentes del Código civil, la supuesta voluntad del legislador de modificar el régimen de los proyectos en este punto deducida de aquéllos choca con un dato incontestable. Pocos años antes de la entrada en vigor del Código civil se produce la aparición del nuevo Código de comercio y en él se encuentra un artículo, el 312, en el que de manera clara se establece la no liberación del prestatario por la pérdida de la especie debida: «Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida, con arreglo al valor legal que tuviere la moneda al tiempo de la devolución, salvo si se hubiese pactado la especie de moneda en que había de hacerse el pago, en cuyo caso la alteración que hubiese experimentado su valor será en daño o en beneficio del prestador.

En los préstamos de títulos o valores pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase e idénticas condiciones, o sus equivalentes si aquéllos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario. Si los préstamos fueren en especie, deberá el deudor devolver, a no mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, o un equivalente en metálico si se hubiere extinguido la especie debida».

No existiendo ninguna razón que justifique un tratamiento diverso del tema en el préstamo mercantil frente al civil, el hecho de que el precepto no se recogiera en el Código civil debe encontrar un fundamento distinto a la existencia de una voluntad del legislador de establecer una solución diferente en el préstamo civil. Podría deberse simplemente a un deseo de economizar preceptos en materia que hoy día se desarrolla sobre todo en el ámbito mercantil (95) y que se encontraba suficientemente desarrollada en el Código de comercio.

(95) Conviene tener en cuenta que se suprimieron bastantes de los preceptos que los proyectos dedicaban al préstamo, el que a nosotros aquí nos interesa era uno más de aquéllos. Por otra parte, se podría ver una conexión en este punto entre la codificación civil y la mercantil. Pues el Código de Comercio de 1829 no se ocupaba del tema, como hizo el hoy vigente, lo cual podría justificar que de él trataran los proyectos del Código civil; al afrontarlo el nuevo Código de Comercio, el Código civil no abordó ya ésta como otras cuestiones. Sobre las fechas de redacción del anteproyecto de Código civil (1882-1888). Véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El anteproyecto cit.*, p. 14, n. 28. En éste desaparece ya la pronta regulación de los proyectos.

De esta manera queda sin fuerza el primero de los argumentos esgrimidos en favor de la tesis anterior: el que hacía referencia a los antecedentes próximos al Código civil. Pero aún queremos añadir algo en relación con los precedentes históricos. El hecho de que los artículos recogidos en los proyectos y en los códigos civiles extranjeros que vimos en esta materia hayan tenido por base un entendimiento inexacto de la regulación del tema en el Derecho histórico no es un obstáculo para defender la tesis de la no liberación del prestatario, que aquí se propugna. En efecto, en el Derecho histórico no se decía expresamente que el prestatario no quedaba liberado por una imposibilidad sobrevenida, pero tampoco se decía lo contrario; simplemente el problema no se abordaba: quizás por entenderse que en la realidad la posibilidad de que se extinguiera la especie debida era remota. La incorrecta inteligencia de los textos históricos que quizás sirvió para establecer unos determinados preceptos no puede llevarnos a estimar que éstos no tienen ningún valor cuando éstos encuentran apoyos claros en fundamentos de justicia. Aquella errónea interpretación sería tan sólo la ocasión, el motivo si se quiere, de esta normativa, pero no el fundamento de su existencia.

Por otro lado, conviene también poner de manifiesto, por lo que se refiere a la aplicación de las reglas generales en ausencia de una regulación particular en sede de mutuo que se ocupe del tema, que ni en nuestro Código, a diferencia de lo que ocurre en el alemán, hay en la parte general de las obligaciones precepto que regule el tema (96), ni ello supondría tampoco la necesidad ciega de aplicar aquel precepto general. La primera constatación nos obliga a la búsqueda y elaboración de una regla sobre el riesgo y la imposibilidad en las obligaciones genéricas partiendo de los materiales de todo tipo que se encuentran a nuestra disposición, que es lo que se está tratando de hacer en este trabajo. La segunda afirmación nos pone en guardia frente a los peligros de un conceptualismo llevado a ultranza y nos obliga a meditar más detenidamente si a un determinado caso, a pesar de estar comprendido aparentemente en el supuesto de hecho del texto de una norma, debe aplicársele ésta, sopesando todos y cada uno de los criterios de interpretación de las normas y teniendo en cuenta sobre todo la finalidad de la misma.

Hasta aquí se han expuesto los argumentos que podían apoyar una liberación del prestatario por imposibilidad sobrevenida, así como algunas consideraciones crítica sobre los mismos que demuestra que no son irrebatibles. Interesa ahora examinar cuáles son las razones de la solución contraria, aquí defendida.

(96) En mi opinión no cabe deducir otra cosa del artículo 1.182 del Código civil, ni siquiera entendido a *sensu contrario*, como algunos pretenden. Lo único que se deduce del precepto es que no se refiere a la obligación genérica, pero nada más. No creemos que las reglas de la lógica lleven a deducir del texto que la obligación genérica no se extingue por la pérdida de la cosa, ¿de qué cosa?, ni que en este tipo de obligación no cabe que se dé una imposibilidad sobrevenida de la prestación.

En primer lugar, hay que decir que la no liberación del deudor encontraría un fundamento en evitar un enriquecimiento injustificado del prestatario. En efecto, si se entendiera que la imposibilidad sobrevenida extingue la obligación de restitución y el prestatario queda liberado, éste se enriquecería a costa del acreedor, cuyo crédito se vería extinguido. El pasivo patrimonial de aquél se reduce, reduciéndose también el activo patrimonial de éste. Ahora bien, esto no basta. Si una persona dona a otra por escrito un determinado bien mueble, y, tratándose de una donación obligacional, deviene imposible fortuitamente la prestación del donante, no hay duda de que éste quedaría liberado (ex art. 1182) y no hay duda que con la extinción de la obligación (liberación del donante, pérdida del crédito por el donatario) no cabe observar un injustificado enriquecimiento de éste último. ¿Cuál es la diferencia entre un caso y otro? La diferencia se encuentra no en el momento en que la prestación deviene imposible, sino en el nacimiento de la obligación y más concretamente en la naturaleza que éste imprime en la relación obligatoria nacida. Es necesario considerar el hecho de la entrega y transmisión de la propiedad de las cosas por parte del prestamista al prestatario, origen de la obligación de restitución de éste. Es teniendo en cuenta este dato como se permite uno pensar que la imposibilidad sobrevenida de la prestación no sirve para justificar sin más la liberación del prestatario.

Veamos con despacio el curso de los distintos acontecimientos hasta el momento en que se produce la imposibilidad sobrevenida. Se produce un desplazamiento patrimonial del prestamista al prestatario; éste adquiere la propiedad de una cantidad de cosas fungibles a través de la entrega que aquél le hace de la misma «causa credendi». Con aquélla nace en el patrimonio del prestamista un crédito que tiene por objeto la prestación de otro tanto de la misma especie y calidad y para el prestatario surge la correlativa obligación de restitución. Nadie se atrevería a dudar que la atribución patrimonial producida tiene una causa que la justifica. Si después sobreviene una imposibilidad de la prestación con los requisitos que la ley establece, la obligación del mutuatario se extinguirá. Y aparentemente, desde un punto de vista técnico jurídico en sentido estricto, ningún problema debe plantearse: la situación debe permanecer como está pues no es sino el resultado de un proceso que se ha desarrollado en todo momento conforme a Derecho. Un desplazamiento patrimonial justificado y una obligación cuya prestación ha devenido imposible sin mediar culpa del deudor y que por tanto se ha extinguido y éste ha quedado liberado. Ahora bien, todo esto obedece a un análisis parcializado de los hechos: la realidad es que examinando el conjunto de todo el proceso se tiene la impresión de que si se entiende que con la imposibilidad producida el deudor queda absolutamente liberado se crea un desequilibrio patrimonial cuya justificación sólo es aparente. Y quizás sea la naturaleza real del contrato de préstamo o la peculiar conexión que se establece entre las obligaciones de las partes contratadas si aquél se configura como

consensual, la que dificulte la visión del problema. En efecto, el carácter unilateral de la relación obligatoria nacida en el primer caso, o el hecho de que en el segundo caso, la obligación del mutuatario sólo surja tras la entrega de las cosas por el prestamista excluyen que se pueda hablar aquí de una relación obligatoria sinalagmática (97). Y a la vez ello es lo que puede conducir a pensar que la suerte de la obligación del mutuatario no influye para nada en la atribución patrimonial que produjo la entrega de las cosas por el prestamista. Ahora bien, si por un momento apartamos la mirada de la propia estructura de la obligación y nos fijamos en las atribuciones patrimoniales que el mutuo lleva consigo quizás podamos encontrar la clave del problema. Con independencia de que el préstamo sea oneroso o gratuito encontramos siempre en él dos atribuciones patrimoniales: la que se refiere a la entrega y la restitución, que tienen un indudable carácter commutativo (98). Y es en base a esta idea como se puede entender que se produciría un injustificado enriquecimiento del mutuatario si se cree que por la imposibilidad sobrevenida de la prestación queda liberada y ello a pesar de la regularidad y legitimidad del proceso seguido para llegar a este enriquecimiento (99). Pues la conmutatividad de la que hablamos responde precisamente al equilibrio patrimonial establecido entre las partes de la relación obligatoria (entrega-restitución), equilibrio que se quebraría si el prestatario quedare liberado por la imposibilidad sobrevenida y se mantendría si éste queda obligado a entregar (como restitución) el valor de las cosas que recibió. Precisamente, el fundamento de la solución propugnada sería establecer el equilibrio roto entre las partes o, si se quiere, evitar el desequilibrio producido por la imposibilidad fortuita de la prestación (100).

La tesis que se defiende podría también buscar fundamento, débil por cierto, en una presunta voluntad de las partes contratadas, deducida de la naturaleza de las cosas que son objeto del préstamo: de la exigible fungibilidad de las mismas se deriva que las partes en definitiva no están interesadas tanto por las mismas cosas como por el valor que ellas representan. Por su parte, Garrigues, comentando el artículo 312

(97) Véase ESSER-WEYERS, *Shuldrecht. Besonderer Teil I*, pp. 220 y 222; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos cit.* pp. 546 y 547, y JORDANO, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958, pp. 53 y ss., y 93 y ss.

(98) En el sentido que da GORLA (*op. cit.*, p. 41) a este término: «Chiameremo attribuzione patrimoniale commutativa quella che in tanto sta nell'un patrimonio, in quanto da questo, a titolo di reciprocità, sia uscita, con direzione inversa, un'altra attribuzione patrimoniale». Véase en la misma obra, p. 43, la definición de obligación conmutativa.

(99) Véase GORLA, *op. cit.*, pp. 167 y ss., sobre los presupuestos del enriquecimiento injustificado en general.

(100) No cabe duda de que de este modo se establece una cierta similitud con la idea del sinalagma genético y su juego en el desenvolvimiento de la relación obligatoria sinalagmática (Véase GIORGIANI, *L'inadempimento*, p. 309). Por otra parte, no se puede dejar de reconocer que las ideas expresadas en el texto podrían encontrar un obstáculo en la regla «periculum est emptoris», pero creemos que puede ser salvado si se considera el carácter anormal de la misma.

del Código de comercio antes transscrito, dice: «Esta última disposición que transforma en deuda de dinero la deuda de cosas fungibles, tiene un fundamento en que la materia del préstamo es siempre un determinado capital, representando en dinero o en cosas fácilmente valorables en dinero. Las mismas cosas que se entregan no son el objeto del préstamo, puesto que se entregan para ser consumidas. Se presta el valor de esas cosas y se devuelve el mismo valor, sea en otras cosas de la misma especie y calidad, sea en dinero, que es la medida general del valor» (101). Ahora bien, esta opinión no parece del todo convincente sobre todo porque la ley obliga al mutuatario a restituir otro tanto de la misma especie y calidad y no puede aquél liberarse entregando el valor de las cosas prestadas; y cuando se ha hecho por el legislador referencia a esta posibilidad no ha sido como una alternativa en la que el deudor pueda optar, sino que aparece como prestación que éste debe realizar cuando devenga imposible restituir el tantum-dem. Por ello creemos que es preferible ver en el mencionado artículo del Código de comercio el fundamento antes expuesto. Lo que aduce Garrigues como fundamento de la norma sería más bien, en nuestra opinión, una consecuencia de la misma y no su razón de ser.

En fin, cabría también añadir que alguno de los criterios, muy discutible sin duda alguno de ellos, que se han utilizado para la imputación del «periculum obligationis» apuntan sin duda hacia el prestatario: la regla «res perit domino» llevada al campo de las relaciones obligatorias (102), el criterio de percepción de los «commoda», el criterio de la utilidad (en el supuesto de préstamo gratuito).

Pero todos los argumentos hasta aquí expuestos, por sí solos, harían problemática la puesta en práctica, la aplicación de la regla que nos parece con mucho preferible: quizás nos veríamos obligados tan sólo a someter a una profunda crítica la regulación de nuestro Código, quizás nos cabría únicamente hacer una modesta propuesta para reformar éste en este tema, requiriendo un nuevo artículo semejante a los recogido en algunos Códigos extranjeros si bien tratando de superar la poco clara redacción de éstos. O, en el mejor de los casos, habría que intentar llegar a aquella solución a través de la doctrina del enriquecimiento, lo que en mi opinión sería viable. Sin embargo, creo que se pueden encontrar en nuestros textos legales apoyos suficientes para llegar a aquella solución: los artículos 482, 1.754, 1 del Código civil, así como el 312 del Código de comercio pueden constituir, quizás, ese apoyo legal del que hablamos.

En el primero de los preceptos citados, el artículo 482 del Código civil, referido al llamado cuasiusufructo, se podría encontrar recogida la idea a la que hacíamos alusión algunas páginas atrás: la naturaleza fungible de las cosas hace que las partes estén interesadas no

(101) *Curso de Derecho Mercantil II*, p. 148.

(102) Aunque aquí, al no deberse por el mutuatario las mismas cosas a él entregadas, el susodicho aforismo tendría difícil aplicación.

tanto aquéllas en sí como el valor que representan. Esto se deriva de que se concede al usufructuario de cosas consumibles (fungibles) el derecho de restituir otro tanto de la misma especie y calidad o pagar su estimación. Con independencia de la teoría que se siga en la configuración de este tipo de usufructo, una vez que se entienda transcurrida la propiedad de las cosas al usufructuario, o, si se quiere, una vez perdida la propiedad de las mismas por el propietario, encuentra la idea expuesta aplicación. ¿Qué sentido tendría un régimen absolutamente distinto en sede de mutuo? Sin embargo, es cierto que en este contrato se establece la obligación del prestatario de devolver otro tanto de la especie y calidad sin que se le conceda la facultad de restituir su estimación como se le concede al usufructuario (103).

Y no es menos cierto también que a falta de una voluntad de las partes de algún modo manifestada podría alguien pensar que el artículo 482, en su última parte, no establece una obligación alternativa sino facultativa (104), con lo que el problema que está en el fondo seguiría en pie.

Pero en todo caso no se puede dejar de reconocer una cierta analogía entre los dos supuestos examinados que podría servir para apoyar la tesis de que el mutuatario no quedaría liberado por el hecho de que su obligación de restitución deviniese imposible fortuitamente (105).

Podría pensarse también que en el supuesto de que el mutuo recaiga sobre cosas fungibles distintas del dinero, en caso de que deviniera imposible la obligación de restitución del prestatario se aplicaría por analogía el artículo 1.754 en su párrafo primero (106), referido al préstamo de dinero, que nos remite al artículo 1.170. Este

(103) En este punto, conviene recordar aquí el rechazo de la doctrina francesa a entender que en su artículo 587 se concede al deudor en todo caso la posibilidad de liberarse, bien entregando el «tantundem», bien su estimación, a voluntad; si no ha habido estimación de las cosas al nacer el usufructo aquél debe seguir la mayoría de los autores restituir el «tantundem».

(104) Esta calificación es rechazada implícitamente por PUGLIESE (*Usufrutto, uso e abitazione*, Torino, 1956) cuando afirma que en el supuesto de imposibilidad de restitución del «tantundem» el usufructuario deberá entregar el valor que las cosas tendrían si existieran en el mercado. Entiende que nos encontramos ante una obligación alternativa BIGLIAZZI, Milano, 1977, p. 295. De la misma opinión, ALBALADEJO, *Derecho Civil III*, 2., Barcelona, 1977, p. 67. En cambio, DORAL, *Comentarios al Código Civil*, VII, 1, Madrid, 1980, pp. 218 y 219, no lo entiende así. Sobre el significado de la alternativa en el Derecho romano, véase GROSSO, *Usufrutto*, Torino, 1958, p. 415, que destaca cómo con el principio de la restitución de la estimación el concepto económico del goce y de la restitución para las cosas consumibles viene modificado y aplicado al valor de las cosas en dinero. En nuestra opinión, tanto el texto del precepto como sus antecedentes históricos abogan por la tesis de la alternativa.

(105) Las importantes similitudes entre el mutuo y el cuasiusufructo, han sido destacadas desde antiguo por los autores. Véase GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 310 y PUGLIESE, *op. cit.*, p. 80. También las consideraciones de JORDANO, *El cuasiusufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*, en A. D. C., 1948, pp. 1015 y ss.

(106) En este sentido, MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, XI, p. 623 y SCAEVOLA, *Código Civil comentado*, XXVII, p. 209.

precepto establece que «el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España». Con independencia de lo que haya de entenderse por especie pactada (107), con independencia de que por Ley de 20 de enero de 1939 se ha privado de curso legal a las monedas de plata, ordenándose su canje por billetes del Banco de España y de que por Ley también de 9 de noviembre del mismo año 1939, y 12 de marzo de 1975 se dispusiera que los citados billetes, así como la moneda metálica, serían, preceptivamente, medio legal de pago y tendrían en adelante pleno poder liberatorio; con independencia de todo ello es claro y patente que en el párrafo primero del artículo 1.170 se establece, con referencia a las llamadas deudas de especie monetaria, que el deudor no queda liberado por la imposibilidad de llevar a cabo la prestación en la moneda pactada, debiendo entonces realizar el pago en la moneda que tenga curso legal.

El problema que esta aplicación analógica plantea es sin duda la distinta naturaleza de los objetos de la obligación pecuniaria y la genérica, que viene dada por las funciones y características propias del dinero (108). Precisamente cuando se han esgrimido éstas para justificar este artículo y sus homólogos extranjeros (109). Porque es sobre las notas medio de cambio-medio de valoración sobre las que se monta y justifica el precepto en cuestión. Por todo ello habría que rechazar esta aplicación analógica del primer párrafo del 1.754 al caso ahora examinado, ya que la solución a que en él se llega parece fundamentarse más en el carácter pecuniario de la deuda del prestatario que en la naturaleza del contrato del que aquélla emana.

Por todo lo anterior, quizá sea el artículo 312, tercer párrafo del Código de comercio el texto legal donde puede encontrar un más fuerte apoyo la tesis que aquí se defiende (110). El hecho de que

(107) La interpretación del artículo 1170 en su primer párrafo ha suscitado en nuestra doctrina una gran polémica, sobre todo respecto a lo que deba de entenderse por especie pactada; sin embargo, ello no afecta a nuestro tema. Se discute también en nuestra doctrina si el artículo 1.170, primer párrafo, se establece una facultas solutionis al deudor, o si por el contrario éste sólo podrá cumplir con la moneda en curso legal cuando le sea imposible hacerlo con la especie pactada; la mayoría de los autores y la jurisprudencia se inclina por esta segunda tesis, de acuerdo con el texto del precepto. Véase sobre la problemática que plantea el párrafo primero del artículo 1.170, la monografía de BONET CORREA, *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981, pp. 333 y ss., DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 469 y ss., HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, pp. 413 y ss.

(108) Véase LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts I* (Múnich, 1979), p. 141, y la bibliografía por él recogida en la nota (2), especialmente los trabajos de LEMPPENAU y SIMITIS; también BONET CORREA, *Las deudas de dinero*, *cit.*, pp. 21 y ss. y pp. 237 y ss.

(109) Sobre la naturaleza de la deuda de especie monetaria, BONET CORREA, *op. cit.*, pp. 300 y ss. y LARENZ, *op. cit.*, p. 142.

(110) Poco ayudan en este tema las palabras de la exposición de Motivos del Código de Comercio: «Nada existe estatuido en el Código vigente acerca

se trate de un precepto contenido en una legislación especial no impide que pueda ser tenido en cuenta aquí, pues la solución que en él se da no descansa en el carácter mercantil del préstamo sino, como ya se vio, en otras razones que se dan también en el préstamo civil y que justifica que se aplique a él por analogía (111).

Por lo que a la valoración de las cosas se refiere, se podría pensar que si en el contrato de préstamo se estableció una determinada fecha para la devolución de lo entregado, será respecto de esta fecha que la estimación deba hacerse, si en ella aún era posible el cumplimiento de la obligación. Pues esta solución es la que, entre todas las posibles, parece estar más de acuerdo con la voluntad de las partes contratantes. Más difícil se hace encontrar una respuesta al problema en los demás casos. Se han defendido las tesis más variadas: estimación en el momento de la perfección del contrato, igual pero actualizando aquella valoración, valoración de las cosas en el momento de la reclamación suponiendo lo que las cosas valdrían de existir o ser posible su tráfico, etcétera (112)... Pero quizás lo mejor sea entender que la estimación debe ser hecha respecto al momento en que las cosas fueron entregadas al mutuatario y adquirió éste su propiedad, pues esta solución es la más acorde con el fundamento de la tesis defendida, amén de que supone una mayor seguridad.

II.—RELACIONES OBLIGATORIAS UNILATERALES NO RESTITUTORIAS

Dentro de las relaciones obligatorias unilaterales, junto a las hasta aquí examinadas, que hemos llamado restitutorias, en las que el deudor se encuentra obligado a la devolución de una cantidad de cosas de la misma especie y calidad a las que a él le fueron entregadas, hay otras

de la manera cómo debe efectuarse la devolución de los préstamos consistentes en títulos al portador, valores o especies determinadas; omisión que si es disculpable atendida la escasa contratación que sobre estos efectos comerciales se hacía en la época en que aquél se promulgó, hoy no admitiría justificación alguna, pues negocios de esta índole no deben dejarse a la ilustración y conciencia de los jueces. Para que sirva de norma segura a los interesados, se declara que en los préstamos de títulos o valores, el deudor ha de devolver otros tantos de la misma clase e idénticas condiciones a los que recibió, o sus equivalentes si éstos se hubiesen extinguido en su totalidad, y que en los préstamos en especie tienen que devolver igual cantidad de la misma especie y calidad, o su equivalente en metálico si se hubiese extinguido o perdido la especie debida. Es curiosa la omisión de los respectivos preceptos de los proyectos de Código civil en que se regulaba el tema.

(111) Sobre la cuestión de la aplicación analógica de las normas del Derecho Mercantil a supuestos extraños a su ámbito, véase OSKAR PISKO, *Handelsgesetze als Quelle des bürgerlichen Rechtes*, Wien, 1935.

(112) Véase supra texto y notas referidas a Derecho italiano. El hecho de que no estemos ante un caso de deudor moroso nos hace dudar de aplicar aquí el criterio del artículo 316 del C. de c., 2.º párrafo, en su última parte. Sobre todo, teniendo en cuenta el fundamento que en nuestra opinión, corresponde al artículo 312.

en las que el deudor no tiene que restituir nada (113). En este último tipo de obligaciones, el sujeto pasivo nada ha recibido que tenga que devolver, sino que simplemente está obligado a entregar una cosa o una cantidad de cosas determinadas genéricamente, sin tener derecho a recibir contraprestación alguna. Obligaciones de esta clase serían, por ejemplo, las insertas en una donación genérica o en un legado genérico.

No hay que hacer un gran esfuerzo para comprender algunas de las diferencias que «*prima facie*» presentan estas obligaciones frente a las antes examinadas, obligaciones restitutorias: así, y por vía de ejemplo, mientras que en éstas las cosas pertenecientes al género determinado ofrecen una homogeneidad absoluta (el deudor se obliga a la devolución de una cantidad de cosas de la misma especie y calidad que la entregada), que hace inaplicable el criterio de la calidad media, en aquéllas no ocurre eso necesariamente. Por otro lado, la falta del carácter restitutorio impide que puedan tenerse en cuenta las consideraciones que allí se hacían para justificar la imputación del riesgo de la imposibilidad sobrevenida al deudor.

Así, y dejando a un lado la interpretación que en cada caso quepa hacer de la respectiva fuente de la deuda para averiguar el contenido de la obligación del deudor, no se ve motivo alguno que sea lo suficientemente poderoso para entender que a estas obligaciones haya de aplicarse un régimen jurídico diverso en materia de riesgo al de las obligaciones específicas. En principio, debe regir aquí, por tanto, el principio «*res perit creditoris*», que se encuentra recogido en el artículo 1.182 de nuestro Código civil. Y el deudor quedará liberado si la obligación genérica deviene imposible fortuitamente, quedando reducido el sentido del aforismo «*genus nunquam perit*» a constatar la improbabilidad de que el deudor quede liberado por imposibilidad sobrevenida, pues difícilmente ésta se producirá teniendo en cuenta cómo se ha determinado el objeto de la prestación. Sin que al deudor quepa alegarla por el hecho de que las cosas que él tenía para entregar, siempre que no haya habido «*mora accipendi*», hayan desaparecido fortuitamente.

Sin embargo, hay que observar que podría ser un obstáculo a la conclusión aquí expuesta la constatación de que en las obligaciones ahora estudiadas, como en todas las genéricas, por la propia configuración del objeto de la prestación ni los frutos ni otros tipos de «*commoda*», pertenecen al acreedor. Y siguiendo la línea de atribuir los riesgos a quien correspondan los «*commoda*», debería imputarse el «*periculum obligationis*» al deudor. Pero se puede pensar, y hay preceptos en el Código que lo demuestran (114), que la percepción de

(113) Sobre la función traslativa o restitutoria de la prestación de dar, véase DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit. p. 437, si bien se refiere a obligaciones específicas. Véase también ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, pp. 111 y ss.

(114) Así, por vía de ejemplo, véanse los artículos 1.120, primer párrafo, y 1.122, números 1.^o y 3.^o.

los frutos no constituye un criterio decisivo a la hora de atribuir los riesgos (115). Y por otro lado, cabe entender que la no percepción de los frutos se compensaría en estas obligaciones con el riesgo, entendido esta vez no en sentido jurídico, que ha asumido el deudor hasta la especificación. La pérdida o los deterioros que sufren las cosas tenidas por él para la entrega, serán por él sufridas (116). También se podría objetar a la conclusión antes establecida que aún hay otro dato en contra de la aplicación del principio de atribución del riesgo al acreedor: en efecto, no ha faltado quien hiciera de la obligación de custodia del deudor el eje a cuyo derredor gira el problema de la imputación del «periculum obligationis». Así, el cumplimiento del deber de custodiar la cosa por parte del deudor determina y fundamenta, en la opinión de esta tesis, que sea el acreedor quien soporte la pérdida de la cosa debida. En esta línea de cosas, si se pensara que tal obligación de custodia no existe en las obligaciones genéricas, habría que concluir que no existe razón para atribuir el «periculum» al acreedor. Pero, ni parece que sea correcto un significado tan estrecho de la obligación de conservación (117), ni se puede pensar que el citado deber constituya algo más que un presupuesto para el planteamiento del problema del riesgo (118). Tampoco sería obstáculo para la opinión mantenida, el hecho de que en estas obligaciones, el acreedor no sea propietario de las cosas (119).

Ahora bien, si todo lo hasta aquí dicho no plantea mayores problemas cuando de una donación genérica, por ejemplo, se trata, puede encontrar serios obstáculos, sin embargo, en el supuesto de un legado genérico.

Y las dudas surgen ante la presencia de un precepto, el 861 de nuestro Código. Se refiere al legado de cosa ajena y en su primer párrafo se dice que «si el testador, al legarla, sabía que lo era, es válido» y añade «el heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario; y no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación». Con buenos argumentos han entendido algunos autores que antes de la adquisición de la cosa por el gravado no encuentra aplicación al nú-

(115) Véase una crítica al citado criterio de imputación del riesgo en LONGO, *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazioni*, pp. 404 y ss., y sobre todo en las páginas que ALONSO PÉREZ dedica al tema en su monografía *El riesgo en el contrato de compraventa*, pp. 109 y ss., en la que se reconoce, sin embargo, que el legislador en sede de compraventa, «incide en el error fraguado a lo largo del Derecho común, de valorar por igual los *commoda et incommoda*», p. 114. También GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, pp. 91 y ss.

(116) Este último argumento, sin embargo, es débil y se piensa que esa situación del deudor se compensa más bien con la mayor libertad y manejabilidad que tiene.

(117) Véase ZARRELLI, *op. cit.*, pp. 140 y ss.

(118) LONGO, *op. cit.*, p. 405; ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, p. 108.

(119) Véase ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 245 y ss., sobre el principio «res perit domino» (especialmente, pp. 256 y ss.) y GORLA, *op. cit.*, pp. 68 y ss. Además la propia determinación genérica del objeto de la prestación impide aquí hablar de propietario en la genérica pura.

mero 3.º del artículo 869 del Código civil, no quedando éste liberado si la cosa perece (120). Entre las razones que se han alegado en favor de esta tesis destacan las siguientes: la letra del artículo, el Código no distingue en el 861 entre imposibilidad objetiva y subjetiva; no hay motivo para que reciban un tratamiento diverso uno y otro caso de imposibilidad; la finalidad perseguida por el testador al hacer la manda que se proyecta más hacia el valor de la cosa que sobre esta misma; se respeta así el equilibrio patrimonial deseado por el testador entre el gravado con el legado y el legatario; en fin, que si los números 1.º y 2.º del artículo 869 se refieren sólo al legado de cosa propia del testador, ¿qué razón hay para justificar que sea distinto respecto al número 3.º?

Pues bien, si ello es así, no parece absurdo cuestionarse al menos la posibilidad de que otro tanto ocurra cuando de un legado genérico se trate y acontezca la improbable imposibilidad sobrevenida. De entrada, sin embargo, habría que excluir el supuesto en que el legado recayera sólo sobre cosas existentes en la herencia. En tal caso, faltaría a la obligación del gravado ese carácter de deuda de procuración (121) que, siguiendo la terminología alemana, cabría predicar tanto de la derivada de un legado de cosas ajenas como de otros casos de legados de cosas determinadas genéricamente, y que serviría precisamente para justificar un mismo régimen en este punto (122). En efecto, si el le-

(120) Así, MORENO QUESADA, *El cumplimiento del legado de cosas ajenas*, en A. D. C., 1961, pp. 635 y ss., LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1971, p. 569, DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, IV, p. 608. Y últimamente, ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil*, XII-1.º, Madrid, 1981, pp. 65 y ss.

Véase en el primero las distintas posturas mantenidas por la doctrina italiana y por otros autores en España. Otra es también la tesis defendida en los comentarios de Staudinger (Senbold) al parágrafo 2.170 (V-1.º, Berlín, 1954, pp. 935 y 937), según el cual sólo en el caso de que a través de la interpretación del testamento se averiguará que otra era la intención del testador, exigirá la obligación del gravado de prestar la estimación. También en contra de la tesis aquí mantenida, HAEGELE, *Verschaffungsvermächtnisse*, en *Der Deutsche Rechtspfleger*, 1964, p. 140, n. 8, BÜHLER, *Das Verschaffungsvermächtnis, Inhalt und Durchsetzung*, en *Deutsche Nota-Zeitschrift*, 1964, p. 586, que aplican los preceptos de la teoría general de las obligaciones, y BROX, *Erbrecht* (6.ª edic., Kóln, 1979), p. 238. A la tesis recogida en el texto, quizá podría suponer un obstáculo la consideración de los antecedentes de la norma en el Derecho romano si se tiene en cuenta el sentido de la misma dado el carácter de la «actio ex testamento». Véase GROSSO, *I legati nel Diritto Romano*, Tórrino, 1962, pp. 245 y ss. BONDI, *Sucesión testamentaria y donación* (trad. esp. Barcelona, 1960).

(121) Aunque sean discutibles, en nuestra opinión, algunos de los razonamientos que el autor expone y no contempla directamente la cuestión que en el texto se plantea, es muy útil la exposición de LEMMPPENAU, sobre la obligación de género limitado, en *Gattungsschuld und Beschaffungspflicht*, páginas 77 y ss.

(122) Amén de que en el supuesto que se quiere excluir no se daría el desequilibrio de intereses que, según se dice, se trata de evitar con la interpretación expuesta del artículo 861. Este me parece quizás el argumento más poderoso de la tesis mantenida por los autores citados en la nota (120). Ello está en relación con lo que aquí se dijo sobre el fundamento y la consecuencia del artículo 312 del Código de Comercio en el apartado anterior.

gado de cosas determinada genéricamente no recae sobre un género limitado o si, en caso contrario, éste no pertenece al patrimonio hereditario, pueden esgrimirse los mismos argumentos que se han utilizado para fundamentar la interpretación antes expuesta del párrafo primero del artículo 861. Dejando a un lado el hecho indiscutible de que el citado precepto contempla el supuesto de un legado de cosas determinadas específicamente, se puede decir que tanto la idea de la conservación del equilibrio de intereses como la de respeto a la presunta voluntad del testador, en las que se ha encontrado la «ratio» del artículo, podrían utilizarse para decidir en el mismo sentido el caso que nos ocupa (123). Pues qué duda cabe que el equilibrio patrimonial entre gravado y legatario se vería también roto si en un legado de cosas determinadas genéricamente se viera liberado aquél, sin que nada recibiera el legatario por el hecho de que sobreviniera una imposibilidad de cumplir la prestación. Y en cuanto a pensar que en el legado de cosas ajenas, la voluntad del testador va dirigida en último término al desplazamiento del valor de la cosa (124), examen de la cuestión desde la perspectiva de la situación del deudor, lo mismo cabe en el legado genérico (125).

Y también parece claro que ninguno de los tres números del ar-

(123) No creemos que a lo dicho pueda objetarse que ese equilibrio no se quebraría cuando, sin haberse producido la especificación, el deudor hubiera adquirido ya las cosas a entregar o él mismo tuviera en su patrimonio tales cosas antes de que se produjera la imposibilidad, pues hasta que la concentración no se produzca, no existe ninguna garantía sobre las cosas que definitivamente van a constituir el objeto de la prestación. En este punto son interesantes las conexiones que LACRUZ establece entre los dos tipos de legados aquí examinados (*op. cit.*, pp. 658 y 569).

(124) Aunque parezca curioso, esto es entendido así incluso por los partidarios de la tesis de que el gravado se ve liberado por la imposibilidad objetiva. Por ejemplo, DÍAZ-CRUZ, *Los Legados*, p. 166. Más congruente con esta postura, me parece la opinión de BÜHLER, *op. cit.*, p. 582. «Der Erblasser (mit ihm der Bedachte) hat besonderes Interesse, den wenn auch fremden Gegenstand selbst, nicht seinem wert und auch nicht ein ähnliches Objekt dem Bedacheten zuzuwenden. Dass er nicht für sich selbst schon den Gegenstand beschafft und damit die Durchsetzung des Vermächtnisses erleichtert, liegt häufig daran, dass er die dazn nötigen Aufwendungen (da er gegebenenfalls seine persönliche Lebensführung einschränken müsste) scheut oder dem Gelingen der Verschaffung bessere Chancen gibt, wenn sie dem Beschwertern obliegt. Die letztere Erwägung ist regelmässig Motiv für das Vermächtnis eines Gegenstandes, der dem Beschwertern gehört».

(125) En este sentido, parece manifestarse un amplio sector de la doctrina francesa, así los MAZEAUD (*Leçons de Droit Civil*, IV, París, 1963, p. 821). «Elle (se refiere a la prohibición del legado de cosas ajenas que el Code establece) est, tout d'abord, limitée aux legs de corps certains: le legs de choses fongibles ne rendant pas légataire propriétaire, mais seulement créancier, il appartient à l'héritier de procurer ces choses au légataire ou d'en payer la valeur». Y PLANTOL y RIPERT en su *Traité pratique de Droit civil français*, V (París, 1957), dicen en la p. 758: «La prohibition (id.) ne porte que sur les corps certains. Les legs de choses de genre seraient à des legs de sommes d'argent avec une affection déterminée». Véanse también los artículos 1.456 y 1.457 del Código civil chileno.

tículos 869 del Código civil se refiere a un legado de cosas determinadas genéricamente.

Todo lo anterior conduce a creer posible una aplicación por analogía del artículo 861 al legado de cosas determinadas genéricamente con la excepción antes mencionada (126).

Y no debe ser obstáculo el hecho de que el artículo 861 contemple tan sólo un legado de cosas determinadas específicamente, que precisamente es lo que determina que se hable aquí de aplicación analógica (127). La «ratio» del precepto hace pensar que su letra apunta más que a una exclusión del legado de cosas determinadas genéricamente a la lógica no consideración de un supuesto difícilmente planteable en la práctica.

De todo lo anterior se vuelve a llegar a la misma conclusión a que se llegó en el contrato de mutuo con la obligación del mutuatario: el deudor de la obligación genérica (el gravado con un legado de este tipo) soporta el «periculum obligationis» y no queda liberado por tanto si aquélla ha devenido imposible fortuitamente. Ahora bien, como se desprende de lo dicho al comienzo de este apartado y de lo expuesto a lo largo de todo él, no cabe una generalización de esta solución para las demás obligaciones genéricas. Los argumentos utilizados aquí no son susceptibles de ser aplicados sin más a otros supuestos. Nos sustraemos por tanto a la tentación de entender que en toda obligación genérica asume el deudor el riesgo de la obligación.

III.—RELACIONES OBLIGATORIAS BILATERALES: LA COM- PRAVENTA GENERICA

El análisis de la imposibilidad y el riesgo en el tipo de obligaciones examinado referido a relaciones obligatorias bilaterales nos lleva a la compraventa genérica y en el Código civil al párrafo tercero del artículo 1.452 que así dice:

«Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora».

Inicialmente interesa de manera primordial precisar el modo en que se encuentran determinados los objetos de las respectivas prestaciones correspondientes a las obligaciones de vendedor y comprador.

(126) Pocos son los autores que se han planteado la cuestión de la imposibilidad sobrevenida de la obligación del gravado en un legado de cosas determinadas genéricamente. Los que lo han hecho abogan por la liberación del deudor recurriendo a la aplicación de las reglas generales ante la ausencia de normas que contempla el caso: BERNDORFF, *Die Gattungsschuld*, p. 160 (que sólo excluye el legado de una suma de dinero en títulos valores), LONGO, *Op. cit.*, p. 240.

(127) Sobre este modo de argumentar, véase LARENZ, *Metodología de la Ciencia de Derecho*, 2.^a ed., esp. pp. 383 y 384.

Respecto del precio la cuestión suscitada no parece plantear problemas, está haciendo mención el precepto a un «precio fijado con relación al peso, número o medida». Frente al supuesto contemplado en el párrafo anterior en que se habla de «un solo precio» y en que se dice respecto a aquella venta y tanto, a nuestro modo de ver, para el precio como para la cosa «sin consideración a su peso, número o medida» (129), ahora en el tercer y siguiente párrafo se contempla un precio que se fija precisamente en consideración al peso, número o medida de las cosas fungibles vendidas. La letra del precepto no parece dejar lugar a dudas sobre el respecto.

¿Y las cosas fungibles? ¿Cómo se encuentran contempladas en su determinación por el precepto en cuestión? ¿De manera específica o de manera genérica?

En principio podría pensarse que el párrafo tercero del 1.452 recoge el supuesto de venta genérica, en oposición al segundo párrafo del precepto que considera las cosas fungibles vendidas como específicas y por ello en él se dice «hecha aisladamente» y extrañamente podría referirse a ellas de otra manera pues en su caso difícilmente se podría pensar que se aplicaría la misma regla del párrafo primero; entonces, como decía, al suprimirse el «hecho aisladamente» en el supuesto del párrafo tercero podría pensarse, repito, que aquí las cosas se encuentran determinadas de modo genérico. Así lo entiende la mayoría de nuestros autores (130), estimando que el artículo 1.452, en su párrafo tercero, se refiere a la compraventa genérica en donde las operaciones de contar, pesar o medir tienen como fin primordial la especificación de las cosas vendidas, y dentro de su ámbito se encontraría el supuesto en que el precio venga dado de manera unitaria, total y global en un principio en el contrato; si bien es necesario realizar las operaciones de medida a fin de individualizar las cosas vendidas. Así, Scae-vola dice, refiriéndose al precepto en cuestión (1.452, tercer párrafo).

(129) Hay aquí una venta de «cosa» determinada específicamente y por un precio absolutamente cierto. Lógico es por tanto que se aplique la misma regla que la establecida en el párrafo primero. El carácter fungible de las cosas vendidas no justifica por sí sólo la existencia de una regla distinta. El párrafo obedece a la fuerza de una tradición que se preocupó casi siempre de recoger la regla (D. 18,1, 35,5; Partida quinta, tit. V, 1, XXV; art. 1.374, 2º párrafo del Proyecto de 1851) y ello seguramente porque se partía para este tipo de cosas, los fungibles, de la regla «periculum est venditoris» como correspondiente al modo en que normalmente se encontraban determinadas esas cosas a un precio cuando eran objeto de una compraventa. Se trataba de cosas que se suelen contar, pesar o medir que eran vendidas sin necesidad de que fueran contadas... Desde esta perspectiva se explicaba la presencia de una regla que de modo expreso contemplara el supuesto excepcional.

(130) SCAEVOLA, *Código civil comentado...*, cit. T. XXIII, vol. 1º, pp. 581 y ss.; MANRESA, *Comentarios...*, cit. T. X, vol. 1º, pp. 150 y ss.; CASTÁN, *Derecho civil español...*, cit. T. IV, p. 97; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit. T. II, vol. 2º, pp. 179 y ss.; GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, pp. 34 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Tratado de Derecho Civil*, II, 2º, primera parte de Ennecerus, p. 60; ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa...*, cit., pp. 314 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho Civil*. T. II, vol. 2º, pp. 44 y ss.

«El caso más frecuente y de aplicación menos dudosa es aquél en que una persona vende a otra cierta cantidad, en peso, número o medida, de cosas fungibles a razón de tanto precio por unidad; la consecuencia natural, antes que legal, es esperar a saber el número de unidades vendidas (?), comprobarlas por medio del recuento, el peso o la medida y calcular por ellas el valor o precio que corresponde al comprador entregar. Mas no siempre se presentará el problema con esa claridad para serle aplicada sin vacilaciones la solución legal pertinente. Así, por ejemplo, en ocasiones, figurará un solo precio, expresándose, además, el número, peso o medida, diciéndose «vendo veinte arrobas de vino de mi bodega por doscientas pesetas». Parece éste, a primera vista, un caso de venta hecha alzadamente y por un solo precio; mas convendremos en que no habrá comprador con sentido común que se haga cargo de mercancía estipulada en esa forma sin que las referidas arrobas de vino se le midan a su satisfacción...» (131).

También nuestro Tribunal Supremo en las no muy numerosas veces en que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema ha incluido la compraventa genérica dentro del artículo 1.452, párrafo tercero (132).

¿Qué opinión nos merece este parecer mayoritario, casi unánime, de la doctrina y jurisprudencia que refiere el artículo 1.452, párrafo tercero, a la compraventa de género?

En principio, leyendo este párrafo tercero a renglón seguido de su anterior segundo nos da la impresión de que ese sentido, el mayoritariamente mantenido, parece ser el correcto. Esa interpretación no choca, en modo alguno, con los principios que rigen el tema de los riesgos en las obligaciones genéricas, sino todo lo contrario, los respeta y los aplica; y los antecedentes patrios, luego se verá, parecen apuntar en esa dirección. Sin embargo, no por ello tal tesis deja de plantear algunas dudas.

La primera dificultad que se puede plantear es la siguiente: si el párrafo segundo del artículo 1.452 para el supuesto de lo que llamamos venta en bloque exige el Código, y así lo entiende unánimemente doctrina y jurisprudencia, no sólo que la masa de cosas vendidas se encuentre determinada específicamente sino que también el precio esté establecido en el contrato de manera unitaria, total, alzadamente, o sea, como dice el mismo Código, «sin consideración a su peso, número o medida», y por otra parte mantenemos que el apartado tercero se refiere a la compraventa en que las cosas vendidas se encuentran determinadas genéricamente, nos preguntamos: ¿qué ocurre entonces en aquellos supuestos en que el contrato de compraventa se refiere a una masa de cosas determinada individualmente cuyo precio sólo ha sido dado por unidad de medida? Quizá no tendríamos más remedio, ante la laguna del Código en este caso, que englobar el supuesto en

(131) *Op. cit.*, pp. 581 y 582.

(132) Así, de una u otra forma, lo declaran sentencias como las de 1 de diciembre de 1953, 15 de abril de 1947, 23 de abril de 1970.

el párrafo segundo del artículo 1.452, pues dado el concepto de perfección del contrato de compraventa mantenido por nuestro legislador, dados los fundamentos aducidos por la doctrina tradicional para justificar la regla «*periculum est emptoris*» que dice regir nuestro artículo 1.452, párrafos primero y segundo, y teniendo en cuenta las razones que motivan que la compraventa genérica suponga una excepción a esta regla no equiparables ni mucho menos al supuesto de venta de masa determinada con precio sujeto a medida, nos resultaría difícil englobar el supuesto mencionado en el tercer párrafo del artículo 1.452. Y ello a pesar de un posible deseo nuestro de mermar la aplicación de la regla «*periculum est emptoris*» en favor de los principios derivados de la regulación general de las relaciones obligatorias sinalagmáticas, que apuntarían más hacia el «*periculum est venditoris*».

Por otro lado, la citada doctrina mayoritaria que encuentra en el citado artículo 1.452, párrafo tercero, el supuesto de la compraventa genérica (133) podría encontrar un cierto obstáculo en la dicción del precepto. En efecto, si se lee con cierto detenimiento el mencionado párrafo parece que el legislador cuando ha hablado de peso, número o medida lo ha hecho pensando en el precio y no en las cosas vendidas; así dice el párrafo: «Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida...». Parece que las operaciones de medición miran al precio, no a las cosas; de diversa forma son tenido en cuenta en el contrato cosa y precio. Mientras que las cosas han sido objeto de la venta en sí mismas, específicamente por tanto, sin tener en cuenta la cantidad, lo cual difícilmente pueda entenderse respecto de una compraventa genérica; en cambio, el precio es fijado con relación al peso, número o medida. Ello no quiere decir que se trata de un precio determinado de acuerdo con la cantidad de cosas vendidas, lo cual será lo normal en todas las ventas, es lógico que aquél sea estipulado por los contratantes según la cantidad vendida, sino que significa que se trata de un precio por unidad de medida donde la cantidad de cosas vendidas no está precisada, y se requiere, por tanto, encontrar la cantidad de aquéllas a fin de saber el precio. En resumen, por el texto del precepto podría suponerse que se trata de una compraventa en la cual las cosas han sido consideradas en su

(133) Cfr. BÉRGAMO, *El riesgo en el contrato de compraventa*, loc. cit., pp. 173 y ss; y ALBALADETO, *op. cit.*, que son los que con mayor énfasis y claridad mantienen esta postura. Así, este último, dice entre otras cosas (p. 48): «El párrafo 3.º, contempla el caso de compraventa genérica: el vendedor contrae la obligación de entregar una cosa de ese género, pero no ésta o aquélla en contrato. Ahora bien, como hasta que no tenga lugar la especificación, se puede cumplir entregando cualquiera del género, el comprador no corre riesgo de que la cosa perezca («*Genus nunquam perit*») y la prestación se haga imposible, y tal riesgo «se le imputa» cuando nace, es decir, cuando tiene lugar la especificación (o sea —en expresión de la ley— cuando se pesan, cuentan o miden las cosas con las que se va a cumplir). O sea, ese párrafo 3.º, se limita a precisar que, por la propia naturaleza de la obligación genérica (de entregar un individuo —cosa— de entre los de una clase), el acreedor no soporta el riesgo (de que sufra daño) desde que nace la obligación, sino sólo a partir de la especificación, porque hasta entonces no hay riesgo...».

conjunto específicamente y el precio en cambio se consideró por las partes teniendo en cuenta la cantidad vendida. En definitiva, se trataría entonces de una compraventa «per aversionem» con precio «ad mensuram». De esta opinión es Cossío (134), quien estima que la doctrina con poca reflexión suele referir el párrafo tercero del artículo 1.452 a la venta genérica, y a su juicio nada tiene que ver con ésta, sino que más bien se alude a la venta con fijación del precio «ad mensuram», «... a esta clase de compraventa, que no debe confundirse con la compraventa genérica, ya que lo característico de ella no es que las cosas se hayan definido en el contrato como genéricas, sino que la venta se llevó a efecto con perfecta individualización del objeto, y únicamente se hizo depender el precio de la medida, número o peso de las cosas vendidas: te vendo todo el trigo que contiene este granero, a tantas pesetas la fanega. La cosa está determinada, y el precio, solamente es determinable». A continuación cita el profesor Cossío los antecedentes romanos que, según él, constituyen la base doctrinal del precepto que comentamos, trayendo a colación la opinión de los sabinianos recogida por Gayo. Por tanto, para Cossío, el artículo 1.452, tercer párrafo, contempla tan sólo una compraventa específica donde las cosas fungibles vendidas, al igual que en el supuesto del párrafo segundo del artículo 1.452, se encuentran individualmente determinadas, siendo el fundamento del artículo 1.452, párrafo tercero, el de que, hasta que se haya determinado el precio, no existe la obligación de entrega, ni es ésta posible, por tanto, hasta llevar a cabo la mensura, por lo que, aplicando la regla general, tampoco puede producirse, hasta ese momento, la transmisión de los riesgos al comprador. No regula, pues, según Cossío, el Código el supuesto de la compraventa genérica, cuya regulación en materia de riesgos habrá que encontrar de acuerdo con los principios reguladores de las obligaciones genéricas en concordancia con los que inspiran el régimen del contrato de compraventa.

Así las cosas, bueno será empezar a ordenar y clarificar algunas de las ideas expuestas.

En primer lugar, parece conveniente examinar los antecedentes romanos alegados por el profesor Cossío, y nuestros antecedentes legislativos, a fin de encontrar alguna luz en el tema.

Cossío trae a colación la opinión de Gayo recogida en *Digesto* (18, I, 35, 5 y 6). En los citados textos se recogía la distinción dentro de la compraventa de un conjunto de cosas, compraventa específica, entre el supuesto en que el precio hubiera sido designado globalmente para la totalidad de las cosas, y el supuesto en que éste se terminara por unidad de medida, siendo perfecta la compraventa en el primer caso desde el primer momento (135) y en el segundo desde la medida (136).

(134) *La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas*, en A. D. C., 1953, pp. 612 y ss.

(135) Y con la perfección pasa el riesgo al comprador. Véase KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, p. 552. Así dice el texto de D. 18, 1, 35-6.

(136) Ello según la opinión de los sabinianos que debió imponerse frente

Pero en Digesto (18, I, 35-7) se recoge ya un supuesto de compraventa genérica (de género limitado) atribuyendo los riesgos al vendedor: «Mas si se vendiese parte del vino de una bodega, por ejemplo, cien metretas, es muy verdadero (y parece que así consta) que todo el riesgo corresponde al vendedor, y no interesa si se estableció un solo precio para todas las cien metretas, de una vez, o por cada una de ellas...» (137). Como dice Arangio-Ruiz (138), aquí la medida sirve no para establecer o controlar la cantidad del vino que se ha querido comprar, sino para individualizar (especificar) el vino que el comprador debe tomar, y tanto los procleyanos como los sabinianos estaban de acuerdo en el sentido de que el «*iter*» de la convención no está todavía cumplido, de manera que el riesgo sea del vendedor. Se trata, como se puede apreciar fácilmente, de una compraventa genérica, aunque se trate de un género limitado, y las operaciones de medida tienen primordialmente el fin de determinar las cosas vendidas separándolas del resto, no siendo perfecta la compraventa en este supuesto en Derecho romano mientras no se realizara la medida (139).

Vemos, pues, como tanto en la venta «*per aversionem*» con precio «*ad mensuram*» como en la venta del género limitado, única venta genérica contemplada por los textos romanos, la perfección del contrato y el subsiguiente traslado de los riesgos al comprador sólo se produce con la medida (140). Sin embargo, hay una diferencia importante: en la primera ello es así sólo respecto de la pérdida de la cosa no del deterioro, cuyo riesgo es soportado por el comprador desde un primer momento (141).

Por lo que se refiere a nuestros antecedentes, se impuso claramente la opinión de atribuir los riesgos al vendedor «*ante mensuram*» tanto en la venta genérica como en la venta en bloque con precio «*ad mensuram*» (142).

a la contraria de los partidarios de Próculo. Véase KASER, *op. cit.*, *loc. cit.*, en nota anterior (n. 69) y ARANGIO RUIZ, *La compravendita en Diritto romano*, II, pp. 272 y 273. Así dice D. 18, 1, 35-5.

(137) Trad. cit., pág. 663.

(138) *La compravendita in Diritto Romano*, II, pp. 273 y ss.

(139) Por lo que se refiere a la compraventa genérica pura, véase lo dicho en la primera parte de este trabajo. En cuanto a la compraventa de género limitado es imprescindible el trabajo de SECKEL y LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen romischen Recht*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*. Rom. Abt. 47, pp. 189 y ss. Véase también GROSSO, *Obbligazioni* (Torino, 1966), pp. 258 y ss.

(140) Salvo que el comprador se constituya en mora para realizar las operaciones de medida.

(141) Véase SECKEL y LEVY, *op. cit.* p. 199.

(142) En nuestro Derecho patrio, en las Partidas el antecedente habría que establecerlo en la Ley 24, Título V, Partida, 5.¹, que así dice: «El daño que acaesciere en la cosa después que la vendida es cumplida, diximos que es del comprador, maguer non sea la cosa que compre venida a su poder. Pero cosas y a que non seria assi, ca si alguno comprasse vino, o gingibre, o cincamomo, o alguna de las otras cosas semejantes destas, que han los omes por costumbre de las gustar antes que las compren, e si tales cosas como estas se vendiessen por peso, o por medida, e se perdiessen, o se empeorassen,

El Proyecto de 1851 (143) tiene en su artículo 1.374, tercer párrafo, redacción muy similar al actual 1.452, párrafo tercero: «Si las cosas fungibles se vendiesen por un precio relativo al peso, número o medida, no se trasferirá el peligro al comprador, hasta que se hayan contado, pesado o medido, a no ser que se hubiese constituido en mora». A pesar de la redacción del precepto en el Proyecto de 1851, nos fijamos, sobre todo, en el «trasferirá», que parece estar aún más que el actual a favor de la tesis de Cossío, ya que en él se destaca la posibilidad de un riesgo, peligro lo llama el Proyecto de García-Goyena a imagen del «periculum» romano, anterior a las operaciones de medida, lo cual, en rigor técnico jurídico estricto, choca con los supuestos de compraventa genérica, «de genus ilimitatum» por lo menos, en los que en principio, y sigiendo la tesis tradicional, este tema, el del riesgo, no llegaría a plantearse. Sin embargo, no parece conveniente aferrarse a rigurosidades técnicas en la terminología del Código siempre cuando se trate de encontrar el alcance y sentido de sus preceptos, ello amén

ante que fuessen gustadas, o pesadas, o medidas; entonces seria el peligro del vendedor, e non del comprador, maguer fuessen ambos avenidos en el precio... Pero si se aviniessen el comprador, e el vendedor, en el precio, e señalassen dia, a que gustasse el comprador la cosa, e en que la pesassen, o en que la mediessen; si el comprador non viniessen aquel dia que señalaron, o después desto se perdiere o se menoscabasse, entonces seroa el peligro del comprador. Mas si por aventura acaesciesse, que el vendedor, e el comprador, seyendo avenidos en el precio, non señalassen dia cierto en que gustasse el comprador la cosa, nin en que la pesassen, o la mediessen, segund diximos; estonce el vendedor puede fazer afronta al comprador delante testigos, que vaya a gustar, o a pesar, o a medir la cosa que le vendió. E si non lo quisiere fazer, dende adelante, si la cosa se perdiere, o se empeorase, es el peligro del comprador....».

Gregorio López opina que dentro de esta ley, con las consecuencia por ella recogida, entra no sólo la compraventa genérica donde la medida viene a cumplir una función de individualizar específicamente las cosas vendidas, sino también la compraventa «per aversionem, con precio «ad mensuram», donde estando las cosas vendidas individualmente determinadas la medida es realizada con el solo fin de encontrar el precio total, y esto así lo opina contra el parecer de Baldo, cuya opinión en contrario recoge, y apoyándose sobre todo en la ley siguiente 25, antecedente del artículo 1.452, párrafo segundo.

Además, pueden ser citados en favor de esta opinión, que apoyaba también Saliceto a A. HERMOSILLA, *Resolutiones ad leges Partitas*, 1751, I, XXIV, ad gl. II-27 y ss. D. COVARRUBIAS, *Opera omnia*, Francoforti ad Moenum, 1599, II, cap. III-7, y L. MOLINA, *Disputationes de contractibus*, II, Venetiis, 1601. Disp. 366-8.

(143) También el proyecto de Código civil de 1836 dedica algunos artículos al tema. Así, el artículo 1.016, dice: «En las cosas que se venden por número, peso o medida, o que según costumbre o uso común se prueban o gustan antes de comprarse, no hay venta hasta que se hayan contado, pesado, medido o probado, y conformándose el comprador». Y el siguiente artículo del citado proyecto establecía: «Se entiende haberse verificado las condiciones expresadas en el artículo anterior y aprobado la calidad de la cosa por el comprador, cuando éste no comparece en el día prefijado en el contrato, o a falta de designación, en el que señalaré el vendedor. En tal caso tendrá éste el derecho de repetir contra el comprador el resarcimiento de los prejuicios que haya experimentado por la expresada falta».

de que se podía pensar que el legislador consideró el supuesto del C. 18.I, 35-7 de venta de cosas a extraer de una masa, «genus limitatum», donde el tema es planteable tanto a nivel teórico como práctico. En todo caso convendrá destacar que García-Goyena, con motivo de este precepto, nos dice que «lo cierto es que hasta que se mida, pese o cuente la cosa vendida, ésta permanece indeterminada; que el comprador no se obligó a pagar sino lo que se midiese, pesase o contase, y que hasta este momento no adquiere la propiedad (144). Pero aunque en este caso no se reputa perfecto el contrato en cuanto a transferir al comprador el peligro de la cosa, lo es, sin embargo, en cuanto a quedar desde luego obligados el vendedor y comprador; aquél a entregar la cosa por medida, peso o cuento, y éste a recibirla y pagar su precio» (145). Engloba García-Goyena en la norma del artículo 1.374, párrafo tercero, tanto el caso de venta en bloque con precio «ad mensuram» como el de venta genérica.

Por su parte, el Anteproyecto del Código civil tiene idéntica redacción a la actual.

Sea como fuere la redacción del artículo 1.452, siempre desafortunada en sus tres párrafos, parece lógico pensar que recoge en el tercero los dos supuestos de venta de cosas «fungibles», sirva la medida para especificar las cosas vendidas, o, estando ya individualmente determinadas, sirva aquélla tan sólo para determinar el precio total, pues así se recogió en los antecedentes sobre los que descansa el precepto citado en los que a ambos supuestos se daba la misma solución: la atribución al comprador de los riesgos desde la medida (146).

Pero es que, además de los antecedentes, hay otros datos que nos llevan a pensar en la dirección apuntada. Así, la comparación con el párrafo segundo del mismo artículo: el hecho de que en el párrafo tercero no se repitan las palabras «hecha aisladamente» excluye la necesidad de referirlo tan sólo a la compraventa de un todo con precio «ad mensuram». La redacción del párrafo permite por el contrario la inclusión junto a ésta de la compraventa genérica. Y no debe hacernos creer otra cosa el hecho de que en él se diga «por un precio fijado

(144) Hay que recordar aquí que el Proyecto de 1851 establecía el sistema de transmisión de la propiedad por el sólo consentimiento.

(145) *Concordancias...*, cit., pp. 731 y 732. Que la opinión de García-Goyena es entronizar ambos supuestos (compraventa genérica y en bloque con precio «ad mensuram») en el citado párrafo del precepto viene abonado además por los comentarios que hace del párrafo anterior (antecedente del actual 2.º párrafo del 1.452 C. c.). Según el autor, en este último caso cosa y precio son ciertos y determinados.

(146) Nótese además que el párrafo tercero del actual artículo 1.452 C. c., con los cambios de redacción introducidos frente al Proyecto de 1851, admite en buena técnica jurídica los tres supuestos: compraventa en bloque con precio «ad mensuram», de género limitado, y genérica pura, incluso, partiendo de la opinión de que en ésta última no cabe hablar de riesgos antes de las operaciones de especificación. En efecto, en el precepto examinado no se dice que el riesgo sea del vendedor antes de la medida, ni que aquél se transfiera al comprador con ésta. Tan sólo se dice que no se imputará el riesgo al comprador antes de aquel momento.

con relación al peso, número o medida», porque ello no constituye una nota exclusiva de la venta de un todo con precio «ad mensuram» como se podría pensar tras una rápida lectura. También en la compraventa genérica el precio viene fijado con relación al peso, número o medida necesariamente. Aunque en ésta éste resulta cierto desde un principio, a diferencia de lo que ocurre en aquella venta, en la que sólo tras contar, pesar o medir se sabrá el precio a entregar. Por tanto, a pesar de las importantes diferencias que existen entre uno y otro tipo de venta respecto a la determinación de la cosa (genérica en una y específicamente en la otra) y el precio (cierto desde la perfección del contrato en una y no en la otra) ambas están dentro del supuesto de hecho del párrafo tercero del artículo 1.452 y no hay ninguna dificultad para por ello (147).

No obstante, esta reunión de supuestos dentro de este apartado tercero de 1.452 no supone ni mucho menos una total identificación entre unos y otros en el régimen de los riesgos que va desde la perfección del contrato (art. 1.450) hasta su misma consumación.

Habría que distinguir dos fases, a nuestro modo de ver: una primera que comprendería el período posterior a la perfección del contrato y anterior a la realización de las operaciones de medida, y una segunda fase que comenzaría con la medida y terminaría con la consumación del contrato.

La segunda fase, comprendida entre las operaciones de contar, pesar o medir, realizadas con los requisitos pertinentes, y la entrega de las cosas contadas, pesadas o medidas, no parece plantear problemas en el tema de los riesgos, sea cuál fuese el tipo de venta: sea genérica, de género limitado o ilimitado, sea específica con precio fijado en consideración al peso, número o medida los riesgos serán del comprador. En todo caso, los problemas se plantearán para determinar los requisitos necesarios para que las operaciones de medida, que unas veces cumplirá una función individualizadora y especificadora de las cosas vendidas y otra no, produzca el importante efecto de la atribución de los riesgos al comprador, pero este tema, el de la individualización, merece estudio aparte.

Distinta es la situación de la primera fase, entre la perfección del contrato de compraventa y las operaciones de medición, donde lo único que podemos deducir del artículo 1.452-3.^o es que el riesgo no es del comprador, a no ser que éste se haya constituido en mora, pues hasta la medición no se le atribuyen los riesgos. Sin embargo, se hace necesario para esta fase distinguir en principio dos supuestos: el de la compraventa genérica y compraventa específica con precio por unidad de medida.

(147) Frente a quien pudiera pensar que sólo la compraventa genérica forma parte del supuesto de hecho del párrafo estudiado, se podría añadir a los argumentos expuestos en el texto que no tendría sentido entonces la exclusión que el párrafo segundo hace de la venta de un todo con precio «ad mensuram», exclusión que es cierta y no deja lugar a dudas. Es patente la voluntad del legislador de separar este caso de la regla general.

Si la compraventa es en bloque con precio «ad mensuram», ¿qué ocurre si «ante mensuram» perecen o sufren menoscabo las cosas vendidas? En el 1.452, último párrafo, se nos dice que los riesgos no son del comprador durante este tiempo, luego aquéllos gravitan sobre el vendedor, a él habrá que atribuíslos de tal forma que si deviene imposible el cumplimiento de la obligación por parte del vendedor de entregar la cosa, por la pérdida fortuita, por ejemplo, de la misma, habrá perdido el vendedor su derecho a exigir el precio, «periculum est venditoris», excepción a la regla de los riesgos en materia de compraventa, y aplicación de los principios reguladores del «periculum obligationis» en las relaciones obligatorias sinalagmáticas. Ahora bien, por el hecho de ser fungibles las cosas vendidas no se le puede exigir al vendedor el que consiga otra cantidad de cosas de la misma especie y calidad para entregarla al comprador, sino que quedará liberado de su obligación de entrega de las cosas aunque pierde la contraprestación del precio, pues al ser específica la compraventa, siendo las cosas vendidas consideradas individualizadas, el vendedor estaba obligado a entregar aquellas cosas y no otras y el comprador tenía derecho a exigir la entrega de las cosas consideradas y no otras que ofrecieran iguales requisitos de calidad. En resumen, por la imposibilidad sobrevenida fortuita de entregar la cosa el vendedor quedará exonerado (art. 1.182 Código civil) y liberado de su obligación de entrega, pero perderá también el derecho a la contraprestación del precio.

Como este tipo de venta no entra dentro del tema que nos ocupa no vamos a detenernos más tiempo en ella. Pero bueno será, no obstante, decir que dados los fundamentos que se han esgrimido para justificar la regla «periculum est emptoris», las razones que generalmente han servido para apartar este tipo de compraventa de esa regla general no son absolutamente convincentes (148). Buena prueba de

(148) Y menos aún para no atribuir al comprador ni siquiera los riesgos de los deterioros sufridos fortuitamente por las cosas. La poco clara redacción de los artículos 1.585 y 1.586 del Código napoleónico ha ocasionado una gran disputa sobre el tema en la doctrina francesa, permitiendo una lectura de la misma hacerse una idea completa de la cuestión. La cuestión no es otra que la de decidir si la compraventa que estamos estudiando entraría dentro de la compraventa en bloque (art. 1.586) o «ad mensuram» (art. 1.585) con las consiguientes consecuencias. Entre los partidarios de ésta última solución (MARCAË, *Explication théorique et pratique du Code civil*, VI, pp. 154 y ss., TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code: De la vente*, pp. 87 y ss., LAURENT, *Principes de Droit civil*, XXIV, pp. 139 y ss., éste último, a pesar suyo, impulsado por la autoridad de Pothier, etc.) se aducen razones de tipo dogmático y de orden práctico. Entre las primeras se trae a colación la autoridad de los textos romanos, y se afirma además que la incertidumbre del precio hasta la medida hacen la venta condicional. Entre las segundas estaría la pregunta que se formulan de qué precio habría de pagarse si se destruye el almacén, por ejemplo, cuyo contenido íntegro se había vendido. Y aún hay quien dice que en el caso contemplado ni siquiera es cierto que la cosa se encuentre lo suficientemente determinada, pues no lo está en cuanto a la cantidad que aquí sería condición decisiva. Sin embargo, ni parece correcto considerar que las operaciones de medición sean una condición ni un problema de prueba puede servir de fundamento para

ello es que algunos códigos civiles se han apartado de la solución tradicional (149). Por ello, se podría pensar en la conveniencia de una reforma de nuestro Código en este tema. Si bien, lo mejor sería probablemente modificar la propia regla adaptándola a las reglas generales.

Distinta es la situación de la compraventa genérica, en ella parece conveniente distinguir dos supuestos: la pura y la de género limitado.

Si se trata de una compraventa genérica sin más, lo que ocurrirá, mientras siga siendo genérica, o sea, antes de la especificación, es que difícilmente se planteará el tema de los riesgos cuyo presupuesto básico es, como ya vimos, la imposibilidad sobrevenida fortuita de la obligación, en este caso de la obligación de entrega de la cosa por el vendedor. Y, siendo genérica la obligación del vendedor, las posibilidades de una imposibilidad de ésta serán mínimas, pues él se obligó a entregar no unas cosas específicamente determinadas sino unas cosas de unas determinadas características, por tanto si el vendedor había una cantidad de éstas con intención de cumplir con ellas su obligación y éstas perecen fortuitamente, éste no se exonerará de cumplir su obligación sino que sigue estando obligado a entregar una cantidad de cosas que reúnan las cualidades pactadas. Por eso, y esto ya se dijo en el comienzo de este trabajo, en riguroso sentido técnico jurídico no parece correcto el decir que por ello el riesgo sea del vendedor

decidir la cuestión en uno u otro sentido. Tampoco es convincente la afirmación de que la cosa no está aún lo suficientemente determinada: vendedor y comprador acuerdan vender y comprar todo un conjunto de cosas que se encuentra perfectamente delimitado, con independencia de que la cantidad sea mayor o menor. En general, hay que decir que no obstante la autoridad de las opiniones de DOMAT (*Le Loix civiles dans leur ordre naturel*, I, 1, 2-IV (5, 6, 7) y VII (5) y POThIER (*Traité du contrat de vente*, París, 1861, pp. 125 y ss.), se ha ido imponiendo en la doctrina y en la jurisprudencia francesa la tesis opuesta de conceder el mismo tratamiento a la venta en bloque con precio «ad mensuram» que a la venta «per aversionem» (Así véase GUILLOUAR, *Traité de la vente de l'échange*, I, pp. 39 y ss., PLANIOL, *Traité pratique de Droit civil français*, X-1.^o, pp. 371 y ss., los MAZEAUD, *Lecciones de Derecho civil*, parte tercera, vol. tercero, pp. 195 y ss., etc.). Para esta tesis lo único que es fundamental en este tema es el modo de determinación de la cosa.

Por nuestra parte creemos que las razones que se aducen para fundamentar la admisión del «periculum emptoris» como regla general (véase ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, pp. 299 y ss.) no son obstáculos para que la venta en bloque con precio «ad mensuram» siga la misma: la atribución del «periculum» al comprador en contraprestación a la obligación de custodia del vendedor, o el hecho de que le sean atribuidos a aquél, tanto el «commodum subrogationis» y los frutos. Y no creemos que sea correcto buscar un motivo en la conveniencia de reducir los supuestos de aplicación de una regla general. Pues en tal caso lo que habría que hacer es pedir que ésta sea modificada (si por ejemplo se piensa que la atribución de los riesgos debe ir conectada con la titularidad posesoria y, como parece lo más lógico, seguir aquí el criterio del artículo 1.124).

(149) Así, de forma clara los Códigos italianos (art. 1.451 del Código de 1865 y artículo 1.377 del Código de 1942). Véanse RUBINO, *La compravendita*, pp. 98 y ss. En cambio, mantiene otra opinión a la dominante respecto al Código de 1865, LONGO, *Del caso fortuito o del rischio e pericolo in materia di obligazioni*, pp. 326 y ss.

en el período anterior a la medida, ya que lo que ocurre es que si no sobreviene la imposibilidad no existe riesgo y si no existe éste difícilmente existirá un titular del mismo. El vendedor por tanto no es en este sentido titular del riesgo «ante mensuram», sino que por la propia naturaleza y configuración de su obligación se encuentra en una situación más onerosa respecto a sus posibilidades de verse liberado de la misma. Por tanto, es clara la diferencia entre este supuesto y el anterior. En el supuesto de compraventa genérica lo que ocurre es que el vendedor no se liberará, como en el caso anterior, de su obligación de entrega de las cosas al ser éstas determinadas de manera genérica, ya que su obligación no ha devenido imposible y por tanto deberá procurarse las cosas acordadas a fin de entregarlas al comprador, quien por supuesto tendrá que pagar el precio correlativamente a la entrega por el vendedor de las cosas. Por tanto, el decir que, en virtud del tercer párrafo del artículo 1.452, los riesgos son del vendedor «ante mensuram» si bien no es del todo inexacto, sin embargo, tampoco acaba de ser totalmente correcto, pues mientras que en un supuesto se puede hablar de «periculum est venditoris» entendiendo «periculum» en sentido técnico jurídico, en el otro el término «periculum» atribuido al vendedor adoptará sobre todo y más bien un sentido económico de soportar el vendedor los posibles altibajos que los precios de las cosas vendidas puedan experimentar, amén de reflejar una situación más onerosa. Es importante en este sentido distinguir claramente estos dos tipos de riesgos: económicos y jurídico y hacer constar que a éste se refiere el artículo 1.452 (150).

(150) Así, la sentencia de 9 de junio de 1949, en su único considerando, nos dice lo que sigue: «Considerando que la teoría de los riesgos en su aplicación al contrato de compraventa tiene su expresión en el artículo 1.452 del Código civil, dentro del cual hay que distinguir los apartados primero y segundo, que rigen para las cosas no fungibles y para las fungibles cuya venta se hace aisladamente y que imputan los riesgos de la cosa vendida y no entregada al comprador, del apartado tercero que rige para las cosas fungibles que se vendieron por un precio fijado, con relación al peso, número o medida, respecto a las cuales no se le imputará tales riesgos hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que se haya constituido en mora, estimando el recurrente que la sala sentenciadora ha infringido tal artículo en cuanto tratándose de una cosa fungible vendida con relación al peso, como lo fue el esparto objeto de la venta, el riesgo consistente en el menor valor de dicho producto, no debe imputarse al comprador, toda vez que no había sido pesado el esparto, ni entregado a dicho comprador, en 13 de mayo de 1942, fecha de la Orden que produjo la depreciación de dicho producto, al tener que ajustarse su venta a los precios de tasa, pero el citado artículo del Código civil no ha podido ser infringido en el presente caso porque el supuesto de dicho precepto legal es que cuando el contrato de compraventa se ha perfeccionado y la cosa vendida no ha sido entregada y se pierde, destruye o deteriora por caso fortuito, las consecuencias de tal pérdida, destrucción o deterioro las deberá sufrir el vendedor en unos casos y el comprador en otros, pero tales riesgos que la cosa en sí misma considerada puede sufrir no pueden equipararse ni guardan relación con la disminución en el precio de la misma, sea cualquiera la causa que la motive, ya obedezca tal disminución al juego natural de la oferta y la demanda, ya a la intervención del Poder público en la regulación del precio y al haberse dictado dicho ar-

Lo que aquí se dice, que no viene contemplado por el párrafo tercero del artículo 1.452, deriva de la propia estructuración de la obligación genérica. El modo de determinar el objeto de la prestación de las partes supone o implica un determinado contenido en el contrato, que naturalmente incide en la conducta que el deudor debe llevar a cabo cuyos contornos en último término siempre vienen marcados por los distintos elementos a los que alude el artículo 1.258. Pues bien, es ese modo de determinar el objeto de la prestación en la obligación genérica la que implica esa mayor dificultad de que el deudor quede liberado por imposibilidad sobrevenida o mejor dicho de que sobrevenga una imposibilidad de la prestación. Y esa situación, que describe el aforismo «genus...», no responde a un distinto régimen jurídico, a una diversa normativa en sede de obligaciones genéricas, frente a las de las obligaciones específicas, sino a las consecuencias que lleva consigo la aplicación de unas normas a obligaciones cuya configuración es distinta.

Por supuesto, y aquí sí entra ya de pleno el artículo 1.452, que también se atribuye al vendedor los riesgos en sentido jurídico, pues caso de que se produzca una imposibilidad liberatoria, supuestos, por ejemplo, de imposibilidad legal, ocurrirá que no podrá exigir la contraprestación del comprador, quedando éste liberado de su obligación de pagar el precio, aquí sí podríamos decir «periculum est venditoris» sin ningún reparo de técnica jurídica. Como se puede ver otra vez más, como ocurría cuando examinábamos el préstamo simple o mutuo, parece que el aforismo «genus» adquiere valor y carácter de apotegma, desborda la visión que en principio habíamos dado de él, no se queda en una mera traslación de «id quod plerumque accidit» en la naturaleza llevada al campo de lo jurídico, sino que parece reflejar con propia autonomía una determinada situación jurídica. En efecto, frente al principio «periculum est emptoris» regla general del riesgo en materia de compraventa rige, cuando ésta es genérica, la regla «periculum est venditoris».

Y en este sentido del aforismo es el que expresaba claramente Azón en la *Summa Codicis* cuando decía: «... si in genere sit facta, puta vendis mihi hominem, nunquam spectat periculum ad emptorem, etiam si omnes servi, quicumque sunt in mundo perirent; quia quod in genere debetur, periire non potest».

Sin embargo, aquí se desdibuja un tanto la importancia del aforismo como base de la regla «periculum est venditoris», en primer lugar porque no debemos de olvidar que esta última regla, si bien es una excepción a la que entiende la mayoría como general en el contrato de compraventa «periculum est emptoris», ésta a su vez no sería sino otra excepción a la regla imperante en materia de riesgos cuando de relaciones obligatorias sinalagmáticas se trata, y en segundo lugar

título para regir situaciones jurídicas de distinto orden....». Véase también Cossío, *op. cit.*, p. 615 en el mismo sentido.

porque a su lado, junto a la compraventa genérica, se ha colocado otra compraventa, la de en bloque con precio por unidad de medida, netamente específica y que, sin embargo, recibe idéntico trato en materia de riesgos (151).

Ahora bien, lo normal será que no se plante en este tipo de compraventa el tema del «periculum obligationis», y que el aforismo «genus...» no funcione como regla de atribución del riesgo, sino tan sólo para indicar que el deudor no se ha liberado de su obligación porque éste no ha devenido imposible (152).

(151) Y debe hacerse notar aquí que, frente a lo que dijimos en este tipo de compraventa, en la genérica la atribución del «periculum» al vendedor y no al comprador aparece congruente con el razonamiento que tradicionalmente se esgrime para justificar la imputación del riesgo en la relación obligatoria: porque ¿dónde está el deber de custodia del vendedor en estos casos? Si deviene una imposibilidad, ¿dónde estaría el «commodum representationis? ¿A qué frutos tendría derecho el comprador? Por lo que se refiere al deber de custodia, véase ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, que matiza el sentido del mismo, pp. 141 y ss. En cuanto al «commodum representationis, Roca JUAN, *Imposibilidad de prestación por pérdida de cosa debida*, pp. 533. Aunque lo cierto es que, como ya se dijo antes, todos estos argumentos no parecen servir como criterios de imputación del «periculum».

(152) Así ocurre por ejemplo en la famosa sentencia del 13 de junio de 1944, sentencia ya clásica en tema de obligaciones genéricas y en la cual se plantean y deciden los problemas fundamentales de este tipo de obligaciones: la imposibilidad, el riesgo, las incidencias que sobre ellas produce la fuerza mayor, los efectos que produce en ellas el cambio sobrevenido de las circunstancias, los requisitos de la individualización etc....

En esta sentencia hace nuestro Tribunal Supremo, entre otras y fundamentalmente, las siguientes consideraciones: «... se ha discutido en el pleito y se discute en el recurso, como problema jurídico, si la obligación de entregar la cosa vendida se ha extinguido por interferencia de la guerra en funciones de fuerza mayor—tesis que afirmativamente acoge la sentencia recurrida—, o si, por el contrario, se trata de obligación genérica en la que no repercute la fuerza mayor con efecto extintivo y, en consecuencia, subsiste y se debió de cumplir al cesar la actuación de la guerra—tesis fundamental del recurso».

«... la fuerza mayor dimanante de la guerra, operando en obligaciones genéricas por ella afectadas, no produce, en principio, efectos extintivos por imposibilidad absoluta y permanente de cumplimiento, en atención a que el género no perece, pero produce corrientemente imposibilidad con efectos meramente suspensivos en aquellos casos en que, al cesar la actuación de la fuerza mayor, revive la obligación contraída si llena entonces la finalidad buscada por los interesados al tiempo de la celebración del contrato, y en este aspecto bien se advierte que no hubo al producirse la liberación, obstáculo insuperable para la entrega del género vendido en las condiciones pactadas, salvo en la referente a la fecha de la entrega, que, en casos como el de autos, es requisito accidental, constitutivo de simple demora amparada con efectos liberatorios por la fuerza mayor, y no entra en juego como elemento esencial y determinante del contrato; como entraría en obligaciones a fecha fija, en que la prestación a destiempo contraría sustancialmente el fin perseguido y anula o resuelve la obligación en cuanto a su cumplimiento in natura».

«... en consecuencia, al ser planteado este litigio en julio de 1939 subsistía la obligación que Carbonell y Compañía contrajo por el contrario de compraventa mercantil de 27 de junio de 1936...».

Tras estimar el recurso de casación, el Tribunal Supremo, en su segunda sentencia, acogiendo la teoría de la base del negocio en su aspecto objetivo

Para acabar este apartado sólo decir que igual es la situación en cuanto a los riesgos en la venta genérica en derechos donde rige un sistema de transmisión de la propiedad distinto al nuestro, como ocurre en el francés (153) o italiano (154), o donde, más directamente, impera

y más concretamente teniendo presente la exigencia de la equivalencia de las prestaciones en los contratos onerosos, acaba por concluir «estimando procedente el cumplimiento de la obligación del vendedor, no en los estrictos términos convenidos, sino con la moderación referida...», repartiendo equitativamente entre vendedor y comprador las consecuencias del cambio de circunstancias habido para no cargar al vendedor con el perjuicio de los grandes cambios que sobre los precios de las cosas vendidas aconsejó por consecuencia de la guerra. De esta suerte no cabe duda que la situación del deudor se hace mucho menos onerosa, reduciéndose los efectos de «genus nunquam perit», ya que con ello, con la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus», se rebaja la asunción por parte del deudor de la obligación genérica de los riesgos económico-entendidos.

Lo interesante de la sentencia es destacar, una vez estimada como genérica la obligación existente y como no producida la individualización de la misma, como el tema central del conflicto se plantea respecto a si se ha llegado o no a la imposibilidad de la prestación del vendedor de entregar la cantidad de aceite vendida, concluyendo el Tribunal de manera negativa, frente a la tesis afirmativa de la Audiencia, ya que la misma configuración de la obligación genérica, en la que el objeto de la prestación se encuentra determinado genéricamente tan sólo por la reunión de una serie de cualidades, hace que no se pueda aducir, como hizo el demandado, la pérdida de unas determinadas existencias que reunián las cualidades y características descritas, ya que ellas sólo suponían una posibilidad más de prestación y no la única, como sería el caso de que la obligación fuera específica; y por otro lado, el término pactado no constitúa un término esencial que exigiera necesariamente el cumplimiento de la obligación en dicho término.

Sin embargo, hay que poner de manifiesto que el T. S. en esta sentencia no tiene en nuestra opinión una idea correcta del problema de los riesgos. En efecto, «obiter dicta» declara nuestro más alto tribunal «que al mismo resultado se llega aplicando al caso del pleito la teoría de la transmisión del riesgo en la compraventa mercantil, ya que el artículo 334, número primero del C. de c., atribuye al vendedor los daños y menoscabos, aún por caso fortuito, de la cosa genérica vendida, lo que significa que mientras no se efectúe la entrega de la mercancía por tradición real o ficta o no se produzca el efecto de la mora del acreedor en la recepción de lo comprado, el vendedor asume el riesgo corrido y además debe cumplir el compromiso que lo vincula con el comprador, a diferencia de lo que ocurre en el caso que prevé el artículo 333 del mismo Código, alusivo a la venta de cosa específica, en que el riesgo de la mercadería, perfecto el contrato y teniendo el vendedor los efectos a disposición del comprador en el lugar y tiempo convenido, se transmite al comprador y queda el vendedor liberado, salvo si hubiere incurrido en dolo o negligencia», y como se desprende de lo dicho ya en el texto no se llega a un mismo resultado aplicando las reglas de atribución de riesgos, porque aplicando éstas lo único que ocurre es que el vendedor no puede exigir el precio, pero no sigue obligado a realizar una prestación que ha devenido imposible. Véase para los riesgos en la compraventa genérica mercantil Cossío, *op. cit.*, pp. 618 y ss. ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 444 y ss.

(153) Así, el artículo 1.585 del Código civil francés dice que «cuando unas mercaderías no son vendidas en bloque, sino según peso, cuenta o medida, la compraventa no es perfecta, en el sentido de que las cosas vendidas quedan a riesgo del vendedor, hasta que se hayan pesado, contado o medido; pero el comprador puede pedir o su entrega o el abono de daños y perjuicios, si ha lugar, en caso de incumplimiento de la obligación». Más extrema era la opinión de los autores franceses de antes del Código, así DOMAT (*op. cit.*, I, 2, VII) que estimaba, apoyado en el Derecho romano, que en la venta al peso,

un régimen diverso de atribución del «periculum» en la compraventa, como en el Derecho alemán (155); si bien en este último ello es cierto sólo con relación al tiempo anterior a la especificación.

número o medida todos los riesgos, tanto los referidos a posibles pérdidas como a menoscabos, pertenecen al vendedor en tanto las mercancías no sean pesadas, contadas o medidas y ello se justifica porque hasta ese momento no hay venta y ésta sólo será perfecta desde ahí, quedando aquélla hasta el peso, número o medida como sometida a condición suspensiva. Más explícito, POTHIER (*La vente*, p. 125) nos dice que si la venta es de cosas que constan en cantidad, y que se venden al peso, número o medida, la venta no es perfecta hasta que aquéllas hayan sido medidas, pesadas o contadas porque hasta ese tiempo «nondum apparer quid venierit», no es todavía fijo cuáles son las cosas que constituyen objeto de la venta, ya que éste será el que haya sido medido. Precisa POTHIER las anteriores afirmaciones siguiendo: es cierto que antes de la medida, peso o cuenta, y desde el instante del contrato, las obligaciones que de él nacen existen. El comprador tiene desde entonces acción contra el vendedor para hacerse entregar la cosa vendida, como el vendedor tiene acción para el pago del precio ofreciendo entregarlo. Pero aunque la obligación del vendedor subsista desde entonces, es cierto decir que no es del todo perfecta, en el sentido de que no tiene todavía más que un objeto indeterminado, y que no debe llegar a ser determinado más que por la medida, el peso o la cuenta. De ello se deduce que hasta que no se haya hecho la medida, peso o cuenta, no puede recaer sobre el comprador los riesgos de la cosa vendida, porque los riesgos no pueden recaer más que sobre una cosa determinada.

Con el Código napoleónico, como ya vimos, cayó en desgracia, a pesar de la defensa a ultranza hecha por Pothier, la venta obligatoria romana y en su lugar se consagró la venta traslativa, de la que fue causa, en gran parte, la regla «periculum est emptoris» y de la que pasó a ser efecto la misma regla formulada ahora en la forma «res perit domino», siendo a partir de entonces la propiedad el dato fundamental para regular el paso del riesgo. Con este bagaje no es difícil comprender la posición mayoritaria seguida por la doctrina francesa que, frente a un sector minoritario que opina que el artículo 1.585 debe entenderse restrictivamente y deciden que la venta «ad mensuram» no es imperfecta más que en cuanto a los riesgos de la cosa, pero no en cuanto a la transmisión de la propiedad que se opera en el momento del contrato como en la venta en bloque, estima que la venta «ad mensuram» no opera la transmisión de los riesgos precisamente como efecto de no operar la transmisión de la propiedad. Marcadé aducía ya a favor de esta tesis claramente mayoritaria, casi unánime, las siguientes argumentaciones:

1. Si la cosa no está determinada es imposible la transmisión de la cosa por la naturaleza misma de las cosas.

2. De otros artículos del *Code*, como los 938, 1.138, 1.583, se desprende que cuando éste habla de contrato perfecto alude a la producción de la transmisión de la propiedad.

3. Si examinamos los trabajos preparatorios, vemos cómo era ésta la intención de los redactores (*op. cit.*, t. VI, pp. 157 y ss.). De esta manera se entiende la venta «ad mensuram» no como contrato traslativo de la propiedad, sino como contrato obligatorio. Así los MAZEAUD (*op. cit.*, t. III-3*, pp. 191 y ss.) nos dicen acerca de la compraventa genérica que es válida, pues no es necesario que la cosa vendida esté individualizada en el momento de la compraventa, que constituya en ese momento un cuerpo cierto, es suficiente que esté determinada en su especie. Sin embargo, cuando la compraventa recae sobre una cosa genérica el derecho de propiedad, a falta de poderse aplicar sobre un objeto individualizado, no podría transmitirse inmediatamente. La propiedad no se le transmitirá al comprador, sino en el momento en que sea individualizada la cosa vendida, es decir, en que sea determinada en su individualidad, en el momento en que cese de ser cosa genérica para convertirse en cuerpo cierto. Por tanto, la compraventa genérica no transmite, pues, la

Queda por examinar un tercer supuesto. Se trata, como ya adelantamos, del caso en que la obligación del vendedor consista en una obligación de género limitado.

propiedad en el momento en que se perfecciona; crea, con cargo al vendedor, la obligación de individualizar la cosa vendida; y en el momento en que se efectúe esa individualización, se encontrará transmitida la propiedad. Ciertamente y hablando con exactitud —dicen los Mazeaud—, la individualización de la cosa vendida no es la que transmite la propiedad, sino que la transmisión de la propiedad se retrasa hasta la individualización de la cosa vendida. Ahora bien, una vez admitido que la transmisión de los riesgos va unida irremisiblemente a la de la propiedad y presupuesto, el que la compraventa genérica no produce la transmisión de la propiedad hasta tanto no se haya efectuado la individualización, es irremediable concluir que en este tipo de compraventa sólo pasan los riesgos del vendedor al comprador en el momento de la individualización de la cosa vendida como así lo determina el artículo 1.585 del Código civil francés. Como vemos, la propiedad es el eje sobre el que gira el tema de los riesgos en el Derecho francés, y es ello quien no sólo decide, sino que explica y fundamenta la transmisión de los riesgos, con fundiéndose así los riesgos en los campos del Derecho real y Derecho obligacional decidiéndose el «periculum obligationis» por el «periculum rei». Sin embargo, algún autor como LAURENT (*op. cit.*, XXIV, pp. 139 y ss.) tras reconocer que tal es el espíritu que impulsó al legislador y que quedó plasmado en el Code, estima criticable esta unión de los riesgos a la transmisión de la propiedad, suponiendo en su opinión una errónea confusión entre el «periculum obligationis» y el «periculum rei». Para el autor belga el tema de los riesgos debe estar separado del de la propiedad, debiendo unirse, por el contrario a la cuestión que se refiere a la obligación de conservación que tiene el deudor de una cosa con la diligencia de un buen padre de familia; en la medida en que tal obligación no existe en las obligaciones genéricas, pues no hay cosas que el deudor deba conservar, ya que no han sido determinadas de manera específica, sino tan sólo genéricamente, debe por tanto corresponder al deudor, en este caso al vendedor, los riesgos.

(154) El Derecho italiano acogió en 1865 el sistema francés tanto de transmisión de la propiedad por el mero consentimiento como de atribución de los riesgos unida al titular dominical; y en cuanto a la compraventa genérica se dicta un artículo casi idéntico en su redacción al artículo 1.585 francés (art. 1.450).

La misma línea de compraventa traslativa del dominio y de consagración de la regla «res perit domino» llevada al campo obligacional sigue el nuevo Código italiano de 1942. En lo que hace referencia a la compraventa genérica, siguiendo las ideas expuestas en cuanto a los principios rectores del tema, se dice por el legislador italiano del 1942 de un lado en el artículo 1.378, que en los contratos que tienen por objeto la transmisión de cosas determinadas sólo en el género, la propiedad se transmite por la individualización hecha de acuerdo entre las partes o en los modos por ellos establecidos. Tratándose de cosas que deben ser transportadas de un lugar de un lugar a otro, la individualización se realiza también mediante la entrega al porteador o al expedidor. Consecuentemente con este precepto, en el artículo 1.456 párrafo tercero, se establece que cuando el objeto de la transmisión sea una cosa sólo determinada en el género, el adquirente no es liberado de la obligación de ejecutar la contraprestación si el enajenante ha hecho la entrega o si la cosa ha sido individualizada. Por tanto, si el enajenante no ha hecho tal entrega o la cosa no ha sido individualizada será suyo el posible y difícil riesgo que se pudiera plantease, caso por ejemplo de imposibilidad de cumplir con su obligación por obstáculos legales, y no podrá exigir la contraprestación del precio, pues al no ser una venta traslativa, sino meramente obligatoria se aplicaría, por tanto, el 1.463, que viene a establecer que en las relaciones contractuales con prestaciones correlativas, la liberación de una de las partes lleva consigo, como consecuencia, la liberación de la otra, regla

Y, antes de nada, convendría precisar, en la medida de lo posible, qué entendemos por obligación de género limitado, y más concretamente lo que nos interesa es, en definitiva, encontrar, si las hay, aquellas notas que de algún modo justifiquen el estudio separado de este supuesto frente al supuesto anterior en que hablábamos de que la obligación del vendedor era una obligación genérica sin más. Pues bien, partiendo de una definición aceptada de las obligaciones genéricas podríamos decir que son aquellas obligaciones en las cuales el objeto de la prestación se encuentra determinado únicamente a través de su pertenencia a un género (156); y que por género no es posible entender aquí lo que por tal se entiende desde un punto de vista rigurosamente filosófico o físico, sino que por género hay que entender cualquier categoría de cosas en la cual queda comprendida una pluralidad más o menos amplia (157).

Dejando a un lado otras definiciones, vamos a seguir aquí una que por una parte coincide con el concepto que de este tipo de obligación genérica se desprende de los textos romanos y de nuestros antecedentes históricos y por otra parte permite establecer una clara diferencia entre la llamada obligación genérica pura y la obligación de género

que se excepciona tan sólo para los contratos con efectos traslativos o constitutivos (artículo 1.465), derogación del juego del sinalagma funcional. (Para un análisis sobre el fundamento de los artículos 1.463 y 1.465 véase BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I, pp. 190 y ss.). Véase también para la venta genérica RUBINO, *op. cit.*, pp. 457 y ss.

(155) Así, ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*: *Besonderer Teil 1*, 5.^a ed., p. 102: «Für den Gattungskauf ist daran zu erinnern, daß der Verkäufer nach der Konkretisierung nicht mehr die Leistungsgefahr, aber noch die Preisgefahr trägt, und zwar nach par. 446 bis zur Übergabe». Sin embargo, parece que al vendedor en ningún momento le corresponde el «Leistungsgefahr» (véase EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Múnich, 1978, pp. 56 y 57 y FILSOS, *Die Gefahrtragung beim Kauf...*, Berlín, 1964, p. 4).

El sistema de atribución del riesgo en la compraventa del Derecho alemán, en el que se imputa al vendedor antes de la tradición, ha ocasionado lógicamente que todas las preocupaciones de la doctrina alemana se viertan en la responsabilidad del deudor (vendedor) antes de la concentración, y por supuesto también en ésta, y apenas si se hace alguna alusión al problema del riesgo. Véase BALLERSTEDT, *Zur Lehre von Gattungskauf*, en *Festschr. für Nipperdey*, pp. 266 y ss.

(156) Así, DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 483. Sobre la posibilidad de que el objeto de una obligación genérica sea una prestación de hacer, véase el mismo autor y obra, p. 484; HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, p. 131; PANUCCIO, *Obligazioni generiche e scelta del creditore*, pp. 85 y ss.; ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, pp. 91 y ss. Comentarios de Staudinger, en par. 243, n. 13, estado de la cuestión en la doctrina alemana. Pero en todo caso parece claro que el legislador tuvo presente una prestación de dar y que históricamente ha sido sobre este tipo de prestación sobre la que se ha llevado a cabo la construcción de la obligación genérica.

(157) DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 483 y 484; COSSFO, *op. cit.*, pp. 597 y ss.: «el género es algo que no se encuentra en la naturaleza como tal género, ya que ésta únicamente nos ofrece objetos individuales, sino que constituye más bien un concepto puramente lógico, mentalmente construido, en cuanto aísla notas comunes a diferentes objetos, a los que, por un procedimiento puramente especulativo, reduce a una unidad, que se da en el plano del pensamiento, pero nunca en el de la naturaleza».

limitado. En nuestra opinión, esta última se presenta cuando de una masa o conjunto específicamente determinado de cosas que ofrecen unas características homogéneas, un alto grado de fungibilidad se debe entregar una determinada cantidad de éstas. Ahora bien, esta nota que sirve para distinguir a la obligación de género limitado de las demás obligaciones genéricas si bien puede servir para reconocer algunas diferencias por lo que se refiere a algunos de los deberes accesorios del deudor (así, por ejemplo, respecto al deber de custodia de la cosa, etc.) (158), no creemos sirva para hacer de aquélla un tipo de obligación diferente. En nuestra opinión, las tesis que han defendido que este tipo de obligación tiene una naturaleza distinta, asimilándola a otras especies de obligaciones como las específicas (159) o alternativas (160), o haciendo de ellas un grupo aparte (161) descansan en una visión superficial del problema. Se confunden con frecuencia planos diferentes. Y en ocasiones suelen descansar en un concepto físico o basado en las ciencias naturales de «género» (162). Así, se pretende excluir a la obligación de género limitado de la obligación genérica porque en aquélla, por ejemplo, es más concebible que se produzca una imposibilidad sobrevenida que en ésta, y existe por tanto una mayor posibilidad de que el deudor pueda verse liberado de su obligación por esta vía (163). Sin embargo, patece claro que ello no se deriva de un distinto régimen jurídico. Y lo mismo ocurre con la norma que establece el criterio de la calidad media: el hecho de que en este tipo de obligación las cosas pertenecientes al género ofrezcan normalmente una homogeneidad tal que haga inaplicable aquel criterio no conduce a entender que esta regla no sería aplicable, etc.... Y por lo que a riesgos se refiere, como se verá, y en tema de compraventa la solución, tanto históricamente como en la actualidad, es la misma en la compraventa genérica pura y en la de género limitado. Por ello, creo que no cabe en principio clasificar a ésta sino entre la obligación genérica, aunque sea conveniente aludir expresamente a la misma, en tanto en cuanto con relación a ella se plantean importantes problemas

(158) Véase ZARRELLI, *op. cit.*, pp. 142 y ss.

(159) Si bien una deuda específica con características peculiares. Así, BRINZ, DERNBURG, BECHMANN, en ADAM, *Die Entwicklung der Gattungsschuld im Gemeinen Recht*. Dissertation. Würzburg, 1960, pp. 44 y ss. Un recorrido por la doctrina de los pandectistas permite ciertamente hacerse una idea bastante completa del tema de la naturaleza jurídica de la obligación de género limitado, a la vez que ofrece un ejemplo valioso para el estudio de los métodos empleados por aquellos autores. Sin embargo, en esta cuestión sigue siendo hoy imprescindible la obra de KISCH, *Gattungsschuld und Wahlschuld*, pp. 41 y ss.

(160) SAVIGNY y ZIMMERMANN, en Adam., *op. cit.*, pp. 35 y ss.

(161) Que se situaría entre la obligación genérica y la obligación alternativa: WINDSCHEID y MOMMSEN, en Adam. *op. cit.*, p. 43. O entre la obligación específica y la genérica: S. T. S. 3-5-1947.

(162) Véase KISCH, *op. cit.*, pp. 55 y ss., especialmente p. 57, n. (9).

(163) Esta opinión es casi una constante entre los autores del Derecho común.

prácticos (164). Pero, en definitiva, no se ven motivos serios que justifiquen un tratamiento jurídico diverso de la obligación de género limitado (165).

Por otro lado, es cierto que la obligación del deudor genérico, cuando hay «genus limitatum» queda extinguida liberándose aquél en el supuesto en que perezcan fortuitamente todas las cosas de la masa a extraer las mercancías a entregar.

El problema es, en el supuesto de la compraventa, si, no obstante la liberación del vendedor, seguirá éste teniendo el derecho a exigir la contraprestación del precio del comprador o, por el contrario, quedará liberado este último de su obligación de pagar el precio.

Pues bien, en la solución a este supuesto es casi unánime la doctrina patria (166) y extranjera (167) antes de la individualización

(164) Como puede verse, la cuestión del deber de custodia (v. n. 158), que no es que exista en la obligación de género limitado y no en la genérica pura, sino que el cumplimiento de este deber, que en ninguna de las dos se presenta en los mismos términos que en una obligación específica, se plantea de diversa forma. Véase, KISCH, *op. cit.*, pp. 65 y ss. Otra cuestión es la de establecer una delimitación precisa entre la obligación genérica y la alternativa: es precisamente con la obligación de género delimitado con la que lógicamente el problema surge. Partiendo de la hoy indiscutible opinión que la obligación genérica y la obligación alternativa cumplen funciones prácticas diferentes y tienen un distinto régimen jurídico se plantean supuestos sin embargos en los que se hace difícil decidir si nos encontramos ante un tipo u otro de obligación. Véanse los criterios apuntados por KISCH, *op. cit.*, pp. 123 y ss. RUBINO, *Della obbligazioni*, pp. 12 y ss. También se plantea a veces el problema de saber en algunos casos si el género del que han de extraerse las cosas a entregar se limita a una determinada producción o a unas determinadas existencias. Sobre el problema, que también es de interpretación del negocio constitutivo de la obligación, véase los Comentarios de STAUDINGER al par. 243, n. 19 y ss.; LARENZ, *op. cit.*, p. 130; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 489 y s.

(165) No obstante lo dicho en el texto, hay que decir que un sector de la doctrina alemana (véase LEMPPENAU, *op. cit.*, pp. 77 y ss. y BALLERSTEDT, *op. cit.*, pp. 265 y s.) a los efectos del parágrafo 279 del BGB ha separado la obligación de género limitado de la obligación genérica, excluyendo a aquélla de la aplicación del citado parágrafo. De esta manera, el término obligación genérica tendría distinto sentido en el parágrafo 243 (= sentido normal) y en el 279 (= deuda de procuración). El problema radica en nuestra opinión en precisar los conceptos de imposibilidad e impotencia o imposibilidad subjetiva (Unvermögen). Así no nos parecen sostenibles los argumentos vertidos por LEMPPENAU en el primero de los casos expuestos por él, pp. 79 y ss., en los que se parte de unas premisas ya preconcebidas sobre la impotencia a las que acomoda el parágrafo 279. Para hacerse una idea de las dificultades que encuentra la doctrina alemana para distinguir los supuestos de imposibilidad objetiva de los de imposibilidad subjetiva (Unvermögen) puede verse por vía de ejemplo RÖHDE, *Die Unmöglichkeit der Leistung bei Gattungsschulden*. Diss. Würzburg, 1972, pp. 9 y ss. Siguen estando vigentes las palabras de RABEL (*Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis*, en *Gesammelte Aufsätze*, I, p. 69): «Was ist Unmöglichkeit und Unvermögen? Eine Wahre Crux. Es sin alle möglichen Formeln versucht worden. Keine befriedigt».

(166) En lo que se refiere a nuestra doctrina, los autores están de acuerdo en que en la venta de género limitado caso de pérdida total de éste, si bien el vendedor queda liberado de su obligación de entregar las cosas, no teniendo que procurarse de otras de similares características, no podrá, sin embargo, exigir del comprador la contraprestación del precio. (Véase BÉRGAMO, *El riesgo en el contrato de compraventa*, en *Estudios sobre el contrato de*

«periculum est venditoris», después de haberse efectuado la especificación será el comprador el que cargue con los riesgos de la posible pérdida o menoscabo que las cosas vendidas pueden sufrir (168).

compraventa, Colegio Notarial de Barcelona, 1974, pp. 173 y ss.; Cossío, *op. cit.*, pp. 616 y 617; ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 313 y 314). No obstante, BADENES (*El contrato de compraventa*, I, Barcelona, 1979, p. 279) entiende aplicable el régimen de la compraventa alternativa.

(167) De este modo piensa la totalidad de la doctrina francesa entronizando el supuesto dentro del artículo 1.585 francés sin mayores problemas, enlazando los riesgos del contrato a la titularidad dominical. Y sólo algún autor como Laurent critica con dureza esta solución: así, se pregunta el autor belga: «¿El riesgo sería aún para el vendedor si todo el trigo que se encuentra en el granero llegara a perecer?». Y responde: «según los principios que rigen las deudas de cantidad, sería necesario responder que el comprador soporta la pérdida. En efecto, la deuda tiene por objeto una cosa objeto de un género limitado; no es de 100 hectólitros de trigo «in genere» lo que yo vendo, son 100 hectólitros del trigo que se encuentra en tal granero; ahora bien, si el género no perece, un género limitado puede perecer. El motivo sobre el que se funda el principio de los riesgos conduce a la misma conclusión: ¿por qué el acreedor soporta el riesgo? Porque se supone que el deudor ha cumplido su obligación cuidando de la conservación de la cosa con todos los cuidados de un buen padre de familia, ahora bien, si es imposible vigilar la conservación de una especie, es muy posible conservar una especie limitada. Hasta aquí la opinión de Laurent, que, no obstante, no deja de reconocer que no ha sido el mismo el pensamiento del legislador, ya que los términos absolutos del artículo 1.585 del Código francés no permiten hacer estas distinciones, siendo igual la solución tanto para el género ilimitado como para el limitado.

A la misma postura que la doctrina francesa llega la italiana, que estima aplicable el artículo 1.403 si antes de la individualización deviene imposible la prestación de la obligación genérica limitada, no pudiendo el vendedor exigir el precio ya que el artículo 1.465 exige la individualización para que el riesgo sea del comprador en las obligaciones genéricas sin hacer distingos en ellas. (Véase, por todos, RUBINO, *op. cit.*, p. 458).

(168) Y, sin embargo, en los antecedentes del problema no han faltado opiniones de todo tipo: amén de los defensores de la tesis recogida en el texto, hay quien sostuvo que el riesgo era del comprador (obligación de género limitado = obligación específica) o que debía distinguirse entre el riesgo de la pérdida y el del deterioro (de acuerdo con la solución romana de la compraventa de una masa con precio «ad mensuram», girando en torno también a la equiparación con la obligación específica). Véase, para el Derecho romano, bibliografía en n. 139 y, ademán, ARANGIO, *op. cit.*, II, p. 273; KRÜCKMANN, *Einige Randfragen zum periculum emptoris*, en «SZ 59», pp. 12 y ss. En cuanto a los autores del Derecho común, véase DILCHER, *op. cit.*, pp. 195 y ss. Por lo que respecta a nuestros antecedentes, parece tener, en cambio, un sólido apoyo la tesis del texto; véase glosa «Vino» a ley XXIV, t. V, 5.^a Partida de GREGORIO LÓPEZ HERMOSILLA, en *Resolutiones ad leges Partitas...*, n. 1 y 2 de la add. a la gl. I antes mencionada; MOLINA, *Disputationes de contractibus*, Disp. 366, n. 8.

Donaciones con reserva de la facultad de disponer, prohibiciones de disponer, gananciales y legítima ^(*)

V. JOSE CASTILLO TAMARIT
Notario

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

No es objeto del presente trabajo realizar un estudio en profundidad de las donaciones con reserva de la facultad de disponer, sino estudiar la posible relación, interferencia o colisión de tal instituto con las prohibiciones de disponer, las legítimas y con el régimen de los gananciales; claro está que para ello se hará necesario tocar algunos puntos concretos de tales figuras jurídicas, pero sólo en la medida necesaria para nuestros fines.

Es frecuente encontrar en las escrituras de donación cláusulas del siguiente tenor: «Los donantes se reservan la facultad de disponer conjuntamente por actos inter-vivos y por el título que fuese de las fincas donadas»; o bien: «Los donatarios, sin el previo consentimiento de los donantes, no podrán disponer por actos inter-vivos y título que fuese de las fincas donadas. Tal prohibición quedará extinguida al fallecimiento del cónyuge supérstite» (1).

(*) La Ley de 13 de mayo de 1981, que modifica el C. c. en tema de filiación, atria potestad y régimen económico del matrimonio, afecta en algunos puntos al contenido del presente trabajo; así, por ejemplo, en el tema de si en el ejercicio de la facultad de disponer reservada por los cónyuges es de aplicación el artículo 1.413, en la actualidad carece de virtualidad a la vista del artículo 1.377 C. c.; precepto que coincide con la solución que apuntamos en el texto, aunque nosotros no recurrimos a las normas sobre gananciales. A su vez, la problemática de la inclusión o no de la facultad reservada en la liquidación de gananciales se resuelve por el nuevo artículo 1.346.5 C. c., siempre, claro está, que consideremos al derecho reservado por los cónyuges como personalísimo e intransmisible.

Sin embargo, mantenemos la redacción originaria del trabajo en aras a su unidad, además de que nuestras conclusiones no se ven afectadas por la reforma.

(1) En ocasiones, la cláusula segunda es un complemento de la primera, y en otras son independientes.

Pues bien, lo que vamos a tratar de averiguar es hasta qué punto tales cláusulas —o análogas— no están en conflicto con el régimen de gananciales o con la legítima. Para ello, estudiaremos en primer lugar la donación con reserva de la facultad de disponer en relación con los gananciales y con la legítima, y por último las prohibiciones de disponer (2).

II. DONACION CON RESERVA DE LA FACULTAD DE DISPOSER, GANANCIALES Y LEGITIMA

El artículo 639 del Código civil dice que: «Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos; pero, si muriese sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiere reservado».

Sobre la problemática que plantea tal precepto ya hemos adelantando que no vamos a entrar (3), pero si efectuar unas breves consideraciones que estimamos útiles a los fines de nuestro estudio. En primer lugar, sabida es la discusión suscitada con ocasión de si la reserva de la facultad de disponer puede abarcar a todos los bienes donados o sólo a parte de ellos. Al respecto señalaremos que el T. S., en Sentencia de 7 de julio de 1978, y por primera vez, que nosotros sepamos, se ha pronunciado al respecto entendiendo que: «el artículo 639 sólo permite la reserva de algunos de los bienes donados, existiendo incompatibilidad sustancial entre la reserva de todos los bienes con la institución de la donación» (4). Sobre tal postura jurisprudencial queremos tan sólo hacer unas breves observaciones. Por una parte, el argumento gramatical del «alguno» no es concluyente ni puede, por si, basarse en él una toma de postura; y, por otra parte, tenemos nuestras dudas sobre la afirmación de que la reserva total es incompatible con la figura de la donación, pues, en primer lugar, como ha señalado Lacruz (5), tal donación le es útil al donatario, pues retiene las cosas con sus frutos hasta que se resuelve, y, en segundo lugar, que no cabe decir, sin más, que en la reserva total no exista «animus donandi», pues es pacífico en la doctrina que el donatario, en la donación con reserva de la facultad de disponer, adquiere la propiedad de los bienes donados, además de lo dispuesto en el artículo 639 C. c., «in fine», con lo que nuestro Código se separa de los modelos francés e italiano, y fiel al no seguimiento de la regla «donner et retenir ne vaut».

(2) Se desprende de ello que el tema lo planteamos cuando los cónyuges donantes están sujetos al régimen de gananciales, y los donatarios son hijos o descendientes de aquellos. Y limitando el tema a la reserva de la facultad de disponer de los bienes donados.

(3) Vide, por todos, el, a nuestro juicio, magnífico trabajo de Antonio R. Adrados, A.A.M.N., tomo 16, pág. 419.

(4) Sobre el comentario a esta sentencia, vide R.C.D.I., núm. 540.

(5) Elementos de Derecho Civil, 2, pág. 64.

Otro punto que debemos examinar es el de la naturaleza jurídica de la figura; sobre tal cuestión, sabido es que las principales posturas son las siguientes:

a) Es una donación sujeta a condición suspensiva. Tesis en franco descrédito.

b) Es una donación sujeta a condición resolutoria. Tesis seguida por la D. G. R. N. en Resolución de 23 de octubre de 1980, al afirmar que: «la donación con reserva de la facultad de disponer ha de ser tratada como una donación sujeta a condición resolutoria y en consecuencia no cabe desconocer que cabe practicar anotación preventiva de embargo sobre el bien donado, si bien podrá quedar extinguida caso de resolverse el derecho del donatario».

c) Para R. Adrados se trata de una donación pura, no condicional, que no se resuelve ni parcialmente por el ejercicio de las facultades del donante; que transmite la propiedad de las cosas donadas al donatario, aunque esta propiedad está sujeta a una causa de revocación. El derecho del donante es creado en la misma donación (6).

A nuestro juicio, tiene razón R. Adrados cuando señala que en el artículo 639 no debe verse ninguna clase de condición: el donatario adquiere la propiedad de los bienes donados. Pero, como luego veremos, discrepamos del autor citado a la hora de extraer consecuencias jurídicas de tal postura.

Realizadas estas breves consideraciones sobre el artículo 639, que tan sólo nos han servido para refrescar la memoria, pasemos a estudiar la relación del precepto con la sociedad de gananciales.

Es pacífico en la doctrina entender que cuando marido y mujer donan bienes gananciales nos encontramos ante un acto de codisposición. Ahora bien, establecido esto, debemos preguntarnos cómo se articula la reserva de la facultad de disponer en favor de los donantes; esto es, ¿la reserva de la facultad dispositiva es conjunta o no? Si opinamos que los donantes deben reservarse la facultad de disponer conjuntamente ello implicará, «prima facie» que cuando se ejerzte tal facultad sobre los bienes donados nos volveremos a encontrar con un acto de codisposición. Esta tesis choca, a primera vista, con el régimen jurídico de los gananciales, y concretamente con las normas que disciplinan los actos de disposición sobre gananciales (art. 1.413 C. c.); en esta línea R. Adrados (7) entiende que el acto dispositivo debe realizarse por los cónyuges donantes, aplicando las normas que le correspondan según su naturaleza, onerosa o gratuita, y su objeto.

Frente a esta posición se podría alegar que la misma rompe la unidad del negocio jurídico donacional; esto es, en la donación con reserva de la facultad de disponer no debe verse dos negocios jurídicos distintos, sino uno sólo que integra, por ende, una unidad negocial. Si ello es así, se podría entender que esa unidad afecta también al ejer-

(6) Op. cit., pág. 473.

(7) Op. cit., pág. 478.

cicio de la reserva de la facultad de disponer; por ello, dado que la donación se ha efectuado en régimen de codisposición, en igual régimen jurídico debe efectuarse el ejercicio de la facultad de disposición. Empero, esta tesis (8) choca, también, con otro contrargumento y argumento, cual es el de que la unidad negocial debe predicarse tan sólo de la donación con reserva de la facultad dispositiva, pero no alcanza al ejercicio de tal facultad, que se nos aparece como algo ajeno al negocio jurídico donacional.

A nuestro juicio, el tema debe ser analizado desde diferentes prismas. En efecto, lo primero que nos aparece es que el bien tenía carácter ganancial al ser donado, por lo que, «prima facie», serán de aplicación las normas sobre la sociedad de gananciales; sin embargo, esta afirmación debe ponerse en relación con la naturaleza jurídica de la donación con reserva de la facultad de disponer; esto es, ¿qué es lo que se han reservado los cónyuges?, ¿cuál es su naturaleza jurídica?

Habíamos señalado que, a nuestro juicio, en la donación con reserva de la facultad de disponer, el donatario adquiere, desde luego, la propiedad de los bienes donados. Si ello es así, nos encontramos con que si es cierto que el bien era ganancial antes de la donación, una vez donado no puede decirse que siga con esta calificación, pues en tal momento lo adquiere el donatario (9).

Por ello no creemos que quepa alegar la naturaleza ganancial de los bienes antes de la donación para defender la aplicación de las normas de la sociedad de gananciales en sede de ejercicio de la facultad de disponer reservada. Es por ello que, a nuestro juicio, el tema debe analizarse en contemplación al derecho que se han reservado los cónyuges.

R. Adrados entiende que (10) en virtud del artículo 639 se crea un derecho en favor del donante cuyas notas son las siguientes:

- Ser un derecho subjetivo y no una mera facultad.
- Ser personalísimo, vitalicio e intransmisible.
- Y ser un derecho potestativo o de modificación jurídica, sin que, en sí mismo, tenga valor económico.

En consecuencia, entiende el autor citado que la facultad de disponer reservada escapa a la clasificación de bienes privativos y gananciales. ¿Es ello así?

Como punto de partida, y para nosotros, el tema ofrece dos soluciones: o entender que la reserva de la facultad de disponer es ganancial o entender que escapa a tal conceptualización (11). Si se entiende lo

(8) Que para otros supuestos ha defendido BALBI, *La donazione*, Milano, 1964.

(9) Ello sería defendible si estimamos que el 639 consagra una donación sujeta a condición suspensiva.

(10) Op. cit., pág. 475.

(11) Por ello no acabamos de comprender que se diga que la facultad de disponer reservada escapa a la clasificación de bienes privativos o gananciales, ues entonces, ¿qué titularidad tienen los donantes?

primero, la posibilidad de aplicar las normas sobre la sociedad de gananciales aparece con bastante claridad, en caso contrario tal aplicación nos resulta dudosa.

Para dar una respuesta a la pregunta planteada se hace necesario indagar de nuevo, y con mayor detenimiento, la naturaleza jurídica de lo que se reservan los cónyuges. A nuestro juicio, ello viene dado, «*prima facie*», por el tenor literal del artículo 639: «el donante se reserva la facultad de disponer»; en cuyo caso se hace necesario que nos detengamos en el estudio de la facultad de disponer.

Sabido es que la facultad de disponer consiste en la posibilidad que tiene el titular de un derecho de realizar actos que afecten radicalmente a la sustancia y subsistencia del derecho. Pero lo que se discute es cuál sea la naturaleza de la facultad de disponer. Para unos se trata de algo distinto al derecho subjetivo, identificándolo con la capacidad de obrar, o considerándolo como un derecho de la personalidad o como una potestad autónoma; para otros autores, en cambio, el poder de disposición no es más que una facultad que integra el contenido normal del derecho subjetivo.

Para nosotros, y sin que podamos profundizar en el tema, el poder de disposición no es más que una facultad que forma parte del derecho (12); ahora bien, esa facultad puede tener en ocasiones un significado autónomo y propio. En efecto, como ha señalado Picazo, si se admite que la facultad de disfrute puede transferirse a otro sujeto, reteniendo el titular el derecho, esto es, si el sujeto puede crear en otro, y en base al derecho del que es titular, un derecho sobre el mismo objeto, no debe haber ningún inconveniente en admitir lo mismo tratándose del poder de disposición (13).

Y esto es lo que, para nosotros, sucede en el artículo 639 del C. c., es decir, los donantes se reservan un derecho que recae sobre el mismo objeto cuya propiedad corresponde al donatario; y hablamos de derecho no sólo por lo expuesto sino porque si uno de los elementos del derecho subjetivo es el interés no cabe duda que el mismo recae en los donantes y no en el donatario.

Establecido esto, debemos ahora preguntarnos quién ostenta la titularidad de tal derecho. A nuestro entender, la titularidad corresponde al marido y a la mujer, puesto que la donación forma una unidad negocial con la reserva de la facultad de disponer; por tanto, si en la donación ambos cónyuges codisponen, la titularidad del derecho reservado debe corresponder al marido y mujer (14).

(12) Entendiendo por facultad cada una de las posibilidades de obrar que ofrece el Derecho.

(13) *Lecciones de Derecho Civil*, parte general, pág. 232. Vide, también, *Fundamentos de D. Civil Patrimonial*, tomo 2, pág. 709.

(14) Sería interesante entrar en el tema de la sociedad de gananciales y titularidad de derechos, temática en la que no podemos entrar, pues excede del objeto de nuestro estudio, pero sí queremos hacer unas breves reflexiones sobre la materia que dejamos en interrogante. La D.G.R.N. en Resoluciones del 10 de marzo y 7 de abril de 1978 ha señalado que: «el artículo 95,1

Ahora bien, ¿forma parte este derecho del patrimonio ganancial? A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa por varias razones:

- a) El tenor literal del artículo 639, «*in fine*» del C. c., que señala: «... pero, si muriere (el donante) sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes».
- b) Consecuencia de ello es el carácter vitalicio e intransmisible del derecho, lo que lleva a considerarlo como un derecho personalísimo.
- c) Y por aplicación analógica del artículo 1.396, 2 y 3 C. c. (hoy 1.346, 2.^º y 7.^º).

Pues bien, si ello es así debemos concluir que en el ejercicio del derecho reservado por los cónyuges —teniendo además presente que el bien sobre el que incide tal derecho ya no es ganancial— no es de aplicación las normas sobre gananciales, por lo que tal ejercicio debe ser realizado conjuntamente por marido y mujer al ser ambos titulares del derecho.

Con esta opinión nos situamos en contra de la doctrina mayoritaria, que entiende que son aplicables las normas sobre el régimen de gananciales cuando los donantes ejerzan su facultad o poder de disposición. Ello nos obliga, y por respeto a tal doctrina, a que nos formulemos una cuestión; esto es, admitiendo la aplicabilidad de las normas sobre gananciales (15), ¿cabe que los cónyuges pacten el ejercicio conjunto del derecho, siempre y en todo caso? A nuestro juicio, la respuesta debe ser afirmativa por las siguientes consideraciones:

- a) La validez de los pactos por los que se amplía o limita la lista de bienes gananciales o privativos, siempre que los mismos no desnaturalicen el régimen de gananciales.
- b) La posibilidad de modificar el régimen económico matrimonial.
- c) Y la doctrina emanada en torno al artículo 1.413 C. c.

Ya por último, y para finalizar este punto, debemos preguntarnos si en el supuesto de que los cónyuges ejercent su derecho obteniendo una contraprestación, ésta debe ingresar en el patrimonio ganancial. Sobre este punto baste decir, siguiendo a R. Adrados (16), que la

R. H. es una norma singular, por cuanto obliga a hacer una inscripción a nombre de dos titulares (cónyuges), aun cuando la adquisición se haya hecho por uno de ellos, apareciendo una titularidad registrada no concorde con el contenido del título; norma que se basa, con justificación no muy clara, en el posible carácter ganancial de la adquisición...». ¿Significa ello que en tema de gananciales no debe hablarse de que marido y mujer son titulares de los bienes? Esto es, ¿debe decirse que titular del bien lo es tan sólo el cónyuge que aparezca como adquirente del bien, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas y económicas derivadas del régimen de gananciales?

(15) Aplicación que, para nosotros, no puede o no debe basarse en la idea de que el bien donado tenía carácter ganancial, dado que, con la donación, el bien pasa a ser propiedad del donatario, sino en el carácter ganancial del Derecho.

(16) Op. cit., pág. 479.

misma será ganancial en virtud de una subrogación indirecta: la contraprestación en lugar del bien donado con la reserva.

Hasta aquí hemos examinado cómo debe ejercitarse, a nuestro juicio, por los donantes el derecho reservado en la donación. Pasemos ahora a estudiar lo que sucede cuando se produce la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, siempre y cuando los cónyuges no hayan dispuesto de los bienes.

Como fácilmente se advierte, la cuestión se centra en averiguar si el derecho ex art. 639 C. c. debe incluirse en el inventario de la sociedad de gananciales y adjudicarlo según las normas del C. c. Después de todo lo expuesto se advierte lo que para nosotros debe ser la respuesta, ello no obstante, conviene que profundicemos en el tema. «prima facie» dos son las posibilidades que se nos ofrecen:

1) Someter el derecho reservado por los donantes a las reglas generales de liquidación de los gananciales.

2) O excluir tal derecho del régimen jurídico de los gananciales.

Procedamos al estudio de ambas posibilidades. La primera solución mencionada, esto es, el sometimiento del derecho a las normas de liquidación y adjudicación de bienes gananciales, sólo puede venir dada por la consideración de que la facultad de disponer reservada es ganancial; calificación jurídica que nosotros, por las razones vistas, hemos rechazado.

Ahora bien, el rechazo del carácter ganancial del derecho no debe ser obstáculo para que, situándonos idealmente en el campo opuesto a nuestra posición, veamos sus consecuencias jurídicas (17).

Pues bien, considerando el derecho como ganancial, a la hora de la adjudicación del mismo, puede suceder lo siguiente:

- a) Que se adjudique a los herederos del cónyuge premuerto.
- b) Que se adjudique a los herederos del premuerto y al supérstite.
- c) O que se adjudique al cónyuge supérstite.

Examinemos por separado tales soluciones:

a) Adjudicación en favor de los herederos del cónyuge premuerto.

Para admitir esta solución habría que probar que el derecho reservado es transmisible a los herederos del donante; posibilidad que la doctrina mayoritaria rechaza rotundamente (18), y a la que nos adherimos por varios motivos. En primer lugar, por la declaración terminante del 639, «in fine», C. c.: «Pertenecerán al donatario». En segundo lugar, porque admitir que el derecho pase a los herederos

(17) Y esto lo hacemos no por debilidad en nuestra posición, sino porque en Derecho hay pocas verdades que sean incuestionables, y el jurista no debe dejar a un lado las consecuencias jurídicas de una posición no defendida por él.

(18) R. ARADOS, op. cit., pág. 453. BIONDI, *Le donazione*, Torino, 1961. BALBI, *La donazione*, Milano, 1964. A favor de la transmisibilidad se manifiesta TORRENTE. *La donazione*.

del premuerto desnaturalizaría la figura en cuestión, sometiendo al donatario a una incertidumbre sobre su plena titularidad; en tercer lugar, porque en nuestro derecho rige el principio de libertad de dominio, mirando con el disfavor restricciones al mismo, lo que obligaría, caso de admitir la transmisibilidad, a establecer limitaciones a la misma. Y, por último, que del contenido del artículo 639 se deduce que el legislador sólo contempla al donante como único interesado en la reserva, además de que el derecho reservado, en sí mismo, carece de contenido económico (19).

b) Adjudicación en favor del cónyuge supérstite y herederos.

Con la opinión sostenida en el apartado anterior se desprende la no procedencia de esta solución.

c) Adjudicación en favor del cónyuge supérstite.

La tercera solución posible es adjudicar el derecho al supérstite. En principio ya resulta anómalo —por no decir otra cosa— que haya que recurrir a esta vía ante la imposibilidad o dificultad, a nuestro juicio, de acudir a las dos anteriores. Por otra parte, R. Adrados (20) descarta esta solución por entender que: «no es posible ni obligar al cónyuge que sobreviva a ejercitar la facultad dispositiva, ni considerar este ejercicio como carga para el mismo, de forma que si no la ejercita, aun sin estar obligado a ello, sólo él sufra las consecuencias perjudiciales de carácter económico».

Nosotros nos adherimos a esta opinión, no sólo por lo expuesto, sino también por lo que expondremos en breve. Ahora bien, la posibilidad de que la facultad reservada ex artículo 639 se atribuya al supérstite podría venir dada no tanto por una posible adjudicación de tal derecho en la liquidación de los bienes gananciales, sino por otro tipo de consideraciones.

En efecto, se podría pensar que aunque el derecho reservado es ganancial, el mismo no debe ser incluido en ningún caso en la liquidación de los gananciales, pues, en todo caso, fallecido uno de los cónyuges, el derecho acrece al supérstite, y ello en base a una aplicación analógica del artículo 521 C. c. A nuestro juicio, conviene que nos detengamos en este punto.

En el supuesto que nosotros estamos estudiando, y que gira en torno al artículo 639, nos encontramos con que los cónyuges en régimen de gananciales donan bienes integrantes de la masa ganancial y se reservan conjuntamente la facultad de disponer de todos o parte de los mismos; si ello es así, nos encontramos con un derecho constituido en favor de dos personas, con carácter conjunto, sin perjuicio de su carácter ganancial (pues estamos trabajando con esta hipótesis). Si ello es así, ¿no se podría pensar en una aplicación analógica del

(19) Por otra parte, en el caso de varios herederos, ¿cómo se tendría que ejercitar el derecho a ellos transmitido? Y en el caso de varios donatarios que sean a la vez herederos ¿que consecuencias produciría la adquisición por todos del Derecho?

(20) Op. cit., pág. 479.

artículo 521?, es decir, ¿no se podría mantener que al fallecimiento de uno de los cónyuges, el derecho se concentra, todo él, en el supérstite, estando por tanto ante un caso de acrecimiento estático?

Como hemos parcialmente adelantado, esta posición podría basarse en la aplicación analógica del 521 y, también, en el 637, 2 C. c. Examinemos ambos preceptos en relación con nuestro tema.

El artículo 637, 2 C. c., nos dice que: «Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho (el derecho de acrecer), si el donante no hubiese dispuesto lo contrario». Pues bien, para nosotros, cualquier intento de aplicación analógica de tal precepto a nuestro supuesto debe ser rechazado por varios motivos:

a) En primer lugar, porque el 637, 2 se refiere a un supuesto de acrecimiento dinámico; en cambio, nuestro caso alude a un acrecimiento estático. Esto es, el artículo 637 alude a una comunidad en período de constitución, regulando un acrecimiento análogo al sucesorio.

b) En segundo lugar, porque el artículo 637, 2 acota su supuesto de hecho en una donación realizada en favor de los cónyuges, por lo que lo adquirido en virtud de la misma es privativo y no, como en nuestro caso, ganancial.

c) En tercer lugar, no cabe decir, a nuestro entender, que en el artículo 639 exista una donación en favor de los cónyuges del derecho o del poder de disposición de los bienes, pues para ello habría que admitir la existencia de dos negocios jurídicos diferentes: uno, por el que se donan bienes; y otro por el que el donatario como propietario o titular pleno de los mismos dona el derecho de disponer de los mismos. Tesis que rompería la unidad negocial del artículo 639.

d) Y, por último, la aplicación analógica de tal precepto debe descartarse por lo dispuesto en el artículo 4, 1 del C. c., que sólo admite la analogía «legis».

Descartada, a nuestro juicio, la aplicación a nuestro caso del artículo 637, 2 del C. c., veamos la aplicabilidad del artículo 521, el cual dispone que: «el usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere».

Como se desprende del precepto, el mismo, «prima facie» alude a un caso de acrecimiento estático, esto es, a una comunidad ya constituida (21). Supuesto que, a primera vista, encaja en nuestro caso, en donde nos encontramos con que los cónyuges se han reservado conjuntamente la facultad de disponer de los bienes donados. Si ello es así, se podría pensar que a la muerte de uno de los cónyuges, el derecho reservado ex 639 se concentra en el supérstite.

Ahora bien, para poder hablar de la aplicación analógica del 521 a nuestro caso, previamente habría que dilucidar el supuesto de tal

(21) Por lo tanto no cabe ver contradicción entre el 637 y el 521, puesto que el primero se refiere a una comunidad en período de formación, y el segundo a una comunidad ya formada.

precepto en relación con la sociedad de gananciales (22), pues sabido es que la doctrina no es pacífica sobre el tema, ni tampoco la Jurisprudencia (23).

Esto no obstante, admitamos —como así lo hace un amplio sector doctrinal— que el 521 regula un supuesto de acrecimiento estático (esto es, un caso de titularidad y no de duración), y admitamos también que ante un usufructo de carácter ganancial, en la hipótesis del 521, no es necesario adjudicar tal derecho en la liquidación de la sociedad de gananciales, sino tan sólo su valor, dado que a la muerte de uno de los cónyuges el usufructo acrece o se concentra en el supérstite.

Con esta premisa, ¿es posible aplicar analógicamente el artículo 521 a nuestro supuesto? A nuestro juicio la respuesta debe ser negativa por varias razones:

1) El artículo 521 encuentra su sede en la figura de un derecho de usufructo, el cual tiene un contenido económico valioso, en cambio la facultad de disponer o el derecho reservado por los cónyuges, en sí mismo considerado, carece de contenido patrimonial.

2) Por ello mismo, si bien en tema de usufructo es posible armonizar el 521 con el régimen de gananciales mediante la inclusión en la masa en liquidación de su valor (con lo que no hay perjuicio para la integridad de la masa ganancial), en el tema que nos ocupa ello no es posible por el hecho mismo de que estamos en presencia de un derecho sin contenido económico.

3) El artículo 521 debe ser interpretado de forma restrictiva y no ampliarlo a supuestos no comprendidos en el ámbito legal, al implicar una desviación de las normas legales sobre los bienes gananciales.

4) Entre el derecho de usufructo y el poder de disposición existen notables y drásticas diferencias que desaconsejan someterlos a un mismo tratamiento jurídico, aunque sea tan sólo en tema de acrecimiento.

5) Y, finalmente, que los preceptos que disciplinan el acrecimiento en los negocios jurídicos «inter vivos» deben ser objeto de interpretación estricta, pues el acrecimiento encuentra su campo específico en los negocios «mortis causa» por lo que no debe ser de aplicación el artículo 4, 1 C. c.

Ahora bien, no obstante la existencia de estos argumentos que conducen a la inaplicabilidad de la solución propuesta por el artículo 521, se podrían alegar una serie de razones, que no debemos descuidar, para admitir la solución *ex 521* del C. c., y que en síntesis serían:

a) Si bien es cierto que el derecho reservado por los cónyuges carece de contenido económico, no es menos cierto que en el caso de

(22) Resulta obvio que el estudio del 521 en relación con los gananciales escapa de nuestro objetivo, siendo imposible su tratamiento, pues el mismo necesitaría de estudio aparte.

(23) Vide. la Resolución de 24 de febrero de 1979 en franco contraste y regression con la de 10 de julio de 1975.

que el cónyuge supérstite ejercitase su derecho, la contraprestación obtenida sería ganancial, y la misma debería incluirse en la liquidación de los gananciales, con lo que la masa ganancial no sufriría perjuicio.

b) El artículo 639, «*in fine*» C. c. parece avalar esta postura, cuando nos dice: «si muriere (el donante) sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario». Y ello porque en nuestro caso la donación es realizada en acto de codisposición por los cónyuges, por lo que cabe decir que hasta la muerte del supérstite no se extingue el derecho.

c) Y que si el legislador admite el acrecimiento en los negocios jurídicos «*inter vivos*», el mismo no debe ser interpretado restrictivamente sino aplicarlo a supuestos donde quepa la analogía, pues del C. c. se deduce un criterio favorable al acrecimiento.

Sin desconocer la posible fuerza de tales razones, nosotros nos inclinamos por la solución contraria, no sólo por lo expuesto, sino, por añadidura, en base a lo siguiente:

1) Es cierto que se ha mantenido que lo obtenido, si es que algo se obtiene, por el ejercicio de la facultad de disponer es ganancial, mas ello no debe hacernos olvidar que el derecho en sí mismo carece de valor, por lo que en el momento de la liquidación de los gananciales no podríamos negar el perjuicio de la masa ganancial, puesto que lo que se sustraе de la misma es el derecho de disponer de unos bienes que se distraen del normal destino de los gananciales; sin que el hecho de la posible adición de lo obtenido como consecuencia del ejercicio del derecho palie el perjuicio actual, además de que ni se sabe si el supérstite ejercitará su derecho ni si dispondrá a título oneroso o gratuito.

2) Es cierto que del artículo 639 cabe deducir que el derecho reservado por los donantes no se extingue hasta la muerte del sobreviviente; pero observemos que nos referimos a un tema de duración y no a un tema de titularidad, además de que el precepto no resuelve, por sí sólo, el problema de si el supérstite será titular del derecho de disponer de todos los bienes donados con la reserva o de parte de ellos.

3) Y, por último, cabe mantener una interpretación estricta del acrecimiento en los negocios «*inter vivos*», pues el mismo va en contra de la normal fuerza atractiva del dominio, además de que el legislador ve con desfavor las restricciones a las facultades dispositivas del propietario.

Todas estas consideraciones llevan, a nuestro juicio, a sostener que la solución al problema planteado no puede venir dado por el tratamiento ganancial del derecho. Por ello, y como ya habíamos adelantado, la respuesta a dicha cuestión debe realizarse partiendo del carácter no ganancial del derecho.

Desde este punto de vista, las vías para solucionar el tema planteado son las siguientes (24):

- 1) Entender que a la muerte de un cónyuge el derecho reservado se extingue en su totalidad.
- 2) Entender que el supérstite puede ejercitarse el derecho en su totalidad.
- 3) Y, finalmente, entender que el supérstite puede ejercitarse sólo en la mitad.

Procedamos a examinar la bondad de cada una de las soluciones expuestas.

- 1) Extinción total del derecho reservado por los cónyuges.

A nuestro juicio, esta solución debe rechazarse sin paliativos. En efecto, no cabe alegar en defensa de esta tesis el artículo 639, «*in fine*» del C. c., porque en nuestro caso los donantes son los cónyuges en acto de codisposición, por lo que hasta el fallecimiento del sobreviviente no cabe entender extinguido el derecho.

Por otra parte, esta solución choca con la conceptuación jurídica que nosotros hemos dado al derecho ex. 639. En efecto, hemos señalado que la facultad reservada es un derecho cuya titularidad corresponde al marido y a la mujer, siendo, además, un derecho personalísimo, vitalicio e intransmisible. Pues bien, si ello es así, se comprende fácilmente, sin necesidad de más explicaciones, que no cabe decir que a la muerte de uno de los donantes queda extinguido un derecho cuya titularidad corresponde también al supérstite.

- 2) Ejercicio por el supérstite del derecho en su totalidad.

La segunda respuesta al problema planteado consiste en entender que a la muerte de uno de los cónyuges se concentra en el supérstite la totalidad del derecho. Esta es la solución a la que se adhiere R. Adrados (25), por entender que es la solución más acorde con las normas que rigen la mancomunidad en otras instituciones, y por llegar a resultados más justos.

A nuestro juicio, se imponen unas consideraciones sobre esta vía. Como ya hemos señalado varias veces, en el artículo 639 nos encontramos con un derecho cuya titularidad corresponde al marido y a la mujer conjuntamente, titularidad que carece de naturaleza ganancial. Esto es, marido y mujer ostentan una cotitularidad sobre el mismo derecho. Si ello es así, la afirmación de que el derecho en su totalidad pasa al sobreviviente se nos presenta, a nuestro juicio, problemática.

En efecto, para sostener que el supérstite puede ejercitarse todo el derecho no es procedente, para nosotros, traer a colación —como se ha hecho— las normas que rigen la mancomunidad en el albaceazgo, pues es obvio que cualquier comparación entre nuestro supuesto y aquella figura no resiste aproximaciones entre sí; tampoco cabe traer

• (24) En este sentido, vide, R. Adrados, op. cit., pág. 480.

(25) Op. cit., pág. 481.

a colación el 639, «*in fine*» del C. c., pues, como ya hemos señalado, el precepto no alude, creemos, a un problema de titularidad sino de duración; y en todo caso no nos dice la extensión del derecho en favor del supérstite.

Por otra parte, si marido y mujer son titulares de un derecho, ¿en virtud de qué razón se puede decir que a la muerte de uno de ellos el sobreviviente adquiere la titularidad del premuerto? A nuestro juicio, tal expansión sólo encontraría justificación en la idea de un acrecimiento; pero, como ya hemos visto, no estimamos aplicable a nuestro supuesto los preceptos que el C. c. destina a la regulación del acrecimiento en los negocios «*inter vivos*»; además de que una excepción tan drástica al normal destino de los derechos al fallecimiento del titular sólo puede ser objeto de una norma expresa que así lo declare (26).

Esto no obstante, se nos podría decir lo siguiente: entendiendo que a la muerte de uno de los cónyuges el supérstite no adquiere la totalidad del derecho, ello implica que la titularidad del premuerto debe integrar su herencia y pasar a sus herederos. Empero, tal argumento debe descartarse por la razón de que, para nosotros, el derecho ex artículo 639 es personalísimo e intransmisible a los herederos.

3) Ejercicio por el supérstite de la mitad del derecho.

Llegados a este punto, y después de haber descartado las soluciones anteriores, se comprende la solución que nosotros propugnamos. Esto es, a nuestro juicio, al fallecimiento de uno de los cónyuges, el supérstite seguirá siendo titular del derecho de disponer sólo en la mitad de los bienes donados con la reserva.

De esta forma quedan conciliados, a nuestro entender, los intereses de ambas partes. En efecto, se salvaguarda el interés del cónyuge sobreviviente, pues el mismo seguirá ostentando la titularidad en el derecho de disponer, y se salvaguarda también el interés del donatario, el cual recobra la facultad de disponer de los bienes de su propiedad.

Por otra parte, esta solución concilia o concuerda con la exigencia del artículo 639, «*in fine*», C. c., y con la normal fuerza atractiva del dominio y al disfavor con que el legislador trata las limitaciones a las facultades dispositivas del titular del derecho de propiedad.

Finalizado el estudio de este punto pasemos a examinar la posible incidencia del 639 con las legítimas. El supuesto de hecho en el que nos vamos a centrar consiste en un matrimonio en régimen de gananciales que dona bienes a sus hijos con reserva de la facultad de disponer.

(26) Por otra parte, aun admitiendo que nuestro caso guarda aproximación con la cotitularidad en mano común, tampoco estimamos la extensión en favor del «supérstite» de la totalidad del Derecho, dada las notas que tipifican la naturaleza jurídica del Derecho ex 639. Además, de la misma forma que la doctrina admite la aplicación de las normas de la comunidad de bienes a los créditos y deudas mancomunadas, también cabe aplicación a nuestro caso con todas las correcciones y salvedades que demande nuestro supuesto.

Pues bien, el tema ofrece diferentes soluciones según que se entienda que a la muerte de uno de los cónyuges, el supérstite sólo tiene derecho a disponer de la mitad de los bienes donados o, por contra, se entienda que puede ejercitar el derecho en su totalidad.

Para nosotros, como acabamos de exponer, a la muerte de uno de los cónyuges, el sobreviviente sólo puede disponer de la mitad de los bienes donados, con lo que el problema planteado se difumina y podríamos darlo por concluido. Esto no obstante, se hace necesario insistir sobre el tema partiendo de la afirmación, sostenida por los autores, de que el supérstite puede ejercitar la totalidad del derecho.

Partiendo, pues, de este punto de vista, pasemos a examinar el problema planteado.

El artículo 819 C. c. nos dice que: «las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejora, se imputarán a su legítima»; y con arreglo al artículo 813: «el testador no puede imponer sobre la legítima gravamen, condición ni sustitución de ninguna clase». Si ello es así, ¿no puede haber una interferencia entre tales preceptos y la reserva de la facultad de disponer? (27).

Pues bien, al fallecimiento de uno de los cónyuges donantes, y con arreglo al artículo 818 C. c., al valor de los bienes relictos se suman o agregan las donaciones. Ahora bien, en nuestro caso, lo que debe agregarse al caudal es sólo la mitad del valor de las donaciones (28); por tanto, a nuestro juicio, lo que debe considerarse anticipo de legítima no es toda la donación, sino la mitad del valor del bien donado.

Si ello es así, si estimamos que el supérstite puede ejercitar su derecho de disponer sobre la totalidad de los bienes, ello implicará, «prima facie», que podrá disponer de un bien donado que se imputa a la legítima del hijo, y que, por tanto, con las precisiones hechas en la nota 27, es anticipo de legítima, por lo que el hijo tendría unos bienes en concepto de legítima afectos a una reserva de la facultad de disponer, y máxime cuando reciba toda su legítima por la donación. Y si ello es así, ¿no se incide en la prohibición del artículo 813 del Código civil?

En primer lugar, a nuestro entender, es indudable que dentro del artículo 813 se incluye el supuesto de las reservas de la facultad de disponer, pues lo que el legislador prohíbe es cualquier limitación, restricción o carga que merme la plena disponibilidad de lo atribuido

(27) Debemos reconocer que el problema que se plantea dependerá de varios factores; en efecto, habrá que tener en cuenta la cantidad o el número de bienes donados, la cuantía del caudal relicto, el sistema de imputación señalado por los donantes, el número de hijos, las disposiciones testamentarias, etc. Por ello, el problema, si es que existe, se planteará cuando estemos en presencia de una donación que comprenda buena parte de los bienes de los cónyuges, y las mismas se imputen ex 819; cubriendo las donaciones —sobre todo— la totalidad de la cuota legitimaria.

^ (28) El artículo 1.046, C. c. dice que: «la dote o donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en sus herencias».

en concepto de legítima. Ahora bien, lo que debemos preguntarnos es si el precepto sólo prohíbe los gravámenes establecidos «mortis causa», o afecta también a los establecidos por vía «inter vivos». Sobre tal punto, Lacruz y S. Rebullida (29) opinan que el precepto indicado sólo se refiere a los gravámenes establecidos «mortis causa», no afectando a los «inter vivos» que siguen subsistiendo, representando tan sólo una minoración del bien sobre el que recaen, salvo que tales gravámenes se reduzcan con disposición inoficiosa o se anulen por fraude de legítima.

A nuestro juicio, y en principio, estimamos correcta esta posición, pues creemos que, además de que el artículo 813 nos habla de testador, es perfectamente lícito y posible que el causante done a un legitimario una finca gravada con hipoteca, la cual será considerada como anticipo de legítima, con disminución en su valoración de la carga. Si ello es así se podría concluir que nuestro supuesto no incide en la prohibición del artículo 813, dado que la reserva de la facultad de disponer se ha establecido por vía «inter vivos». Empero, esta conclusión debe ser matizada y estudiada con algo más de detenimiento.

En primer lugar, si se estima que el artículo 813 no alcanza a los gravámenes establecidos «inter vivos», ello no empece a que los bienes atribuidos a un legitimario con restricciones o cargas y que deban formar parte de su cuota legitimaria se valoren con disminución del valor que represente la carga o el gravamen. Si esto es así, ¿cómo se deben valorar los bienes donados con reserva de la facultad de disponer?, porque no debemos olvidar que el derecho reservado por los cónyuges —como ya se dijo— carece de valor patrimonial. Pues bien, el interrogante puede contestarse diciendo que los bienes donados deben valorarse por su valor real o total, esto es, sin tener en cuenta la reserva del derecho de disponer, puesto que no cabe olvidar que en la donación ex artículo 639, el donatario adquiere la propiedad de los bienes donados.

Ahora bien, si entendemos que lo que se acaba de exponer es lo cierto, ¿qué ocurrirá si el supérstite ejerce su derecho? Si tal acaece, lo primero que nos encontraremos es con algo claro y evidente: el donatario pierde la propiedad de lo donado, que se había o podía haber atribuido a su legítima; pero, además de ello, pueden suceder dos cosas:

- Que el supérstite ejerza su derecho a título gratuito.
- O que disponga a título oneroso.

En el primer caso, al no haber contraprestación, y al borrarse la titularidad del donatario, resultará que esa donación que se imputó a su legítima, y que a lo mejor cubría toda su cuota legitimaria o hereditaria, desaparece, con lo que el legitimario no habrá recibido nada; ante ello, como es lógico, habría, a nuestro juicio, que recomponer

(29) *D. de Sucesiones*, tomo 2, pág. 125.

el proceso particional (30), con toda la problemática, dificultad e inseguridad jurídica que ello comporta.

El segundo caso, esto es, cuando se dispone a título oneroso obteniendo una contraprestación, ofrece, a primera vista, menos dificultad. En efecto, si se estima que el importe de lo obtenido va a parar al supérstite nos encontraremos con lo mismo de antes, pero si se entiende que tal importe es ganancial, el mismo deberá adicionarse a la masa ganancial, con lo que el legitimario si bien pierde el bien donado recibirá a cambio el importe total o parcial de lo obtenido con la disposición del bien.

Empero, a pesar de ellos nos seguiremos encontrando con problemas de modificación del proceso particional. Todo ello evidencia, a nuestro juicio, además de los problemas apuntados, la inseguridad jurídica en la que se encontraría el donatario y los demás intervenientes en el fenómeno sucesorio.

Establecido esto, volvamos la atención a algo ya mencionado. Habíamos señalado que el artículo 813 no afecta ni se refiere a los gravámenes establecidos por vía «inter vivos»; pero también habíamos establecido que al fallecimiento de uno de los cónyuges, lo que se agrega a su caudal relicto es la mitad de los bienes donados (su valor); si esto es así, ¿se puede mantener que cuando se afirma que el sobreviviente puede ejercitar la totalidad del derecho *ex artículo 639 del C. c.* no hay un gravamen *ex artículo 813*?

Es cierto que la reserva de la facultad de disponer queda establecida por vía «inter vivos», pero con la muerte de uno de los cónyuges, y al partir de la base de que el supérstite puede ejercitar la totalidad del derecho y que por tanto puede disponer de unos bienes que se han adicionado al «relictum» del premuerto, y que son cuota legitimaria del donatario, ello implica que tales bienes se gravan en virtud o como consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges, porque es precisamente el fallecimiento de un cónyuge lo que determina que todo el derecho de disponer se concentre en el sobreviviente, y, por ende, la facultad de disponer de unos bienes que son cuota legitimaria.

Esta consideración, unida a las especialidades y singularidades que concurren en nuestra figura, hacen que, para nosotros, estemos en la prohibición de gravámenes y limitaciones del artículo 813.

En suma, todo ello hace que nos reafirmemos en la idea ya expuesta de que al fallecimiento de uno de los donantes, el supérstite sólo puede ejercitar su derecho de disponer sobre la mitad de los bienes donados y no sobre la totalidad.

Finalizado el examen de esta cuestión pasemos a estudiar la relación entre la reserva de la facultad de disponer y la prohibición de disponer. Sobre este punto, no vamos a entrar en el estudio de la facultad de disponer ni en la diferenciación entre prohibiciones de dis-

(30) No entramos en cómo se hará ello, si por la vía del 1.054 C. c., por la del 1.074 y ss. o por la del 815, etc.

poner y obligaciones de no disponer (31). Tan sólo nos interesa ver si la reserva de la facultad de disponer implica o no una prohibición de disponer.

Sobre este tema, R. Adrados nos dice que: «el donatario tiene, en virtud de la donación, la facultad de disponer de los bienes donados; pero el que adquiera del donatario queda sujeto también a las consecuencias jurídicas del acto de disposición realizado por el donante (32). Es decir, que para el autor citado la reserva de la facultad de disponer no implica prohibición de disponer; en este mismo sentido se pronuncia la Jurisprudencia. En efecto, la D. G. R. N. trató el tema en la Resolución de 23 de octubre de 1980; el supuesto de hecho radicaba en la admisión de una anotación de embargo sobre una finca inscrita con prohibición de disponer y reserva de la facultad de venderla; pues bien, la D. G. admitió la anotación en base a lo siguiente:

a) La donación con reserva de la facultad de disponer ha de ser tratada como una donación sujeta a condición resolutoria, por lo que cabe practicar anotación de embargo sobre el bien donado, si bien podrá quedar extinguida caso de resolverse el derecho del propietario.

b) La prohibición de disponer impide todo acto de disposición sobre la finca, por lo que en principio no cabe anotación de embargo, pues el mismo se dirige a la venta del bien. Empero, no cabe desconocer que en su momento puede consolidarse plenamente la titularidad del deudor sobre la finca..., ya que tal prohibición de disponer, en este caso, no es más que un complemento de la reserva y sujeta como ésta a igual condición resolutoria, por lo que cabe la anotación de embargo.

No es el momento adecuado de entrar en el estudio de esta resolución, tan sólo nos interesa destacar aquellos puntos que tengan incidencia en nuestro tema.

A nuestro juicio, la Dirección General entiende que la donación con reserva de la facultad de disponer no implica prohibición de disponer. En efecto, si la Resolución parte de la base de que la donación ex artículo 639 es una donación sujeta a condición resolutoria, no cabe duda de que el donatario podrá realizar actos de disposición sobre los bienes donados, por lo que tal donación no supone prohibición de disponer (33).

(31) Vide. PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo 2, página 713.

(32) Op. cit., pág. 472.

(33) Esto no obstante, no queremos pasar por alto una cuestión que nos suscita tal Resolución. En efecto, la Dirección General señala que la prohibición de disponer no es más que un complemento de la reserva de la facultad de disponer y sujeta como ésta a igual condición. Para nosotros, esta afirmación resulta un poco oscura y ambigua, pues ¿qué quiere decir que la prohibición de disponer está sujeta a igual condición que la donación con reserva de la facultad de disponer? Desde luego entendemos que la D. G. no habrá querido decir que la donación con prohibición de disponer sea una donación sujeta a condición resolutoria, pues ello nos parece impensable; se puede entender que lo que ha querido decir es que al fallecer el donante, el donatario recobra la plena titularidad del bien al extinguirse la prohibición

Pues bien, vistas estas opiniones, pasemos a exponer nuestro punto de vista. Para ello se hace necesario recordar brevemente lo que se expuso al tratar de la naturaleza jurídica de la reserva de la facultad de disponer; y sobre tal cuestión entendemos que el donatario, desde luego, adquiere la propiedad de los bienes donados; por ello, rechazamos la tesis de la condición suspensiva o de la resolutoria (34).

Ahora bien, también dijimos que en el artículo 639 los donantes se reservan un derecho que recae sobre el mismo objeto cuya propiedad corresponde al donatario; y también dijimos que si se admite que la facultad de disfrute puede transferirse a otro sujeto, reteniendo el titular el derecho, no existe ningún inconveniente en admitir lo mismo tratándose del poder de disposición.

Si ello es así —y como además se desprende del tenor literal del 639 que nos habla de reserva de la facultad de disponer—, cabría concluir que la donación con reserva de la facultad dispositiva implica una prohibición de disponer; o, mejor dicho, que la reserva del poder de disponer al constituir un derecho en sí mismo considerado imposibilita que el donatario disponga de los bienes de su propiedad.

De esta forma, se entiende que no estamos confundiendo la donación con reserva de la facultad de disponer con las prohibiciones de disponer, pues ambos institutos tienen sus perfiles jurídicos propios, pero sí decimos que de la misma forma que el titular de un derecho de nuda propiedad no puede disponer del derecho de usufructo, sino tan sólo de su derecho, el donatario de unos bienes con reserva ex artículo 639 no puede realizar actos de disposición, pues tal facultad pertenece a otros sujetos. En suma, entendemos que sobre el mismo derecho del donatario se crea otro derecho que recae sobre el mismo objeto, por lo que el donatario carece de facultades dispositivas.

Ello nos lleva también a no admitir —aunque reconocemos que es una tesis sugestiva y defendible— que lo que ocurre en el artículo 639 es un supuesto de legitimación extraordinaria o indirecta;

de disponer, o también puede significar que como la anotación de embargo es una medida cautelar de carácter preventivo, cabe practicar la anotación, pero si el procedimiento desemboca en la subasta no cabrá practicar la inscripción de la venta si el donante todavía vive; pero ¿ello justifica la admisión de la anotación de embargo?

Tratar de someter a un mismo régimen jurídico la donación con reserva de la facultad de disponer y las prohibiciones de disponer —si se parte de la base de que la una no implica la otra— nos parece inadmisible. Por último, digamos que la Resolución de 5 de septiembre de 1974 ante un caso por el que se solicitaba el ingreso en el R. P. de un auto judicial por el que se adjudicaba al Estado dos fincas inscritas con prohibición de disponer, entendió, con criterios correctos, que ello no era posible, pues: «al estar las fincas inscritas con prohibición de disponer queda impedido el ingreso en el R. P. del auto, pues al atribuir el pleno dominio de las fincas al Estado por las subastas realizadas se traspasan los límites del Derecho subjetivo del obligado, así como su poder de disposición».

(34) No cabe duda que si se admitiera la tesis de que el donatario adquiere la propiedad sujeta a condición resolutoria ello implicaría admitir, «prima facie», facultades dispositivas en el donatario.

esto es, entender que en la donación con reserva de la facultad de disponer no hay traspaso o reserva de la facultad dispositiva, sino que el poder de disposición corresponde al titular del derecho (en nuestro caso al donatario), atribuyendo al donante una legitimación para realizar actos de disposición. Y entendemos no admisible este punto de vista no sólo por todo lo expuesto, sino porque esta tesis ni se compagina con el tenor literal del 639 ni creo que responda a la voluntad de las partes, como lo demuestra el hecho de que en la mayor parte de las donaciones con reserva de la facultad de disponer se establezca una prohibición de disponer (35).

(35) Todo lo expuesto a lo largo del trabajo nos lleva a entender que cuando los donantes establecen una prohibición de disponer sobre los bienes donados, la misma debe quedar extinguida al fallecimiento de uno de los cónyuges en la mitad de los bienes donados, y en su totalidad al fallecimiento del «supérstite». Y ello porque caso de entender que la prohibición de disponer sigue afectando a todos los bienes donados no obstante el fallecimiento de uno de los cónyuges donantes implicaría una posibilidad de colisión con la legítima, además de que si la prohibición de disponer debe obedecer a un interés de los donantes, al fallecer uno de ellos queda extinguido su interés, satisfaciendo el interés del «supérstite» la prohibición de disponer sobre la mitad de los bienes donados.

VIDA JURIDICA

CONGRESO DE JURISCONSULTOS SOBRE LOS DERECHOS CIVILES TERRITORIALES EN LA CONSTITUCION

(Zaragoza, días 29 de octubre a 1 de noviembre de 1981)

JUAN ALVAREZ-SALA WALTHER

Notario de Felanitx

SUMARIO: I. Introducción.—II. Normas de funcionamiento del Congreso.—III. Acto solemne de apertura.—IV. Los debates de la Sección 1.^a.—V. Los debates de la Sección 2.^a.—VI. Sesiones plenarias y conclusiones definitivas del Congreso.—VII. Acto solemne de clausura.—VIII. Publicaciones del Congreso.

I. Durante los días 29 de octubre a 1 de noviembre de 1981 ha tenido lugar, en la ciudad de Zaragoza, la celebración del «Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución» (1), convocado por la Cátedra «Miguel del Molino», de la Institución «Fernando el Católico» de aquella ciudad. Junto a esta entidad, de la que arrancó la iniciativa primera de celebración del Congreso, se unieron a la convocatoria del mismo el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca, el Ilustre Colegio de Abogados de Teruel, el Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, el Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza; el Ilustre Colegio de Procuradores de Zaragoza, el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, el Instituto de Estudios Altoaragoneses, el Instituto de Estudios Turolenses y la Universidad de Zaragoza.

El número de juristas inicialmente inscritos al Congreso —sin contar algunas nuevas incorporaciones que se produjeron después de expirar el plazo de inscripción señalado en la convocatoria— (2) ascendió a 261, de los cuales 127 procedían de territorio aragonés, 65 de territorio de Derecho Común, 30 de Cataluña, 15 de Navarra, 13 de Baleares, 8 de Vizcaya y Alava y 3 de Galicia.

(1) Las numerosas intervenciones de los participantes en el Congreso —densas de contenido y rápidas de expresión—, al ser tamizadas por la subjetividad del cronista, pueden resultar desfiguradas. En todo caso queremos exponer nuestra preocupación por haber tenido que reproducir con tan forzada brevedad y en tan excesiva síntesis las profundas opiniones expresadas por los congresistas. Si hemos caído en la imprecisión, en la omisión o en el error, sólo puede imputársenos a nosotros.

Queremos dejar constancia de nuestro agradecimiento al Secretario General del Congreso, don José Luis Merino Hernández, que amablemente nos ha informado sobre algunos datos concretos que le hemos consultado.

(2) Luego de expirado el plazo de inscripción señalado en la convocatoria del Congreso, se admitió todavía la incorporación de 24 juristas más.

La labor científica del Congreso se centraba sobre el estudio de dos distintos temas —uno, el artículo 149, 1, 8, de la Constitución, y otro, la vecindad civil—, que se llevaría a cabo a través de dos secciones separadas, a las que, alternativamente, podían adscribirse los congresistas. La Sección 1.^a, relativa al estudio del artículo 149, 1, 8, de la Constitución, quedó integrada por 130 congresistas: 60 procedentes de Aragón, 36 de territorio de Derecho común, 11 de Cataluña, 11 de Navarra, 7 de Baleares, 4 de Vizcaya y Alava y 1 de Galicia. La Sección 2.^a, relativa al estudio de la vecindad civil, quedó integrada por 131 congresistas: 67 procedentes de Aragón, 29 de territorio de Derecho común, 19 de Cataluña, 6 de Baleares, 4 de Navarra, 4 de Vizcaya y Alava y 2 de Galicia (3).

II. En la estructura orgánica del Congreso establecida por su Reglamento, correspondía a la Comisión de Ponencias la elaboración de sendos dictámenes sobre los temas del Congreso. Tales dictámenes, en su parte final, debían ofrecer unas propuestas de conclusiones. El Congreso, durante los días de su celebración, tendría por objeto, precisamente, la discusión y aprobación, en su caso, de las conclusiones propuestas por la Comisión de Ponencias en sus dictámenes. La Comisión de Ponencias estaba presidida por el Ilustrísimo señor don José Luis Lacruz Berdejo e integrada por el doctor don José Luis Merino y Hernández, como Secretario, y otros ilustres juristas, como vocales, a saber, el doctor don Ángel Bonet Navarro, el doctor don Ángel Cristóbal Montes, el doctor don Jesús Delgado Echeverría, don José García Almazor, el doctor don Gabriel García Cantero, el Excmo. señor don Luis Martín-Ballester y Costea, don Manuel Pizarro Moreno, don Javier Sancho-Arroyo y López de Rioboo, y el Excmo. Sr. don Cecilio Serrana Velloso.

Al objeto de la discusión y aprobación, en su caso, por los congresistas de las conclusiones dictaminadas por la Comisión de Ponencias, se distinguirían dos fases o niveles: un primer estadio, en que sendas ponencias serían objeto de consideración y examen a través de cada una de las secciones del Congreso, separadamente: la Sección 1.^a estudiaría el artículo 149, 1, 8, de la Constitución, y la Sección 2.^a, el tema de la vecindad civil (con antelación se había remitido a los congresistas, para que pudiesen haber reflexionado sobre el mismo antes de iniciarse los debates, el dictamen de la ponencia correspondiente a la sección a que se hubiesen adscrito); y un segundo estadio, correspondiente a las sesiones plenarias del Congreso, en donde se daría cuenta de los resultados a que se hubiese llegado en el examen de las ponencias por las secciones respectivas, para proceder allí, en el Pleno del Congreso, a la confección o aprobación de conclusiones definitivas.

En las reuniones de sección —debidamente constituida la Mesa que habría de dirigir y moderar el curso de los debates, así como la Mesa que expondría, en principio, las conclusiones de la Ponencia— los congresistas podrían formular enmiendas, a la totalidad o parciales, respecto a las propuestas

(3) Entre los 24 juristas incorporados tardíamente, 17 se adscribieron como congresistas procedentes de territorio aragonés, 3 de territorio de Derecho común, 3 de Cataluña y 1 de Baleares.

de conclusiones dictaminadas por la Ponencia. Leídos el dictamen y las enmiendas, se procedería a su discusión, con turnos a favor y en contra de cada enmienda. Terminada la discusión, la Mesa de Ponencia manifestaría si mantenía íntegramente su dictamen o si, por el contrario, admitía modificaciones al mismo, expresando en este caso qué modificaciones debían introducirse.

De acuerdo a lo previsto en el propio Reglamento del Congreso, el resultado de las votaciones sobre las enmiendas no sería vinculante para la ponencia dictaminadora, que podría, no obstante las enmiendas fuesen aprobadas en la Sección, someter sus propuestas de conclusiones a la aprobación del Pleno. Por otra parte, las enmiendas sostenidas en las secciones que, siendo rechazadas, hubiesen obtenido, sin embargo, un treinta por ciento de los votos de la Sección correspondiente, podrían reproducirse ante el Pleno para su aprobación.

En las sesiones plenarias —bajo la presidencia de la Mesa del Congreso, y establecida, asimismo, una Mesa de Ponencia— se procedería a la discusión y aprobación, en su caso, de las conclusiones acordadas en la sección u originales de las ponencias, o de las enmiendas que, reglamentariamente, se hubiesen elevado al Pleno. Podrían intervenir en las sesiones plenarias todos los congresistas, si bien únicamente podrían votar en ellas ocho representantes, como máximo, por cada territorio: a saber, el territorio de Derecho común, los territorios con Estatutos de Autonomía y Derecho privado propio —Cataluña, País Vasco y Galicia—, Aragón, Baleares y Navarra. Tales representantes o compromisarios serían elegidos mayoritariamente por los congresistas del territorio respectivo. Para la aprobación de cualquier propuesta, bastaría la mayoría simple de los votos. La votación se haría públicamente, a mano alzada (4).

III. La sesión solemne de apertura del Congreso tuvo lugar en la tarde del jueves, 29 de octubre, en el Paraninfo de la Universidad, siendo presidida por el Excmo. Sr. Presidente del Consejo General del Poder Judicial, don Federico Carlos Sainz de Robles. Tras declarar la inauguración del Con-

(4) Adviéntase, pues, que mientras en las secciones la fuerza del voto de los congresistas procedentes de los distintos territorios con Derecho civil propio estaba en directa proporción a su número, pues en la sección todos los congresistas a ella adscritos y asistentes tenían derecho a voto, en cambio, en el Pleno del Congreso la relación de fuerzas se alteraba profundamente, pues aquí, los congresistas adscritos a los distintos territorios con Derecho civil propio, con independencia de su número, quedaban igualmente representados por el mismo número de compromisarios con derecho a voto (salvo Galicia, que, al contar sólo con tres congresistas, sólo quedó representada por tres compromisarios en el Pleno). Resultó así, por ejemplo, que todos los congresistas procedentes de Vizcaya y Alava —que fueron en total ocho— tuvieron, cada uno, derecho a votar en el Pleno, mientras que —v. gr.— los congresistas procedentes de territorio de Derecho común —en total, sesenta y ocho— sólo pudieron igualmente emitir ocho votos en las sesiones plenarias del Congreso. Ello explica, como se verá más adelante, que algunas conclusiones rechazadas en la Sección 1.^a fueran luego aprobadas en el Pleno, como conclusiones definitivas del Congreso, y que, viceversa, algunas conclusiones aprobadas en la Sección 1.^a fueran luego rechazadas en el Pleno.

greso el Secretario General del mismo, doctor don José Luis Merino y Hernández, intervino el Ilmo. Sr. don José Luis Lacruz Berdejo, Presidente de la Comisión Ejecutiva del Congreso, dirigiendo unas palabras de bienvenida a todos los congresistas. Posteriormente, el Excmo. Sr. don Federico Carlos Sainz de Robles, como Presidente de la sesión inaugural, realizó una profunda disertación en torno a la figura del Tribunal Superior de Justicia, destacando su significación culminante en la organización judicial de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la esfera propia de competencia del Tribunal Supremo. Tras el acto de apertura del Congreso en el Paraninfo de la Universidad, dio su recepción a los congresistas, en la propia Sala Consistorial, el Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, pronunciando unas palabras de bienvenida el Ilmo. Sr. Alcalde.

IV. Durante los días viernes, 30 de octubre, en sesión de mañana y tarde, y sábado, 31, en sesión de la mañana, se desarrollaron separadamente las reuniones de ambas secciones del Congreso: la Sección 1.^a, dedicada al estudio del artículo 149, 1, 8, de la Constitución, se reunió en la Real Academia de Medicina (antigua Facultad de Medicina), y la Sección 2.^a, dedicada al estudio de la vecindad civil, se reunió en el Salón de Actos de la Excelentísima Diputación Provincial de Zaragoza.

Reunida la Sección 1.^a en la mañana del viernes, 30 de octubre, se procedió, en primer término, a votar la composición de la Mesa que habría de dirigir y moderar el curso de los debates, resultando elegidos don Antonio Hernández Gil, como Presidente, don Francisco Fernández de Villavicencio y Arévalo (que, durante algunas sesiones, sustituiría al anterior en el ejercicio de las funciones de la presidencia de la Mesa), don Jaime Santos Briz, don José Cerdá Gimeno y don Eduardo Montull Lavilla. Integraron la Mesa de Ponencia don Jesús Delgado Echeverría y don Javier Sancho-Arroyo y López de Rioboo.

A continuación, la Mesa de Ponencia dio lectura a las propuestas de conclusiones contenidas en su dictamen sobre el artículo 149, 1, 8, de la Constitución, que se habían formulado en los siguientes términos:

«*Conclusión 1.^a*: Las Comunidades Autónomas pueden asumir en sus Estatutos, como competencia exclusiva, la legislación sobre el Derecho civil foral o especial en ellas existente, y así lo han hecho las hasta ahora constituidas. Las leyes que al efecto emanen de las Comunidades Autónomas, dentro del ámbito de su competencia, tienen el mismo rango y fuerza que las leyes de las Cortes Generales, y están sólo sujetas a la Constitución.

Conclusión 2.^a: La competencia legislativa aludida no se restringe, en modo alguno, a la situación actual de las Compilaciones vigentes, lo que sería ya contradictorio con la idea misma de legislación: legislar supone innovar. Los Derechos civiles forales o especiales constituyen cada uno un sistema, de que la correspondiente legislación, e incluso la histórica, no es sino expresión parcial, informada por principios peculiares que le proporcionan posibilidades de autointegración. Hasta donde lleguen estos principios informadores, llega la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas.

Conclusión 3.º: Las Comunidades Autónomas, en el ámbito material señalado, podrán desarrollar el Derecho hoy vigente acomodándolo a las nuevas y cambiantes necesidades de la sociedad, con la misma libertad con que las Cortes Generales pueden alterar y modificar el Código civil.

Conclusión 4.º: Es deseable que todos los territorios con Derecho civil propio puedan disponer de su futuro a través de sus órganos legislativos libremente elegidos, evitándose de este modo una desigualdad injustificada.

Aún antes de contar con órganos legislativos, sería deseable que no se impongan a ningún territorio con Derecho civil propio cambios en el mismo, distintos de los que voluntariamente acepte.

Conclusión 5.º: La Constitución garantiza la pluralidad de regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional, entendiéndolo no ya como un problema, sino como un bien enriquecedor. La Constitución de 1978, a diferencia de otras anteriores, no establece como un «desideratum» la unificación del Derecho civil (5).

Conclusión 6.º: A largo plazo —como conviene a una cuestión que los siglos han ido configurando y, en muchos sentidos, complicando— sólo la libre manifestación de la voluntad de los pueblos de España con Derecho civil propio, permitirá la unificación del Derecho civil en cuanto sea oportuna en cada momento histórico.

Conclusión 7.º: La Constitución es garantía y límite de los Derechos civiles forales o especiales, como lo es del resto del ordenamiento jurídico español.

Las leyes de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil están subordinadas a los preceptos constitucionales y sujetas al control de constitucionalidad, en los mismos términos que las emanadas de las Cortes Generales. La eficacia derogatoria de la Constitución respecto de cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en ella alcanza a las Compilaciones vigentes, del mismo modo que a las demás leyes españolas.»

Tras la lectura de las propuestas de conclusiones por la Mesa de la Ponencia, se inició su discusión en la Sección 1.ª (Damos cuenta de las intervenciones que se sucedieron en las diversas reuniones de la Sección 1.ª, y de las votaciones producidas en la misma, en base a las notas manuscritas que nos ha entregado, como congresista adscrito a esta Sección y presente en todas sus reuniones, don Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés, Notario del Ilustre Colegio de Baleares y querido compañero nuestro).

Intervino, en primer lugar, don Luis Martín-Ballesteros y Costea, que expresó su convicción de que la Constitución de 1978, en principio, no altera

(5) La Mesa de Ponencia, al dar lectura a las propuestas de conclusiones contenidas en su dictamen, manifestó que el texto definitivo dictaminado por ella como conclusión 5.º era el que hemos transscrito, si bien su redacción originaria había sido otra. La conclusión 5.º del dictamen de la Ponencia se había formulado, en su redacción primitiva, con el tenor siguiente: «La Constitución garantiza la pluralidad de regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional, entendiéndolo no ya como un problema, sino como un bien enriquecedor. La unificación del Derecho civil ha dejado de ser un «desideratum» constitucional».

la subsistencia y vigor de los Derechos Forales, tal y como estaban reconocidos en el artículo 12 del Código civil, a su publicación, y en el artículo 2 del Decreto de 31 de mayo de 1974, que sancionó con fuerza de ley el texto articulado del nuevo Título Preliminar del Código civil; don Luis Martín-Ballesteró anunció también su resolución de volver a intervenir sobre el mismo tema en la sesión plenaria del Congreso.

Tomó a continuación la palabra don Francisco Salinas Quijada, como congresista procedente del territorio de Navarra, para formular una enmienda a la totalidad del dictamen de la ponencia, que no fue aceptada.

Seguidamente, habló don Gabriel García Cantero —como congresista adscrito a territorio de Derecho común—, quien, haciendo referencia a la Conclusión 5.^a de la ponencia, expresó que, a su juicio, la unificación del Derecho civil constituye todavía hoy un ideal válido, y no debe pensarse que haya dejado de ser un «desideratum», como la ponencia presupone. Señaló incluso que, a su parecer, lo oportuno sería fijar un plazo de tiempo, no demasiado largo, para que las diversas Comunidades Autónomas realicen la modificación y desarrollo de sus derechos privativos, a fin de convocar luego otro Congreso que estudie la unificación legislativa civil.

En el mismo sentido intervino, a continuación, don Jesús López Medel, como congresista adscrito a territorio de Derecho Aragonés, quien sugirió la conveniencia de suprimir, en la redacción de la conclusión 5.^o de la Ponencia, la frase alusiva al hecho de que la unificación del Derecho civil no sea un «desideratum» constitucional, pues, a su juicio, no hay razones que permitan estimar que la Constitución excluya apriorísticamente la hipótesis de un Derecho civil general, ni mucho menos sienta aversión alguna frente a dicha hipótesis; manifestó asimismo que, a su entender, la labor legislativa civil unificadora —no uniformista— sólo sería posible partiendo precisamente de la fuerza creadora y expansiva de los Derechos civiles forales, y en este sentido, consideró que el actual Congreso debería avanzar en la línea proyectada por el Congreso de 1946.

Contestando a las intervenciones anteriores, la Ponencia —en palabras de don Jesús Delgado Echeverría— señaló que el actual Congreso de donde debe partir es de la Constitución, y en ésta no se pretende la unificación, sino que se reconoce la pluralidad de diversos regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional.

Intervino luego don José Casamitjana Costa, congresista adscrito al territorio de Cataluña. Como enmienda a la conclusión 1.^a del dictamen de la Ponencia sugirió la adición, al final del texto propuesto, de las palabras «y al respectivo estatuto de autonomía», pues —dijo—, por su carácter institucional básico, los Estatutos de Autonomía deben ser considerados, en el ámbito de su respectivo territorio, como una «vice-constitución». Por la misma razón, como enmienda a la conclusión 2.^a del dictamen de la ponencia pidió que se intercalasen, en el texto del último párrafo, entre las locuciones «principios informadores» y «llega la competencia legislativa», las palabras «y los preceptos de su respectivo Estatuto de Autonomía». Formuló, a continuación, tres enmiendas a la conclusión 4.^a, solicitando: primero, que se diera en ella cabida a la expresión «países», por ser palabra que ha re-

cibido la consagración del propio legislador en los textos legales autonómicos y pre-autonómicos vigentes; segundo, que se suprimiera la frase «evitándose de este modo una desigualdad injustificada», pues —aparte de otras razones— las palabras citadas podrían inducir a pensar e interpretar que todos los regímenes jurídicos civiles hubieran de responder a un modelo uniforme, lo cual pugna con la variedad de los mismos que la propia realidad constata; y tercero, que se sustituyeran en el texto propuesto las palabras «sería deseable» por las palabras «lo procedente sería», al tratarse de una exigencia que resulta del propio texto constitucional. Finalmente, como enmienda a la conclusión 7.^a, sugirió la supresión —en el párrafo segundo— de las palabras «subordinadas a los preceptos constitucionales», a fin de evitar lo que —según él— no sería sino una reiteración de lo ya declarado por la conclusión 1.^a

Tomó la palabra, a continuación don José Tomás Bernal-Quirós Casciaro —congresista adscrito a territorio de Derecho común— y, como enmienda a la conclusión 2.^a del dictamen de la Ponencia, propugnó que se hiciera constar que la competencia legislativa civil de las Comunidades Autónomas debe entenderse limitada al desarrollo de los derechos forales, allí donde existan y en su ámbito institucional ya existente, no siendo admisible que, en el ejercicio de aquella limitada potestad legislativa civil de las Comunidades Autónomas, se regulen instituciones nuevas, no contempladas actualmente en los Derechos civiles forales o especiales, como la propiedad horizontal, los arrendamientos, etcétera; y, refiriéndose a la conclusión 7.^a, manifestó que debiera formularse en ella un expreso reconocimiento del carácter supletorio del Derecho civil común en relación a los demás Derechos civiles territoriales, para facilitar con ello esa futura unificación de los diversos regímenes civiles hoy existentes en nuestro ordenamiento jurídico, unificación —dijo— que, como horizonte, parece atisbar la propia Ponencia en su conclusión final y que, como hipótesis, no queda, desde luego, eliminada por la Constitución.

Interviniendo en este punto, como ponente, don Jesús Delgado Echeverría, señaló que el dictamen de la Ponencia no quería predecir el ámbito de desarrollo futuro del Derecho civil propio de cada Comunidad Autónoma.

Tomó la palabra don Carlos Lasarte Alvarez, como congresista adscrito a territorio de Derecho común, y señaló, refiriéndose a la conclusión 2.^a, que sería conveniente precisar el concepto de «sistema jurídico» y delimitar el ámbito material o institucional propio de cada Derecho civil territorial, como tarea previa para comprender el alcance de la potestad legislativa civil atribuida por la Constitución a las Comunidades Autónomas en orden a la «conservación, modificación y desarrollo» de los «Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan».

La Ponencia —en palabras de don Jesús Delgado Echeverría— contestó que objetivo de su dictamen era proponer un texto que por su generalidad pudiese abarcar a todos los derechos forales.

Posteriormente, don Luis Grau Juaneda, como congresista adscrito al territorio de Baleares, realizó una reflexión en torno a la necesaria consideración de las normas sobre conflictos de leyes como de competencia exclusiva de la legislación estatal, de acuerdo al artículo 149, 1, 8, de la Constitución,

si bien, a su juicio, dicha reserva estatal había de entenderse limitada a las normas sobre conflictos de leyes en el ámbito espacial.

La Ponencia —en palabras de don Jesús Delgado Echeverría— se remitió a lo señalado en las páginas 16 y 17 de su dictamen, donde entre otras cosas, se declara, en efecto, que ha de entenderse que los conflictos de leyes a que alude el artículo 149, 1, 8, de la Constitución no son los intertemporales, si bien el precepto constitucional no deroga en modo alguno las normas de Derecho Interregional contenidas en las Compilaciones hoy vigentes, y sólo se limita a privar a las Comunidades Autónomas del poder de dictar, en el futuro, normas de similar contenido.

Habló después don José Cerdá Gimeno, miembro de la Mesa y congresista adscrito al territorio de Baleares. Expuso su conformidad con las conclusiones 1.^a a 4.^a y 7.^a de la Ponencia, y respecto a las conclusiones 5.^a y 6.^a, manifestó que, a su entender, incidían sobre temas propiamente ajenos al objeto de la Ponencia. Declaró que la determinación del contenido o ámbito material de los Derechos civiles Territoriales es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. En cuanto a la relación Constitución-Compilación, consideró que debía partirse del principio de interpretación «*ex constitutione*». Con referencia a los supuestos de insuficiencia normativa de los Derechos civiles Territoriales, señaló que debía prevalecer, como idea directriz o criterio básico de solución, la posibilidad de autointegración, quedando restringida, por lo demás, la supletoriedad del Derecho del Estado, conforme a las técnicas iuspublicistas de la teoría de las normas, al ámbito de las competencias compartidas o concurrentes.

Acto seguido intervino doña Encarna Roca i Trías, como congresista adscrita al territorio de Cataluña, quien propugnó, como enmienda a la conclusión 2.^a, que fuese suprimido su inciso final: «Hasta donde lleguen estos principios informadores, llega la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas», pues, a su juicio, tanto por razones de tipo histórico (el Derecho Catalán —dijo— tiene un contenido más amplio que el recogido hoy en su Compilación), como por razones de interpretación lógica del artículo 149, 1, 8, de la Constitución (del que se desprende —a su entender— que la única restricción a la potestad legislativa civil de las Comunidades Autónomas está constituida por la reserva de ciertas materias a la competencia legislativa exclusiva del Estado), se impone la conclusión de que no cabe identificar el ámbito material de los Derechos civiles Territoriales hoy vigentes con el ámbito de posible desarrollo de la potestad legislativa civil de las Comunidades Autónomas.

A continuación, como congresista adscrito a territorio de Derecho común, habló don Diego Espín Cánovas, destacando, desde una perspectiva histórica, el valor enriquecedor de los Derechos Forales en nuestro ordenamiento jurídico; y en orden a su proyección futura, consideró que no debe haber recelo frente al ensanchamiento del Derecho foral en aquellas materias integrantes del sistema propio de cada Derecho civil especial o foral. Pero —señaló, finalmente—, frente a este posible desarrollo de los Derechos forales, debe ponderarse también el fenómeno general y paralelo de unificación del Derecho, que se impone por las exigencias del mundo moderno.

Le sucedió en el uso de la palabra don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat —congresista adscrito a territorio aragonés—, quien, aparte de considerar conveniente que se corrigiesen algunos aspectos de redacción en algunas conclusiones de la Ponencia, propuso que la conclusión 5.^a del dictamen, por su principal importancia, pasase a ser la conclusión 1.^a.

Intervino después don Eduardo Serrano Alonso, congresista adscrito a territorio de Derecho común, y señaló que, a su juicio, la competencia legislativa a las comunidades autónomas sólo les viene atribuida con carácter exclusivo sobre las materias contempladas en el artículo 148 de la Constitución, y que, por el contrario, sobre las materias de Derecho civil foral, el Estado puede seguir legislando, aunque el territorio aforado lo sea de una Comunidad Autónoma, la cual, en su caso, en la materia propia de su Derecho civil foral o especial —al solo objeto de su «conservación, modificación y desarrollo»— legislaría por delegación del Estado. Consideró asimismo que, en cualquier caso, no tendrían potestad legislativa civil las Comunidades Autónomas carentes hoy de un Derecho civil foral vigente.

La Ponencia —por medio de don Jesús Delgado Echeverría— contestó que no era admisible, en modo alguno, configurar o entender la potestad legislativa civil de las Comunidades Autónomas como una potestad delegada.

Tomó la palabra don Jaime Vidal Martínez, como congresista adscrito a territorio de Derecho común, aunque procedente —según declaró en su intervención— de territorio valenciano. Como enmienda a la conclusión 1.^a del dictamen de la Ponencia sugirió la supresión de la palabra «exclusiva» en la frase «Las Comunidades Autónomas pueden asumir en sus Estatutos, como competencia exclusiva, la legislación sobre el Derecho civil foral o especial en ellas existente». Por otra parte, manifestó que consideraba admisible que los Estatutos de Autonomía pudiesen establecer una ampliación territorial del ámbito de vigencia de los Derechos forales, y aludió, en este sentido, al caso del estatuto de Autonomía del País Vasco.

Intervino posteriormente don Francisco Salinas Quijada, como congresista adscrito a territorio de Derecho Navarro, y expuso, entre otras consideraciones, que el dictamen de la Ponencia —dados los términos en que había quedado redactado— no afectaba a Navarra, por no ser ésta una Comunidad Autónoma. Por otra parte —afirmó— tampoco el artículo 149, 1, 8, de la Constitución debe pensarse que afecte al Derecho foral navarro, que es pre-constitucional —dijo— y encuentra su fundamento y razón no en la Constitución, sino en el pacto político, siendo así que la Constitución Española reconoce y respeta los Fueros Navarros como Derecho preeexistente y en toda su integridad, según resulta de su disposición Adicional 1.^a. Expresó, en este sentido, que la materia de divorcio no es de exclusiva competencia estatal, y que, antes bien, la aplicación de una ley estatal sobre divorcio en Navarra podría lesionar la esencia del Derecho foral navarro, dado el principio de unidad familiar propio de ese Derecho foral y constituir un contrafuero. Destacó que el Derecho foral navarro no es sólo su Compilación: ésta no constituye sino una, entre otra, de sus fuentes, junto a la costumbre, los principios, la tradición, la analogía y la exégesis, y que la supletoriedad del Derecho civil común respecto al Derecho foral navarro, dado el carácter completo de este último,

es sólo una entelequia. Advirtió que, actualmente, se están realizando trabajos para el «Amejoramiento del Fuenro de Navarra», sobre la base de un doble entendimiento: considerar, de un lado, que Navarra tiene competencia exclusiva para legislar sobre materia foral, y, por otra parte, admitir que la modificación de la vigente Compilación sólo podrá efectuarse por ley foral.

La Ponencia —en palabras de don Jesús Delgado Echeverría— intervino para afirmar que la Constitución es de todos españoles.

En la sesión de la tarde del mismo día —viernes, 30 de octubre—, reunida de nuevo la Sección 1.^a bajo la presidencia de la Mesa, se reanudó el debate con la intervención de don José Antonio Zarzalejos Nieto —congresista adscrito a los territorios de Vizcaya y Alava—, quien expuso que la tarea de adecuación de las Compilaciones a la Constitución deberá llevarse a cabo exclusivamente por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas.

La Ponencia —en palabras de don Jesús Delgado Echeverría— contestó que estaba plenamente conforme con esta afirmación y que nunca pensó lo contrario.

Doña Encarna Roca i Trías tomó la palabra, seguidamente, para referirse al ámbito material de posible desenvolvimiento de la potestad legislativa civil de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que —a su juicio— no debe entenderse restringido al ámbito material o institucional de la actual Compilación Catalana, sino que ha de entenderse delimitado o definido únicamente por el artículo 149, 1, 8, de la Constitución y el artículo 9 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, y este último declara que la Generalidad de Cataluña tiene competencia exclusiva no sólo sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán, sino también sobre otras muchas materias propias de Derecho civil, como «la ordenación del territorio..., urbanismo y vivienda» (art. 9,9), «montes, aprovechamientos y servicios forestales, vías pecuarias y pastos, etc.» (art. 9, 10) —y ello incluye, dijo, la posibilidad de legislar sobre arrendamientos rústicos—, «fundaciones y asociaciones» (art. 9,24), etc... Comentando el inciso final del artículo 149, 1, 8, señaló que, a partir del artículo 1.^o de la Compilación Catalana y de su Disposición Final 2.^a, así como del conjunto del articulado de dicha Compilación, cabe concluir que existe en el Derecho civil catalán un sistema propio de determinación de fuentes, cuya conservación, modificación y desarrollo compete, en consecuencia, a la Comunidad Autónoma de Cataluña y habrá de ser respetado por el Estado (6). Finalmente, observó que, por lo demás, debe aceptarse la supletoriedad del Código civil, en virtud del artículo 149, 3 de la Constitución y del artículo 26 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, sin perjuicio de que esta aplicación supletoria en Cataluña de las normas del Código civil pueda ir quedando relegada en el futuro, a medida que la Generalidad de Cataluña desarrolle su potestad legislativa civil al margen de las materias reservadas a la competencia legislativa exclusiva del Estado.

Intervino a continuación don Carlos Lasarte Alvarez, quien señaló que, a su parecer, quizá la expresión «competencia exclusiva» pudiera no tener el

(6) Conforme al artículo 26,3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, «en la determinación de las fuentes del Derecho civil se respetarán por el Estado las normas de Derecho civil catalán».

mismo significado y alcance en el texto de la Constitución que en el texto de los distintos Estatutos de Autonomía. Procediendo a una interpretación lógica del artículo 149, 1, 8, de la Constitución y preguntándose acerca de cuál sea el concepto de Derecho civil, concluyó que el desenvolvimiento legislativo del Derecho civil catalán y, en general, de los Derechos forales por las respectivas Comunidades Autónomas no debe extenderse fuera de los supuestos institucionales o realidades materiales que tradicionalmente han integrado e integran su contenido.

Le sucedió en el uso de la palabra don Alvaro Navajas Laporte, como congresista adscrito a los territorios de Vizcaya y Alava, quien, tras formular algunas reflexiones en torno a las actuales tendencias unificadoras del Derecho, se refirió a la competencia legislativa civil de las Comunidades Autónomas, citando algunas recientes sentencias del Tribunal Constitucional, como la de 28 de julio de 1981 (7), que abonaría, a su juicio, una interpretación favorable al reconocimiento de una potestad legislativa civil libre de las Comunidades Autónomas en las materias no reservadas a la exclusiva competencia legislativa del Estado.

Habló después don Jaime Vidal Martínez, preguntándose si no sería inconstitucional el hecho de que algunos Estatutos de Autonomía hubiesen atribuido potestad legislativa sobre materias civiles a las Comunidades Autónomas con carácter de exclusividad, siendo así que según resulta del artículo 149, 1, 8 de la Constitución, el carácter exclusivo en la atribución de la competencia legislativa civil sólo se proclama respecto de ciertas materias reservadas a la competencia legislativa del Estado.

Tomó otra vez la palabra doña Encarna Roca i Trías para reafirmarse en lo dicho durante su anterior intervención, completada ahora con algunas nuevas observaciones, si bien se excusó de no disertar acerca de cuál sea el concepto de Derecho civil, por no constituir este tema el objeto de la presente Ponencia.

Intervino don Vicente Montes Penades como congresista adscrito a territorio de Derecho común, aunque procedente de territorio valenciano, según manifestó en su intervención. Expuso que el Derecho Valenciano existe, aunque no está escrito, si bien consideraba que «la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», que la Constitución encomienda al poder legislativo de las Comunidades Autónomas, ha de interpretarse con referencia restringida a los derechos compilados y, por tanto, en el ámbito material de sus compilaciones.

Acto seguido, don Raimundo Clar Garau, congresista adscrito al territorio de Baleares, formuló algunas reflexiones en torno a la posible coordinación de los artículos 143 y 151 de la Constitución con los artículos 148 y 149, 1, 8 de la misma; expuso, seguidamente, su convicción acerca de los límites materiales de la potestad legislativa civil de las Comunidades Autónomas, la cual él consideraba restringida a la «conservación, modificación y desarrollo» de los Derechos forales, desarrollo que habría de entenderse,

(7) Véase «Boletín Oficial del Estado» de 13 de agosto de 1981, suplemento al número 193.

a su juicio, referido únicamente a las disposiciones que, al menos en embrión, se hallen en las Compilaciones.

Tomó la palabra don José Cerdá Gimeno, reafirmándose en lo dicho durante su intervención de la mañana, con la petición de que sus afirmaciones se sometieran, en su momento, a la consideración y pronunciamiento de la Sección.

Finalmente, tomó la palabra el Presidente de la Mesa, don Antonio Hernández Gil, quien, tras formular algunas consideraciones sobre la Constitución, como fruto de un conjunto de fuerzas políticas discrepantes y como texto general, aunque no ambiguo, y no positivista —pues por encima de la legalidad, dijo, se mantiene al servicio de la justicia—, y luego de destacar la importancia del hecho constitucional frente al texto constitucional, cuya valoración no puede desarraigarse del momento histórico en que surge, dio por terminada la sesión, agradeciendo a los asistentes su presencia y activa participación en los debates.

Nuevamente reunida la Sección 1.^a, en sesión de la mañana del sábado, 31 de octubre, se pasó —bajo la presidencia de la Mesa— a la confección y votación de conclusiones y enmiendas.

Se sometió, en primer lugar, a votación de los congresistas asistentes la enmienda formulada por don Jaime Vidal Martínez a la conclusión 1.^a del dictamen de la ponencia, solicitando la supresión de la palabra «exclusiva». La enmienda fue rechazada por 16 votos a favor, 48 en contra y 20 abstenciones.

Se pasó seguidamente a votar la enmienda formulada también a la conclusión 1.^a del dictamen de la Ponencia por don José Casamitjana Costa, que sugería la adición, al final del texto propuesto, de las palabras «y al respectivo estatuto de autonomía». La enmienda fue aprobada por 56 votos a favor, 3 en contra y 32 abstenciones.

A continuación, se votaron diversas enmiendas suscitadas respecto a la conclusión 2.^a del dictamen de la Ponencia. Se consideró, primero, la enmienda formulada por don José Tomás Bernal-Quirós Casciaro, proponiendo un texto alternativo expresivo de que la competencia legislativa civil de las Comunidades Autónomas queda delimitada por el ámbito institucional de las vigentes Compilaciones. La enmienda fue rechazada por 30 votos a favor, 38 en contra y 19 abstenciones.

Como siguiente enmienda formulada a la misma conclusión 2.^a del dictamen de la Ponencia, se consideró la proposición de don José Casamitjana Costa de intercalar entre las locuciones «principios informadores» y «llega la competencia legislativa», del último párrafo, las palabras «y los preceptos de su respectivo Estatuto de Autonomía», pero la enmienda fue rechazada por 7 votos a favor, 35 en contra y 44 abstenciones.

La tercera enmienda a la repetida conclusión 2.^a de la Ponencia quedó formulada por doña Encarna Roca i Trías, quien sugirió la supresión del párrafo u oración final «Hasta donde lleguen estos principios informadores, llega la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas»; la enmienda fue rechazada por 14 votos a favor, 54 en contra y 23 abstenciones.

Como cuarta y última enmienda a la conclusión 2.^a de la Ponencia, don

Carlos Lasarte Alvarez propuso que la afirmación, en ella, de que «los Derechos civiles forales o especiales constituyen un sistema», se modalizase, sustituyendo esta frase por otra en que se hiciese la matización de que los Derechos civiles forales o especiales «en cuanto constituyan un sistema», etcétera, «estarán informados por principios peculiares que les proporcionarán posibilidades de autointegración». La enmienda fue aprobada por 31 votos a favor, 25 en contra y 27 abstenciones.

Aprobada la enmienda anterior, se sometió a la votación de la Sección el texto original de la conclusión 2.^a del dictamen de la Ponencia, siendo rechazado por 34 votos a favor, 44 en contra y 19 abstenciones.

Seguidamente se pasó a la votación de las enmiendas suscitadas frente a la conclusión 3.^a del dictamen de la Ponencia, considerándose, en primer lugar, la formulada por don Carlos Lasarte Alvarez, que pidió la supresión en aquélla de las palabras «en el ámbito material señalado», lo cual fue aceptado por la Mesa de Ponencia y aprobado en la Sección por 65 votos a favor, 9 en contra y 17 abstenciones.

La segunda enmienda a la misma conclusión 3.^a de la Ponencia se planteó por don Luis Garau Juaneda, solicitando la adición de un párrafo final del siguiente o parecido tenor: «Esta potestad legislativa se entiende referida a los elementos material y temporal de las normas jurídicas, no a su elemento espacial». Pero la enmienda fue rechazada por 4 votos a favor, 47 en contra y 39 abstenciones.

Con relación a la conclusión 4.^a del dictamen de la Ponencia, don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat propuso, como enmienda, que la expresión «es deseable», con que comienza el primer apartado, quedase sustituida por las palabras «se propugna», lo cual fue aceptado y aprobado.

Seguidamente, se sometió a votación la enmienda, también a la conclusión 4.^a, formulada por don José Casamitjana Costa, pidiendo la introducción de la palabra «países» en el texto del dictamen, pero su propuesta fue rechazada por 12 votos a favor, 48 en contra y 34 abstenciones.

El mismo enmendante propuso a continuación que las palabras «sería deseable», empleadas en el apartado segundo de la misma conclusión 4.^a, fuesen sustituidas por la expresión «lo procedentes es», y la enmienda fue aprobada por 69 votos a favor, 1 en contra y 13 abstenciones.

Con relación a la conclusión 5.^a del dictamen de la Ponencia, se sometió a votación, en primer lugar, la enmienda formulada por don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, quien propuso como alternativo a dicha conclusión 5.^a de la Ponencia un texto del siguiente o parecido tenor: «La Constitución Española de 1978 asume la pluralidad de regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional, como afirmación necesaria de una realidad histórica subyacente». La enmienda fue rechazada.

Formulada asimismo, como enmienda, por don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, la petición de que la conclusión 5.^a del dictamen de la Ponencia pasase a ser, en el orden de las conclusiones dictaminadas, la conclusión 1.^a, fue también rechazada.

Don Gabriel García Cantero formuló también una enmienda a la conclusión 5.^a, proponiendo que se declarase en ella, como texto alternativo al

del dictamen, que la unificación del Derecho civil no ha dejado de ser, tras la promulgación de la Constitución, un «desideratum». La enmienda fue rechazada por 28 votos a favor, 35 en contra y 30 abstenciones.

Seguidamente, se sometió a votación la enmienda sugerida por don Jesús López Médel, solicitando la supresión del segundo párrafo u oración final de la conclusión 5.^a dictaminada por la Ponencia, expresivo de que «La Constitución de 1978, a diferencia de otras anteriores, no establece como un «desideratum» la unificación del Derecho civil». Esta enmienda fue aprobada en la Sección, por 56 votos a favor, 26 en contra y 14 abstenciones.

Aprobada la enmienda anterior, se sometió a votación de la Sección el texto originalmente propuesto por la Ponencia como conclusión 5.^a en su dictamen, siendo rechazado por 29 votos a favor, 41 en contra y 17 abstenciones.

La conclusión 6.^a del dictamen de la Ponencia no fue objeto de ninguna enmienda y, sometido su texto original a votación en la Sección, resultó aprobado por 64 votos a favor, 12 en contra y 18 abstenciones.

Se pasó después a considerar la enmienda a la conclusión 7.^a del dictamen de la Ponencia, formulada por don Alvaro Navajas Laporte, quien propuso un texto alternativo del siguiente o parecido tenor: «El Derecho civil general y los Derechos civiles forales y especiales, en su regulación y desarrollo, estarán informados y limitados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico». La enmienda fue rechazada por 12 votos a favor, 43 en contra y 25 abstenciones.

Don José Casamitjana Costa renunció a formular enmienda alguna a la conclusión 7.^a del dictamen de la Ponencia.

Don José Tomás Bernal-Quirós Casciaro formuló una enmienda al texto de la repetida conclusión 7.^a de la Ponencia, proponiendo la adición de un párrafo final del siguiente o parecido tenor: «En todo caso, queda reconocido el carácter supletorio del Derecho común respecto a los Derechos civiles forales o especiales en los términos de sus vigentes Compilaciones». La enmienda fue rechazada.

Sometido a votación el texto originalmente propuesto en el dictamen de la Ponencia como conclusión 7.^a, resultó aprobado por 56 votos a favor, 12 en contra y 16 abstenciones.

Finalizada la votación de conclusiones y enmiendas en la Sección 1.^a, durante la misma sesión de la mañana del sábado, 31 de octubre, intervinieron algunos congresistas para someter ciertas afirmaciones o declaraciones adicionales a la consideración y pronunciamiento de la referida Sección.

En este sentido, don Enrique Rubio Torrano y don Francisco Salinas Quijada expresaron que el artículo 149,1,8, de la Constitución se refiere únicamente a las Comunidades Autónomas, y así, al no ser Navarra comunidad autónoma, queda excluida del ámbito de aplicación de aquel precepto, y no le afectan las conclusiones de la Ponencia del Congreso. Tales afirmaciones resultaron rechazadas por la abrumadora mayoría de los congresistas integrantes de la Sección 1.^a.

Intervino posteriormente don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, sugiriendo que la Sección asumiese una declaración en el sentido de urgir

a la Autoridad administrativa competente la creación de cátedras de Derecho foral, lo cual fue aceptado por la amplia mayoría de los congresistas integrantes de la Sección.

Don Gabriel García Cantero propuso, a continuación, que sería conveniente fijar un plazo para el cumplimiento de la tarea de actualización de las Compilaciones, pero su proposición fue rechazada por 22 votos a favor, 33 en contra y 24 abstenciones.

Finalmente, don José Cerdá Gimeno, tras advertir que la norma contenida en el artículo 149,1,8 de la Constitución viene caracterizada por un «halo de incertidumbre», y que la autointegración constituirá el primordial criterio de solución en los casos de insuficiencia normativa de los Derechos civiles territoriales, formuló algunas afirmaciones, como que se impone la adaptación a la Constitución de los textos compilados vigentes y que parece conveniente llegar, en el tema objeto de la ponencia, a un planteamiento interdisciplinario, siendo tales afirmaciones mayoritariamente confirmadas por los congresistas integrantes de la Sección.

Llegados a este punto, la Presidencia de la Mesa, agradeciendo el interés y la participación de los asistentes, dio por finalizada la sesión.

V. Paralelamente a la labor de la Sección 1.^a del Congreso, la Sección 2.^a, dedicada al estudio del tema de vecindad civil, procedía en sus reuniones de los mismos días viernes y sábado, 30 y 31 de octubre, a debatir las propuestas de conclusiones contenidas en el dictamen de la Ponencia sobre «Vecindad Civil», que habían quedado redactadas en los siguientes términos:

Conclusión 1.^a: En base al principio de igualdad entre hombre y mujer que establece el artículo 14 de la Constitución, debe reformarse la vigente legislación en materia de vecindad civil, sobre el criterio de que «el matrimonio no condiciona la vecindad civil de los cónyuges», de manera que éstos puedan llegar a tener, si así lo desean, distinta regionalidad.

Conclusión 2.^a: Consiguentemente, debe también reformarse lo relativo a la vecindad civil de los hijos menores, previendo que sean los padres los que, de mutuo acuerdo, determinen la vecindad civil —paterna o materna— de los mismos, igual para todos ellos. En defecto de acuerdo, conviene establecer ciertos criterios objetivos, y sólo en defecto de ellos, sería precisa la intervención de la autoridad judicial. Entendiéndose, en todo caso, que la vecindad civil deriva directamente de la patria potestad y del «ius sanguinis», salvo, respecto de este último, en aquellos casos —hijos de padres desconocidos— en que sea imposible su aplicación.

Conclusión 3.^a: Para los supuestos de matrimonios con diferente vecindad civil por parte de cada cónyuge, el régimen económico-matrimonial será el que éstos determinen previamente, de mutuo acuerdo. A falta de acuerdo, y como en el caso anterior, conviene establecer ciertos criterios objetivos, y sólo en su defecto debe decidir la autoridad judicial, la cual optará por el régimen legal del Ordenamiento jurídico a que personalmente esté sujeto el marido o la mujer.

Conclusión 4.^a: La vecindad civil del extranjero que se nacionaliza espa-

ñol debe determinarse en un régimen de absoluta y total igualdad entre todos los sistemas jurídico-privados territoriales, incluido el del Código civil.

Para los extranjeros que se nacionalicen españoles debe preverse legalmente la posibilidad de un derecho de opción, a ejercitarse dentro del expediente de nacionalización, por vecindad civil de su preferencia, siempre que respecto del territorio de la misma mantengan ciertos mínimos puntos de conexión.

Conclusión 5.º: La adquisición de una nueva vecindad civil ha de ser, en todo caso, voluntaria, con un tiempo mínimo de residencia en el nuevo territorio, de cinco años.

Sin embargo, debe arbitrarse un procedimiento tendente a evitar que el simple silencio pueda interpretarse como voluntad implícita de mantener la vecindad anterior.

Del mismo modo, y con carácter transitorio debe también arbitrarse un procedimiento sencillo y flexible de recuperación de la vecindad civil de origen, para aquellos que la hayan perdido *automáticamente* por el transcurso de los diez años de residencia en otro territorio, a que hoy se refiere el artículo 14 del Código civil.

Conclusión 6.º: Existen suficientes argumentos para concluir que todo el tema de la vecindad civil no puede ser de la competencia legislativa de las diferentes Comunidades Autónomas españolas, sino que, por el contrario, debe ser de exclusiva competencia del Estado.

Conclusión 7.º: Se hace necesario la promulgación de una Ley general, válida para todo el territorio español, en la que, con criterios de igualdad para todas las Comunidades españolas, se regule todo lo concerniente a la vecindad civil. Una ley en cuya elaboración tengan participación todos los territorios con Derecho civil propio.

Conclusión 8.º: Caso de llegarse a una unificación de los conceptos de vecindad civil y condición política debería realizarse mediante promulgación de una Ley general e igual para todo el territorio español, basada en los criterios de la vecindad administrativa, y con total respeto al principio de voluntariedad en lo concerniente a la adscripción personal de los ciudadanos españoles.

Conclusión 9.º: De no llegarse a dicha unificación de conceptos, la condición política debería seguir siendo regulada con los mismos criterios que lo es actualmente, y la vecindad civil, partiendo del principio del «ius sanguinis», profundamente reformada con arreglo a lo dicho en conclusiones anteriores.»

Expuestas las conclusiones originales de la Ponencia sobre vecindad civil, en cuanto se refiere a su discusión y debate dentro de la Sección 2.ª del Congreso, damos cuenta de las diversas intervenciones y votaciones que allí se produjeron, en base al texto mecanografiado que, amablemente, nos ha facilitado nuestro buen amigo el doctor don Miguel Masot Miquel, abogado del ilustre Colegio de Baleares y profesor de Derecho civil de la Facultad de Palma de Mallorca, quien actuó como Secretario de la Mesa elegida en la

Sección 2.^a para dirigir y moderar el curso de los debates. Al tener, por tanto, este texto —dada su procedencia— especial valor testimonial, lo transcribimos literalmente, con el permiso de su autor:

«En la ciudad de Zaragoza, a 30 de octubre de 1981, a las 10 horas, se reúne en el Palacio provincial la Sección dedicada al estudio de la Ponencia sobre Vecindad Civil, poniéndose a votación de los reunidos la composición de la Mesa, y resultando elegidos para ocupar la misma don Joaquín Sapena Tomás, como Presidente, don Luis Puig Ferriol, don Jesús María Alvarez Carballo y don Miguel Masot Miquel, los cuales toman posesión de sus asientos y, tras unas palabras de salutación del Presidente, señor Sapena, comienza la sesión de trabajo. (La Mesa de Ponencia, en la Sección 2.^a —debemos añadir nosotros— quedó integrada por los señores don José Luis Lacruz Berdejo, don José Luis Merino y Hernández y don Cecilio Serena Velloso.)

Es objeto de consideración en primer término una enmienda de don Gerardo García Lesaga, el cual propone introducir en la ponencia una formulación previa del concepto de vecindad civil; se pronuncian en contra de la enmienda don Luis Puig Ferriol y la Ponencia, a través del señor Merino, siendo puesta la enmienda a votación y rechazada.

A continuación, se entra en el estudio de una enmienda de don Adrián Celaya Ibarra, proponiendo enmarcar la cuestión de la vecindad civil dentro de una ley interregional. La Ponencia, en palabras del señor Merino, primero, y después del profesor Lacruz Berdejo, señala que estando la ponencia dedicada al tema de la Vecindad civil, y no a los conflictos interregionales, no parece necesario abordar en estas sesiones de trabajo el tema de los conflictos interregionales, no sin reconocer la urgencia de la promulgación de una ley general de conflictos; y aduciendo, en resumen, que en todo caso, parece más propio estudiar la enmienda al tratar de la conclusión 7.^a, lo cual es aceptado por el enmendante, señor Celaya Ibarra.

Se procede a continuación a la lectura de la conclusión 1.^a, que es defendida por la Ponencia, añadiendo, además, el profesor Lacruz Berdejo que el principio de igualdad jurídica de los cónyuges no solamente se proclama en el artículo 14 de la Constitución, sino también en el artículo 32.

Se entra en el estudio de una enmienda presentada por don Juan Alvarez-Sala Walther, solicitando que se reconozca que los cónyuges pueden tener distinta vecindad civil porque pueden asimismo tener distinto domicilio. La Ponencia señala que el principio de libertad de domicilio de los cónyuges está presente en el Código civil, siendo ésta una cuestión más ligada a las relaciones personales de los cónyuges que al tema debatido de la vecindad civil. La enmienda fue rechazada.

Interviene a continuación don Adrián Celaya Ibarra para invocar el principio de unidad familiar, al objeto de prever el posible establecimiento de unos criterios objetivos, en base a los cuales puede lograrse una unidad de vecindad civil en el seno del matrimonio. Apoya la enmienda del señor Celaya don David Pérez Maynar, produciéndose a continuación varias intervenciones de la Ponencia, hasta que por el Presidente de la Mesa se considera aconsejable interrumpir los debates, al haberse presentado una en-

mienda por don Rodrigo Bercovitz, según la cual hay que entender derogado directamente el artículo 14 del Código civil por la Constitución, en virtud, particularmente, de la Disposición derogatoria 3.^a de la misma. La Ponencia, en intervenciones de los señores Merino y Lacruz muestra sus reservas ante tal pretendida derogación del artículo 14, previniendo contra la fiebre de un constitucionalismo exagerado que puede dejar amplios agujeros o lagunas en el Ordenamiento jurídico.

La Ponencia pasa a elaborar un texto definitivo de la conclusión 1.^a que es sometido a discusión, siendo de destacar la intervención de don Luis Puig Ferriol, que propone sustituir los términos de «igualdad entre hombre y mujer» por los de «igualdad jurídica entre los cónyuges». El texto definitivo es sometido a votación por párrafos separados, siendo aprobado el primer párrafo por 53 votos a favor y 19 en contra.

El segundo párrafo es aprobado por 59 votos a favor y 10 en contra.

Antes de entrar en la votación del tercer párrafo se producen intervenciones de don Manuel Amorós Guardiola, don Antonio Fernández Rodríguez, don David Pérez Maynar, don Fernando Zubiri de Salinas y don Pablo Vidal Francés. Tales intervenciones son contestadas por la Ponencia manifestándose, entre otras cosas, que las conclusiones no son textos legales, por lo que no se hace necesario incluir las precisiones hechas por los enmendantes. El tercer párrafo es sometido a votación y aprobado por 54 votos a favor y 13 en contra. Y con ello concluye la sesión de trabajo de la mañana.

Reanudada la sesión a las 17 horas, se entra en el estudio de una enmienda presentada por don Miguel Masot Miquel, don Juan Alvarez-Sala Walther, don Luis Pareja Cerdó y don Juan Socias Morell, relativa, en cuanto a su primer extremo, a la posibilidad de que los hijos menores que, con consentimiento de sus padres, vivan con independencia de ellos, puedan tener una vecindad civil distinta de la de sus progenitores. La Ponencia acepta la enmienda, que encaja con las facultades jurídicas que en Aragón se reconocen al mayor de catorce años, siendo dicha enmienda aprobada por unanimidad.

Se entra a continuación en el segundo extremo de la enmienda, que hace referencia a posibles modificaciones de la legislación del Registro Civil, en cuanto a la constancia en el mismo de la vecindad civil en la inscripción de nacimiento. Tras intervenciones de los señores Celaya y Zubiri, y de la Ponencia, para la cual, si bien el tema suscitado es interesante, se peca de reglamentarismo excesivo al tratar esta materia en las conclusiones, fue la enmienda retirada por los enmendantes.

Se estudia a continuación el extremo 3.^º de la enmienda, en que se fijan criterios objetivos de cara a la determinación de la vecindad civil de los hijos en caso de ser diferente la de sus progenitores y no existir acuerdo entre ellos. Hay una intervención en este punto de don José Luis Martínez Gil proponiendo que en la conclusión se establezca claramente que la vecindad civil tiene que ser la misma para todos los hijos. Y la Ponencia señala la conveniencia de posponer la votación acerca de los posibles criterios objetivos para más adelante, lo cual es aceptado por la Mesa.

Finalmente, se entra en el estudio del extremo 4.^º de la enmienda, relativo

a la conveniencia de establecer en la conclusión que, en ningún caso, la vecindad civil del hijo sea distinta a la del padre o de la madre. Se suscita en este punto un debate sobre la conveniencia de suprimir la intervención judicial, con intervención de don Luis Puig Ferriol, que considera dicha intervención judicial negativa y fuera de lugar, calificando tal intervención de «menage à trois». Se pone a debate dicho extremo 4.º, dejando para luego la cuestión de la desaparición de la intervención judicial, quedando aquél aprobado por 48 votos a favor y ninguno en contra.

Se somete después a debate la cuestión de si se debe mantener o no en la conclusión la referencia a la intervención judicial. Tras intervenciones de los señores Celaya, Bibian y Fernández, la Ponencia decide retirar la referencia a la intervención judicial en la conclusión 2.ª, lo cual es aprobado por 55 votos a favor y 10 en contra.

Se pasa después al estudio de la conclusión 3.ª, comenzando los debates con una intervención de don Manuel Amorós Guardiola, quien propone rechazar asimismo en esta conclusión la intervención judicial, y establecer unos criterios objetivos basados en los conceptos de domicilio y residencia.

Se pasa a continuación al estudio de una enmienda presentada por los señores Masot, Alvarez-Sala, Pareja y Socias, relativa al establecimiento de criterios objetivos para la determinación del régimen económico matrimonial y a la reforma de la legislación del Registro Civil, a fin de que en la inscripción del matrimonio se mencione el régimen económico matrimonial y la legislación que lo regula. Hay intervenciones de los señores Zubiri, Celaya y Puig Ferriol, referidas a los posibles criterios objetivos y rechazando la intervención judicial propuesta en la conclusión. Interviene también el profesor González Campos, quien señala que el régimen económico matrimonial es uno de los posibles campos de conflictos a que puede dar lugar la existencia de disparidad de vecindad civil entre los cónyuges, pues, obviamente, también se darán éstos en el campo de las relaciones personales y sucesorio. En la misma línea, se pronuncian por la supresión de la conclusión 3.ª don Luis Puig Ferriol y doña Alegría Borrás. A la vista de ello, por la Presidencia de la Mesa se pone a votación de los reunidos la cuestión de si hay que mantener o no la conclusión 3.ª, referida al régimen económico matrimonial, dejando para después la votación del texto de la misma. Se decide el mantenimiento de la conclusión 3.º por 44 votos a favor y 27 en contra, pudiendo, visto el resultado de la votación, los contrarios al mantenimiento de la conclusión, defender la enmienda en las sesiones plenarias.

A continuación se pone a votación un texto redactado por el profesor Lacruz Berdejo para pasar, a ser la conclusión 3.ª, el cual se limita a establecer que, para el supuesto de matrimonios con diferente vecindad civil, a falta de pacto, su régimen económico será determinado mediante criterios objetivos; el texto es aprobado por 42 votos a favor y 2 en contra.

Tras unos minutos de descanso, se entra en el estudio de la conclusión 4.ª, leyéndose una enmienda de los señores Masot, Alvarez-Sala, Pareja y Socias, en la que expresan su disconformidad frente al hecho de que el extranjero que adquiere la nacionalidad española tenga el derecho de optar por una vecindad civil; a juicio de los enmendantes, deberían existir ciertos cri-

terios, como, particularmente, la consideración del lugar de residencia del extranjero, que determinasen, de una manera objetiva, la atribución al mismo de una vecindad civil. Toma la palabra don Rodrigo Bercovitz, apoyando la enmienda y señalando que la vecindad civil ha de venir determinada por el punto de conexión determinante de la adquisición de la nacionalidad. Coincide con tal argumentación el señor González Campos, quien preconiza además la sustitución del término «nacionalizar» por «naturalizar». La Ponencia introduce todas las susodichas enmiendas, y el texto definitivo es aprobado por 53 votos a favor y ninguno en contra.

Se entra a continuación en el estudio de la Conclusión 5.^a, y se lee una enmienda de los señores Celaya, Puig Ferriol y Masot Miquel propugnando su supresión.

Toman la palabra cada uno de los enmendantes, propugnando el mantenimiento del sistema actual previsto por el Código civil sobre adquisición de la vecindad civil, previendo, empero, la posibilidad de recuperación de la vecindad civil de origen. Hay intervenciones de los señores Alvarez Carballo, Serena, Pérez Maynar, Valdivia, Fernández y Bercovitz, doña Pilar Sánchez y doña Ana María Navarro, planteando la problemática de la inmigración y el desconocimiento por parte de los inmigrantes de las cuestiones jurídicas, y señalando, algunos de ellos, que la vecindad civil es un culto, una manera de ser, de la que no se puede privar a las personas sin el concurso de su voluntad. Tras intervención del señor González Campos, propugnando un aplazamiento de la votación, se producen nuevas intervenciones de los enmendantes señores Celaya, Puig Ferriol y Masot Miquel, en apoyo de sus puntos de vista. La Ponencia se manifiesta dividida sobre la materia, pues mientras los señores Merino y Serena son partidarios de mantener el texto original, el profesor Lacruz explica que la fórmula propuesta por los enmendantes ha sido fruto de una transacción con los representantes de Cataluña, Baleares, Vizcaya y Alava, admitiendo éstos una posibilidad, hoy no establecida en nuestra legislación y que puede dar mucho juego, cual es la de la recuperación de la vecindad civil de origen mediante la simple declaración de voluntad.

Se pone a votación, en primer lugar, el texto primitivo de la ponencia, que es rechazado por 30 votos a favor y 26 en contra, pudiendo, dado el número de votos obtenidos, los partidarios de dicho texto, reproducir la cuestión en el pleno.

A continuación, se pone a votación el texto elaborado por el profesor Lacruz, que es aprobado por 31 votos a favor y 25 en contra.

Y con ello termina la sesión de trabajo del día 30 de octubre de 1981.

Iniciada la sesión del día 31 de octubre de 1981, se pone a votación la composición de la Mesa del Congreso, siendo aprobada por unanimidad una candidatura formada por don José Luis Martínez Gil, como Presidente, don Adrián Celaya Ibarra, don Joaquín Abadía Escolá, don Diego Espín Cánovas y don Antonio Fernández Rodríguez.

Se pasa a continuación al estudio de la conclusión 6.^a, presentando una enmienda don Javier Nagore Yarnoz, en la cual propugna que se inserte en la conclusión la consideración de que no pueden afectar a Navarra las

conclusiones de la ponencia en cuanto discrepen del contenido de su régimen foral. Se opone a dicha enmienda el profesor González Campos, quien señala que la cuestión de si la Constitución afecta o no al Derecho Navarro constituye un tema que es objeto de debate en la otra Sección, y que, en su opinión, no hay base constitucional para mantener las tesis expuestas por el señor Nagore. Interviene a continuación don Manuel Amorós Guardiola, para el cual el artículo 149,1,8 de la Constitución debe ser tenido en cuenta, sobrando en la conclusión la frase de que «existen suficientes argumentos». La Ponencia mantiene la redacción en este punto, señalando que el artículo 149 se refiere a los conflictos y la conclusión a la vecindad civil, acordándose mantener la susodicha expresión de «existen suficientes argumentos», por 58 votos a favor y uno en contra.

Se propone a continuación por don Adrián Celaya eliminar la palabra «todo» de la conclusión, manifestando la Ponencia su conformidad con ello.

Seguidamente, se somete a discusión una enmienda de don Jesús María Alvarez Carballo, propugnando que sea competencia peculiar de cada uno de los territorios determinar quiénes tienen derecho a ostentar la vecindad civil del mismo, a lo que se opone la Ponencia, siendo dicha enmienda rechazada por 64 votos a favor del acuerdo y 4 en contra.

A continuación, la Ponencia redacta de manera definitiva la conclusión 6.^a, que es sometida a votación y aprobada por 41 votos a favor y 20 en contra. Puesta luego a votación la redacción original, sin supresiones de ningún tipo, resultan 26 votos a favor y 29 en contra de dicha redacción original, la cual es así rechazada, pero pudiéndose reproducir en el Pleno del Congreso.

Se entra después en el estudio de la conclusión 7.^a, leyéndose una enmienda del señor Celaya Ibarra sobre la conveniencia de enmarcar el tema de la vecindad civil dentro de una ley de conflictos. Intervienen en favor de la propuesta los señores Nagore y González Campos. La Ponencia propone introducir un segundo párrafo que haga referencia a ello. La Presidencia de la Mesa acuerda que la conclusión 7.^a se votará tras el debate de las conclusiones 8.^a y 9.^a.

Pasando al estudio de las conclusiones 8.^a y 9.^a, se lee una enmienda de los señores Celaya, Puig Ferriol y Masot Miquel, proponiendo un retoque al texto de la conclusión 8.^a.

Intervienen los señores Bercovitz, Nagore y Pérez Maynar señalando lo difícil que resulta unir conceptos como el de vecindad administrativa, basado en la pura residencia, con el de vecindad civil, que se pretende basar en la voluntariedad. Por el contrario, don Raúl Jiménez defiende el criterio práctico de unir los conceptos de vecindad civil, vecindad administrativa y condición política.

Por la Ponencia interviene el profesor Lacruz Berdejo, quien se muestra partidario de suprimir las conclusiones 8.^a y 9.^a, por entender que se abordan en ellas materias que inciden totalmente en el campo del Derecho público y que es peligrosa la unificación de los conceptos antedichos, al no saberse la base conforme a la cual se realizaría dicha unificación. Este

criterio es apoyado por los profesores González Campos y Bercovitz en sendas intervenciones.

Por el contrario, don Raúl Jiménez entiende que, si bien parece justificada la supresión de las conclusiones 8.^a y 9.^a, sería interesante que el Congreso se manifestara sobre si es o no conveniente la unificación de los tres conceptos antedichos.

La Ponencia se manifiesta de acuerdo con esta idea.

A continuación, y tras un descanso, se somete a votación el texto de la conclusión 7.^a, que es aprobado por 75 votos a favor y cero en contra.

Se somete a votación la cuestión de si se mantienen las conclusiones 8.^a y 9.^a con su texto inicial, lo cual es rechazado por unanimidad.

Se somete después a votación la supresión de las conclusiones 8.^a y 9.^a sin texto alternativo que las sustituya. Intervienen en el debate los señores Betriú, Ana María Navarro y Valdivia. La Ponencia se manifiesta dividida, pues mientras el señor Merino considera positivo que se elabore un texto alternativo en que se prevea como deseable la unificación de la vecindad civil y condición política, el profesor Lacruz Berdejo, por el contrario, considera que el tema no está maduro para tomar una decisión tan importante. La votación arroja un resultado de 42 votos a favor de la supresión de las conclusiones 8.^a y 9.^a sin texto alternativo que las sustituya, y 38 en contra, pudiendo, por tanto, la cuestión ser reproducida en el Pleno.

Se pasa después a la votación de los posibles textos alternativos, dado el hecho de poder ser estimada en el Pleno la posibilidad de sustituir las conclusiones 8.^a y 9.^a por un nuevo texto. Puesto que el texto en cuestión tendría que pronunciarse sobre la conveniencia o no conveniencia de unificar vecindad civil y condición política, se somete en primer lugar un texto expresivo de la conveniencia de que se unifiquen ambos conceptos. El resultado de la votación es de 7 votos a favor del texto, 60 en contra y 23 abstenciones.

A continuación, se somete a votación un nuevo texto expresivo de la no conveniencia de dicha unificación, contabilizándose 30 votos a favor de dicho texto, 33 en contra y 30 abstenciones.

Puede, por tanto, ser reproducida en el Pleno la pretensión de que las conclusiones 8.^a y 9.^a sean sustituidas por un texto alternativo en el que se haga constar que no resulta deseable la unificación de los conceptos de vecindad civil y condición política.

Tras ellos, el Presidente de la Mesa da las gracias a los reunidos por su buena disposición e interés en los debates y levanta la sesión.»

VI. Las sesiones plenarias del Congreso tuvieron lugar en la tarde del sábado, 31 de octubre, y en la mañana del domingo, 1 de noviembre. Se reunieron los congresistas en el Paraninfo de la Universidad de Zaragoza. La Mesa que había de dirigir las reuniones plenarias —sumados los votos de los congresistas de ambas secciones— quedó integrada por don José Luis Martínez Gil, como presidente y don Adrián Celaya Ibarra, don Joaquín Abadía Escolá, don Diego Espín Cánovas y don Antonio Fernández Rodríguez, como vocales. La Mesa de Ponencia se compuso, sucesivamente, a la hora de considerar las conclusiones tratadas en la Sección 1.^a y 2.^a, por las:

mismas personas que la integraron en estas secciones. Los congresistas adscritos a los distintos territorios con Derecho civil propio pasaron a elegir a sus respectivos compromisarios o representantes, resultando designados, tras las correspondientes votaciones, los siguientes: por Aragón, don Jesús Bergua Camón, don Joaquín Sapena Tomás, don José Luis Moreu Ballonga, don José Belled Heredia, don Pablo Casado Burbano, don Pedro Javier Ayerbe Torres, doña Pilar Sánchez Villuendas y don José Luis Lacruz Berdejo; por Baleares, don José Cerdá Gimeno, don Juan Tur Serra, don Miguel Masot Miquel, don Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés, don Juan Alvarez-Sala Walther, don Luis Pareja Cerdó, don Luis Garau Juaneda y don Juan Socias Morell; por Cataluña, don José Betriú Cots, don José Casamitjana Costa, don Luis Puig Ferriol, doña Alegría Borrás Rodríguez, doña Encarna Roca i Trías, don Ramiro Tribo Boixerau, don José López Liz y don Carlos Juan Maluquer de Motes Bernet; por territorio de Derecho común, don Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, don Gabriel García Cantero, don Julio Diego González Campos, don Carlos Lasarte Alvarez, don José Tomás Bernal-Quirós Casciaro, don Antonio Remiro Brotons, don Rafael Arnáiz Eguren y don Antonio Reverte Navarro; por Galicia, don Jesús María Alvarez Carvallo, don Antonio Fernández Rodríguez y don Ildefonso Sánchez Mera; por Navarra, don Joaquín Abadía Escolá, don José Arregui Gil, don Javier Nagore Yarnoz, don Francisco Salinas Quijado, don Enrique Rubio Torrano, don Carlos Martínez Aguirre, don Luis Pérez Chueca y don Antonio Sayas Abengochea; por Vizcaya y Alava, doña Isabel Ondía Berrojalbiz, don Eduardo Barreda Fernández, don Adrián Celaya Ibarra, don Jasone Irarragorri Viquera, don Luis Carmelo Rojo Ajuria, don José Miguel Toledo Ugarte, don Alvaro Navajas Laporte y don José Antonio Zarzalejos Nieto.

Tras una reflexión preliminar acerca de la subsistencia y vigor de los Derechos forales amparados por la Constitución, que realizara el Excmo. señor don Luis Martín-Ballesteros y Costea —abundando en el mismo sentido de su intervención en la Sección 1.^a, que antes referimos—, se pasó a la consideración y aprobación de conclusiones definitivas sobre el tema objeto de debate en la Sección 1.^a, esto es, el artículo 149,1,8 de la Constitución, confirmándose por aprobación del Pleno el texto de la conclusión primera resultante de la enmienda propuesta por don José Casamitjana Costa (8), aprobada en la Sección 1.^a.

La Ponencia dictaminadora sobre el artículo 149,1,8 de la Constitución, de acuerdo a lo previsto en el Reglamento del Congreso, mantuvo en la sesión plenaria el texto original de la conclusión 2.^a de su dictamen, no obstante haber sido aprobado, como conclusión, en la Sección 1.^a, el texto resultante de la enmienda propuesta por don Carlos Lasarte Alvarez (9). Del mismo modo, de acuerdo a la previsión reglamentaria del Congreso, la enmienda a la repetida conclusión 2.^a del dictamen de la Ponencia, que formulara don José Tomás Bernal-Quirós Casciaro (10), pese a haber sido rechazada en la Sección 1.^a, se reprodujo para su aprobación plenaria, dado el por-

(8) Véase anteriormente, pág. 386.

(9) Véase anteriormente, págs. 386 y 387.

(10) Véase anteriormente, pág. 386.

centaje de votos favorables obtenidos en la sección. Tras intervenciones de don Jesús Delgado Ecreverría, en representación de la Ponencia, don Carlos Lasarte Alvarez y don José Tomás Bernal-Quirós Casciario, en defensa de sus respectivos textos formulados, se aprobó en el Pleno del Congreso el texto original de la conclusión 2.^a del dictamen de la Ponencia, siendo rechazados los otros dos.

Con relación a la conclusión 5.^a, la Ponencia mantuvo asimismo en la sesión plenaria el texto original de su dictamen, frente al resultante de la enmienda propuesta por don Jesús López Medel (11), aprobado como conclusión en la Sección 1.^a. Se elevó también al Pleno la enmienda a la repetida conclusión 5.^a del dictamen de la Ponencia, formulada por don Gabriel García Cantero (12), enmienda que había sido rechazada en la Sección 1.^a, si bien con un porcentaje de votos favorables suficientes para su posible reproducción en las sesiones plenarias. Tras intervenciones de don Jesús Delgado Echeverría, en representación de la Ponencia, don Gabriel García Cantero y don Jesús López Medel, resultó aprobado en el Pleno el texto original dictaminado por la Ponencia. Don Jesús López Medel manifestó ante la Mesa del Congreso su actitud crítica frente al sistema de funcionamiento del Congreso, previsto en su Reglamento, que permitía que un texto rechazado como conclusión en la Sección, en que votaban todos los congresistas a ella adscritos, fuese luego aprobado como conclusión definitiva del Congreso.

Habida cuenta del resultado de los debates de la Sección^a y de los acuerdos adoptados, tras las intervenciones antes referidas, en el Pleno, las conclusiones definitivas del Congreso de Jurisconsultos de Zaragoza sobre el artículo 149, 1, 8 de la Constitución quedaban ya determinadas. Sometido a la aprobación del Pleno el conjunto de las conclusiones establecidas, se obtuvieron 35 votos favorables, 3 en contra y 11 abstenciones. Las conclusiones definitivas del Congreso sobre el artículo 149, 1, 8 de la Constitución quedarón, pues, formuladas en los siguientes términos:

«*Conclusión 1.^a*: Las Comunidades Autónomas pueden asumir en sus Estatutos, como competencia exclusiva, la legislación sobre el Derecho civil foral o especial en ellas existente, y así lo han hecho las hasta ahora constituidas. Las leyes que al efecto emanen de las Comunidades Autónomas, dentro del ámbito de su competencia, tienen el mismo rango y fuerza que las leyes de las Cortes Generales, y están sólo sujetas a la Constitución y a los preceptos de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Conclusión 2.^a: La competencia legislativa aludida no se restringe, en modo alguno, a la situación actual de las Compilaciones vigentes, lo que sería ya contradictorio con la idea misma de legislación: legislar supone innovar. Los Derechos civiles forales o especiales constituyen cada uno un sistema del que la correspondiente legislación, e incluso la histórica, no es sino expresión parcial, informado por principios peculiares que le proporcionan posibilidades de autointegración. Hasta donde lleguen estos principios

(11) Véase anteriormente, pág. 388.

(12) Véase anteriormente, pág. 387.

informadores, llega la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas.

Conclusión 3.º: Las Comunidades autónomas podrán desarrollar el Derecho hoy vigente acomodándolo a las nuevas y cambiantes necesidades de la sociedad, con la misma libertad con que las Cortes Generales pueden alterar y modificar el Código civil.

Conclusión 4.º: Se propugna que todos los territorios con Derecho civil propio puedan disponer de su futuro a través de sus órganos legislativos libremente elegidos, evitándose de este modo una desigualdad injustificada.

Aun antes de contar con órganos legislativos, lo procedente es que no se impongan a ningún territorio con Derecho civil propio cambios en el mismo distintos de los que voluntariamente acepte.

Conclusión 5.º: La Constitución garantiza la pluralidad de regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional, entendiéndolo no ya como un problema, sino como un bien enriquecedor.

La Constitución de 1978, a diferencia de otras anteriores, no establece como un «desideratum» la unificación del Derecho civil.

Conclusión 6.º: A largo plazo —como conviene a una cuestión que los siglos han sido configurando y, en muchos sentidos, complicando sólo la libre manifestación de la voluntad de los pueblos de España con Derecho civil propio, permitirá la unificación del Derecho civil en cuanto sea oportuno en cada momento histórico.

Conclusión 7.º: La Constitución es garantía y límite de los Derechos civiles forales o especiales como lo es del resto del ordenamiento jurídico español.

Las leyes de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil están subordinadas a los preceptos constitucionales y sujetas al control de constitucionalidad en los mismos términos que las emanadas de las Cortes Generales. La eficacia derogatoria de la Constitución respecto de cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en ella alcanza a las Compilaciones vigentes, del mismo modo que a las demás leyes españolas.»

Con relación al tema de la vecindad civil, objeto de debate en la Sección 2.ª del Congreso, las conclusiones aprobadas en la Sección resultaron luego aprobadas también, sin variaciones, en el Pleno. Las diversas enmiendas formuladas en la Sección 2.ª, como textos alternativos a las conclusiones allí aprobadas, que, aunque rechazadas en la sección, habían obtenido en ella un porcentaje de votos favorables suficiente para su posible reproducción en las sesiones plenarias (y que se mencionan en las páginas anteriores referentes a los debates de la Sección 2.ª) (13), fueron todas ellas, nuevamente rechazadas en el pleno. Sometidas a la aprobación del Pleno, las conclusiones adoptadas en la Sección 2.ª, y referida la votación plenaria al conjunto de ellas, fueron aprobadas por 38 votos a favor, ninguno en contra y 11 abstenciones. Las conclusiones definitivas del Congreso de Ju-

(13) Véase anteriormente, págs. 393, 394, 395 y 396.

risconsultos de Zaragoza sobre el tema de la vecindad civil quedaron, pues, formuladas en los siguientes términos:

«Conclusión 1.º: Partiendo del principio de igualdad jurídica entre los cónyuges, que se deriva de los artículos 14 y 32 de la vigente Constitución, debe desaparecer de la legislación el criterio de que la mujer casada adquiere necesariamente la vecindad civil de su marido.

De otra parte, sobre la base del criterio de unidad familiar, que igualmente emana de la Constitución, es aconsejable establecer criterios objetivos tendentes al logro de una unidad de vecindad civil en el seno del matrimonio.

Se respetará, en todo caso, la libre determinación de los cónyuges para mantener cada uno su propia vecindad civil, o para acogerse uno de ellos, libremente, a la vecindad del otro.

Conclusión 2.º: La vecindad civil de los hijos menores será la común de ambos padres. Si es ésta distinta, determinarán la vecindad los padres de mutuo acuerdo, igual para todos los hijos, sin que puedan elegir una distinta de la que ostentan el padre o la madre. En defecto de acuerdo, conviene establecer criterios objetivos.

Los hijos menores que, con consentimiento de sus padres, vivan con independencia de ellos, podrán tener vecindad civil distinta de la de sus progenitores.

Se entiende que la vecindad civil de los hijos menores deriva directamente de la patria potestad y del «ius sanguinis», salvo, respecto de este último, en aquellos casos —hijos de padres desconocidos— en que sea imposible su aplicación.

Conclusión 3.º: Para el supuesto de matrimonios con diferente vecindad civil, en defecto de pacto, su régimen económico será determinado mediante criterios objetivos.

Conclusión 4.º: La vecindad civil del extranjero que se naturaliza español debe determinarse en un régimen de absoluta y total igualdad entre todos los sistemas jurídico-privados territoriales, incluido el del Código civil.

Los extranjeros que se naturalicen españoles adquirirán la vecindad civil correspondiente al punto de conexión que haya sido causa determinante de la concesión de la nacionalidad. Para los supuestos de naturalización por carta de gracia, el extranjero gozará de un derecho de opción para elegir libremente cualquier vecindad civil.

Conclusión 5.º: Deben conservarse los criterios del Código civil, sobre adquisición y pérdida de la vecindad civil, completados con la posibilidad de recuperar la vecindad de origen, que se haya perdido automáticamente o voluntariamente, mediante un procedimiento sencillo y flexible que no exija nueva residencia en el territorio de origen.

Conclusión 6.º: Existen suficientes argumentos para concluir que el tema de la vecindad civil no puede ser de la competencia legislativa de las diferentes Comunidades Autónomas españolas, sino que, por el contrario, debe ser de la competencia del Estado.

Conclusión 7.º: Se hace necesaria la promulgación de una ley general, válida para todo el territorio español, en la que, con criterios de igualdad para todas las Comunidades españolas, se regule lo concerniente a la vecindad civil. Una ley en cuya elaboración tengan participación todos los territorios con Derecho civil propio.

Sin embargo, y para evitar los problemas que produciría una regulación aislada de la vecindad civil, consideramos que dicha regulación debe producirse en el marco de una ley general de conflictos de Derecho interregional, cuya urgencia ya fue señalada en el Congreso de 1946 y es reiterada aspiración de todos los juristas preocupados por los Derechos civiles territoriales o forales.»

VII. En la misma mañana del domingo, día 1 de noviembre, y en el mismo Paraninfo de la Universidad de Zaragoza, tuvo lugar la solemne sesión de clausura del Congreso, presidida por el Excmo. señor Ministro de Justicia, don Pío Cabanillas Gallas. Tras abrir la sesión, como Presidente de la Mesa del Congreso, el Excmo. Sr. don José Luis Martínez Gil, pronunciaron palabras de despedida y de congratulación por el éxito de las Jornadas del Congreso don Adrián Celaya Ibarra, don Joaquín Abadía Escolá, don Diego Espín Cánovas, don Luis Puig Ferriol, don Miguel Masot Miquel y don Jesús María Alvarez Carvallo, en nombre de los congresistas venidos, respectivamente, desde Vizcaya y Alava, Navarra, territorios de Derecho común, de Baleares y Galicia. Intervino posteriormente el Ilmo. Sr. don José Luis Lacruz Berdejo, como Presidente de la Comisión Ejecutiva del Congreso y en nombre de los jurisconsultos aragoneses, agradeciendo a todos los congresistas su asistencia y su activa participación en las jornadas del Congreso. Acto seguido habló el Ilmo. Sr. Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza. Finalmente, el Presidente de la Mesa de la Sesión Plenaria del Congreso, Excmo. Sr. don José Luis Martínez Gil, dio la palabra al Excmo. Sr. Ministro de Justicia, don Pío Cabanillas Gallas, quien cerró el acto con una profunda disertación acerca de los Derechos civiles territoriales, considerando su dimensión histórica y su previsible proyección futura, a partir de la actual Constitución Española.

VIII. Tras la clausura del Congreso, su Comisión Ejecutiva —de acuerdo a lo previsto en el propio Reglamento del Congreso— habría de quedar automáticamente constituida en Comisión encargada de la publicación de los trabajos del Congreso, con sus deliberaciones y acuerdos y las comunicaciones enviadas al mismo precedentemente por algunos congresistas.

Todo ello integrará —previsiblemente— un libro, que será obra de extraordinaria importancia, y deseamos que de pronta aparición.

Información Legislativa (*)

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

1. *Parte General*

1. ANDALUCIA. Aprobación de su Estatuto de Autonomía.

Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre («B. O. E.», de 11 de enero de 1982).

A) Exposición:

1. Constitución de la Comunidad Autónoma: Andalucía, como expresión de su identidad histórica y en el ejercicio del derecho al autogobierno que la Constitución reconoce a toda nacionalidad, se constituye en Comunidad Autónoma. El territorio de Andalucía comprende el de los municipios de las actuales provincias de Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga y Sevilla. (arts. 1 y 2).

2. Aplicación del Derecho andaluz: a) Eficacia territorial: Las leyes y normas emanadas de las instituciones de autogobierno de Andalucía tendrán eficacia en su territorio (art. 9).

b) Condición política de andaluces: Corresponde, a los efectos del presente Estatuto, a los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía. (art. 8).

c) Reglas generales: El derecho propio de Andalucía es el aplicable con preferencia a cualquier otro en el territorio andaluz. En todo caso, el derecho estatal tiene carácter supletorio del derecho propio de Andalucía.

(*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el período comprendido entre los días 1 de enero y 31 de marzo de 1982. La Ley 1/1982, de 3 de marzo, de la Generalidad de Cataluña, sobre Fundaciones privadas, será reseñada en el próximo número de este ANUARIO.

Cuando la competencia de la Comunidad Autónoma consista en el desarrollo o reglamentación de la legislación del Estado, las normas dictadas por aquélla serán de aplicación preferente a cualquier otra de igual naturaleza y rango (art. 10).

d) Régimen transitorio: Mientras las Cortes Generales no elaboren las leyes a que este Estatuto se refiere, y el Parlamento de Andalucía legisle sobre las materias de su competencia, continuarán en vigor las actuales leyes y disposiciones del Estado que se refieren a dichas materias, sin perjuicio de que su desarrollo legislativo, en su caso, y su ejecución, se lleven a cabo por la Comunidad Autónoma, en los supuestos así previstos en este Estatuto (disp. trans. 1.º).

3. Competencias de la Comunidad Autónoma: La Comunidad Autónoma de Andalucía tiene competencia exclusiva, de desarrollo y ejecución, según los casos, en las materias a que se refiere el título I del Estatuto (arts. 13 a 23).

4. Organización de la Comunidad Autónoma: El autogobierno de Andalucía se organiza políticamente en la Junta de Andalucía, integrada por el Parlamento, el Consejo de Gobierno y el Presidente (art. 24, p. 1).

5. Administración de Justicia: a) Tribunal Superior de Justicia de Andalucía: Es el órgano jurisdiccional que, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culmina la organización judicial en el territorio andaluz. En su estructura y organización se integran formalmente las Audiencias Territoriales de Granada y Sevilla (arts. 24, p. 2 y 48).

b) Competencia de los órganos jurisdiccionales de Andalucía: Se extiende, en el orden civil, a todas las instancias y grados, con excepción de los recursos de casación y revisión. En las restantes materias se podrá interponer, cuando proceda, ante el Tribunal Supremo, el recurso de casación o el que corresponda según las leyes del Estado y, en su caso, el de revisión (art. 49).

6. Régimen de Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles: Serán nombrados por la Junta de Andalucía de conformidad con las leyes del Estado y en igualdad de derecho, tanto si los aspirantes ejercen dentro como fuera de Andalucía (art. 53).

Observaciones.

1. El Estatuto andaluz es el cuarto de los promulgados (anteriormente lo fueron los de Cataluña, el País Vasco y Galicia) y el primero en que la Comunidad Autónoma no recibe competencia en materia de Derecho civil, ya que no se integra en ella ninguna región foral (cfr. art. 149, p. 1, n.º 8 de la Constitución).

2. Del texto del Estatuto vamos a destacar dos preceptos: 1) El artículo 10, párrafo segundo, que afirma la aplicación preferente de la normativa andaluza dictada en desarrollo o reglamentación de la legislación estatal, cuyo sentido es claramente contrario a las corrientes doctrinales potenciadoras de la regla de prevalencia del derecho estatal sobre el regional.

y 2) El artículo 49, apartado 2, que, de forma imprecisa, se remite a «las restantes materias» abriendo la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Su-

premo. En realidad no existen, en relación con esta Comunidad Autónoma, materias distintas a las mencionadas en el apartado 1, debiéndose el error en la expresión al indebido traslado de preceptos contenidos en Estatutos anteriores, cuya situación en el aspecto jurídico-material es totalmente distinta (cfr. arts. 14, p. 2 del Estatuto vasco, 20, p. 2 del catalán y 22, p. 2 del gallego).

2. ASTURIAS. Aprobación de su Estatuto de Autonomía.

Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre («B. O. E.», de 11 de enero de 1982).

A) Exposición.

1. Constitución de la Comunidad Autónoma: Asturias se constituye en Comunidad Autónoma, que será denominada Principado de Asturias.

2. Condición política de asturianos: Corresponde a los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualesquiera de los Concejos de Asturias.

3. Competencias del Principado:

- Ejercerá competencia en materia de especialidades en la legislación procesal que se deriven de las peculiaridades de derecho sustantivo del Principado (art. 13, p. 1, d).
- Impulsará la conservación y, en su caso, compilación del derecho consuetudinario asturiano (art. 16).
- Asume, desde su constitución, las competencias, medios y recursos que, según la ley, correspondan a la Diputación Provincial de Oviedo.

4. Supletoriedad del Derecho estatal: El Derecho estatal es supletorio de las normas del Principado en lo que se refiere a las competencias propias del mismo (art. 15, p. 3).

5. Organización de la Comunidad Autónoma: Los órganos institucionales del Principado son: la Junta general, que ejercerá la potestad legislativa y, en su caso la reglamentaria, el Consejo de Gobierno, al que corresponderá ejercer la potestad reglamentaria no reservada por la Junta, y el Presidente (artículos 22, 23, 32 y 33).

Se reconocerá personalidad jurídica a la parroquia rural como forma tradicional de convivencia y asentamiento de la población asturiana (art. 6, p. 2).

6. Administración de Justicia: a) Tribunal Superior de Justicia de Asturias: Es el órgano jurisdiccional en el que culminará la organización judicial en su ámbito territorial y ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales. En él se integrará la actual Audiencia Territorial de Oviedo.

b) Competencia de los órganos jurisdiccionales de Asturias: Se extiende en el orden civil a todas las instancias y grados, con excepción de los recursos de casación y revisión. En las restantes materias se podrán interponer, cuando proceda, ante el Tribunal Supremo, el recurso de casación o el que corresponda según las leyes del Estado y, en su caso, el de revisión (arts. 36 y 37).

7. Régimen transitorio: a) Aplicación de la normativa estatal vigente: Mientras las Cortes Generales no elaboren las leyes a que este Estatuto se refiere y la Junta General del Principado legisle, continuarán en vigor las actuales leyes y disposiciones del Estado, sin perjuicio de que su desarrollo y ejecución se lleve a cabo por la Comunidad Autónoma asturiana en los supuestos previstos en este Estatuto (disp. trans. 3.º).

b) Inscripción registral del traspaso de bienes inmuebles del Estado al Principado: Serán título suficiente, para llevarla a cabo, la certificación por la Comisión Mixta, de los acuerdos gubernamentales debidamente promulgados. Esta certificación deberá contener los requisitos exigidos por la Ley Hipotecaria.

c) Cambio de titularidad en arrendamientos: El cambio de titularidad en los contratos de arrendamiento de locales para oficinas públicas de los servicios que se transfieran no dará derecho al arrendador a extinguir o renovar el contrato (disp. trans. 4.º, apartado 5).

B) Observaciones.

1. Asturias es la primera región que accede a la autonomía a través del procedimiento regulado por el artículo 143 de la Constitución. Anteriormente el País Vasco, Cataluña y Galicia utilizaron el régimen especial previsto en la disposición transitoria segunda de la ley fundamental y Andalucía fue llevada a la autonomía mediante el artículo 151 de la Constitución, aunque con las dificultades conocidas.

2. La atribución de competencias al Principado por el Estatuto resulta, en algún aspecto, discutible, pues no parece quedar siempre dentro de los límites marcados por el artículo 148 de la Constitución (cfr. art. 11, c) y e) del Estatuto). Recuérdese que en el régimen normal de autonomía (alcanzable mediante el art. 143) las Comunidades sólo pueden recibir en forma inmediata, con la aprobación de su Estatuto, las competencias enumeradas en el citado artículo 148. Para ostentar competencias distintas a las citadas expresamente en tal precepto sería precisa la reforma del Estatuto una vez transcurrido el plazo de cinco años o bien cumpliendo los requisitos de iniciativa reforzada establecidos en el artículo 151, p. 1 de la Constitución.

3. El Estatuto alude a un derecho consuetudinario asturiano, prescribiendo su conservación y, en su caso, compilación. Con ello no puede entenderse creado un nuevo Derecho foral propio de tal región, sino que tal referencia no va más allá que a proclamar la existencia de costumbres peculiares, aplicables como fuente jurídica de segundo grado, generalmente (art. 1, p. 3, Código civil), y, sobre todo, en el ámbito de las relaciones contractuales, así como, en materia administrativa (arts. 192 y 306 de la Ley de Régimen Local).

Es destacable, igualmente, que el art. 37, p. 2 del Estatuto, sobre competencia de los órganos jurisdiccionales, incurre en los mismos defectos que el 49, p. 2 del Estatuto andaluz, criticado anteriormente.

3. CANTABRIA. Aprobación de su Estatuto de Autonomía.

Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre. («B. O. E.», de 11 de enero de 1982).

A) Exposición.

1. Constitución de la Comunidad Autónoma: Cantabria, como entidad regional histórica y para acceder a su autogobierno, se constituye en Comunidad Autónoma (art. 1).

2. Condición política de cántabros: Corresponde a los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan la vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Cantabria (art. 4).

3. Organización institucional: Los poderes de la Comunidad Autónoma de Cantabria se ejercerán a través de la Diputación Regional, integrada por la Asamblea Regional, que ostentará la potestad legislativa, el Consejo de Gobierno, dotado con potestad reglamentaria y función ejecutiva y el Presidente. La Diputación Regional asume, desde su constitución, todas las competencias, medios y recursos de la Diputación Provincial de Santander.

Por Ley de Cantabria se podrá reconocer a la Comarca como Entidad local, con personalidad jurídica y demarcación propias (arts. 7, 22, 31, 32 y 36).

4. Administración de Justicia: a) Tribunal Superior de Justicia: Ante él se agotarán las sucesivas instancias procesales, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo (art. 41).

b) Competencia de los órganos jurisdiccionales en Cantabria: Se extenderá, en el ámbito civil, a todas las instancias y grados, con la excepción de los recursos de casación y revisión.

En las restantes materias se podrá interponer, cuando proceda, ante el Tribunal Supremo, el recurso de casación o el que corresponda según las leyes del Estado y, en su caso, el de revisión (art. 42).

5. Régimen transitorio: a) Aplicación de la normativa estatal vigente: Hasta tanto la Asamblea Regional no legisle sobre las materias de su competencia, continuarán en vigor las actuales leyes y disposiciones del Estado que se refieren a las mismas, sin perjuicio de que su desarrollo reglamentario y ejecución se lleven a cabo por la Diputación Regional de Cantabria.

b) Traspasos de bienes y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma: Será título suficiente para la inscripción en el Registro de la Propiedad del traspaso de bienes inmuebles del Estado a la Comunidad, la certificación por la Comisión Mixta de los acuerdos gubernamentales debidamente promulgados. Esta certificación deberá contener los requisitos exigidos por la Ley Hipotecaria.

— El cambio de titularidad en los contratos de arrendamiento de locales para oficinas públicas de los servicios que se transfieran no darán derecho al arrendador a extinguir o renovar el contrato.

— La Diputación Regional quedará subrogada en la titularidad de los contratos sometidos al derecho administrativo o al laboral, que vinculen al personal y resulten afectados por este Estatuto y por los traspasos de competencias a la Comunidad Autónoma (disp. trans. 7.^a y 9.^a).

B) Observaciones.

Tanto este Estatuto como el de Asturias contienen una disposición transitoria dedicada a las transferencias de funciones, bienes e instalaciones del Estado a la Comunidad Autónoma respectiva. En particular, respecto de las relaciones contractuales en que intervenía el Estado y quedan afectadas por las transferencias, se dispone la subrogación de la Comunidad en la situación ocupada por aquél, en la misma forma prevista por la Ley 32/1981, de 10 de julio (ADC XXXIV-IV núm. 23 de la Información Legislativa), para los entes preautonómicos.

Llama la atención que las disposiciones aludidas, al regular el traspaso de bienes, se refieran a «los acuerdos gubernamentales debidamente promulgados», ya que la promulgación es un acto que, jurídicamente, se aplica a las leyes y demás normas jurídicas (art. 91 de la Constitución), no a los meros actos administrativos que cuando tienen por destinatario una pluralidad indeterminada de sujetos, deben publicarse para surtir efecto (art. 46, p. 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo). Sólo atendiendo al significado vulgar de los términos es posible confundir promulgación y publicación (v. voz «Promulgar», *Diccionario de la Lengua Española*, 18.^a ed., 1956, pág. 1072).

4. DERECHO AGRARIO. Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes.

Ley 49/1981, de 24 de diciembre («B. O. E.», de 11 de enero de 1982).

A) Exposición.

I. Aplicación de la Ley.

1. Relación con los Derechos forales: Las disposiciones de este Estatuto son aplicables con carácter supletorio respecto de las normas, específicas en la materia, de los Derechos civiles forales o especiales y de las dictadas por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias (disp. final 1.^a).

2. Efecto derogatorio: Con la entrada en vigor de esta Ley quedan derogados los artículos 25, p. 1.; 32, p. 1, 2, 3 y 4; 35, p. 1, 2, 3 y 7; 36 a 42 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, texto refundido de 12 de enero de 1973.

3. Régimen transitorio: Las explotaciones y patrimonios familiares ya constituidos podrán optar por acogerse expresamente a esta Ley o continuarán rigiéndose por la legislación anterior, salvo cuanto se refiere al sistema sucesorio establecido por esta Ley, que resultará, en todo caso, de aplicación (disp. derogatoria.).

II. La explotación familiar agraria.

1. Concepto: A los efectos de esta Ley se entiende por tal el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular para la producción agraria, siempre que constituya el medio de vida principal de la familia, pueda proporcionarla un nivel socioeconómico análogo al de otros sectores y reúna las siguientes condiciones:

a) Que el titular desarrolle la actividad empresarial agraria como principal, asumiendo su riesgo y

b) Que los trabajos sean realizados por el titular y su familia, sin que la aportación de mano de obra asalariada fija supere, anualmente, a la familiar en jornadas efectivas (art. 2).

2. Elementos objetivos: La explotación comprende los bienes inmuebles rústicos y los edificios construidos en ellos, las instalaciones agropecuarias, los ganados, máquinas y aperos integrados y afectos a ella que pertenezcan al titular, a su cónyuge o a ambos.

También se incluyen los arrendamientos y derechos de uso y disfrute que, sobre los bienes indicados, puedan pertenecer al titular, y los demás derechos que le pertenezcan y sirvan a la explotación (art. 3).

3. Elementos subjetivos: a) Titular de la explotación: Esta condición podrá recaer, caso de matrimonio, en ambos cónyuges, bastando que uno de ellos reúna los requisitos personales exigibles, que se entenderán, además, reunidos por el cónyuge supérstite.

b) Colaborador de la explotación: Será la persona mayor de edad, o menor emancipada, que sea cónyuge, descendiente, pariente del titular, o, incluso, sin parentesco con él, tenga experiencia profesional de dos años en actividades agrarias, dedicando principalmente su trabajo a la explotación y suscriba un acuerdo escrito de colaboración con el titular (art. 5).

4. Prueba de la condición de la explotación: Será título suficiente para acreditar la calificación de explotación familiar agraria el documento administrativo expedido, a instancia del titular, por el Ministerio de Agricultura. Análogos efectos producirá el acto de aprobación del plan de modernización.

III. Medidas para la protección de la explotación familiar agraria.

1. Objetivos de la presente Ley: Esta Ley persigue los siguientes fines:

a) Constituir explotaciones agrarias viables, mantener su integridad, continuidad, desarrollo y modernización.

b) Estimular la incorporación a la dirección de las explotaciones de los colaboradores y facilitar el acceso de agricultores jóvenes a la propiedad de los medios de producción y a la sucesión en las explotaciones.

c) Facilitar la inscripción registral de los bienes y derechos que constituyen las explotaciones (art. 1).

2. Régimen de la colaboración en las explotaciones familiares agrarias.

a) Acuerdos de colaboración: Regulan la participación del colaborador en los trabajos de la explotación y su incorporación a las responsabilidades gerenciales.

En los acuerdos se determinarán las funciones y responsabilidades del colaborador, sus obligaciones para el titular y las indemnizaciones que han de abonarle los sucesores si no se mantiene el acuerdo de colaboración.

También se establecerán las retribuciones a que tengan derecho el colaborador o la forma de valorar su dedicación a la explotación, que tendrá la consideración de derecho de crédito sobre la herencia o de aportación computable a su favor en el momento de la sucesión (art. 6).

b) Medidas complementarias: Los acuerdos podrán complementarse o instrumentarse con el pacto sucesorio o la designación testamentaria del colaborador como sucesor en la titularidad de la explotación (art. 7).

c) Participación en la financiación: Al colaborador que participe en la financiación del plan de modernización de la explotación le será reconocido en la sucesión un derecho de crédito por el importe actualizado de la cantidad que hubiere aportado (art. 8).

3. Conservación de la integridad de la explotación.

a) Obligación de conservarla: La obtención de beneficios económicos o la suscripción de acuerdos de colaboración implicará la obligación de conservar íntegros y afectos a la explotación los elementos necesarios que se especifiquen en su calificación o plan de modernización, durante el plazo que señale la Administración (art. 11).

No obstante, el Ministerio de Agricultura podrá autorizar la separación de alguno de los elementos en los casos previstos por la Ley (art. 12).

b) Disposición de bienes del matrimonio y sucesión de uno de los cónyuges: El examen de las disposiciones indicadas se remite a los apartados relativas a Derecho de familia y Derecho de sucesiones (I, 4 y 5 de esta Información).

c) Derecho de adquisición preferente: Se examina en el apartado relativo a Derecho reales (I, 3, de esta Información).

4. Medidas financieras:

Son de tipo diverso, pudiendo distinguirse las siguientes:

a) Desarrollo y modernización de explotaciones: Las medidas tienen por objeto financiar la modificación de las estructuras productivas, fijándose los requisitos que deben reunir los titulares, las explotaciones y el plan de modernización, que se elabore, para que sean concedidas.

Dichas medidas consisten en créditos especiales, subvenciones, cesiones de derechos por Entidades públicas, colaboración en actividades y ayuda mutua, señalándose por la Ley algunos casos de aplicación preferente (artículos 45 a 52).

b) Acceso de agricultores jóvenes: Los beneficios previstos tienen la finalidad de facilitar a los jóvenes menores de treinta y cinco años el acceso,

mejora, ampliación o transformación de las explotaciones familiares. Pueden consistir en adjudicaciones de tierras o ayudas, créditos y subvenciones para su adquisición o las mejoras e instalaciones necesarias para la explotación y para la vivienda de uso propio.

Las transmisiones de tierras, constituciones o cancelación de garantías y los créditos que se concedan estarán exentos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados o, en su caso, del General sobre el Tráfico de Empresas (arts. 53 a 56).

c) Ayudas generales: El Ministerio de Agricultura prestará asistencia y asesoramiento técnico gratuito y desarrollará acciones de capacitación y formación continuada.

En los procedimientos de concentración parcelaria se otorgará preferencia a las explotaciones familiares agrarias, que ven ampliado el límite de las subvenciones que puede concedérselas para la adquisición de tierras.

A propuesta del Ministerio de Justicia se dictarán normas para la reducción de aranceles y fijación de bases que deban ser aplicadas en las actuaciones de Notarios y Registradores (disp. adic. 2.º).

d) Pérdida de los beneficios: Los interesados quedarán libres de las obligaciones impuestas por la Ley previa cancelación de los préstamos y reintegro de las subvenciones y bonificaciones disfrutadas, incrementadas con el interés legal.

El incumplimiento de las obligaciones legales llevará consigo la imposición por la Administración de las sanciones previstas en la Ley. (arts. 66 y 67).

e) Beneficios fiscales: La Ley establece los siguientes, en relación con los actos que se indican:

1. Reducción del 50 por 100 de la base en el impuesto correspondiente en la transmisión de la explotación a favor de un colaborador en la misma.
2. No sujeción a tributación de los negocios jurídicos dirigidos a completar la superficie suficiente para constituir una explotación familiar agraria. Deberán hacerse constar la indivisibilidad de la finca, tanto en el documento público de adquisición como en el Registro.
3. No sujeción a tributar de la continuación de la explotación por el cónyuge supérstite.
4. No sujeción al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados ni al General sobre el Tráfico de las Empresas de los créditos o garantías concedidos al amparo de esta Ley.
5. Reducción del 90 por 100 de la base impositiva en los expedientes de dominio y actas de notoriedad relativos a fincas integradas en una explotación familiar agraria (arts. 62 a 65).
5. Reglas procesales: Se examinan en el apartado correspondiente al Derecho Procesal (IV de esta Información).
6. Inscripción registral: El régimen especial se expone en el apartado correspondiente (II de esta Información).

B) Observaciones.

1. La presente Ley constituye un paso más en la configuración legislativa independiente del Derecho agrario, que viene a centrarse en un elemento objetivo: la explotación. Alrededor de tal elemento se coloca la regulación de sus variados aspectos, que corresponde a preceptos provenientes de las tradicionales ramas jurídicas. Junto a normas de carácter administrativo y financiero, destaca la atención prestada por la Ley a materias propias del Derecho privado e, incluso, las especialidades registrales y procesales que introduce. Con ello, aunque se adecúa la normativa jurídica a las condiciones de las explotaciones agrarias, se complica el ordenamiento y se dificulta el tráfico. Ha de tenerse en cuenta, además, que algunas de las innovaciones legales aplicables sólo a las explotaciones, serían perfectamente generalizables.

2. La Ley realiza una foralización del Derecho común tal como había sido reclamado, en ocasiones, por la doctrina especializada pero este proceso suscita diversos problemas en relación con las competencias de las Comunidades Autónomas sobre su Derecho foral. En este sentido, la autocalificación de la norma como supletoria (disp. final 1.º), si bien salva la posible colisión de competencias en relación con la «agricultura y ganadería», no parece suficiente en materias de Derecho civil. En éstas tal supletoriedad debe funcionar con pleno respeto a la plenitud de cada sistema foral, evitando la introducción en ellos de instituciones extrañas, por lo que deberá atenderse, en cada caso, a su contenido material y a la compatibilidad de sus principios con la regulación de la Ley que se trate de aplicar.

3. El régimen general de las explotaciones familiares agrarias supone una intervención fundamental de la Administración en su desarrollo desde su calificación, que parece debe surtir efectos con carácter general, hasta la atribución de medios para su mantenimiento. Debe tenerse en cuenta que la pérdida de los beneficios concedidos por la Administración acarrearía la obligación de reintegrarlos, incrementados con el interés básico del Banco de España, según la Ley General Presupuestaria (art. 36, p. 2).

4. La regulación de los derechos de adquisición preferente es algo confusa. Por una parte, la determinación de sus titulares por remisión a los que lo sean de derechos de reembolso deja en una situación imprecisa al designado sucesor, pues sólo cuando la designación sea por pacto sucesorio queda claro su derecho preferente. En otro caso, sólo cuando tal sucesor designado sea legitimario, ostentará los derechos de tanteo y retracto.

Por otro lado, la Ley no determina la preferencia de estos derechos sobre los demás de igual naturaleza regulados por otras leyes, lo cual no se conforma con el designio primordial de mantener la integridad de las explotaciones.

5. Tampoco es afortunada la redacción del artículo 13 de la Ley en relación con los actos dispositivos sobre la explotación en caso de matrimonio, pues no resulta congruente la exigencia de que la titularidad recaiga en ambos cónyuges con la referencia al carácter privativo de los bienes.

Por lo demás, el régimen que se establece al respecto es mera extensión de lo dispuesto en los artículos 1.320 y 1.322 del Código civil, redactados por la Ley de 13 de mayo de 1981. La aplicación general de este régimen encontrará dificultades en algunos casos.

6. Las normas sucesorias introducen instituciones forales tradicionales encaminadas a asegurar la pervivencia de las explotaciones agrarias. Como indica la Ley, su empleo queda objetivamente limitado a las disposiciones relativas a la explotación, lo cual supone la necesidad de acudir a las normas generales para ordenar la sucesión en todo aquello que sea ajeno a dicha explotación. Esto, unido a la oscura configuración de los derechos de reembolso, confiere peculiar complejidad a esta materia y dificulta la aplicación práctica de la Ley.

7. Las medidas de índole registral y procesal, tendentes a facilitar el acceso al Registro de la Propiedad de las explotaciones agrarias y a acelerar el curso de los procesos que las afecten serían aplicables también a otros supuestos, necesitados de parecidas actuaciones legislativas.

2. *Derecho de obligaciones*

5. ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. Se establece el contrato-tipo.

Orden de 1 de diciembre de 1981 («B. O. E.», del 16 de enero de 1982).

La Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos, estableció que la Administración competente aprobaría contratos-tipo para su formalización por escrito (art. 20). En cumplimiento de este mandato se ha elaborado el modelo de contrato que ahora se publica.

El contrato-tipo contiene las referencias precisas para indicar la fecha y lugar de celebración, partes contratantes, fincas arrendadas y pactos y condiciones particulares. Las condiciones generales, en número de catorce, se refieren a la imperatividad de la Ley de Arrendamientos Rústicos, la renuncia a los derechos de las partes, la condición de profesional de la agricultura, que debe tener el arrendatario, los derechos y obligaciones de las partes (elección del tipo de cultivo, renta y cantidades asimiladas, seguros, obras, reparaciones y mejoras, prohibición de subarriendos o cesiones), forma del contrato, plazo y resolución del mismo. Dichas condiciones son mera transcripción o remisión a los criterios ya establecidos en la Ley (reseñada en ADC XXXIV-II, n.º 2 de la Información Legislativa).

6. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. Constitución de un Fondo Internacional para la indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos.

Convenio de 18 de diciembre de 1971, al que se adhirió España mediante Instrumento de 22 de septiembre 1981 («B. O. E.», de 11 de marzo 1982).

A) Exposición.

Se crea un Fondo internacional que tiene por finalidad indemnizar a las víctimas de los daños por contaminación en forma suficiente y exonerar a los propietarios responsables de las obligaciones financieras suplementarias que derivan del Convenio de Responsabilidad de 1969.

El Convenio regula los supuestos en que el Fondo debe indemnizar a las víctimas y el montante de la indemnización, así como de las compensaciones económicas a que tienen derechos los propietarios y sus fiadores.

El derecho a las indemnizaciones y compensaciones «caducará» a los tres años de producido el daño (a pesar de los términos taxativos del Convenio este plazo parece ser de prescripción; véase el artículo 6, p. 1). También se regula con detalle la subrogación del Fondo en los derechos de la víctima y la de los Organismos estatales cuando hayan abonado una indemnización por daños de contaminación.

Por último, determina el Convenio las contribuciones al Fondo, su organización y el procedimiento de adopción de resoluciones.

B) Observaciones.

Este Convenio es complementario del Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por daños causados por la contaminación de hidrocarburos, de 29 de noviembre de 1969, ratificado por España mediante Instrumento de 15 noviembre 1975 («B. O. E.», de 8 de marzo 1976). Su formalización fue prevista en la Conferencia jurídica internacional de 1969 sobre daños causados por la contaminación de las aguas del mar.

7. PATRIMONIO HISTORICO-ARTISTICO NACIONAL. Se regulan los depósitos de obras de arte y otros fondos museísticos propiedad del Estado en Entidades e Instituciones públicas y privadas.

Real Decreto 3.547/1981, de 29 diciembre («B. O. E.», de 18 marzo 1982).

A) Exposición.

1. Naturaleza y regulación de los contratos: Los contratos de depósitos de obras de arte de propiedad estatal, celebrados con entes públicos o privados, tendrán el carácter de contratos administrativos especiales y se regirán, con sujeción a lo dispuesto en la legislación de defensa del patrimonio histórico-artístico nacional y en este Real Decreto, por las normas administrativas correspondientes y, supletoriamente, por lo establecido sobre el depósito en el Código civil.

2. Requisitos de los contratos: Los contratos deberán ser autorizados por Orden Ministerial que contendrá las determinaciones previstas por este Real Decreto. Deberán preceder a su otorgamiento los informes técnicos previstos por la misma disposición e, incluso, podrá exigirse la formalización de una póliza de seguro. En el momento de realizarse el depósito se levantará la correspondiente acta.

3. Condiciones especiales de estos contratos:

- a) Finalidad: Los depósitos sólo podrán perseguir fines estrictamente culturales, científicos o de alta representación del Estado y se harán, normalmente, en instalaciones museísticas.
- b) Exposición pública: Las obras depositadas deberán permanecer obligatoriamente expuestas al público, con indicación de su procedencia.
- c) Actividades prohibidas al depositario: Los traslados, restauraciones, limpiezas o manipulaciones de las obras requerirán la previa autorización del depositante.
- d) Obligaciones del depositario: Deberá guardar las obras y restituirlas, cuando le sean pedidas, a la Administración del Estado.

B) Observaciones.

Este Real Decreto viene a cubrir un vacío normativo de gran importancia para la debida administración y conservación del patrimonio artístico de titularidad estatal. Los depósitos de obras regulados en esta disposición carecían, con anterioridad, de una regulación general y detallada, pues sólo se refería a ellos el artículo 44 de la Ley de 13 de mayo de 1933 y en forma claramente insuficiente.

El régimen de estos depósitos se encuentra regido por dos criterios principales: Permitir el control de su existencia y mantenimiento, para lo cual se impone su documentación, y someter a su regulación todos los depósitos existentes actualmente (según el artículo 10 es imperativo la revisión, ajustada al Real Decreto, de todos los depósitos constituidos hasta la entrada en vigor del mismo).

3. Derechos reales**8. EXPLOTACION FAMILIAR AGRARIA. Régimen de los derechos de adquisición preferente conferidos por la Ley.**

Ley 49/1981, de 24 diciembre («B. O. E.», de 11 de enero 1982).

A) Exposición.

1. Titulares de los derechos: Podrán ejercer los derechos de tanteo o retracto los titulares de derechos de reembolso (legitimarios o herederos abintestato distintos al que suceda en la titularidad de la explotación, según el artículo 30) que se comprometan a conservar el régimen de la explotación familiar agraria, y, en su defecto, el Estado, que las destinará, en el plazo de tres años, a la instalación de jóvenes agricultores o a la ampliación y mejora de otras explotaciones (arts. 38, 39 y 43).

2. Supuestos de hecho: Habrá lugar a su ejercicio en caso de enajenación a título oneroso de una explotación. Si la enajenación es por subasta no procederá ejercer el derecho de tanteo si se han realizado las notificaciones reguladas en el artículo 44 (véase el régimen procesal reseñado en el apartado IV de esta Información).

3. Ejercicio del derecho de tanteo: Deberá hacerse dentro de los treinta días siguientes a la notificación, a su titular, de los términos de la transmisión proyectada (art. 40).

4. Ejercicio del derecho de retracto: Deberá hacerse en un plazo igual contado desde que su titular conozca la transmisión efectuada. El derecho del Estado caducará a los sesenta días desde que los órganos administrativos conozcan la transmisión y, a falta de tal conocimiento, a los tres años desde aquélla. Su ejercicio deberá notificarse previamente a los titulares de derechos de reembolso (art. 41).

5. Preferencia entre derechos de adquisición: Son determinantes de preferencia por orden sucesivo: la posesión de diploma de cualificación profesional agraria y la mayor dedicación a la profesión agraria.

4. Derecho de familia

9. EXPLOTACION FAMILIAR AGRARIA. Régimen de los actos de disposición relativos a la misma.

Ley 49/1981, de 24 diciembre («B. O. E.», de 11 enero 1982).

A) Exposición.

1. Actos de disposición de la explotación o de alguno de los inmuebles que la integran: En caso de matrimonio, si la titularidad de la explotación recae en ambos cónyuges, la realización de estos actos requiere el consentimiento de los dos o, en su caso, autorización judicial, con independencia del carácter común o privativo de dichos bienes.

2. Consecuencias de la falta de consentimiento de uno de los cónyuges o de la autorización judicial: Los actos dispositivos que no sean expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se omitió o de sus herederos, durante el plazo de cuatro años desde la realización del acto.

Los actos dispositivos a título gratuito sobre bienes comunes serán nulos si faltare dicho consentimiento (art. 13).

5. Derecho de sucesiones

10. EXPLOTACION FAMILIAR AGRARIA. Régimen sucesorio.

Ley 49/1981, de 24 de diciembre («B. O. E.», de 11 enero 1982).

A) Exposición.

I. El pacto sucesorio.

a) Admisión de su celebración: El titular de la explotación podrá convenir la sucesión de dicha titularidad con quien reúna la cualidad de colaborador.

b) Requisitos subjetivos:

— El pacto a favor de colaborador que no sea legitimario requerirá el consentimiento de éstos, si existieran.

— En caso de matrimonio el pacto deberá ser otorgado por ambos cónyuges.

c) Obligaciones del instituido: Habrá de mantener la cualidad de colaborador hasta el fallecimiento del instituyente. En otro caso el pacto será revocable a instancia del instituyente o sus legitimarios, salvo que se aprecien ponderadas razones de equidad para mantenerlo.

d) Obligaciones del instituyente: No podrá disponer a título gratuito de la explotación, salvo a favor del instituido, que ostentará el derecho de adquisición preferente regulado en esta Ley (véase la parte I,3, disposición número 8, de esta Información) en caso de disposición a título oneroso de la misma, además de las facultades de impugnación que le correspondan con arreglo a la legislación civil.

e) Extinción de sus efectos: 1. Resolución: Por acuerdo de los otorgantes, formalizado en escritura pública; por incumplimiento de las cargas, condiciones u obligaciones impuestas; o por la conducta del sucesor que impidá la normal convivencia familiar.

2. Indignidad o desheredación: Afectarán sus causas al instituido, aunque no sea legitimario (arts. 16 a 20).

II. La sucesión testada.

a) Regla general: En defecto de pacto la sucesión en la explotación se deferirá a la persona que el causante hubiere designado en testamento. Si el designado no fuere heredero forzoso será necesario que hubieren éstos renunciado o convenido sobre sus derechos, incurrido en causa de desheredación o que se respeten sus legítimas (art. 21).

b) Testamento mancomunado.

1. Otorgamiento: Podrá hacerse por los cónyuges, en forma abierta, para ordenar la sucesión en la explotación en su integridad.

2. Revocación o modificación: Sólo podrá realizarse en vida de ambos cónyuges y conjuntamente, salvo en caso de divorcio o separación efectiva de los mismos en que cabrá la revocación unilateral, que deberá notificarse mediante documento fehaciente al otro cónyuge. Habrán de cumplirse las mismas formalidades con que se otorgó (art. 22).

c) Designación mediante comisario.

1. Nombramiento del comisario: En testamento abierto podrá nombrarse comisario al cónyuge al sólo objeto de designar sucesor en la explotación.

2. Designación del sucesor: Habrá de constar en testamento abierto o escritura pública, siendo, en este caso, irrevocable. El comisario no podrá delegar su función y deberá ajustarse a lo establecido por el causante o a la regla general antes indicada.

Una vez que todos los descendientes comunes o colaboradores alcancen la mayoría de edad, cualquiera de ellos podrá exigir al comisario que, en el plazo de un año, designe sucesor.

3. Pérdida de la cualidad de comisario: Salvo disposición expresa del causante, se producirá cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias (arts. 23 a 26).

III. La sucesión intestada.

a) Orden de suceder: A falta de pacto o disposición testamentaria la explotación, en su integridad corresponderá:

- 1.^o Al heredero legítimo más próximo colaborador durante más tiempo en la explotación.
 - 2.^o En su defecto el heredero legítimo que se comprometa a continuarla o se designe por la mayoría en el plazo de tres meses desde la apertura de la sucesión.
 - 3.^o Si no existen herederos legítimos sucederán los colaboradores por orden de su antigüedad y, si ésta es igual, según la elección de la mayoría (art. 27).
- b) Derechos del cónyuge viudo: Le corresponderá el usufructo vitalicio de la explotación, con obligación de atender al sostenimiento de la familia. El sucesor en la explotación podrá, si no existen hijos menores o incapacitados, sustituir tal derecho por una renta vitalicia, fijada de común acuerdo o por resolución judicial (art. 14).

IV. Disposiciones comunes a las diversas clases de sucesión.

a) Pluralidad de sucesores en la explotación: Podrá deferirse la explotación a favor de dos o más personas cuando los elementos que se asignen a cada una sean suficientes para constituir explotaciones familiares independientes.

b) Haber de los coherederos distintos del sucesor en la explotación: Podrá pagarse en dinero o en el plazo de diez años desde la apertura de la sucesión, debiendo abonarse el 60 por 100, al menos, en los cinco primeros años. Las cantidades aplazadas devengarán el interés legal.

c) Valoración de la explotación: Se efectuará por acuerdo de los interesados y, a falta del mismo, en función de la renta media de los cinco últimos años.

d) Situación de los colaboradores en la explotación y no sucesores: Tendrán derecho a ser compensados económicamente por su dedicación.

e) Derechos de los legitimarios: Si los bienes ajenos a la explotación no bastan para el pago de sus legítimas, aquélla quedará afecta a su pago, hasta un tercio del valor de la explotación, pudiendo además exigir la constitución de hipoteca legal.

f) Derecho de alimentos: Correspondrá a los descendientes del causante menores o incapacitados que estuvieren a cargo del mismo y frente al sucesor en la explotación.

g) Derecho de reembolso: Se configura por la Ley con los siguientes elementos:

1. Titulares: Los legitimarios o herederos abintestato distintos al que suceda en la explotación, que lo ejercerán frente a éste o sus sucesores.
 2. Cuantía: Estará determinada por la diferencia entre el valor de la explotación en la partición, actualizado, y el precio de mercado de la misma, minorado según lo acordado o en un 3 por 100 por cada año que el sucesor haya colaborado en la explotación, hasta un máximo de veinte años.
- De esta diferencia se deducirá el porcentaje que correspondió al sucesor como legitimario o heredero abintestato.
3. Nacimiento: Cuando la explotación fuera enajenada, expropiada o perdiera su naturaleza antes de transcurridos quince años desde la sucesión (arts. 30 y 31).

h) Sucesión en arrendamientos rústicos: Cuando la finca forme parte de una explotación se regirá por la presente Ley.

i) Forma de los actos: El pacto sucesorio, la prestación de consentimiento, la renuncia o el convenio sobre derechos hereditarios regulados en esta Ley deberá formalizarse, para su validez, en escritura pública. Podrán condicionarse a la efectividad de la designación como sucesor de una determinada persona.

j) Extinción del régimen de comunidad hereditaria: Podrá lograrse por el comunero que reúna las condiciones exigidas para ser titular de la explotación cuando ésta se encuentre en tal régimen, sin división, por más de veinte años, instando su calificación como familiar agraria. Realizada la calificación el comunero podrá actuar como titular, pagando en dinero el haber hereditario de sus coherederos, dentro del plazo de cinco años, si lo exigen (disp. adicional 1.º).

II. DERECHO REGISTRAL

11. EXPLOTACION FAMILIAR AGRARIA. Régimen especial de las inscripciones en el Registro de la Propiedad.

Ley 49/1981, de 24 de diciembre («B. O. E.», de 11 de enero 1982).

A) Exposición.

1. Inmatriculación de bienes inmuebles integrantes de una explotación familiar agraria: Podrá hacerse mediante escritura pública en la que se describan, siempre que figuren catastrados a nombre del titular o se haya tomado la nota correspondientes para ello. Este último requisito no será preciso si la escritura es anterior, en más de un año, al asiento de presentación.

Deberá acreditarse la calificación de la explotación mediante el documento administrativo previsto en el artículo 10 de la Ley.

Será aplicable lo dispuesto en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria.

2. Constancia del exceso de cabida de los mismos bienes: Podrá lograrse por los mismos medios que la inmatriculación, antes indicados (art. 68).

3. Reanudación del trámite registral interrumpido respecto de bienes inmuebles integrantes de la explotación. Podrá hacerse mediante acta de notoriedad tramitada conforme a las reglas contenidas en la propia Ley (art. 69).

En sus líneas generales esta tramitación especial es semejante a la prevista en los artículos 203 y 204 de la Ley Hipotecaria y 288 a 297 del Reglamento, destacando las siguientes diferencias:

- Podrá autorizarlas un Notario hábil para actuar en cualquiera de los términos municipales en que radique la finca, si se extiende por varios de ellos.
- Se impone la notificación personal a los titulares de inscripciones contradictorias de menos de veinte años de antigüedad.
- Si no se produce oposición, se prescinde de la intervención judicial.

4. Notas marginales de afección previstas por la Ley: En dos preceptos dispone la Ley la práctica de estas notas:

a) Sobre los bienes y derechos inscritos integrantes de la explotación, en garantía de los beneficios obtenidos y de la obligación de conservar su integridad. Para extenderla bastan los documentos administrativos de calificación de la explotación o el plan de modernización aprobado (art. 10, p. 2).

b) Sobre las fincas inscritas en propiedad a favor de quien haya obtenido los beneficios económicos regulados en la Ley, en garantía de los mismos. Se practicará con el documento en que se formalice la concesión de los beneficios, debiendo hacerse constar el plazo de la afección. La cancelación tendrá lugar mediante certificación administrativa que la autorice o de oficio, transcurrido el plazo de vigencia (art. 59).

12. REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y NOTARIOS. Reducción de honorarios en actuaciones referentes a Viviendas de Protección Oficial.

Esta disposición precisa el sistema de aplicación de la reducciones de honorarios establecidas por la Ley 41/1980, de 5 de julio, sobre medidas urgentes de apoyo a la vivienda (art. 8).

Se determina que las cantidades señaladas en la Ley como derechos arancelarios para la primera transmisión o adjudicación de viviendas cuya superficie útil no exceda de 90 metros cuadrados (5.000 pesetas para los Notarios y 2.000 para los Registradores de la Propiedad) quedarán modificadas por la revisión oficial de los módulos o precios oficiales que señale el Gobierno y en la misma proporción. Si existieran varios módulos aplicables, se tendrá en cuenta la cifra media.

La Junta de Decanos de los Colegios Notariales y la Junta Nacional del Colegio de Registradores son los órganos encargados de efectuar los cálculos precisos para aplicar las reglas anteriores.

13. CATASTRO TOPOGRAFICO PARCELARIO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Se determinan los términos municipales en que se inicia su coordinación.

Orden de 30 de enero de 1982 («B. O. E.», de 27 marzo).

Esta disposición inicia la ejecución del Real Decreto 1.030/1980, de 3 de mayo, que regula dicha coordinación.

Los términos municipales en que comienzan las tareas se relacionan en Anexo a la presente Orden.

14. ENTIDADES DE LA IGLESIA CATOLICA. Inscripción en el Registro de Entidades Religiosas.

Resolución de la Dirección General de Asuntos Religiosos de 11 marzo 1982 («B. O. E.», del 30).

A) Exposición.

1. Requisitos generales de índole formal: a) Certificaciones para acreditar los fines religiosos de las Entidades: Deberán ser expedidas o visadas por el órgano competente de la Conferencia Episcopal.

b) Documento acreditativo de la erección, fines, identificación, organización y funcionamiento de las Entidades: Sus firmas deberán ser legitimadas por Notario Civil.

2. Régimen de las circunscripciones territoriales de la Iglesia Católica:

a) No están sujetas a inscripción en el Registro de Entidades Religiosas.

b) Gozarán de personalidad jurídica civil en cuanto la tengan canónica y ésta sea notificada por la autoridad eclesiástica competente a la Dirección General de Asuntos Religiosos.

c) Las existentes en España antes del 4 diciembre 1979 podrán acreditar su personalidad jurídica por los medios de prueba admitidos en Derecho.

3. Inscripción de las Ordenes, Congregaciones religiosas y otros Institutos de vida consagrada. a) Peticiones de inscripción: Podrán formularse separadamente por las provincias o casas o conjuntamente por la Orden o Congregación para sus provincias o casas.

b) Requisitos: Deberá acompañarse documento auténtico visado por la Confederación Española de Religiosos en que consten la erección, fines, identificación y organización de las Entidades.

c) Monasterios femeninos de clausura: Se inscribirán mediante documento auténtico expedido por el Ordinario diocesano.

B) Observaciones.

Esta Resolución precisa el sistema de inscripción regulado en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979, celebrado entre la Santa Sede

y el Estado español. Su base legitimadora es, pues, lo dispuesto en el artículo I, núm. 4 de dicho Acuerdo, que se desarrolla en la forma prevista por el artículo VII, ya que parece que se ha procedido de acuerdo por las partes de aquél. A pesar de todo, y aunque se reconozca la especial eficacia normativa del repetido Acuerdo (art. 96 de la Constitución), no parece adecuada la regulación de esta materia mediante una simple Resolución de una Dirección General. Deben tenerse en cuenta: Primero, los términos del Acuerdo, que parecen exigir otro acuerdo formal para desarrollar lo dispuesto en sus preceptos. Así se hizo, por ejemplo, en relación con la aplicación del Impuesto sobre Sociedades a las Entidades Eclesiásticas, que fue objeto de nuevo Acuerdo fechado el 10 octubre 1980.

Segundo, el Real Decreto 142/1981, de 9 enero, regulador del Registro de Entidades religiosas, que dispone la aplicación de lo establecido en los Acuerdos o Convenios de Cooperación con Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas sólo en lo no previsto por sus preceptos (art. 3, p. 3). Disposición ésta que no resulta correcta, dado el rango normativo que debe atribuirse a los Acuerdos, pero que reviste a la materia de un rango reglamentario superior, no susceptible de modificación con simples Resoluciones.

III. DERECHO MERCANTIL

15. SOCIEDADES DE GARANTIA RECIPROCA. Prestación de avales y fianzas a favor del Estado y sus Organismos autónomos.

Real Decreto 3.269/1981, de 3 de agosto («B. O. E.», del 9 enero 1982).

Se modifican algunos aspectos del Real Decreto 1.312/1981, de 10 de abril (reseñando en ADC XXXIV-IV, núm. 6 de la Información Legislativa), que estableció el régimen general sobre la materia.

La reforma afecta a los siguientes puntos:

1. Se declaran excluidas del ámbito de aplicación de estas reglas especiales a las Empresas públicas de carácter financiero, las Administraciones territoriales y las municipales.

2. La cuantía máxima del aval será de 15 millones de pesetas.

3. El límite porcentual de estos avales respecto a los totales prestados por la Sociedad (10 por 100) se computará al término de cada trimestre natural.

16. TRAFICO DE METALES Y PIEDRAS PRECIOSAS. Regulación del comercio de objetos usados que contengan metales o piedras preciosas y perlas finas.

Real Decreto 3.390/1981, de 18 de diciembre («B. O. E.», de 27 enero 1982).

A) Exposición.

1. **Ambito de aplicación:** a) **Temporal:** Esta disposición entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el «B. O. E.».

b) Material: El régimen especial regulado en este Real Decreto se aplica a quienes se dedican al comercio de objetos usados de oro, plata, platino, con o sin piedras preciosas o perlas finas, quienes deberán cumplir los requisitos que exija la legislación vigente y estar dados de alta debidamente en la Licencia Fiscal del Impuesto Industrial (art. 1).

c) Excepción: Las transmisiones hechas por los titulares de establecimientos en favor de industriales o comerciantes legalmente habilitados para la transformación o comercialización de piedras y metales preciosos o perlas finas (disp. adic.).

2. Contenido del régimen especial.

a) Registro de operaciones: Los titulares de las actividades indicadas deberán llevar un libro-registro, foliado y sellado por la Jefatura Superior o Comisaría de Policía, en el que sentarán todas las operaciones que realicen (art. 2).

b) Formalización de contratos: Deberán cumplimentarse hojas contrato para cada operación, en las que consten los datos señalados en el libro-registro, que serán diligenciadas por la Jefatura Superior o Comisaría de Policía.

c) Control policial: El desguace o fundición de los objetos a que se refiere esta disposición requerirá la previa comunicación a los órganos repetidos, cuando se trate de venderlos en forma de lingotes u otras análogas.

Los funcionarios del Cuerpo Superior de Policía podrán inspeccionar los libros-registro y hojas-contrato, así como las mercancías sujetas a este régimen de comercio.

d) Sanciones administrativas: Las infracciones al régimen señalado anteriormente se sancionarán por las autoridades gubernativas con multas de 100.000 a 1.000.000 de pesetas, según su naturaleza, circunstancias y efectos.

B) Observaciones.

Esta disposición, fundada expresamente en motivos de orden público sustituye a la Real Orden de 19 de enero de 1924.

17. SOCIEDADES Y FONDOS DE INVERSIÓN MOBILIARIA. Modifica algunos preceptos sobre su régimen jurídico-fiscal.

Orden de 26 de febrero de 1982 («B. O. E.», del 27).

Se modifican los artículos 22 y 28 de la Orden Ministerial de 1 de diciembre de 1970, relativos a la distribución de resultados de los Fondos y determinación de los mismos, tanto en los Fondos como en las Sociedades de Inversión Mobiliaria.

Como indica el preámbulo de la disposición, las modificaciones que se introducen resultaban impuestas por el nuevo régimen del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por el nuevo sistema de operaciones de Bolsa.

IV. DERECHO PROCESAL

18. EXPLOTACION FAMILIAR AGRARIA. Régimen de los procesos relativos a la misma.

Ley 49/1981, de 24 diciembre («B. O. E.», de 11 enero 1982).

A) Exposición.

1. Procedimiento aplicable: Todos los litigios que puedan originarse en relación con los derechos para la protección de la integridad de la explotación (capítulo III de la Ley) se sustanciarán por los trámites del juicio ordinario declarativo de menor cuantía (art. 15).

2. Regla especial para los procedimientos de ejecución: En todo procedimiento de ejecución, embargo o vía de apremio sobre una explotación o alguno de sus elementos, se requerirá a su titular para que comunique la existencia del procedimiento a los colaboradores, a los titulares de derechos de reembolso y al Ministerio de Agricultura, suspendiéndose el curso de las actuaciones.

Si el requerimiento no es atendido en el plazo de un mes, el ejecutante podrá hacer la notificación directamente a los titulares de derechos de reembolso y al Ministerio de Agricultura, levantándose la suspensión de actuaciones a los treinta días de tal notificación (art. 44).

19. MINISTERIO FISCAL. Se regula su Estatuto Orgánico.

Ley 50/1981, de 30 diciembre («B. O. E.», de 13 enero 1982).

A) Exposición.

1. Principios generales: a) Misión: El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

b) Integración: El Ministerio Fiscal está integrado, con autonomía funcional, en el Poder Judicial.

c) Actuación: El Ministerio Fiscal ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

d) Denominación: Es exclusiva (arts. 1 y 2).

2. Funciones: Enumeradas en el artículo 3 del Estatuto, se indican a continuación las que se consideran de mayor interés para este lugar.

— Velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes.

— Ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de los Jueces y Tribunales.

- Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda.
- Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.
- Asumir o promover la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes por, carecer de capacidad de obrar o de presentación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los órganos tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos.
- Intervenir en los procesos judiciales de amparo.
- Defender la legalidad en los procesos contenciosos-administrativos en que se prevé su intervención.

El artículo 5.^o establece que todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de presunción de autenticidad.

3. Organización: a) Enumeración de órganos: Son órganos del Ministerio Fiscal: El Fiscal General del Estado, el Consejo Fiscal, la Junta de Fiscales de Sala, la Fiscalía del Tribunal Supremo, la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, la Fiscalía de la Audiencia Nacional, las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas o de las Audiencias Territoriales, las Fiscalías de las Audiencias Provinciales y la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, que se regirá por la Ley Orgánica de este Tribunal (artículo 12).

b) Unidad: El Ministerio Fiscal es único para todo el Estado.

c) Condición de autoridad: Los miembros del Ministerio Fiscal son autoridad a todos los efectos.

d) Dependencia: El Fiscal General del Estado podrá impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de sus funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos. Análogas facultades tendrán los Fiscales Jefes de cada órgano.

El Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo, estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe (art. 27).

4. La Carrera Fiscal: a) Composición: Está integrada por las diversas categorías de Fiscales, que forman un Cuerpo único, organizado jerárquicamente.

b) Categorías: Serán:

Primera. Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, equiparados a Magistrados del mismo. El Teniente Fiscal del Tribunal tendrá la consideración de Presidente de Sala.

Segunda. Fiscales, equiparados a Magistrados.

Tercera. Abogados Fiscales, equiparados a Jueces, con dos grados: de ascenso y de ingreso.

c) Promoción: Regirán los siguientes sistemas:

A la categoría primera: Por ascenso entre Fiscales de la categoría segunda que cuenten con veinte años de servicio.

A la categoría segunda: De cada tres vacantes, dos se cubrirán por antigüedad de servicios en la categoría de inferior grado de ascenso y una por pruebas selectivas entre Abogados Fiscales de ascenso con tres años de servicios.

Al grado de ascenso: La mitad de las vacantes se cubrirán por antigüedad; la otra mitad por pruebas selectivas entre Abogados Fiscales con dos años de permanencia en la categoría.

5. Derechos y deberes: Los miembros del Ministerio Fiscal tienen los deberes de desempeñar fielmente el cargo, residencia y secreto, y los derechos al cargo y a la promoción, a permisos y licencias, a la retribución y de asociación, declarados expresamente en el Estatuto. No podrán ser obligados a comparecer personalmente, por razón de su cargo o función, ante las autoridades administrativas.

Tampoco podrán recibir órdenes o indicaciones relativas al modo de cumplir sus funciones más que de sus superiores jerárquicos.

No podrán ser detenidos sin autorización del superior jerárquico, excepto por orden de la autoridad judicial competente o en caso de flagrante delito.

Tienen incompatibilidad absoluta para ejercer todo otro cargo o profesión, con las únicas excepciones señaladas por el Estatuto y no podrán pertenecer a partidos políticos o sindicatos (arts. 48 a 59).

En materia funcionarial es aplicable supletoriamente lo dispuesto para Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial (disp. adic.).

6. Responsabilidad: a) Civil y penal: Se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial para Jueces y Magistrados.

b) Disciplinaria: El Estatuto determina y clasifica las faltas y sanciones disciplinarias correspondientes.

7. Integración de la Carrera Fiscal. Régimen transitorio: La integración de los actuales Fiscales en la Carrera Fiscal de nueva regulación se hará de la siguiente forma:

- Los Fiscales Generales integrarán la primera categoría.
- Los Fiscales la segunda.
- Los Abogados-Fiscales la tercera, grado de ascenso, y
- Los Fiscales de Distrito el grado de ingreso correspondiente a los Abogados-Fiscales.

En las disposiciones transitorias se establecen normas especiales para situaciones concretas (promoción de los actuales Fiscales de Distrito, funciones que desempeñan, antigüedad, oposiciones convocadas y personal auxiliar y técnico).

B) Observaciones.

Este Estatuto deroga expresamente el anterior de 21 de junio de 1926, aunque siga aplicándose el Reglamento vigente, en lo posible, mientras no

se dicte otro que lo sustituya (el vigente Reglamento Orgánico fue aprobado por Decreto 437/1969, de 27 febrero).

Este cambio normativo venía exigido por la Constitución que dedicó un artículo completo al Ministerio Fiscal y previó su nueva regulación (art. 124).

Del nuevo Estatuto pueden destacarse algunos aspectos, como la previsión de que el Ministerio Fiscal intervenga en procesos contencioso-administrativos para defender la legalidad (con lo que se ratifica una situación que se produce hoy en algunos casos, conforme a la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona), la integración de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas (que mientras no entre en vigor su Ley Orgánica mantiene su independencia, con manifiesta infracción de la Constitución), o la integración de los distintos Cuerpos de Fiscales en una Carrera única, de modo similar al empleado respecto de las Carreras Judicial y del Secretariado de la Administración de Justicia por la Ley Orgánica 5/1981, de 16 noviembre (reseñada en ADC XXXV-I, disposición número 9 de la Información legislativa).

V. OTRAS DISPOSICIONES

20. ADMINISTRACION DEL ESTADO. Adaptación de su estructura periférica.

Reales Decretos 3314 a 3322/1981, de 29 de diciembre («B.O.E.» de 20 enero 1982).

Se adapta la estructura periférica de los distintos departamentos ministeriales al régimen previsto por el Real Decreto 1801/1981, de 24 de julio (reseñado en ADC XXXIV-IV núm. 25 de la Información legislativa).

Estos Reales Decretos se refieren a los siguientes departamentos: Obras Públicas y Urbanismo, Educación y Ciencia, Trabajo y Seguridad Social, Industria y Energía, Agricultura, Pesca y Alimentación, Economía y Comercio, Transportes, Turismo y Comunicaciones, Cultura y Sanidad y Consumo, respectivamente.

21. SALARIO MINIMO INTERPROFESIONAL. Fijación.

Real Decreto 124/1982, de 15 enero («B. O. E.» del 26).

En aplicación del artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores y cumpliendo el Acuerdo Nacional sobre Empleo, se establece el salario mínimo profesional vigente durante el año 1982.

El salario mínimo para trabajadores mayores de dieciocho años queda fijado en 948 pesetas-día o 28.440 pesetas-mes.

22. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS. Se aprueba su Reglamento.

Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre («B. O. E.» de 11 febrero 1982).

El Reglamento desarrolla los preceptos de la Ley reguladora del Impuesto, núm. 32/1980, de 21 de junio, y del texto refundido vigente, aprobado por Real Decreto legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, incorporando lo dispuesto en el Real Decreto 1008/1980, de 5 de febrero sobre el establecimiento del sistema de autoliquidación.

El nuevo Reglamento entrará en vigor el día 1 de abril de 1982, quedando derogadas, a partir de entonces, las disposiciones que actualmente rigen la autoliquidación del Impuesto. La derogación de los antiguos Reglamentos de la Ley del Timbre, de 22 de julio 1956, y del Impuesto de Derechos Reales, de 15 enero 1959, sólo se produce en cuanto se opongan a las disposiciones del nuevo reglamento.

Es evidente que los aspectos más interesantes del nuevo texto reglamentario son, por su novedad, los relativos a la autoliquidación y a los órganos de gestión competentes. Los criterios recogidos son coincidentes con los del Real Decreto 1008/1980, que ya fue reseñado en este Anuario (XXXIV-III, disposición núm. 27 de la Información legislativa).

Respecto a las autoliquidaciones ha de tenerse en cuenta que el Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones económico-administrativas, aprobado por Real Decreto 1999/1981, de 20 de agosto, ha regulado, en su artículo 121, la forma de instar su revisión en dicha vía.

23. MONTES. Repoblaciones forestales gratuitas.

Real Decreto-Ley 2/1982, de 12 de febrero («B. O. E.» del 23).

Se establece la posibilidad de que el ICONA repoble los terrenos incluidos en el catálogo de montes de utilidad pública sin necesidad de que previamente hayan de adquirirse tales terrenos ni fijarse participación de la misma entidad en el vuelo arbóreo resultante.

Queda derogado el artículo 18 de la Ley del Patrimonio Forestal del Estado, de 10 de marzo de 1941, que exigía, alternativamente, la adquisición o constitución de derecho de vuelo antes aludidas.

Mediante la nueva regulación se pretende fomentar la repoblación, eliminando los obstáculos que dificultaban su realización.

24. IMPUESTO SOBRE EL LUJO. Se modifica parcialmente su Reglamento.

Real Decreto 332/1982, de 15 enero («B. O. E.» del 26 de febrero).

Se modifican los arts. 9, 49, 51 y 52 del Reglamento del Impuesto, de 6 junio 1947, en relación con el pago del Impuesto que grava las adquisiciones de vehículos de tracción mecánica, sus accesorios y remolques y la exacción del tributo sobre las operaciones de exportación.

25. EXHIBICION CINEMATOGRAFICA. Se regulan las Salas especiales, la Filmoteca Española y las tarifas de las tasas por licencia de doblaje.

Ley 1/1981, de 24 febrero («B. O. E.» del 27).

La Ley regula dos tipos de salas especiales:

- Salas X, destinadas exclusivamente a la proyección de películas X (pornográficas o con apología de la violencia). Para ellas se crea una exacción parafiscal cuyos ingresos se destinarán al Fondo de Protección a la Cinematografía.
- Salas de arte y ensayo, para la proyección de películas de interés cultural o de experimentación. Su exhibición se declara exenta del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas.

Se crea, también, el Organismo autónomo Filmoteca Española, adscrito al Ministerio de Cultura, que se subroga en la situación del antiguo órgano Filmoteca Nacional.

Finalmente se regulan las tarifas de las tasas por licencia y doblaje de películas extranjeras a cualquiera de las lenguas oficiales de España, autorizándose al Gobierno para su futura modificación.

26. COMUNIDADES AUTONOMAS. Régimen de la señalización en materia de carreteras, transportes y comunicaciones.

Real Decreto 334/1982, de 12 febrero («B. O. E.» del 27).

Se establece la regla general de que en las Comunidades Autónomas que tengan otra lengua oficial distinta del castellano, la señalización correspondiente se efectuará en lengua castellana y en la otra oficial. La ejecución de esta regla corresponderá a la Administración o a los concesionarios responsables de las instalaciones.

El aspecto más destacable de esta disposición es que, según su artículo 2.^o párrafo 2.^o, «esta ejecución estará condicionada a que cada una de las Comunidades Autónomas... dicte, en el ámbito de su propia competencia, una norma que determine la utilización del castellano en idéntico sentido al que se dispone en este Real Decreto». Con ello el alcance normativo de la disposición queda prácticamente eliminado, ya que requiere, para su efectividad, el ejercicio de una potestad reglamentaria propia de otra Administración Pública. El Real Decreto adquiere, de este modo, un tinte de acto bilateral con recíprocas «prestaciones» del Estado y de las Comunidades Autónomas, constituidas por la utilización de señalización bilingüe en su ámbito respectivo de competencias.

Evidentemente hubiese sido más adecuado técnicamente acudir a una «Ley de armonización» (art. 150 p. 3 de la Constitución) para regular esta materia.

27. INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA. Aplicación de las disposiciones adicionales del Reglamento.

Orden de 22 febrero 1982 («B. O. E.» del 27).

El Reglamento de Inversiones Extranjeras en España prevé, en sus disposiciones adicionales 2.^a a 4.^a, redactadas por el Decreto 2619/1978, de 29 septiembre, el régimen aplicable cuando personas jurídicas privadas extranjeras autorizadas para invertir en España sean nacionalizadas en su país.

La Orden reseñada dispone la aplicación de las normas reglamentarias en relación con las inversiones efectuadas en España por las entidades nacionalizadas recientemente en Francia, que se relacionan en el correspondiente Anexo a la disposición.

28. VIVIENDAS. Se conceden beneficios a la rehabilitación de viviendas.

Real Decreto 375/1982, de 12 febrero («B. O. E.» de 3 de marzo).

Se establecen diversas medidas financieras encaminadas a fomentar la rehabilitación de viviendas, cumpliendo las previsiones del Real Decreto-Ley 12/1980, de 26 de septiembre, sobre actuaciones del Estado en materia de vivienda y suelo.

Quedan incluidas entre las actuaciones fomentadas las siguientes: mejora, sustitución o nuevas instalaciones de servicios, incremento de la seguridad, obtención de ahorros energéticos o consolidación de la estructura (para viviendas de interés histórico-artístico).

Pueden acogerse a las ayudas previstas las viviendas, protegidas o libres en régimen de propiedad o arrendamiento, que no estén declaradas ruinosas o fuera de ordenación urbanística.

Las medidas de ayuda pública revisten la forma de préstamos sujetos a condiciones especiales.

29. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Reglamento.

Aprobado por la Cámara el día 10 de febrero de 1982, se ordena su publicación por Resolución de la Presidencia del día 24 («B. O. E.» de 5 de marzo).

El nuevo Reglamento del Congreso sustituye al Provisional de 13 de octubre de 1977. Consta de 207 artículos, distribuidos en un Título preliminar (De la sesión constitutiva del Congreso) y trece títulos más (Del estatuto de los Diputados, De los grupos parlamentarios, De la Organización del Congreso, De las disposiciones generales de funcionamiento, Del procedimiento legislativo, Del control sobre las disposiciones del Gobierno con fuerza de ley, Del otorgamiento de autorizaciones y otros actos del Congreso con eficacia jurídica directa, Del otorgamiento y retirada de confianza, De las interpelaciones y preguntas, De las proposiciones no de ley, Del examen y debate de comunicaciones, programas o planes del Gobierno y otros informes, De las propuestas de nombramiento y de la designación de personal,

y De los asuntos en trámite a la terminación del mandato del Congreso de los Diputados).

Ponen término al texto una disposición derogatoria, cinco finales y cuatro transitorias.

30. INSPECCION TRIBUTARIA. Régimen de determinadas actuaciones inspectoras y liquidaciones tributarias.

Real Decreto 412/1982, de 12 febrero («B. O. E.» del 6 de marzo).

Se regulan las actuaciones tributarias de la Inspección y los documentos en que se formalizan en relación con todos los tributos gestionados por las Dependencias de Relaciones con los Contribuyentes y por las Secciones del Patrimonio del Estado de las Delegaciones de Hacienda.

El Real Decreto se refiere, sucesivamente, a las actas sin descubrimiento de cuota, de conformidad, de disconformidad, con prueba preconstituida y previas, a la impugnación de las actas y a la estimación indirecta de bases. Con carácter general determina el orden de prelación de las normas aplicables en la materia y la organización de las Oficinas Técnicas de Inspección.

La nueva disposición será aplicable a todas las actas formalizadas por la Inspección de los Tributos a partir del día 1 abril 1982.

31. SEGURIDAD CIUDADANA. Se desarrolla el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero.

Real Decreto 484/1982, de 5 marzo («B. O. E.» del 11).

El Real Decreto-Ley 3/1979 remitió al Gobierno la regulación de las pres- taciones especiales que previó en favor de las personas que resulten vícti- mas de delitos cometidos por personas integradas en grupos o bandas orga- nizados y armados. Cumpliendo dicho mandato, el presente Real Decreto determina los daños y perjuicios resarcibles, los titulares del derecho, los límites de las cantidades que correspondan y el procedimiento para recla- mar su abono.

Reviste interés la regulación de la prescripción de la acción de indemni- zación, que es muy completa:

- El plazo es de un año, contado a partir del hecho que motiva la acción.
- Sin embargo, en caso de lesiones corporales, el plazo no comenzará a contarse hasta que la víctima esté totalmente curada.
- Si la víctima falleciese a consecuencia directa de las lesiones sufridas, se reabrirá el plazo de un año para solicitar la diferencia de indem- nización correspondiente (art. 5).

32. CONSEJO DE ESTADO. Disposiciones que preceptúan su audiencia.

Resolución de 3 de marzo de 1982, de la Presidencia del Consejo de Estado («B. O. E.» del 17).

Se relacionan sistemática y cronológicamente las disposiciones que imponen, como trámite preceptivo, la audiencia del Consejo de Estado en los expedientes o actuaciones administrativas.

33. CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO. Se regula la extensión de su aplicación.

Real Decreto 572/1982, de 5 marzo («B. O. E.» del 20).

La presente disposición desarrolla el régimen de extensión de las disposiciones de un Convenio colectivo previsto en el artículo 92, p. 2, del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley 8/1980, de 10 marzo. Como indica el Preámbulo, la esencia de la negociación colectiva es la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que la extensión sólo se justifica en circunstancias excepcionales, ya sea porque no pueda desarrollarse libremente la negociación o porque concurren razones sociales o económicas que impongan dicha medida. Sólo en estos casos podrá extenderse por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la aplicación de un Convenio, de ámbito superior al de Empresa, a otras Empresas o a un sector, de características equivalentes y no vinculadas por otro Convenio. Subsidiariamente podrá realizarse la extensión de un Convenio de Empresa.

El presente Real Decreto regula el procedimiento a seguir, siempre iniciado a instancia de parte y en el que intervendrá una Comisión Paritaria de organizaciones sindicales y asociaciones empresariales. La correspondiente resolución determinará los extremos del Convenio que se extienda que sean inaplicables en general.

34. IMPUESTOS SOBRE EL LUJO Y SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES. Se regula la autoliquidación conjunta en las adquisiciones de vehículos ya matriculados.

Orden de 26 marzo 1982 («B. O. E.» del 31).

Esta nueva regulación es consecuencia de la entrada en vigor el día 1 de abril del nuevo Reglamento del Impuesto de Transmisiones (véase la anterior disposición núm. 22), como ya se encontraba previsto por el Real Decreto 332/1982 (véase la disposición núm. 24) que modificó el Reglamento del Impuesto sobre el lujo.

NOTA CRITICA

CAFFARENA LAPORTA, Jorge: «La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva». Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1980, 402 páginas.

El libro que reseñamos estudia el régimen jurídico de la solidaridad de deudores centrándose fundamentalmente en las excepciones oponibles por el deudor solidario en conexión con los modos de extinción de la obligación.

Va precedido de una Introducción de nuestro común maestro el profesor Díez-Picazo, en la que se contiene un extenso y profundo resumen de todo el libro, a más de una valoración muy positiva de la obra de Caffarena.

Desde el punto de vista de la presentación del libro, nos llama la atención que las notas se encuentren al final de cada capítulo y no a pie de página, como es lo habitual. Ello facilita que algunas ideas de importancia sean pasadas por alto precisamente por estar expuestas en dichas notas. Por vía de ejemplo puede señalarse la sustanciosa nota 186 del primer capítulo. En ella, frente a la doctrina dominante, según la que el término «mancomunadas» utilizado en el tercer párrafo del artículo 1.974 del C. civil debe ser leído «solidarias», tesis apoyada sobre todo en los antecedentes inmediatos del C. civil, el autor ofrece una interpretación distinta. Hace Caffarena aquí una valoración diferente de los antecedentes históricos en los que se apoya aquella tesis. Dado lo apretado del razonamiento del autor, es preferible transcribir una parte de la citada nota: «... hay dos diferencias entre el Proyecto de 1851 y el C. civil en el punto que estamos tratando; en el Proyecto, el párrafo 3.^º del artículo 1.974 ... se encontraba inmediatamente a continuación del actual primer párrafo de dicho artículo y el actual 2.^º párrafo del artículo 1.974 constituía en el Proyecto un artículo aparte, concretamente el siguiente al actual 1.974, primero y tercer párrafo. En el Proyecto de 1851 se aplicaba a los herederos del deudor lo dispuesto tanto en el primero como en el tercer párrafo del actual 1.974. Si fuera cierto que este último párrafo se sigue refiriendo a los solidarios, es absurdo que a los herederos del deudor no se aplique. Otro dato aún referido al argumento histórico: en el Proyecto de 1851 el actual tercer párrafo del 1.974, además de encontrarse a continuación del actual primer párrafo del mismo artículo, comenzaba con la conjunción adversativa «sin embargo», queriéndose hacer, sin duda, una salvedad a la regla general de extensión de efectos interruptivos a los demás deudores solidarios. En el Código, en cambio, se ha suprimido dicha conjunción. Las dos diferencias apuntadas, entre el Proyecto y el Código apuntan claramente a otra interpretación del tercer párrafo del artículo 1.974: no habría habido un error del legislador, sino que, al igual que ocurre en el artículo 1.194, se habría conservado el antiguo

precepto del Proyecto referido a las actuales solidarias para las actuales obligaciones mancomunadas, y se habría hecho de forma totalmente consciente. Además, no parece lógico pensar que en un mismo precepto el legislador se acordara de cambiar el término mancomunadas por solidarias en el primer párrafo y se olvidara de hacerlo en el párrafo tercero».

El tema podría parecer baladí si se tiene en cuenta que Caffarena llega a la misma solución de fondo que la doctrina dominante respecto de las obligaciones solidarias y por supuesto de las parciarias. No lo es, aparte de apuntar con Díez-Picazo otra solución en las obligaciones mancomunadas, en cuanto que la confusión terminológica que habría padecido el C. civil en este lugar sirve para sostener la misma equivocación en otros lugares, concretamente en el artículo 1.194. El tema tiene, pues, importancia y los argumentos de Caffarena me parecen convincentes, sobre todo en cuanto a que los cambios producidos en el artículo 1.974 revelan que no hubo error en el legislador. Otro tema es el relativo a que la norma referida a las obligaciones mancomunadas tenga pleno sentido. A *sensu contrario* podría resultar que en las obligaciones indivisibles la reclamación frente a un solo deudor interrumpiera la prescripción frente a todos. Lo que resulta más difícil es imaginar a un acreedor de una obligación indivisible reclamar tan sólo una parte a uno de los deudores; pero con todo ello puede darse en casos de indivisibilidad convencional en interés del acreedor. De este modo, la norma salva el reproche de inutilidad, justo cuando se la refiere a las obligaciones parciarias.

El libro se divide en seis capítulos, dedicados, respectivamente, a las excepciones oponibles por el deudor solidario, novación, compensación, confusión, remisión, y a la imposibilidad sobrevenida, todo ello en la solidaridad pasiva.

En el primer capítulo (excepciones oponibles por el deudor solidario) se trata en un primer apartado de la situación del acreedor y de los deudores solidarios en el proceso como cuestión preliminar. En este primer apartado además del derecho de elección del acreedor y la facultad solutoria de los deudores, se estudia el *ius variandi* y sus límites, así como problemas de legitimación procesal y la cosa juzgada. Nos parece que debe destacarse el tema planteado por Caffarena de la posible existencia de una llamada en garantía. Caffarena se inclina por la tesis negativa que parece más segura en nuestro Derecho; ello fundamentalmente por dos razones: no existen en nuestro Derecho preceptos procesales que admitan con un carácter general tal llamada (a diferencia de los derechos francés e italiano) y el interés del acreedor. La llamada en garantía que se admite en el caso del artículo 1.084-2 entiende Caffarena que no puede aplicarse a todos los casos de solidaridad, porque se trata allí de un caso particular que responde a motivos muy concretos: dulcificar la nueva y dura situación creada para los herederos (solidaridad frente a la tradicional división automática de las deudas). A pesar de negar la existencia de tal llamada en garantía en los casos generales de solidaridad, no desconoce el autor la conveniencia de tal llamada. Seguramente de *lege ferenda* sería conveniente que se admitiera la llamada en garantía, con la consecuencia no sólo de que quedará abierta la vía para

el regreso sin ningún tipo de objeciones, sino también de que en el mismo juicio en que se condena al deudor inicialmente demandado por el acreedor, se condenará a los citados (llamados en garantía) a reembolsar al primero la parte que a cada uno corresponda en la obligación.

Ahora bien, aunque el autor llega a la conclusión de que el deudor demandado no puede pedir que se suspenda el procedimiento, con el fin de que a él vengan los demás codeudores (llamada en garantía) afirma que cualquiera de los deudores solidarios no demandados puede venir al proceso ya entablado e intervenir en él con el carácter de litisconsorte.

El estudio que dedica Caffarena a la extensión de la cosa juzgada respecto de los deudores que no litigaron, merece ser destacado. Como es sabido la aplicación pura y simple del artículo 1.252 presenta graves inconvenientes y los procesalistas no parece que hayan encontrado una interpretación precisa del citado precepto. Toma en cuenta Caffarena las opiniones doctrinales sobre dicho artículo, de modo especial las de Gómez-Orbaneja, Guasp, Díez-Picazo y Puig Ferriol, pero se separa de ellas en cuanto que matiza más la aplicación del citado artículo del C. civil, llegando a una interpretación más respetuosa del mismo, pero que al estar conectada con buen número de distinciones evita sus peores consecuencias. El tema está plagado de dificultades, que el autor afronta decididamente, buscando criterios para limitar el alcance del artículo 1.252. Creemos que las dificultades se resolverían en gran parte con la admisión de la llamada en garantía. Se evitarían los perjuicios que pueden seguirse a los deudores no demandados en el primer pleito por la extensión de la cosa juzgada. En efecto, o los deudores son citados, en cuyo caso los obstáculos a la extensión de la cosa juzgada desaparecen o no lo son, en cuyo caso el deudor que les debería de haber llamado soportará en el regreso las excepciones que éstos podían haber opuesto. Si los deudores no demandados en el primer pleito lo son después y pagan a pesar de tener excepciones que no son admitidas por la extensión de la cosa juzgada, podrían regresar contra el deudor que no los llamó en garantía, en la medida correspondiente. Aunque somos conscientes de que este esbozo de soluciones requiere ser matizado y perfilado (éste no es el lugar adecuado) parece que puede dar idea de la conexión de ambos temas y de que la extensión de la cosa juzgada a los deudores solidarios resulta más congruente con un sistema que admite la llamada en garantía. Con todo, un sistema de llamada en garantía no exige tal extensión.

El estudio que hace Caffarena para delimitar el alcance del artículo 1.252 es de gran valor. Para ello tiene en cuenta los requisitos de identidad de objeto y causa, pues sólo así puede delimitarse adecuadamente la extensión de la cosa juzgada en la solidaridad pasiva y no atendiendo tan sólo a la identidad de personas. Caffarena distingue por una parte lo que se refiere a la cualidad del deudor solidario, respecto de la que es obvia la no extensión de la cosa juzgada, de otra parte lo deducido y lo deducible y finalmente los diferentes tipos de excepciones oponibles por el deudor solidario, anticipando ideas que después tendrán mayor desarrollo. Concluye lo siguiente: *no hay extensión de los efectos de la cosa juzgada en todo lo referente a las excepciones puramente personales, bien pertenezcan al que litigó*

en primer lugar, bien se aleguen por otro deudor en un juicio posterior. Se producirá, en cambio la extensión tanto en favor como en contra de los deudores solidarios en todo lo referente a las llamadas excepciones comunes y a las denominadas excepciones personales, si bien, teniendo en cuenta aquí si pueden o no ser declaradas de oficio por el juez para no exigir o sí, respectivamente, el que hayan sido opuestas por el deudor solidario que fue parte en el primer juicio, reconociendo además para las excepciones personales las distintas consecuencias que el artículo 1.148 establece para los distintos deudores.

Teniendo en cuenta sobre todo una interpretación sistemática en relación con la regulación que el C. civil hace de la fianza llega el autor a entender que el deudor solidario no puede oponer las excepciones puramente personales a las que hacen referencia los artículos 1.824 y 1.853. De lo que resulta que el artículo 1.148 debe ser completado con este tipo de excepciones y por tanto se han de distinguir tres tipos de ellas: las comunes, las personales y las puramente personales. Las primeras son oponibles por todos y cada uno de los deudores en igual medida. Las personales son oponibles por el todo por aquel deudor en quien se dan y por los demás por la parte de dicho deudor. Las puramente personales sólo pueden ser opuestas por el deudor en cuya persona se dan.

Dentro del estudio de tales excepciones en general se hace referencia al deber de información, consecuencias de la no alegación de una excepción común, o personal. Destaca dentro de las excepciones personales el tratamiento de los vicios del consentimiento de uno de los deudores y el tema de la posibilidad de la confirmación por uno de los deudores que no sufrió tal vicio.

Dentro de las excepciones puramente personales se examina el alcance de las mismas y se acoge para estas excepciones la tesis según la que no sólo no pueden ser opuestas por los otros deudores, en cuyas cabezas no se dan, sino que además opuestas por el deudor a quien afectan y estimadas no aprovechan a los otros deudores solidarios en ninguna medida. Tales excepciones puramente personales, entiende Caffarena, son la minoría de edad y las incapacitaciones por demencia o sordomudez.

Merece ser destacado también el tratamiento que el autor dedica a la eficacia de la prescripción en relación con este tema, lo que no ha sido abordado por nuestra doctrina. Frente a posturas sostenidas en otros ordenamientos, entiende que esta eficacia es la de una excepción personal; es decir, puede ser opuesta por el deudor en el que se dio por el todo y por los otros deudores por la parte de aquél. Ello frente a opiniones que consideran a la prescripción como excepción común y frente a los modernos Códigos italiano y portugués, que no permiten a los deudores oponer por la parte correspondiente una prescripción que tuvo lugar respecto de otro.

Entiende Caffarena que la idea de la unidad de vínculos no podía servir para dar a la prescripción el carácter de una excepción común, porque precisamente el problema de su eficacia surge por la admisión de que los deudores se obliguen por condiciones y plazos diferentes, lo que supone una concepción pluralista en este punto. Es decir, para resolver un problema

que surge de la concepción pluralista (en este punto), no podría acudirse a la doctrina de la unidad de la obligación solidaria. Además, para Caffarena es también decisivo que la solución adoptada, excepción personal, haga una mejor valoración de los intereses en conflicto.

En cuanto a la interrupción de la prescripción, el autor llega a la conclusión de que el artículo 1.974-1 del C. civil no se basa precisamente en la idea de la representación, sino que puede explicarse de forma más satisfactoria con la idea de garantía.

Respecto de la renuncia de la prescripción, tema no resuelto directamente por el C. civil, Caffarena considera que no puede perjudicar a los codeudores del renunciante.

Todo el tema de la prescripción se desenvuelve con un dominio muy completo de los conceptos y sus relaciones, junto con la consideración constante de los intereses en conflicto.

El segundo capítulo, primero de los que se dedican a los modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva, se dedica a la novación y en él se hace un análisis fino y detenido de las distintas hipótesis, poniendo de relieve la complejidad de los problemas que se ocultan tras la escueta regulación que del tema hace el artículo 1.143.

Acomete el estudio de los problemas haciendo un previo examen de los antecedentes romanos, del Derecho común, soluciones de los principales Códigos extranjeros, Proyecto de 1851 y Anteproyecto del C. civil. A continuación, estudia por separado las diferentes hipótesis de: novación con participación de todos los deudores, con participación de un solo deudor, modificación subjetiva por cambio del acreedor y novación impropia o modificativa.

En la novación con participación de todos los deudores, se ocupa del problema de la no presunción de solidaridad en la nueva obligación y de la delegación de deuda con conocimiento por uno de los deudores solidarios de la insolvencia del nuevo deudor. Respecto del primer problema, tiene en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo conforme a la que se aplican los criterios de interpretación de los contratos con preferencia a la no presunción de solidaridad, con la consecuencia de que en este caso, en el que la obligación sustituida por la nueva era solidaria será difícil que la nueva no lo sea también, excepto, claro es, que la voluntad de las partes se manifieste evidentemente en sentido contrario. Observa, además, que en muchos casos en los que no quepa llegar a la solidaridad, podría entenderse que el régimen adecuado de la nueva obligación sea la indivisibilidad y no la parcialidad, sobre todo respecto de las obligaciones bilaterales.

En cuanto al segundo tema, delegación de deuda hecha por todos, pero con insolvencia del nuevo deudor sólo conocida por un deudor solidario, entiende que la obligación primitiva no quedaría extinguida (debe revivir frente a todos). Tal solución la apoya en el artículo 1.147-2, sobre todo, en el fundamento del régimen de la delegación y, por último, en la ineficacia del consentimiento liberatorio del acreedor.

La novación hecha con participación de un solo deudor se estudia distin-

guiendo la objetiva y la subjetiva, por una parte, y la que pretende tener efectos colectivos de la que sólo los quiere personales para algún deudor.

La novación objetiva hecha con un solo deudor da lugar a la extinción de la obligación primitiva, sin que los otros deudores solidarios queden afectados por la nueva. Por ello, ha de tener lugar la nivelación entre los deudores solidarios, del mismo modo que tiene lugar cuando uno sólo de los deudores solidarios paga. Caffarena se enfrenta aquí con la opinión de Rúbino, para quien el regreso sólo tiene lugar cuando el deudor novante cumpla la nueva obligación y no desde el momento en que la asuma. A juicio de Caffarena, la reclamación del deudor novante contra sus codeudores ha de fundarse en una aplicación analógica de lo que el artículo 1.145 del Código establece para el pago o en la teoría del enriquecimiento injusto y ambos fundamentos reclaman que la acción del deudor novante nazca con la perfección del acuerdo novativo.

Dentro de la novación objetiva con participación de un solo deudor, estudia el autor todavía otros problemas, como son: 1) Cuando se descubra un desequilibrio entre el importe de la prestación originaria y el de la nueva, ¿qué puede reclamar el deudor novante de sus antiguos codeudores? 2) ¿Qué sucede cuando la deuda solidaria se encuentre dentro de una relación obligatoria bilateral? Como puede observarse, el autor suscita constantemente problemas y distingue y subdistingue precisando el supuesto de hecho; pero no solamente esto, también las soluciones son precisas y bien fundadas.

A continuación, estudia la novación objetiva limitada con participación de un solo deudor. La eficacia general de la novación será presumida *iuris tantum*, pero cabe perfectamente que la novación se limite tan sólo a la parte y a la persona del deudor novante. En el régimen de este tipo de novación distingue tres relaciones: 1) acreedor-deudor novante; 2) acreedor-otros deudores, 3) entre los deudores.

Para terminar la novación con participación de un solo deudor, se ocupa Caffarena de la novación subjetiva, dentro de la que examina el convenio expromisorio y la delegación de deuda.

En la misma línea de análisis estudia la modificación subjetiva por cambio de acreedor, ocupándose de los problemas derivados de la notificación y la compensación. Termina el capítulo estudiando la novación modificativa o impropia, donde se admite la posibilidad de modificaciones objetivas que no extingan la obligación, realizadas por un convenio entre acreedor y un deudor solidario. El régimen sería la vinculación de ambos, la no vinculación de los demás deudores y la posibilidad de que éstos utilicen, por la parte del deudor novante, la excepción que derive del convenio, como excepción personal regida por el artículo 1.148. En los casos de prórroga, admite que cabría aplicar por analogía el artículo 1.851 para evitar el perjuicio de los demás deudores solidarios: para los deudores solidarios que no pactaron la prórroga, la deuda solidaria se extinguiría por la parte correspondiente al deudor que la pactó.

El autor ha hecho un análisis muy detenido y exhaustivo de los problemas que surgen de la incidencia de la novación en la solidaridad y viceversa. Ha planteado un número considerable de problemas situándolos adecuada-

mente y resolviéndolos con las necesarias matizaciones y distinciones. Un estudio de este tipo creo que es de un valor enorme para precisar las consecuencias de la teoría de la representación en la solidaridad pasiva tan en boga en la doctrina y jurisprudencia francesa (Los Mazeaud, en *Leçons de Droit civil*, T. II-1, 6.^a ed., París, 1978, pp. 1073 y ss.). Siguiendo tal teoría se amplía excesivamente la extensión a los demás deudores de los efectos de actos realizados por o con uno sólo de los deudores solidarios, en contra de los criterios, que, según Caffarena, inspiran el régimen de la novación y de la solidaridad pasiva de deudores en nuestro Código civil. Resulta por ello muy acertado que el autor no haya caído en la tentación de partir de una previa concepción acerca de la naturaleza jurídica de la solidaridad pasiva.

El capítulo III se dedica a la compensación, analizando el problema de la relación entre los artículos 1.143 y 1.148. El autor llega a la conclusión de que la compensación da lugar a una excepción común. Para ello no ha eludido la vieja cuestión del modo de operar de este medio extintivo de la obligación. Acoge la tesis del efecto automático de la compensación y sobre esta base entiende que el artículo. 1.148 ha de llenarse con el contenido del artículo 1.143. Este precepto y los que el Código dedica a la compensación son los que deben determinar si este modo de extinción de las obligaciones da lugar a una excepción que se deriva de la naturaleza de la obligación o a una excepción personal. Sólo después puede entrar en juego el artículo 1.148, al determinar la medida en que los deudores solidarios pueden servirse de las excepciones, según su tipo.

Caffarena no desconoce los inconvenientes de la solución que propugna, en especial, la intromisión de un deudor solidario en los negocios de otro. Pero valora también los inconvenientes de las otras soluciones y así, piensa que, evitando la intromisión en los negocios ajenos (sistema francés), se llegaría a impedir que un deudor opusiera cualquier excepción que no tuviera su origen en su propio ámbito. Se facilita además que los codeudores del titular de crédito frente al acreedor común sean defraudados, amén de generar una serie de pagos que se podían haber evitado de otro modo. El sistema italiano (excepción personal) es intermedio; si bien atenúa los inconvenientes de los dos sistemas extremos, los acumula y lleva a las relaciones externas la participación de los deudores en la deuda.

La solución adoptada por el C. civil, según Caffarena (excepción común), es la más congruente con una compensación que opera sin necesidad de una declaración de voluntad y que tienen un efecto extintivo similar al pago y sustitutivo de éste y es la más conforme, de acuerdo con esto, con los principios de la solidaridad pasiva: pues en ésta cada deudor debe la totalidad como deudor principal, pero cumpliendo uno todos quedan liberados. Parece, dice también Caffarena, que la solución seguida aquí por nuestro Código civil apunta más bien hacia la idea de la unidad en la solidaridad pasiva.

La solución dada al tema por Caffarena parece admisible y creo que es de destacar la claridad en la ponderación de ventajas e inconvenientes, y no

menos su engarce en el sistema del Código, como es habitual en el autor, con razonamientos sólidos y convincentes.

Un tema me preocupa todavía. Dada la exclusión del juego de la voluntad del deudor titular del crédito contra el acreedor común, ¿qué sucedería si este deudor tuviera otra deuda al margen de la solidaria con el mismo acreedor común? Parece claro que el otro deudor solidario no podría hacer una declaración de imputación del pago; por tanto, no podría alegar la compensación como excepción, salvo que se estime que han de aplicarse las reglas supletorias de la voluntad propias de la imputación de pagos y éstas reglas conduzcan a la imputación en relación con la deuda solidaria. El problema se planteará dado el efecto automático de la compensación, bien cuando la deuda solidaria y la no solidaria hayan surgido al mismo tiempo (existiendo ya un crédito contra el acreedor común en favor de un deudor solidario), bien cuando el crédito en favor de un deudor solidario contra el acreedor común surja con posterioridad, sin que en ninguno de esos momentos se haya hecho una imputación de pago voluntaria.

El capítulo cuarto se dedica a la confusión. En un primer apartado se ocupa del Derecho romano y del Derecho común, exponiendo aquí cómo la idea de que la confusión es una *ficta solutio*, resultaba contradicha por la eficacia personal atribuida en materia de solidaridad a la confusión por D. 46,1,71. A continuación estudia las soluciones de los Códigos civiles francés, italianos, y alemán, así como los precedentes inmediatos del nuestro (Proyecto de 1851 y el Anteproyecto de 1882-88). En el apartado IV de este capítulo examina las diversas tesis de la doctrina: la de la eficacia colectiva, que es mayoritaria, aunque estos autores no hayan planteado a fondo el problema, la opinión de Mucius Scaevola, para quien en realidad el tema de la eficacia personal o colectiva no es trascendente, dado que para él en el regreso también hay solidaridad, y la tesis de la eficacia personal, defendida por de Diego, sin mayores explicaciones, y sería y fundadamente por Puig Ferriol. El apartado V de este capítulo se ocupa del análisis de estas tesis, cuyos argumentos son fundamentalmente: 1) un argumento histórico basado en los antecedentes próximos. En el artículo 1.211 del Anteproyecto 1882-1888, actual 1194, se cita el artículo 1.159 del Proyecto de 1851, que, al utilizar el término de obligación mancomunada, se refería a la obligación solidaria. Frente a ello, Caffarena opone que la cita del Proyecto de 1851, no siempre significa la misma solución, sino referencia al lugar donde se regula la misma cuestión, y la inexistencia en aquel Proyecto de un artículo como el actual 1.143. 2) Los artículos 707 y 708 del Código argentino citados como fuente inspiradora del Anteproyecto español, y de los que se deduciría que el legislador pensaba casi siempre en la solidaridad activa. Caffarena pone de relieve la contradicción existente en este Código entre los artículos 707, correspondientes a nuestro artículo 1.143, y el artículo 866, las discusiones de los autores argentinos y el hecho de que el 707 no se cifra por ellos a la solidaridad activa. 3) La congruencia de la solución del artículo 1.143 con los supuestos de solidaridad activa, pero no con los de la pasiva. Caffarena opone a los ejemplos propuestos por Puig Ferriol otros inversos en los que precisamente, siguiendo el razonamiento combatido, la congruencia caería

del lado opuesto; pero sin atenerse a ellos, entiende que la congruencia de la solución es la misma en ambos casos, si bien cite como ejemplo de separación de soluciones, según la solidaridad sea activa o pasiva, al BGB, refiriendo la opinión de Lipmann, para quien la solución del BGB es criticable. En el apartado VI de este capítulo estudia la eficacia colectiva de la confusión, que es la tesis mantenida por el autor. Estudia previamente el tema del regreso y la subrogación; partiendo en primer lugar de la citada opinión de Mucius Scaevola, es preciso determinar si en el regreso el deudor solidario cuenta con la garantía de la solidaridad. Surge el problema de la relación entre el artículo 1.145-2 y el artículo 1.210-3. A juicio de Caffarena, que se basa en un estudio muy detenido de los antecedentes próximos, pueden compatibilizarse ambos preceptos entendiendo que el deudor solidario puede acudir a la vía del regreso o a la de la subrogación con división de la deuda en ambos casos conforme al artículo 1.145 y sin que la norma del 1.210-3 sea irrelevante porque le permite subrogarse, ya que no en la solidaridad, si en las otras garantías del acreedor. La eficacia colectiva de la confusión deriva del artículo 1.143 de nuestro Código. La idea de la unidad de la obligación solidaria es la que prima aquí, como en los otros modos de extinción. Ello lleva a que la obligación solidaria se extinga, como dice el artículo 1.143; «la confusión se produce en el plano de las relaciones externas, por lo que el crédito se confunde no con una porción de la deuda, sino con el total débito, por lo que la extinción de la obligación solidaria en su totalidad es lógica». Naturalmente que subsiste la necesidad de realizar el ajuste o nivelación patrimonial del mismo modo que en el pago, compensación, etcétera. Caffarena nos dice que no ve por qué en la confusión la persona en que ésta se produjo debe contar con la solidaridad para recuperar de los codeudores la parte de la deuda en que respondían éstos. Sin embargo, parece que este punto tiene especial significación, dado que la garantía que la solidaridad supone se ha desvanecido por efecto de la confusión. Algo que tenía el acreedor desaparece al heredar a un deudor solidario, o viceversa, algo que tenía el acreedor no pasa a su sucesor precisamente por ser un deudor solidario. Parece, pues, que la cualidad de deudor solidario neutraliza la sucesión en esa garantía (la solidaridad). De ahí puede quizá extraerse la idea de la relevancia de los vínculos entre los deudores solidarios.

Caffarena aclara que no está criticando desfavorablemente la tesis de la eficacia personal de la confusión en la solidaridad considerada en abstracto. Lo único que mantiene es en primer lugar que esta tesis no es la seguida por nuestro Código, el cual establece la eficacia colectiva de la confusión en la solidaridad; y, en segundo lugar, que tal postura puede ser acogida sin peligro de caer en incongruencia ni con los principios informadores de la solidaridad pasiva ni con el régimen de la confusión.

Por último, trata del artículo 1.087 del C. civil, que contempla un supuesto concreto de confusión y que a juicio del autor, apoyado sobre todo en los precedentes inmediatos, no constituye más que una aplicación de lo establecido en el artículo 1.143 para la confusión en la solidaridad pasiva.

El capítulo V se dedica a la remisión, estudiando los antecedentes romanos, del Derecho común, las soluciones de los principales Códigos, los ante-

cedentes próximos, la remisión tácita, la expresa, terminando el capítulo con el *pactum de non petendo* y la renuncia a la solidaridad. En el estudio de la remisión expresa se abordan previamente dos cuestiones, como son: la bilateralidad o unilateralidad del negocio, y su carácter gratuito u oneroso. Aquí, como en otros lugares, Caffarena penetra profundamente y con acierto en cuestiones previas. El tema de la bilateralidad o unilateralidad es resuelto por el autor en este último sentido, sin desconocer las objeciones que se hacen a tal solución y salvándolas, a mi juicio, convincentemente. Puede decirse además que la idea de acudir a la sanción por causa ilícita o inmoral para evitar el inconveniente de remisiones contrarias al decoro del deudor, que es quizás la razón de más peso para configurar la renuncia como bilateral, es oportuno y resuelve la cuestión evitando los inconvenientes. Así al configurarse la remisión como unilateral se evita el problema de la revocabilidad de la declaración del acreedor, y acudiendo a la causa se evitan remisiones inmorales o ilícitas. El tema de la onerosidad o gratuitad se resuelve en este último sentido, rechazando que la remisión pueda ser en nuestro Derecho un acto abstracto.

Distingue Caffarena la remisión con eficacia colectiva, que, a su vez, puede de ser total o parcial. En caso de remisión parcial con eficacia colectiva plantea el problema de la redistribución entre los deudores del beneficio de dicha remisión, que resuelve en el sentido de la proporcionalidad. La remisión con eficacia limitada a un deudor solidario es la que plantea mayores problemas. En cuanto a su admisibilidad, Caffarena la apoya en el principio de la autonomía privada, aunque ello suponga, por una parte, que la idea de la unidad de la obligación que ha tomado en cuenta el Código, concretamente al regular la extinción, se desvanezca aquí, al reflejarse la relación interna en la externa. El principio de la autonomía privada, naturalmente tiene aquí el límite del interés de los otros codeudores no condonados, cuya situación no puede agravarse por una declaración de voluntad del acreedor. De este modo, el deudor condonado no ha quedado liberado del todo, en cuanto debe concurrir a soportar la insolvencia de cualquiera de los otros codeudores. Ello deriva además del artículo 1.146, según el cual los deudores solidarios no deben quedar en peor situación después de la remisión hecha a otro.

A juicio del autor, en caso de duda, si no se llega a través de la interpretación a saber si la remisión es limitada o personal, habrá que entender que produce una eficacia colectiva. Ello es así, entiende, a pesar de que, a diferencia de otros Códigos, no se establezca en el nuestro expresamente una presunción de eficacia colectiva, porque se deriva de los artículos 1.143 y 1.146.

En cuanto a los efectos de la remisión con eficacia limitada a un deudor solidario, entiende que produce la liberación del deudor beneficiado —con la salvedad ya apuntada— y da lugar a una excepción personal, de la que podrán servirse los demás deudores en la parte de deuda de que aquél fuera responsable en las relaciones internas. Rechaza, por tanto, la interpretación según la que se quiere ver en el artículo 1.146 un argumento para negar a los codeudores no condonados servirse de la remisión hecha a otro por la parte correspondiente a éste. El artículo 1.146 sólo hace un supuesto del hecho de

que algún deudor haya pagado totalmente la deuda, a pesar de que el acreedor hubiera condonado a otro deudor su parte. Habrá, pues, un cobro de lo indebido, cuya repetición correrá a cargo del deudor condonado, en el supuesto de que no haya comunicado la remisión a sus compañeros. El artículo 1.146 no parte de que el acreedor que condonó a un deudor solidario su parte, tenga derecho a reclamar de los otros codeudores el total de la deuda solidaria. Sólo parte de que de hecho ha sido pagada, lo que a juicio de Caffarena también se deduce de su propia redacción «en el caso de que haya sido...».

El capítulo acaba tratando, a modo de apéndice de algunos negocios, como el *pactum de non petendo* o la renuncia a la solidaridad, que son cercanos a la remisión, pero que guardan notables diferencias con ella.

En el capítulo VI se trata de la imposibilidad sobrevenida, si bien se aluda a otras cuestiones como la imposibilidad originaria y algunos aspectos de la mora. En este capítulo se destaca como el legislador español se ha apartado de las soluciones seguidas por los otros Códigos más cercanos, inspirados en la interpretación hecha por Pothier, fundada en los textos romanos tal como habían sido entendidos o explicados por Alberico de Rosciate y Jacobo Butrigario, y que aquél tomó de Dumoulin. Según esta doctrina se distingue entre los efectos relativos *ad conservandam obligationem* y *ad perpetuandam obligationem*. Distinción que también fue recogida por el Proyecto de 1851 y justificada expresamente por García Goyena. La solución del Código civil procede del Anteproyecto.

Caffarena plantea el problema de la posibilidad de que en una obligación solidaria se produzca una imposibilidad sobrevenida. Ello se debe a que generalmente estas obligaciones son obligaciones genéricas, donde rige el brocado «genus numquam perit», que —según el autor— significa no sólo la gran dificultad de que sobrevenga una imposibilidad de la prestación, sino a veces incluso la perpetuación de la obligación del deudor en el remoto caso de que ello aconteciera. Donde la imposibilidad tiene más probabilidades de darse es cuando se trate de obligaciones restitutorias (comodato, depósito).

Estudia los diferentes supuestos que pueden plantearse según que la imposibilidad sea originaria o sobrevenida, objetiva o subjetiva y según afecte a todos o a alguno de los deudores solidarios. En especial, en el supuesto de que la imposibilidad subjetiva afecte tan sólo a uno de los deudores, se plantea un difícil problema no resuelto por el artículo 1.147. En el caso de que el deudor haya llegado a tal situación culpablemente, se plantea el problema de si los demás deudores soportarán la indemnización por los daños que el incumplimiento de aquél ocasione al acreedor. Hay que decir que el supuesto es algo extraño, ya que para los otros deudores la prestación es posible. Después de argumentar en un sentido y en otro, se inclina Caffarena finalmente por la comunicación de la responsabilidad a los otros deudores tal como establece para otro supuesto el artículo 1.147-2.^o

Estudia además el supuesto en las relaciones obligatorias bilaterales, sobre las que nada dice el artículo 1.147, planteándose el problema de la resolución en los distintos casos que pueden ocurrir.

Por lo que se refiere a la mora cuestiona fundamentalmente la extensión de la atribución del riesgo a todos los deudores, cuando sólo uno de ellos ha

sido constituido en mora y deviene imposible la prestación. Despues de plantearse si es la sola mora del deudor la que desplaza el riesgo a éste, termina concluyendo que el supuesto debe incluirse en el párrafo 2.º del artículo 1.147.

Acaba el capítulo ocupándose de la justificación del párrafo segundo del artículo 1.147. Rechaza la idea del mandato mutuo como justificación, recordando el artículo 1.827 relativo a la fianza. La idea de garantía, dice, que impregna la institución de la fianza, puede explicar la extensión de la responsabilidad que aquel precepto (1.147) establece. La idea de mandato presenta, según Caffarena, enormes dificultades para justificar esta extensión de la responsabilidad: tanto es así que algún autor, defensor de esta opinión, ha tenido que hablar de mandato en favor del acreedor en la solidaridad pasiva. En cambio, la idea de garantía, continúa Caffarena (todos los deudores solidarios son frente al acreedor a la vez deudores principales y garantes de los demás) «...puede servir para fundamentar el régimen de la solidaridad en este punto, como en otros».

Con estas palabras, que expresan una idea presente a lo largo de toda la exposición, se cierra ésta. Sigue un índice bibliográfico muy completo y bien seleccionado, que muestra cómo Caffarena ha hecho uso de un amplio material desde los textos romanos, pasando por los autores del Derecho común, hasta lo más reciente de la doctrina europea.

Pero lo más importante no es la cantidad, sino la selección y dosificación adecuadas, no en aras de la erudición, sino en busca de problemas y de criterios para su solución. De este modo resultan sumamente eficaces los materiales que utiliza. Hay que destacar además el uso constante y muy ponderado de los antecedentes inmediatos, en especial del Proyecto de 1851. Lo mismo cabe decir de los principales Códigos europeos, y en general del Derecho comparado.

En otros aspectos, hay que destacar y elogiar también el método seguido por el autor. Su método es fundamentalmente inductivo y no axiomático deductivo. Hay un constante fluir de problemas y una constante interpretación de preceptos con utilización muy segura y certera de los criterios hermenéuticos, con una continua valoración de los intereses en conflicto tomando como medida los criterios que pueden desprenderse de la ley. No se ha sustituido una valoración que pueda desprenderse de la ley por otra meramente personal de esos intereses. El libro de Caffarena no tiene afanes «construcciónistas». De sus interpretaciones resulta apoyo o rechazo de ciertas teorías sobre la solidaridad, pero ésta no es la meta del libro. En general la tesis de la solidaridad pasiva como mandato mutuo o mutua representación, tan difundida en la doctrina francesa, no recibe ningún apoyo. En cambio, sí lo obtiene la de la fianza mutua. La idea de la pluralidad de vínculos aparece confirmada en ocasiones, y en otras, la de la unidad. Esto no puede ser censurado, sino alabado como expresión de un método que está en función de la justicia de las soluciones, justicia conforme a las normas, se entiende, que unas veces han partido de la idea de la unidad y otras de la de la pluralidad. Todo ello revela la utilización de un método fecundo que no busca resolver la cuadratura del círculo (en ello se convierten algunos plantea-

mientos sobre la naturaleza jurídica), sino resolver problemas concretos de modo congruente con el sistema normativo.

Las consecuencias de las soluciones son valoradas a efectos de encontrar la adecuada, pero, en general, predomina la solución aceptada en base a su concordancia con los datos normativos. La incidencia o repercusión de las soluciones en la realidad social, tratándose de esta materia, es de muy difícil valoración. Otra cosa sería en materia de fuentes de la solidaridad, pongo por caso.

La trazación de las soluciones está perfectamente lograda y aquellas sólidamente fundadas. Caffarena ha orientado siempre los problemas hacia las soluciones viables, advirtiendo claramente de ventajas e inconvenientes. En muchas ocasiones ha tenido que enfrentarse con temas previos (así, por ejemplo, cosa juzgada, compensación, unilateralidad o bilateralidad de la remisión, etc.) y los ha resuelto tomando postura decidida y haciendo además, a mi juicio, aportaciones importantes.

El libro no presenta ambigüedades ni posturas poco claras. Caffarena se decide abiertamente por las soluciones que estima preferibles, combate frontalmente las posturas contrarias, y no oculta argumentos contrarios, inconvenientes ni dudas. La dificultad que en ocasiones puede presentar su lectura procede de su densidad, del constante fluir de problemas, razonamientos y soluciones.

Como es natural siempre se puede dudar de las soluciones adoptadas por un autor, pero debo confesar que las de Caffarena me han convencido ampliamente.

JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALONSO OLEA, Manuel: «Von der Hörigkeit zum Arbeitervertrag». *Abhandlungen zum Arbeits-und Wirtschaftsrecht. Band 38.* Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH. Heidelberg. 1981, 119 págs.

No hace mucho, en este ANUARIO, se daba cuenta de la publicación del original español de esta obra, en su versión española, diciendo que nos ofrece más que un intento de profundizar en el examen del artículo 1.583 del Código civil (aunque así lo dijera su autor), pues nos hace el regalo de un ensayo ambicioso e importante, el de examinar la vida jurídica desde un nuevo e inexplorado puesto de observación «el de la influencia que tienen y han tenido las ideas y las ideologías en la realidad social y en las normas jurídicas». Alonso Olea ha sabido ver y mostrarnos cómo al lado de las infraestructuras (sistema de producción, lucha de clases, juego de intereses económicos) existe otro gran motor del vivir humano, «el significado que ciertos pensadores han tenido en la apreciación de la relación de trabajo, ya sea como exponentes o divulgadores de ideas dominantes en la época, ya sea como forjadores de innovadores doctrinas» (1).

Llamada de atención sobre la importancia y novedad del libro de Alonso Olea, que ahora se ha visto doblemente confirmada, por lo dicho por el profesor Gamillscheg en el prólogo que acompaña a la publicación de dicho libro y, sobre todo, por el hecho mismo de ser publicado, traducido en una bien nombrada colección alemana de estudios jurídicos.

Este ANUARIO se felicita y se permite felicitar a los editores alemanes por su acertada elección de la obra jurídica española, primeramente traducida al alemán.

R.

AUTORINO STANZIONE, G.: «Divorzio e tutela della persona. L'esperienza francese, italiana e tedesca», publicación de la Escuela de Perfeccionamiento en Derecho civil de la Universidad de Camerino, núm. 25. Edizione Scientifica Italiana. Nápoles, 1981. 331 págs.

1. En el panorama de las orientaciones metodológicas que prevalecen en la doctrina italiana, destaca, como es bien sabido, la tesis del llamado «Derecho civil constitucional» en la que confluyen estas dos direcciones: la

(1) A. D. C. XXXII fasc. II-III, abril-septiembre 1979, págs. 491-492; en donde se da cuenta del contenido de la obra y se comenta con detalle su importancia y sus aportaciones.

que subraya la unidad esencial del ordenamiento y la que considera que el Derecho civil es todavía el Derecho de la persona. Intuída hace tiempo esta tesis por el profesor Perlingieri, ha sido desarrollada por él mismo en los importantes trabajos que ha reunido en el pequeño volumen *Tendenze e metodi della civilistica italiana* (Nápoles, 1979) y constituye la línea fundamental de la citada Escuela de Perfeccionamiento en Derecho civil de la Universidad de Camerino. A esta orientación pertenece el libro que nos ocupa, en el que la autora examina el problema de la protección de los derechos existenciales de la persona física en materia de divorcio en los Derechos alemán, francés e italiano, los que estudia en profundidad desde una perspectiva evolutiva con abundante documentación de doctrina y jurisprudencia y entre los que hace oportunas referencias cruzadas de micro-comparación.

2. Inspirada probablemente en la evolución del Derecho alemán, la idea central del libro es que existe una interdependencia estrecha entre el concepto de familia y el tipo de divorcio. Mientras la concepción institucionalista de la familia presupone un matrimonio indisoluble o difícilmente disoluble, la concepción contractualista admite fácilmente la disolubilidad, lo que implica que para la primera concepción la familia es un fin en tanto para la segunda es un medio, un instrumento técnico predisuelto por el ordenamiento de cara a la protección de las personas que la componen; históricamente, el tránsito de una concepción a otra se opera, a juicio de la autora, en las normas constitucionales de signo democrático de la postguerra, dado que están encaminadas, ante todo, a la tutela de la persona y de los bienes que son inherentes a la misma, señaladamente, la esfera de la intimidad. Y esto repercute en materia de divorcio, pues, si a la concepción institucionalista corresponde un divorcio de carácter subjetivo, que descansa, en lo fundamental, en una noción de culpa por incumplimiento de los deberes que impone el matrimonio, a la contractualista-personalista obedece, en cambio, un divorcio de tipo objetivo, que se basa, en esencia, en el *Zerrüttungsprinzip*, esto es, en el hecho simple de la cesación de la vida en común entre los cónyuges, el que ha llegado a ser, después de la reforma de 1976, la única causa de divorcio en el Derecho alemán. Por estar orientada hacia la protección de la persona, las secuelas del matrimonio son reguladas de preferencia, en este divorcio de tipo objetivo, por los propios interesados y los reembolsos patrimoniales no son alimentarios ni indemnizatorios, sino que están enderezados, únicamente, a evitar desequilibrios económicos; este divorcio objetivo sólo pueden ser paralizado, en fin, por medio de la llamada *Negative Härtiklausel*, que no debe autorizar al juez, en teoría, la valoración de las causas, sino de las consecuencias, del divorcio. Convencida de lo acertado de esta concepción, la profesora Autorino Stanzione nos propone una interpretación en clave objetiva de la evolución legislativa y jurisprudencial del Derecho francés, así como de la ley italiana de 1970, y muestra que todas las causas de divorcio que estos ordenamientos latinos admiten, como el nuestro, son reconducibles, en último término, a la inexistencia o a la imposibilidad de la vida en común. De aquí, la importancia y el interés de la obra, pues pone de relieve, de una forma muy lograda, que,

una vez superada la fase polémica en torno a la admisión del divorcio, y la fase exegética del comentario legislativo, la institución es susceptible de un estudio dogmático y sistemático, igual que todas las instituciones del Derecho civil.

Carlos VATTIER FUENZALIDA

DELL'AQUILA, Enrico: «La resolución del contrato bilateral por incumplimiento». Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 1981. 213 págs.

Este libro consta de dos partes claramente diferenciadas. La primera, que se encuentra dividida en dos capítulos, versa sobre los precedentes históricos de la figura de la resolución de los contratos bilaterales. El autor pone de relieve, en el capítulo primero, que en ningún momento de la evolución del Derecho Romano se elaboró una acción, u otro medio jurídico aplicable con carácter general, que permitiera pedir la resolución de los contratos en caso de incumplimiento de una de las partes contratantes. Los particulares podían utilizar, sin embargo, un cierto número de acciones o excepciones previstas para supuestos específicos y con referencia a ciertos contratos. También señala cómo fue el ordenamiento canónico el que dio a la resolución de los contratos bilaterales un carácter y alcance general. Para ello se fundó, en un primer momento, en el principio «fragmenti fidem», según el cual la resolución fue entendida como punición del contratante incumplidor, otorgándose al inocente la correspondiente posibilidad de disolver el vínculo obligatorio obteniendo de la autoridad judicial una decisión declaratoria de la resolución. Posteriormente se basó en la ficción de inferir del programa contractual una cláusula que suspendiera primero la ejecución de las obligaciones nacidas de él y después, perdurando la in ejecución, facultara a la parte inocente para obtener una declaración judicial de resolución. Como anota Dell'Aquila, en estos dos medios forjados por el Derecho Canónico se encuentran los precedentes de los sistemas de resolución de los contratos bilaterales vigentes en los ordenamientos modernos.

Más adelante estudia el autor la postura adoptada por la doctrina civilística de la Edad Media en este tema. Concretamente se detiene en el análisis de las construcciones de Azo, Bartolo y Baldo, y algunos comentaristas posteriores en tema de resolución, ya que éstas no tenían nada que ver con los textos del *Corpus Iuris Civilis*. Acudieron, por tanto, al expediente de los medios de resolución, a través de una interpretación evoluntiva de ciertos pasajes del Código de Justiniano referentes a la transacción.

Fue sin duda en el siglo XVI, en Francia, donde se produjeron los grandes progresos en esta materia. Dell'Aquila comenta las tesis de Connatus, Dumoulin, Domat y Pothier, a partir de las cuales fue introducido en la codificación napoleónica el sistema general de resolución dictado por el artículo 1.184 del *Code civil*.

En el capítulo segundo de esta primera parte el autor hace constar la evolución que ha sufrido esta materia en el antiguo Derecho Castellano (*Liber Judiciorum*, *Fuero Viejo de Castilla*, *Partidas*, *Ordenamiento de Alcalá*,

Nueva Recopilación, Novísima Recopilación, Leyes de Toro y opinión de algunos juristas, tales como Antonio Gómez, Ferdinando Arias de Mesa, Padre Luis de Molina..., entre otros), y llega a la conclusión de que faltaba en las leyes un principio general, valedero para todos los contratos, según el cual en caso de incumplimiento de la prestación que uno de los contratantes había prometido ejecutar, el otro pudiese resolver el vínculo contractual. La regla general que regía en esta materia era que la parte cumplidora no tenía medios jurídicos para acabar con la relación obligatoria nacida del contrato, y únicamente estaba legitimada para actuar judicialmente con el fin de coaccionar a la otra parte a cumplir lo prometido y a resarcirle de los daños y perjuicios sufridos. La facultad de resolver el vínculo, como regla, se daba únicamente en ciertos contratos y limitadamente a ciertos casos de incumplimiento considerados lo suficientemente graves como para que fuera oportuno conceder un medio resolutorio. En general puede decirse también que, en contra de la tradición romana, se nota en la doctrina castellana una tendencia a negar la acción resolutoria incluso respecto a los contratos innominados. Por ello señala el autor que el artículo 1.124 del vigente C. c. español, lejos de ser el resultado de una elaboración doctrinal o legislativa nacional, aparece como una regla recibida del Derecho francés.

La parte segunda del presente libro se encuentra dividida en tres capítulos; uno dedicado al fundamento de la resolución, otro a las condiciones para su ejercicio y, por último, un tercero, que se ocupa de los medios generales de resolución y sus efectos.

En cuanto al fundamento, y tras poner de relieve las más importantes teorías al respecto (teorías de Sacco, Osti, Auletta, Grasso, Gorla..., entre otras), Dell'Aquila estima que han acertado los juristas que han intuido que el principio que se halla en la base de la resolución es un principio de equidad, es decir, la exigencia de evitar que el patrimonio del acreedor, ya perjudicado por el incumplimiento del deudor, corra el riesgo de depauperarse ulteriormente por los gastos necesarios para una acción de cumplimiento forzoso que, en la mayoría de los casos, sería infructuosa.

Explica posteriormente el sentido de las condiciones para el ejercicio de la facultad de resolución —voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido e importancia del incumplimiento en la economía del contrato que justifique la resolución—, para llegar, en el último capítulo, a estudiar las consecuencias que se derivan de la resolución del contrato bilateral debida al incumplimiento de una de las partes (tiempo en que la resolución se produce, retroactividad, excepciones a la retroactividad, efectos de la resolución en relación a los derechos de los terceros..., etc.).

MARÍA DÍAZ DE ENTRE-SOTOS Y FORNS

FERNANDEZ CARVAJAL, Rodrigo: «El lugar de la ciencia política». Secretariado de Publicaciones. Universidad de Murcia, 1981, 455 págs.

Ninguna tarea más grata y más fácil que la de dar cuenta de la publicación de un libro que puede calificarse sin dudas de muy interesante, del

que se piensa es una aportación fundamental a la ciencia del Derecho. Siendo esto muy cierto, he de confesar que he intentado repetidas veces redactar esta reseña, siempre sin buen éxito, y que ahora todavía sigo pensando no haber acertado a decir lo que debiera y cómo lo debiera. ¿Puede explicarse esto por la dificultad de condensar en una nota bibliográfica su rico y desbordante contenido?

El interés de la obra para cualquier jurista aparecerá como evidente con sólo hojearla. Su título «El lugar de la ciencia política» no despistará al lector avisado; sabe el papel decisivo de la política en el Derecho. Además, casi todo lo que nos cuenta sobre el significado de la ciencia política, puede decirse también de la ciencia jurídica.

La sistemática de la obra es muy nueva y hasta heterodoxa, quizá por ello el autor ha creído conveniente redactar un «prefacio» (de 16 páginas) o «post-facio» para «guiar» al lector en el recorrido de su compleja organización interna. En estas palabras preliminares se nos advierte del carácter «misivo» de la ciencia política; podríamos añadir que de toda la ciencia jurídica, como dirigida a alguien y para algo. Señalándose ya aquí lo que es un «*leit motiv*» de la obra, el contraste de esta ciencia con la ciencia «pseudopura» de la «Political Science».

El capítulo primero del libro lleva el título de «Ciencia política y formación humana» y consume las más de las páginas del libro (págs. 19-314). Comienza tratando de las condiciones para el cultivo de la ciencia política y señala las siguientes: 1.^a La de no ser un político (págs. 25-35), como garantía de objetividad. 2.^a No impartir falsa seguridad (págs. 37-139); se trata aquí de las variadas respuestas que las escuelas al correr del tiempo se han dado a la pregunta, ¿«qué debo hacer?», para no equivocarse al elegir un modelo seguro en la vida social. Se van describiendo los caminos errados seguidos, el matemeticismo, la obsesión sistemática, los filósofos, los sociólogos; lo que ofrece al autor ocasión de examinar las grandes corrientes del pensamiento, las del marxismo y del postmarxismo, la Escuela de Frankfurt y la de «la teoría crítica», base de la sociología analítica de la «Political Science». Estudio profundo de esta corriente «afilosófica» que le lleva a decir: «El sociólogo actual (hablo en términos generales) tiene una especie de intención ética vergonzante; es algo así como un apóstol **manqué** que disfraza su militancia política, moral y religiosa, pero que a la vez no se atreve, dominado por escrúpulos neutralistas, a declararse esta militancia a sí mismo» (pág. 135). 3.^a Condición, no romper la unidad de la experiencia jurídica (págs. 141-315). Se nos advierte que la ciencia política (la ciencia jurídica, en general) es una ciencia práctica, que opera sobre datos y que tiende a actuar sobre personas; se nos señala así el peligro de cualquier visión parcial. Sobre esta base denomina «política» el «haz o complejo total de las ultimidades sociales planteadas en cada país y cada época» (pág. 161), sea desde el punto de vista religioso, económico o familiar. Considera con especial detenimiento el procedimiento analógico, como medio de entender la realidad política, refiriéndola a otra realidad que se piensa ser más clara e inteligible. Aquí se acusa a la doctrina de abrigar el vicio endémico de desconsiderar la importancia de algún factor a costa de otros. Los cien-

tíficos actuales entienden que tan sólo es conocimiento social serio el conocimiento pragmentado; ello conforme a uno de los tres grandes criterios: morfológico, analítico y hegeliano-dialéctico; en principio tratados como recíprocamente excluyentes. Propósito general de la exposición que se nos explica es la de visualizar y funcionalizar las posiciones teóricas, desde Heraclito y Platón hasta el freudomarxismo y la teoría de los sistemas, como tópicos en el sentido aristotélico de la palabra, como «loci-argumentorum», lugares donde hay que buscar el material para las exposiciones dialécticas. Termina señalando la necesidad de una intensa formación histórica, pues el enfoque histórico libera de la cárcel de nuestra actualidad y nos pone en franquicia de abordar con un punto de saludable relativismo cualquier estructura constitucional vigente.

El segundo capítulo (págs. 317-349) trata «sobre algunos obstáculos epistemológicos». Se puede observar un cambio de tono. Plantea la pregunta, siempre angustiosa, de qué debe hacer el profesor frente a sus alumnos: ¿transmitirles una información aséptica (datos, hechos) y abstenerse de valorarlos para no coaccionar su libertad jurídica? ¿Hacer ciencia política es ya «meterse en política»? Atiende, además, a las dificultades de la búsqueda de una terminología adecuada al carácter histórico de las realidades sociales, a la variedad de significados del mismo vocablo «política» y al cambio de la ciencia política, que habiendo comenzado como conocimiento práctico-moral se transforma primero en práctico-técnico para pasar hoy a ser especulativa-técnica. Se concluye señalando que la doctrina ha equivocado su camino con la jubilación del factor teleológico, siendo lo aconsejable regresar a un punto anterior a la escisión kantiana entre el ser y el deber ser. La figura del científico de la política «tan sólo puede nacer hoy de una socrática reintegración del «teórico político» y del «educador político» (pág. 348, nota 24).

El tercer capítulo ha sido denominado «Ciencia y conciencia política» (págs. 353-375). El intelectual se piensa que debiera ser, en la ciencia política, un «pedagogo social», ejerciendo una paciente presión en la sociedad que persuada a ver y obrar conforme a la verdad. Actualmente la ciencia social se ha ido reduciendo a ciencia del poder social («cratología»). Sólo la vuelta a la ciencia política tradicional, a lo que invita la crisis de la sociología que se aproxima, puede ayudar la apertura de nuevas y enriquecedoras perspectivas.

El cuarto y último capítulo, «La Constitución como instrumento de pedagogía nacional» (págs. 379-394); publicada ya en 1974, aunque referido a las antiguas Leyes Fundamentales, es recogido por entender que el tema abordado es, en última instancia, intemporal. De acuerdo con lo dicho en los anteriores capítulos, se destaca el significado a la vez imperativo y educativo del Derecho constitucional; es el científico político el llamado a hacer posible una obediencia lúcida a la Constitución.

Termina la obra con «Dos Apéndices sobre el marxismo» (págs. 397-401). El primero, «Cristianismo y marxismo», muestra con la debida claridad que nadie puede declararse a la vez cristiano y marxista o cristiano y simpatizante del marxismo, a menos que se deforme abusivamente el sentido de

ambas palabras. En el segundo «Excuso sobre las siete rupturas del marxismo» (págs. 403-420) el autor explica lo que antes dice (págs. 81 y sig.) sobre el marxismo, como movimiento encarnado en la realidad histórica. En dicho Apéndice señala los problemas políticos de la humanidad, 1.º, respecto al orden de los fines, dosificar los tres valores fundamentales de: eficacia económica, justicia social y libertad individual» (Lord Keines); 2.º, respecto a los instrumentos institucionales para alcanzarlos: mando de uno, intervención activa de unos pocos, intervención de todos.

Contiene, además, una «Nota bibliográfica» en la que se indica la procedencia de las partes no inéditas de la obra y se indican las inéditas (página 423), un «Índice de nombres», con las páginas donde se citan los autores consultados (págs. 425-432) y un «Índice de materias». En este último índice se facilita que el lector pueda consultar todas las referencias hechas a un concepto y, también, para su comodidad, se destacan los neologismos cuya introducción se propone.

El paciente lector habrá podido comprobar la razón de mi descontento con la redacción de esta nota. El esquema ofrecido de la obra, desangelado e incompleto, no deja traslucir uno de sus valores principales, el de ser una contribución definitiva a algunas de las cuestiones clave de la Filosofía del Derecho; respecto de las que, con cuidada y asombrosa erudición, se examinan críticamente las grandes corrientes de pensamiento, desde Aristóteles y Santo Tomás, hasta los autores hoy más discutidos y a la moda. El libro, además, está redactado con extraña elegante perfección, prosa clara, exacta y tensa, esmaltada de brillantes metáforas, que nunca daña a la exactitud científica. En fin, mejor que cualquier otro adjetivo, bastará leer al azar cualquiera de sus páginas para convencerse de lo dicho.

R.

FLOUR, Jacques y AUBERT, Jean-Luc, «Droit civil. Les obligations. Vol 1, L'acte juridique, 408 págs., 3.ª ed., A. Colin, con Addendum de puesta al día hasta enero de 1980, 16 págs. Vol. 2, Sources: Le fait juridique, 384 páginas, 1.ª ed., A. Colin, París, 1981».

Con la publicación de estos dos volúmenes, los profesores Flour y Aubert, de las Universidades de París y Tours, respectivamente, ofrecen una contribución fundamental para la comprensión de un sector del ordenamiento jurídico muy sugerente y rico en problemas, el llamado Derecho de obligaciones. Resta aún por aparecer el volumen tercero, en el que se analizará la relación obligatoria (*rapport d'obligation*), según se nos dice en el preámbulo del volumen primero.

El volumen primero está dedicado al análisis del acto jurídico. Se comienza con un preámbulo, en el que se pone de relieve que la obligación es un elemento del patrimonio. Además se establecen en el mismo las clasificaciones de los bienes y el significado jurídico del patrimonio. Concluido el preámbulo se señala en una introducción los diversos significados de la palabra

«obligación», las clasificaciones de las obligaciones y los caracteres fundamentales del Derecho de obligaciones. De particular interés es el análisis que los autores realizan sobre los factores de elaboración y evolución del Derecho de obligaciones, teniéndose muy en cuenta el pensamiento de Ripert, que ha evidenciado el influjo de los factores moral, económico y político con singular agudeza. Para Flour y Aubert, el Derecho de obligaciones es una ciencia social indisociable de la moral, la economía y la política. Si no se quiere solamente conocerlo, sino también juzgarlo, es necesario buscar de dónde procede y por qué es lo que es. De esta manera se constata que, para tal pueblo y en tal época, es un resultado de todo lo que el pueblo piensa y siente: un reflejo de su civilización (p. 51).

Una vez realizada la mencionada introducción al estudio del Derecho de obligaciones, que es fundamental para situar al lector ante la problemática que va a abordarse, se comienza el Libro Primero relativo a las fuentes de las obligaciones. Se parte de la distinción fundamental entre los actos jurídicos y los hechos jurídicos, también designados con el nombre de fuentes extracontractuales. El análisis de los actos jurídicos es la materia del volumen primero, que está dividido en dos títulos: el contrato y los demás actos jurídicos (acto unilateral y acto colectivo). Los autores parten de la idea de que el contrato es un tipo particular de acto jurídico. Tratándose de un acuerdo de voluntades, que produce una o varias obligaciones, el estudio del contrato comporta el examen de tres cuestiones: a) la de saber cómo y en qué condiciones se forma este acuerdo; b) la de las sanciones previstas para asegurar el respeto de estas condiciones; c) la de los efectos de este acuerdo, a saber, las obligaciones que, precisamente, hace nacer el mismo. Antes de examinar estas cuestiones, los autores establecen las clasificaciones de los contra y sobre todo exponen el significado del principio de la autonomía de la voluntad, destacando que la voluntad, como principio generador de la obligación, se manifiesta tanto en la conclusión del contrato como en su contenido. Después de señalar el fundamento de este principio, se exponen las críticas que se han formulado contra el mismo, llegándose a la conclusión de que actualmente se observa un acentuado declive de la autonomía de la voluntad, debido, sobre todo, a la reacción legislativa, que ha sido más intensa que la doctrinal y jurisprudencial. A continuación, los autores llevan a cabo un completo análisis de la formación del contrato con la descripción de su esquema y de sus deformaciones, que resultan de la imposibilidad, en algunos casos, de acordar todos los elementos de la convención y, en otros, de hacer preceder a ésta de un debate previo: los contratos tipo y los contratos de adhesión adquieren de esta manera toda su significación. Según Flour y Aubert, las condiciones de formación del contrato son determinadas sustancialmente por el principio de la autonomía de la voluntad. Lo que cuenta, ante todo, es la voluntad de las partes, la cual ha de ser contemplada desde diversos puntos de vista. Enfocada desde esta perspectiva la cuestión, se analiza el consentimiento contractual, exponiéndose el significado de la oferta y la aceptación, las aludidas deformaciones del esquema clásico del acuerdo de voluntades y los vicios del consentimiento. Al examinarse la capacidad de las partes del contrato, se exponen los diversos tipos de incapacidades y su régimen jurídico.

El objeto del contrato es definido y caracterizado. Se aborda también el problema de la lesión, que consiste en cuestionar si el valor del objeto debe ser tomado en consideración para decidir sobre la validez del contrato. La causa es examinada a la luz de las diversas teorías formuladas sobre su significado, señalándose que el Derecho positivo consagra una concepción dualista de la causa, ya que ésta cumple un fin de protección individual y un fin de protección social. Este dualismo se aprecia a propósito de las cuestiones de prueba relativas a la causa, que son examinadas con detenimiento. Se tienen también en cuenta el orden público y las buenas costumbres, que son límites fundamentales de la autonomía de la voluntad. También se exponen las condiciones de forma del contrato, estableciéndose agudamente los límites del principio del consensualismo en materia de forma. Analizado el problema de la formación del contrato se prosigue con la exposición de los principios de la teoría de las nulidades, lo cual precede, en el plan de los autores, a las condiciones en que la nulidad puede ser invocada y los efectos que produce. Al clasificar las nulidades, se hace especial hincapié en la distinción básica entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa, cuyos regímenes jurídicos son expuestos con amplitud y rigor. El examen del contrato se concluye con la determinación de sus efectos jurídicos. En este sentido, se analizan las obligaciones nacidas del contrato y las personas obligadas por éste. Dentro del capítulo dedicado al análisis de las obligaciones nacidas del contrato se tienen en cuenta la aplicación y los límites del principio de la fuerza obligatoria del contrato. De extraordinario interés es el capítulo donde se establecen las personas obligadas por el contrato. El principio del efecto relativo del contrato y sus derogaciones es el objeto básico de la investigación de los autores. El volumen primero, de contenido muy denso, concluye con el análisis de los actos jurídicos diferentes del contrato, es decir, el acto jurídico unilateral y el acto jurídico colectivo. En relación con el primero, destaca el examen de la promesa unilateral de voluntad. Para Flour y Aubert (p. 379) la idea de promesa unilateral no es contradictoria en sí misma, y la prueba de esto se encueuntra en el Derecho positivo, que establece indiscutiblemente algunas aplicaciones. El auténtico debate no se centra en la admisión de esta fuente de la obligación, sino en el dominio que conviene reconocer a la misma.

De acuerdo con el plan previsto en el preámbulo del volumen primero, el profesor Aubert, debido al fallecimiento del profesor Flour, ha acometido sólo la realización del volumen segundo, donde se analiza el «hecho jurídico» como fuente de obligaciones. Este volumen es la continuación del primero, lo que se aprecia tanto en la ordenación sistemática como en la finalidad perseguida, aunque observamos, sin embargo, un tratamiento más amplio de las cuestiones. En el marco de los hechos jurídicos son situados los quasi-contratos y la responsabilidad civil. Destaca Aubert las afinidades profundas que existen entre estas dos fuentes de obligaciones y, en concreto, que el restablecimiento del *statu quo ante* constituye, en todo caso, el fundamento del quasi-contrato (ventaja injustamente recibida) y de la responsabilidad civil (daño injustamente causado). El título primero de este volumen se destina al estudio de los quasi-contratos. Señala Aubert que el Código civil sólo menciona y

reglamenta la gestión de negocios y el pago de lo indebido, pero que, partiendo de que estas instituciones se basan en el cuidado de evitar que una persona se enriquezca sin causa a costa de otra, doctrina y jurisprudencia han estimado posible generalizar estas disposiciones: hacer de todo enriquecimiento sin causa una fuente de la obligación.

El capítulo primero está destinado a la gestión de negocios. Después de exponer la noción general y el fundamento de la misma, se analizan las condiciones de la gestión de negocios, que conciernen al dueño, al gestor y a la gestión, el objeto de la gestión y la utilidad u oportunidad de la gestión. De suma importancia son los efectos de la gestión de negocios, cuya determinación es realizada por el autor, partiendo de la distinción de las relaciones entre el gestor y el dueño y de éstos con terceros. Se examinan las obligaciones del gestor y del dueño, y al enfrentarse con el problema de la eficacia de la gestión frente a terceros, se señala que el mismo sólo se plantea cuando la gestión tiene por objeto actos jurídicos, especialmente contratos. Conviene distinguir según se trate de una gestión con representación o sin representación. Cuando el gestor ha obrado con representación, se aplican los principios de esta institución; en cambio, cuando el gestor ha actuado sin representación, el principio es que, frente a los terceros, sólo él aparece.

El capítulo segundo se destina al pago de lo indebido. Para Aubert (p. 27), esta figura surge cuando una persona cumple en beneficio de otra una prestación que ésta no tenía derecho a exigirle. Mucho más claramente que en la gestión de negocios, la acción de repetición en caso de pago de lo indebido se conecta con el enriquecimiento sin causa. Una vez perfilado el significado de la figura, se analizan las condiciones de la repetición de lo indebido, distinguiéndose entre la repetición por pago inicialmente indebido y la repetición por pago que deviene ulteriormente indebido. Se concluye con la exposición de las modalidades de repetición de lo indebido.

El capítulo tercero se refiere al enriquecimiento sin causa, que es examinado en treinta densas páginas. Se muestran los textos que pueden ser explicados por la idea de enriquecimiento sin causas y el fundamento de esta fuente de la obligación. La mejor explicación, según el autor (p. 44), es la de asignar a la *actio in rem verso* un fundamento moral (Aubry y Rau y Ripert). Las condiciones de ejercicio de esta acción son analizadas con rigor y amplitud, teniéndose muy en cuenta la doctrina jurisprudencial, que en esta materia es importante. Sumamente interesante es el examen que el autor hace del significado de «causa del enriquecimiento» y «causa del empobrecimiento». Tras afirmar el carácter subsidiario de la *actio in rem verso*, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, Aubert, jurista preocupado por la aplicación de la normas jurídicas a la realidad, destaca, siguiendo a Carbonnier, que la doble condición de ausencia de causa y subsidiariedad ha determinado que los Tribunales hayan enmarcado en límites estrechos el ámbito en que la *actio in rem verso* puede ser ejercitada con éxito. Sin que una estadística haya sido establecida, la consulta de los repertorios de jurisprudencia da la impresión que, desde 1892, el número de casos en que la indemnización ha sido efectivamente atribuida en favor del empobrecido es relativamente es-

caso. Por último, se señalan los efectos de la *actio in rem verso*, que se tratan fundamentalmente en la indemnización al empobrecido.

El título segundo se refiere a la responsabilidad civil. En casi trescientas páginas, llenas de referencias doctrinales y sobre todo jurisprudenciales, se analiza esta parte fundamental del Derecho de obligaciones, que la doctrina francesa ha cultivado con gran acierto y extensión. La amplitud y profundidad con que el autor acomete el examen de la responsabilidad civil sobrepasa con mucho el tratamiento que se hace de este tema en los manuales, para acercarse al tratamiento monográfico. Se comienza este título segundo con la expresión del significado general de la responsabilidad civil, para seguirse con el plan de exposición, que se traduce en la descripción de la evolución y del fundamento de la obligación de reparar el daño y en el análisis de las condiciones y los efectos de la responsabilidad civil. De manera clara y rigurosa se exponen las tres concepciones de la responsabilidad civil, es decir, las que la fundamentan en la culpa, en el riesgo y en la garantía. Señala Aubert (pp. 91-92), después de exponer el significado de las teorías que fundan en la culpa y el riesgo la responsabilidad civil, que debe mantenerse el principio de la responsabilidad fundada en la culpa y sancionada por una obligación de reparación íntegra. La responsabilidad fundada en el riesgo debe ser excepcional en lo referente a los casos de aplicación y limitada en cuanto a la obligación de reparación que resulte. De la manera descrita desaparecen los inconvenientes morales y sociales de la segunda, ya que, no siendo idénticamente tratado, según que su conducta haya sido diligente o no, el hombre conservará a la vez el sentido de su libertad y el de la vigilancia necesaria en una política de prevención. Esto, sin embargo, con una condición suplementaria: que el seguro de responsabilidad —cuando ésta deriva de la culpa— reciba, en fin, una configuración que, contrariamente a la práctica dominante, fomente una cierta incitación a no causar daños. En relación con la teoría de Starck, que basa la responsabilidad en la idea de garantía, Aubert (pp. 94-95) señala que representa un esfuerzo particularmente interesante para dar más coherencia a una materia donde existe gran necesidad de ella, pero no se tiene en cuenta el Derecho positivo. Con razón o sin ella, éste es fundamentalmente contrario a toda concepción dualista del daño. Si se razona, por contra, *de lege ferenda*, no parece injustificado tener en cuenta algunas ideas de Starck: principalmente, la de facilitar la indemnización del daño corporal y subordinar a unas condiciones más estrictas la del daño moral, aunque en este punto no parece que la teoría pueda ser acogida sin reservas.

A nuestro juicio, Aubert advierte acertadamente de los peligros que representa una excesiva objetivación de la responsabilidad civil. No cabe duda que la teoría de la responsabilidad por riesgo permite lograr el ideal de la justicia de que cualquier daño que se cause a una persona sea indemnizado, pero presenta una gran dificultad, señalada por numerosos autores: el deber de resarcir se hace recaer en una persona. El criterio de la socialización de los riesgos y de los daños, que se afirma como solución ideal, no deja de presentar el inconveniente, que con Aubert podemos calificar de moral y social, de que si bien frente a los daños se logra que el perjudicado sea totalmente resarcido, la solución puede convertirse en un factor determi-

nante del incremento de la negligencia. Como bien dicen Díez-Picazo y Gullón (1), todos nos comportamos con alguna negligencia, si sabemos que las consecuencias de nuestra negligencia serán pagadas por otros. Por todo lo dicho, nos parece más prudente pensar que sólo en casos excepcionales puede admitirse la responsabilidad civil basada en la idea del riesgo. Incluso la responsabilidad derivada de los daños por circulación de vehículos de motor no pasa de ser una responsabilidad de objetividad bastante atenuada, como se infiere del artículo 1.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962, texto refundido aprobado por Decreto de 21 de marzo de 1968. Creemos, en definitiva, que son criticables soluciones como la de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1978, en la que, con ocasión de un incendio ocurrido en Córdoba durante el mes de julio, ardieron unas pilas de paja almacenadas. Se ignoraba la causa del incendio, que en esta época del año y en este lugar podía ser desde un pequeño cristal en que los rayos del sol se refractaran o reflejaran, hasta la imprudente colilla de un cigarro. Sin embargo, acertó a pasar por allí un tractor y se condenó al propietario del mismo. El Tribunal Supremo confirmó esta sentencia, que a su juicio no infringe los artículos 1.902 y 1.903 de nuestro Código civil (2).

Para Aubert, con exclusión de las leyes especiales, el Derecho positivo se caracteriza por la existencia de tres regímenes distintos: la responsabilidad por acción personal, la responsabilidad por acción de otro y la responsabilidad por acción de las cosas. Las dos primeras son previstas expresamente por el Código civil; la tercera, que es contemplada por el Código civil para determinadas cosas, ha sido generalizada por una jurisprudencia creadora. Sin duda existen elementos comunes a estos tres tipos de responsabilidades, ya que siempre es necesario que se haya sufrido un daño y que exista una relación de causalidad, es decir, que el daño haya sido causado por la acción personal del demandado o por la acción de la persona o de la cosa por la que se ha de responder. Sin embargo, mientras que el daño es siempre idénticamente apreciado, el análisis de la causalidad sólo es común en lo relativo al principio, pues en las modalidades reviste matices importantes según se aplique en un dominio o en otro. Parece, pues, más claro estudiar autónomamente los tres regímenes, exponiendo lo que les sea común al examinar el primero. Este método permite mostrar mejor las diferencias de técnica y de fundamento que, en lo esencial, los separan. La responsabilidad por la acción personal está enteramente fundada en la culpa. La responsabilidad por la acción de otro y la responsabilidad por la acción de las cosas se oponen —jurídicamente— como excepciones, aunque en la práctica son, sin duda, más corrientemente aplicadas. Además, el fundamento es discutido: algunos las anudan a la culpa; otros, al riesgo; en fin, no faltan quienes propugnan la combinación de las dos ideas. En tres densos y documentos capítulos se examinan estas tres modalidades de responsabilidad. A propósito de la res-

(1) DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 1979, p. 604.

(2) Sobre esta sentencia, véase el comentario de ROGEL VIDÉ, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, 1979, I, pp. 267-280, y DÍAZ-PICAZO, *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado*. Madrid, 1979, pp. 120-121.

ponsabilidad por acción personal, el autor examina con profundidad los elementos de la culpa, exponiendo la noción, las clasificaciones, la constatación judicial y el problema del abuso del derecho, el daño, con especial atención a la distinción entre el daño material y el daño moral y la relación de causalidad, examinándose los supuestos de unidad de culpa y unidad de daño, pluralidad de culpas y unidad de daño, la conducta culpable de la propia víctima, las culpas sucesivas y la unidad de culpa y pluralidad de daños.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1.384 del Código civil se analiza cada uno de los supuestos de responsabilidad por la acción de otro. En concreto, la responsabilidad de los maestros por la acción de sus alumnos, la responsabilidad de los padres por la acción de sus hijos menores, la responsabilidad de los artesanos por la acción de sus aprendices y la responsabilidad del comitente por la acción de su encargado, que es examinada con gran detalle.

El análisis de la responsabilidad por la acción de las cosas comienza con el estudio de los casos tipificados por el Código civil, es decir, las responsabilidades derivadas de la acción de los edificios (artículo 1.385) y de los animales (artículo 1.386). El autor (p. 263) destaca que la jurisprudencia actual admite el principio de la responsabilidad por la acción de las cosas inanimadas, en base al párrafo 1.º del artículo 1.384 del Código civil. Sin embargo, destaca que la simplicidad aparente de este principio es fruto de una gran imaginación. Después de exponer la interpretación «evolutiva» del citado precepto, distinguiendo una serie de períodos, que van desde 1896 hasta el presente, con especial referencia a la posición de los Tribunales, Aubert trata de determinar el alcance del principio. Con este propósito expone las condiciones positivas de aplicación del párrafo 1.º del artículo 1.384 y los límites del dominio de aplicación del mismo. También pone de relieve las causas de exoneración de responsabilidad por la acción de las cosas. Como conclusión de todo esto, piensa que puede extraerse una importante lección: el siglo XIX ha creído en la superioridad de la ley, fuente de Derecho cierto y estable; el siglo XX ha creído, de buen grado, en la superioridad de la jurisprudencia, por su capacidad de adaptación a las condiciones cambiantes de la vida social. El ejemplo de la responsabilidad por la acción de las cosas ilustra bastante claramente que las dos ideas deben en todo caso —e independientemente de la oportunidad de las leyes especiales— ser conjugadas: es necesario que la ley —en sentido amplio, incluyendo el reglamento— evite perderse en los detalles y aporte al juez unos principios seguros que le guíen en la aplicación de los textos. Obligado es remarcar que se está aquí lejos del modelo: tres palabras —cosa, hecho, guarda— para reglamentar uno de los sectores más amplios de la vida jurídica y del contencioso judicial, no son principios, sino adivinanzas.

El volumen segundo concluye con el examen de dos importantes cuestiones: la acción de reparación del daño y el significado de reparación del daño. En relación con la primera, se analizan las posiciones jurídicas del demandante y del demandado, las modalidades del ejercicio de la acción, con especial referencia al caso de responsabilidad civil acompañada de responsabilidad penal. En cuanto a la reparación del daño, se precisan la forma y

el montante de la reparación. También se analizan las modalidades de aplicación del principio de equivalencia entre la reparación y el daño.

Con esta somera descripción del contenido del volumen primero, relativo al acto jurídico, y del volumen segundo, referente al hecho jurídico, creemos evidenciar la importante labor científica llevada a cabo por los profesores Flour y Aubert. Compartimos plenamente el juicio crítico del profesor Raynaud (3), que señala, en relación con el volumen primero, que es necesario detenerse en cada página para apreciar el arte con el que es presentado un Derecho rico, de larga historia, que ha depurado las técnicas y cuidado siempre de adaptarse a las nuevas necesidades de un mundo que cambia. El uso de este libro hará comprender los cometidos de la lógica y de la búsqueda de los fines sociales del Derecho.

Observamos en ambos volúmenes, cuya presentación editorial es magnífica, una gran claridad expositiva, que facilita la comprensión de lo que los autores quieren decir, un plan perfectamente esbozado, que se basa en la distinción de dos grandes fuentes de las obligaciones, el acto jurídico y el hecho jurídico, una excelente documentación, plasmada en numerosas notas a pie de página, que están dirigidas, como se dice en el prólogo, a suministrar una información necesaria para que los lectores puedan profundizar en temas concretos de investigación, y el examen detenido de los numerosos problemas que se plantean, que hace que no estemos en modo alguno ante una obra superficial. En el prólogo del volumen primero se señala el fin perseguido por los autores al escribir esta obra. Se parte de la idea de que la formación jurídica no consiste —al menos, no es lo más importante— en memorizar unas reglas. Lo propio del jurista es el saber argumentar, a fin de escoger entre las diversas tesis posibles. Los que entren en la Universidad han de guardarse de la engañosa facilidad de las soluciones hechas, que no se encuentran más que en los *mémentos*. Que estén convencidos que el Derecho es, fundamentalmente, «la ciencia de lo contradictorio» (*la science du contradictoire*), como ha enseñado Carbonnier (4).

Nos parece que el planteamiento metodológico de Flour y Aubert es el que mejor contribuye a la formación jurídica. Tal vez sea oportuno mencionar la opinión de algún autor que sigue una orientación semejante, a fin de que se evidencie aún más el correcto planteamiento de la obra que comentamos. Es suficiente con traer a colación lo que escribe el profesor Díez-Picazo en el prólogo de su obra *«Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial»*, vol. 1.º: El libro aspira a suscitar ideas y no a imponer soluciones. Trata

(3) RAYNAUD, nota en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1975, núm. 2, pp. 488-489.

(4) Para comprender la afirmación de que el Derecho es la ciencia de lo contradictorio, nada mejor que mostrar lo que el profesor CARBONNIER dice al respecto: «La forma jurídica del razonamiento es el debate contradictorio, y la ciencia del Derecho obtiene de aquí una irreductible originalidad: es una ciencia de lo contradictorio. En contraste con las restantes ciencias, en que un problema, generalmente, no tendrá más que una solución, todo problema comporta aquí al menos dos. Cada una de las pretensiones contradictorias es, *a priori*, defendible, y si es defendible, es probable (*Droit civil. Introduction. Les Personnes*, vol. 1.º, París, 1977, p. 43).

de desdogmatizar y de problematizar los fenómenos jurídicos. Sé bien que pedagógicamente es más fácil un categórico catecismo jurídico (lo que Flour denomina «*mémento*»), pero creo que toda simplificación ofrece una imagen falsa y deformada de la realidad.

Al examinar las diversas instituciones, Flour y Aubert muestran los factores de todo tipo (sociológicos, económicos...) que inciden sobre las mismas, lo que es muy conveniente para comprender mejor este sector del ordenamiento jurídico, que se encuentra en constante evolución. Siguen así una orientación que es afirmada por la doctrina francesa más autorizada (Ripert, Savatier, Carbonnier...). Piénsese que el Derecho de obligaciones está casi todo él construido sobre unas bases económicas que son distintas de las que hoy en día tenemos frente a nosotros. Así, por ejemplo, la contratación por adhesión ha adquirido una importancia extraordinaria, lo cual, desde luego, era inimaginable para el legislador del siglo XIX.

Concluimos esta nota, que necesariamente es breve, debido a lo mucho y bueno que puede decirse sobre esta obra fundamental, señalando que constituye una valiosísima aportación en un campo, que como se ha dicho recientemente, todavía no está suficientemente esclarecido, aunque otra cosa superficialmente se crea del Derecho de obligaciones. Esperemos con interés la publicación del volumen tercero de la obra, en el que se abordará la problemática jurídica de la relación obligatoria.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ,
Profesor de Derecho Civil
de la Universidad Autónoma de Madrid

TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT: «La protection de l'enfant». Journées Egyptiennes. Tomo XXX. París, 1981. Un volumen de 702 páginas.

Al coincidir con el «Año Internacional del Niño» (1979), la «Asociación Henri Capitant» celebró sus jornadas en Egipto sobre el tema referente a la protección de la infancia. Las diversas contribuciones realizadas por sus miembros internacionales, de diferentes países, han versado especialmente sobre los ámbitos del «Derecho de familia», del «Derecho penal», del «Derecho social» y del «Derecho público»; después son recogidas conjuntamente en este volumen que contiene las ponencias dentro de cada ámbito.

En primer lugar, figura el breve discurso del entonces Presidente de la República Egipcia, Anuar el Sadate, donde destaca las contribuciones normativas realizadas por su gobierno en torno a la infancia y la protección de la familia, además de agradecer a los participantes esta colaboración internacional tan humana. Le sigue otro texto del breve discurso del ministro de Asuntos sociales, la doctora Amal Osman, en el que pone de relieve los principios humanos y universales para la protección del menor dentro de la variedad de costumbres y hábitos familiares de los diversos países.

La primera parte de este volumen recoge las ponencias correspondientes al «Derecho de familia», cuyo ponente general, el profesor El Badrawi, destaca

ca el concepto de infancia, la protección al niño en las sociedades contemporáneas y a la familia como el centro protector y de formación del niño, donde precisamente destaca distinguidamente la posición de nuestro querido colega el profesor Rico Pérez. A continuación se recogen las ponencias sobre la protección de la infancia realizadas por los juristas de la nación belga, canadiense, española, egipcia, francesa, griega, italiana, libanesa, luisiana, luxemburguesa, holandesa, polaca, portuguesa y suiza.

La segunda parte se refiere al ámbito penal de la protección a la infancia, cuya ponencia general es a cargo del profesor Hosni, Decano de la Facultad de Derecho de el Cairo, donde pone de relieve los aspectos fundamentales que se hacen en las contribuciones presentadas en las ponencias de los diversos países: la protección al menor, víctima de una infracción de la ley penal, y el trato protector al niño que cae bajo la influencia de factores criminológicos y es autor de una infracción.

La tercera parte contiene las ponencias que estudian el «Derecho social» de la infancia y la ponencia general corre a cargo del profesor Bois, de las Universidades de Neuchâtel y de Ginebra, donde expone las generalidades sobre las primeras medidas de protección a la infancia respecto al trabajo; además, define lo que ha de entenderse por infancia, su formación profesional, la edad para el trabajo, la enfermedad, el accidente, la invalidez y la infancia como causa de contribución a prestaciones.

Por último, se estudian los aspectos de «Derecho público» de la infancia, cuya ponencia general elabora el profesor Moderne, de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Pau, el cual, se pregunta cómo proteger al niño y sobre las cuestiones que plantea la incertezza de la protección constitucional del menor (la de su protección directa, el derecho a la salud, a la instrucción y a la cultura), las insuficiencias de la protección administrativa sobre la infancia (la poca coordinación de los organismos de su protección, la coexistencia de instituciones públicas y privadas) y la selectividad de las intervenciones en favor del menor (prestaciones generales y especiales).

Con las ponencias belga, canadiense, francesa, griega, italiana, la de luisiana y la portuguesa se concluye este magnífico volumen sobre un tema monográfico de tanta actualidad como de atención por parte del jurista.

José BONET CORREA

INTERNATIONALES INSTITUT FÜR RECHTS- UND VERWALTUNGSSPRACHEN: «Staats-und Verwaltungsorganisation (Deutsch-English). Civil Service Organisations (German-English)». Köln, Berlin, Bonn, München, 1981. Carl Heymanns Verlag KG. Un volumen de 160 páginas.

El «Instituto Internacional para la Terminología Jurídica y Administrativa» de Berlín, dirigido y fundado con gran maestría por el muy ilustre doctor Alexander Lane, desde hace años, cumple una función muy importante dentro del ámbito jurídico comparado, al haber conseguido reunir unas comi-

siones de estudio bilaterales entre los estudiosos de diversos países europeos especializados en terminología jurídica, que vienen llevando a cabo una labor tan eficaz de resultados muy elocuentes y prácticos, como es la realización de un gran «Manual de Terminología Jurídica y Administrativa Internacional», por fascículos separados.

Dicha obra cuenta ya con más de una treintena de títulos que con terminología bilingüe abordan una serie de ámbitos, relaciones jurídicas e instituciones de los diversos sistemas del Derecho y de la Administración pública de gran interés, sobre todo, para aquellos expertos que deben participar o negociar en lengua extranjera en un ámbito técnico muy concreto y donde no son suficientes los conocimientos corrientes de una lengua extranjera. Mientras que en los vocabularios tradicionales, incluso en los especializados, el lector encuentra solamente la equivalencia y traducción de los términos ordenados alfabéticamente, pero sin su concepto y las explicaciones correspondientes, en estos glosarios cada término comprende su equivalencia con el del sistema comparado, su analogía mayor o menor, o su diferencia; es en esta última tarea para cada ámbito específico donde esta obra trata de poner a disposición del interesado aquellas expresiones más utilizadas para las relaciones internacionales.

El presente volumen está dedicado a la «Organización de la Administración Pública o del Estado» en Alemania Federal e Inglaterra; su texto bilingüe en ambos idiomas, es elaborado por ambas comisiones de expertos, bajo la dirección de Von Dreising y los doctores Andreea, Rasch y Elkin y del abogado Batstone, así como de la doctora Anna von Sternbuch y la señora Elly Blech.

Después de unas adventencias preliminares sobre el significado de esta colección y sus propósitos, así como de las indicaciones en cuanto al método de estudio para la terminología empleada, se recoge la bibliografía más significativa sobre la materia objeto de examen, además de una completa tabla de abreviaturas.

La obra se divide en tres partes fundamentales: la primera, contiene el texto bilingüe alemán-inglés de dos estudios breves en torno a la organización de la Administración Pública estatal en la República Federal de Alemania y de la Gran Bretaña, así como los diagramas o esquemas de su organización y estructura; la segunda parte recoge la terminología análoga, equivalente o dispar que tiene mayor interés para este ámbito y la tercera parte añade un índice alfabético de todos los términos recogidos y estudiados.

José BONET CORREA

DE LOS MOZOS, J. L.: «Estudios de Derecho Agrario (Segunda Serie)», publicación de la Universidad de Valladolid. Valladolid, 1981. 266 págs.

En esta *Segunda Serie* ha reunido el profesor De los Mozos varios trabajos, algunos inéditos, posteriores a la que ahora es la *Primera Serie* de sus estudios sobre la materia, publicada en 1972, con la que guarda una gran continuidad, dadas sus características comunes. En efecto, aunque el libro

aborda temas alejados aparentemente entre sí, logra unidad expositiva, no sólo por la problemática que estudia, sino, sobre todo, por la uniformidad del método y por la organización sistemática. Así, recoge, en relación con la propiedad y los derechos reales, el importante estudio *En torno al régimen jurídico de la explotación agrícola* (pp. 23-46), al que se unen *La propiedad agraria en el Derecho indiano como aportación a las técnicas de reforma agraria* (pp. 47-68), *Precedentes históricos y aspectos civiles del derecho de caza* (pp. 69-97) y *Un proyecto de agricultura de montaña: la mesta leonesa (Aspectos jurídicos)* (pp. 99-125). Sobre los contratos, destaca el trabajo que se titula *Presupuestos para una reforma de los arrendamientos rústicos en Derecho español* (pp. 127-163), lo mismo que, en materia de sucesiones, *Hacia un Derecho sucesorio agrario (Aspectos de la conservación de la explotación en el Código civil, en los Derechos forales y en el Derecho de Colonización)* (pp. 199-239). Trabajos estos dos últimos que se pueden considerar como verdaderos estudios preliminares de la vigente legislación de 1980 y 1982, sobre arrendamientos rústicos y sobre el estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores, que introduce señaladas innovaciones en cuanto a la transmisión *mortis causa* de la explotación. No menos significativo son los trabajos que sirven de Introducción y de Epílogo al libro, a saber: *El Derecho agrario. Estado actual de la cuestión* (pp. 11-21) y *Sociología y Derecho agrario* (pp. 241-254). En el primero, el autor se muestra partidario, con gran acierto y realismo, de configurar al Derecho agrario no tanto como una disciplina autónoma o especial cuantitativo como una materia interdisciplinaria porque se compone lo mismo por normas de Derecho público que de Derecho privado, las que son de naturaleza común, especial o excepcional, en sentido técnico, según el marco de Derecho común y general que se tome como referencia. Idéntico rigor mantiene en el último trabajo al estimar que la relación entre las dos disciplinas mencionadas es la misma que existe entre la Sociología y el Derecho en general, la que se contrae, en lo fundamental, a dos aspectos, que son: la Sociología proporciona al Derecho los datos de la realidad económica, social y política cuando éste se refiere a ellos, y, al mismo tiempo, le aporta una especie de catálogo de necesidades que orientan la política y las reformas legislativas; es una disciplina auxiliar, útil a la ciencia del Derecho, pero nada más, tanto por lo que se refiere al Derecho en general como al Derecho agrario en particular.

Por eso, es sumamente significativa la nueva actitud del autor, que expresa en el Prólogo (pp. 7-10), sobre el *status académico* del Derecho agrario, pues reconoce que, mientras en la *Primera Serie* se pronunció a favor de la creación de Institutos, hoy se precisa una dotación gradual de Cátedras o Departamentos de Derecho agrario: Sólo así dejará de ser una materia secundaria, cultivada por civilistas y prácticos. De cara a la reforma del plan de estudios de la carrera de Derecho, esta propuesta del profesor De los Mozos ha de ser tomada muy en cuenta si se quiere que responda efectivamente a las necesidades de hoy, dada la complejidad legislativa y la madurez científica que el Derecho agrario ha alcanzado ya entre nosotros.

Carlos VATTIER FUENZALIDA

MUNOZ GARCIA, Juan Francisco: «*El matrimonio, misterio y signo. Siglos XVII y XVIII*». Pamplona, 1982. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Un volumen de 553 páginas.

Ahora, cuando la crisis del matrimonio se hace más evidente por su secularización, esta obra alcanza mayor interés por su significado en cuanto trata de su carácter sagrado en el pensamiento católico. Por ser una obra de investigación dentro de la ciencia canónica, pretende cubrir la laguna existente en la doctrina del matrimonio durante los siglos XVII y XVIII, respecto al carácter significante de esta institución.

El interés que para la ciencia canónica tiene el conocer la línea evolutiva que las fuentes eclesiásticas muestran sobre el carácter sagrado del matrimonio es lo que le ha conducido a este ilustre autor a observar el influjo que la «ratio signi» ejerce en esta institución ordenada desde su origen por el Creador a una vocación sobrenatural que la sitúa en el corazón mismo del misterio de amor entre Cristo y la Iglesia y, en consecuencia, ordenada a ser la ley suprema que explique suficientemente todo el orden jurídico del matrimonio natural y cristiano.

La metodología de la investigación seguida, al igual que las anteriores materias de estudio, responde a su evolución histórica en la doctrina canonista y teológica, sobre todo respecto a aquellos autores y tratadistas menos conocidos en estos dos siglos en que comienza a relegarse el valor sagrado del matrimonio.

Después de una magnífica introducción, el autor divide su estudio en dos partes institucionales: La primera dedicada a la coherencia entre sacramentalidad, significación y orden conyugal, así como a la crisis de la valoración del signo sacramental, y la segunda, que abarca el siglo XVIII, con tres apartados: el primero sobre la postura de los canonistas y teólogos, al referirse al contrato matrimonial cristiano y la jurisdicción de la Iglesia; el segundo que pone de relieve el influjo de Scoto, de Vázquez y de Ponce de León entre los canonistas y teólogos de esta época, y el tercero sobre la crisis de valoración en torno a la noción de sacramentalidad.

Hay que agradecer al autor las dos síntesis que elabora para ambos períodos correspondientes a los siglos XVII y XVIII sobre el estado de las cuestiones, así como sus conclusiones que ponen punto final a esta profunda investigación, a la que se añade una completa reseña bibliográfica, además de sus índices de autores y de conceptos.

José BONET CORREA

NAUTRE, Silvye: «*Le nom en droit comparé*». Publications universitaires européennes, Serie II, Sciences juridiques, vol. 180. Frankfurt a Mein, 1977. 221 págs.

No es evidentemente la rigurosa actualidad de la obra —que lleva publicada cinco años—, ni la personalidad de su autora —desconocida entre nosotros— lo que me impulsa a dar cuenta de ella, sino las circunstancias con-

currente en la misma y en la colección en que aparece. Resalta en esta última la sencillez, tanto en el sistema gráfico de reproducción, como en el tamaño, clase de papel y tirada, no superior a los 200 ejemplares. Pero, junto a ello, la gran amplitud de temas europeos tratados, la diversidad de idiomas y el gran esfuerzo que supone haber alcanzado, desde 1967, el vol. núm. 180. Vale la pena de seguir prestando atención a esta colección, animándola a seguir en el empeño, pues sólo esfuerzos de este tipo alumbrarán la Europa jurídica, que muy pronto tendrá que acoger también publicaciones en lengua española.

El esquema de la obra que recensiono es el característico de una Tesis Doctoral. Parte del nombre como medio de designación de las personas físicas y la problemática que plantea su utilización fuera del país de origen. Abarca y comprende, pero también supera, los aspectos del Derecho Internacional privado, para ofrecer un amplio estudio de Derecho comparado. Se ocupa de las funciones jurídicas y extrajurídicas del nombre; de los aspectos del Derecho público y de Derecho privado que la legislación estatal asigna al nombre; de la estructura, fuentes de inspiración y técnicas de atribución del nombre; de la adquisición originaria del mismo y de sus modificaciones.

El capítulo más sugestivo es, sin duda, el de las conclusiones. Prudentemente advierte la autora que ninguna regla en esta materia, ha llegado a tener alcance universal, por lo cual hay que cuidar de no generalizar las propias normas. En los países primitivos el nombre posee cualidades cuasimetafísicas, mientras que en los países modernos ha derivado a funciones de individualización. Dentro de los países industrializados en sentido amplio no se ha logrado el objetivo de que la persona se designe siempre por un mismo nombre y que ella sólo sea designada por él. La actual tendencia a ampliar la autonomía de la voluntad en esta materia se considera perjudicial por la autora. Se plantea la posibilidad de sustituir el nombre de las personas (nombre y apellidos, según la terminología española) por un número, lo que permitiría la utilización en gran escala de la informática. A modo de conclusión final, auspicia un sistema universal de atribución de un signo internacional para identificar a las personas físicas.

Pese a sus modestas dimensiones, la obra es rica en información, pudiendo destacarse que los datos relativos a España son, por lo general, correctos, habiendo utilizado un mínimo de fuentes bibliográficas (Peré Raluy, Castán, Puig Bruta). Aunque el tema suele considerarse entre nosotros casi de tipo reglamentario (a mitad de camino entre la legislación civil y la registral) la obra recensionada nos hace ver la enorme trascendencia práctica que conlleva una adecuada regulación del nombre de las personas en el ámbito internacional (turismo, trabajadores en el extranjero) del que no podemos evadirnos. Y, a riesgo de que mi opinión se pierda en el vacío ¿no habría forma de que se revitalicen y modernicen en España los centros dedicados específicamente al Derecho comparado, y de que se haga un esfuerzo por asegurar una mínima presencia hispana en las actividades que se realizan en el extranjero?

Gabriel GARCÍA CANTERO

PAREJO, LUCIANO: «La prevalencia del derecho estatal sobre el regional». *Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1981. 120 págs.*

1. Son suficientemente conocidas las dificultades por que atravesó la elaboración del actual Título VIII de la Constitución, sobre todo de su capítulo III, «De las Comunidades Autónomas». La regulación resultante, fundamental por la necesidad de fijar las bases del nuevo tipo de Estado creado, ha sido criticada, con razón, por sus defectos técnicos, que llegan a originar contradicciones e incoherencias y, en definitiva, a dificultar la comprensión del llamado «régimen de las autonomías» (1).

Los problemas jurídicos que suscita este aspecto de la Constitución adquieren mayor importancia con la promulgación de los primeros Estatutos de Autonomía que, lejos de corregir las deficiencias del texto fundamental, las utilizan como base para ampliar el ámbito de competencia de las Comunidades (2).

Uno de los preceptos constitucionales básicos en esta materia en el apartado 3º del artículo 149. Su contenido es de una complejidad difícilmente justificable, pues formula cuatro reglas de distinta naturaleza y finalidad: el régimen de las materias no reservadas expresamente al Estado; el de las no asumidas estatutariamente por las Comunidades Autónomas; la prevalencia del derecho estatal y la aplicación supletoria del mismo (3).

Destaca de las demás la regla de prevalencia del derecho estatal, no por lo expresivo del texto constitucional, sino por su operatividad. Corrobora esta afirmación la atención prestada doctrinalmente a su estudio y reflejada de forma preeminente en el Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, siendo destacable que la reacción política contra este

(1) Las diversas vicisitudes por las que atravesó esta parte del texto constitucional durante su elaboración pueden verse en Documentación Administrativa, núm. 180, extraordinario, 1978, que incluye todos los textos sucesivos.

Es unánime la crítica a la regulación de las Comunidades Autónomas, calificada de deficiente, contradictoria, ambigua (lo refiere concretamente Parejo en la obra reseñada, pág. 75, al comenzar el estudio del sistema español) y también de problemática y confusa («Comentarios a la Constitución», dirigidos por F. Garrido Falla, Madrid, 1978, pág. 819, y J. Leguina Villa, en «La Constitución española de 1978», estudio sistemático dirigido por A. Preider y E. García de Enterría, Madrid, 1980, pág. 745).

(2) De los Estatutos de Autonomía actualmente vigentes, destinados al País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre), Cataluña (Ley Orgánica 4/1979, de la misma fecha) y Galicia (Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril), interesan ahora especialmente sus artículos respectivos: 10, 9 y 27.

(3) Este apartado establece: «Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas».

Proyecto ataca, principalmente, la interpretación y la aplicación, que en él se hace, de la regla que nos ocupa (4).

2. La obra de L. Parejo va encaminada a determinar el contenido y alcance del que llama «principio de la prevalencia del Derecho estatal sobre el regional»; para ello plantea inicialmente una cuestión básica: el tipo de Estado sancionado por la Constitución de 1978 y sus principios esenciales.

Esta cuestión básica, para cuya resolución se da entrada a la categoría del Estado complejo o compuesto, con autonomías territoriales, sirve de entrada para afirmar un criterio muy utilizado después, la superioridad de la comunidad nacional sobre las comunidades territoriales.

Más de la mitad del libro a que nos referimos se dedica al estudio detenido de sistemas de Derecho comparado en los que rige una regla semejante a la de prevalencia del Derecho estatal. Concretamente se examinan dos sistemas federales, Estados Unidos y Alemania Federal, y uno regional, el italiano. Acudir a los primeros se justifica expresamente por Parejo, que defiende la proximidad de la Constitución al modelo federal más que al regional. El empleo del sistema italiano no debe suscitar recelos a tenor de sus evidentes similitudes con el vigente en España.

La exposición del modelo estadounidense se hace mediante el planteamiento de los temas suscitados por la interpretación de la Constitución de 1787 en torno a la distribución de competencias entre la Unión y los Estados. Lógicamente, la «supremacy clause», recogida por el artículo VI, párrafo 2.º, de la Constitución, y las doctrinas formuladas sobre su alcance constituyen el núcleo del estudio, completado al coordinarse con la cláusula de habilitación formulada en el artículo 1 Sección 8.ª del texto fundamental.

En el Derecho alemán las cuestiones se centran en las relaciones entre los artículos 30 y 31 de la Ley Fundamental de Bönn, sin que las conclusiones que se obtienen difieran prácticamente de las alcanzadas en el sistema norteamericano.

Del régimen constitucional italiano se destaca la posibilidad de un control estatal sobre la legislación regional para reafirmar la supremacía de la comunidad nacional sobre la regional.

Los sistemas comparados a los que hemos hecho referencia permiten formular dos conclusiones:

1.ª La superioridad de los intereses federales o nacionales sobre los particulares de los estados o regiones.

(4) Además de la obra a que nos referimos, estudia también monográficamente esta regla I, de Otto y Pardo en «La prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho regional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2/1981, págs. 57 a 92. El Proyecto de Ley citado fue publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso), número 235-I, 17 de noviembre de 1981, plasmándose la regla de prevalencia en su artículo 4.º, que es del siguiente tenor: «Las normas que el Estado dicte en el ejercicio de las competencias que le reconoce el artículo 149.1 de la Constitución prevalecerán en todo caso, sobre las normas de las Comunidades Autónomas, cualquiera que sea la denominación de las competencias que a éstas atribuyen sus Estatutos».

2.^a El reflejo de esta superioridad en la preferencia del Derecho federal o nacional sobre los Derechos estatales o regionales.

Este esquema va a intentar reflejarse en la articulación entre Derecho estatal y Derecho de las Comunidades Autónomas en el régimen constitucional español.

3. La tercera parte del trabajo a que nos referimos tiene, sin duda, el máximo interés, por dedicarse ya al estudio del sistema español.

L. Parejo realiza su tratamiento del tema desde la base; examinando la forma de distribución de competencias, conforme a la Constitución, entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Admitiendo la aplicación general del principio estatutario, de la voluntariedad o dispositivo, que hace el texto fundamental, se enfrentan claramente dos listas de materias (arts. 148, pág. 1 y 149, p. 1 de la Constitución) correspondientes a distintos ámbitos del poder político y de intereses gestionados (5). El reparto de competencias, que se hace en forma defectuosa, se centra, en definitiva, en el artículo 149, p. 1, de la Constitución y es la base para la aplicación del principio de prevalencia. Parejo critica la calificación de este principio como simple norma de conflicto e intenta interpretarlo desde otro punto de vista, concretamente entendiendo que es una regla de competencia. Su principal argumentación parte del diferente enfoque advertible en los citados artículos 148 y 149. El artículo 148 comprende el ámbito de intereses propios de cada Comunidad Autónoma y pueden ser encomendados directamente a éstas por los Estatutos de Autonomía. El artículo 149, sin embargo, delimita los intereses generales del Estado y en su ámbito sólo podrán actuar las Comunidades Autónomas con sumisión a las disposiciones estatales.

La aplicación del principio de prevalencia requiere también precisar claramente el concepto «competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas», en cuyo ámbito está exento de aquélla. Esta precisión se hace por Parejo indirectamente, al señalar las materias en que se produce concurrencia de las competencias estatal y regional autónoma. Equiparando competencias concurrentes y compartidas, incluye en su ámbito todas aquellas que recaen sobre una misma materia, aun siendo distintas las facultades o funciones que cada órgano o entidad tenga atribuidas. De este modo, sólo se consideran de competencia exclusiva regional las materias sobre las que el Estado carezca totalmente de competencias.

Así, el ámbito de aplicación del principio de prevalencia resulta extraordinariamente amplio: todas las materias mencionadas en el artículo 149, p. 1,

(5) Esta cuestión ha sido tratada con profusión desde la promulgación de la Constitución. Pueden verse al respecto: E. García de Enterría y T. R. Fernández, «Curso de Derecho Administrativo», I, Madrid, 1980, págs. 249 a 285; S. Muñoz Machado, «Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas», Madrid, 1979, págs. 47 a 61; E. Argullol Murgadas, «Los límites de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas», y J. L. Villar Palasí, «El principio de jerarquía de las normas según la nueva Constitución», entre otros varios que afectan al tema, de los publicados en la Constitución Española y las fuentes del Derecho, tres volúmenes, Instituto de Estudios Fiscales, 1979; L. Cosculluela Montaner, «La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas», en la misma obra colectiva y en el núm. 89 de la Revista de Administración Pública, págs. 7 a 60.

de la Constitución, necesariamente, y las contenidas en el artículo 148, p. 1, o no citadas por la Constitución mientras no se atribuyan con carácter exclusivo a las Comunidades Autónomas (6).

Los efectos del principio, el significado de la prevalencia, también son amplios; implican la superioridad del Derecho estatal, la derogación del regional contradictorio y además, la exclusión del Derecho regional, para el futuro, del ámbito ocupado por el estatal.

4. La obra de Luciano Parejo tiene el mérito fundamental de haber llamado la atención hacia la regla de prevalencia del Derecho estatal, que, en su formulación constitucional, estaba camuflada, al mezclarse con otras reglas de distinta naturaleza y finalidad. Igualmente resulta muy estimable la claridad con que expone las líneas esenciales del sistema de distribución constitucional de competencias entre la esfera estatal y la de las Comunidades Autónomas y, sobre todo, las relaciones entre los artículos 148 y 149 de la Constitución. Sin embargo, el resultado final del trabajo, el alcance y la función asignadas a la regla de prevalencia, parece excesivo y restringe notablemente el ámbito de autonomía de las Comunidades que se constituyan.

A parte de las posibles observaciones que puedan suscitar las referencias continuadas al significado de la prevalencia del Derecho federal en los Estados de esta forma, no cabe duda de que el centro de gravedad de la argumentación de Parejo y, por ende, del funcionamiento de tal regla en Derecho español, se encuentra en el concepto «competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas». El criterio de Parejo, a este respecto, no es utilizado generalmente por la doctrina, ni, lo que es más importante, tiene apoyo normativo alguno. Es más, los Estatutos de Autonomía promulgados hasta el momento parten de concepciones radicalmente dispares (7).

Otro punto que suscita alguna discusión es la relación entre el principio de prevalencia y la aplicación subsidiaria del Derecho estatal, establecida en el mismo precepto constitucional. La cuestión resulta especialmente cercana a los civilistas, pues esta última regla ha sido básica para articular las relaciones entre el Código civil y los Derechos Forales. En este sentido, es posible advertir, también, la utilidad del empleo de conceptos acuñados por el Derecho civil para comprender el significado del Derecho de las Comunidades Autónomas, cuya naturaleza de «Derecho particular» es evidente (8).

(6) Este planteamiento es recogido por el Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías (Centro de Estudios Constitucionales, mayo, 1981, páginas 35 y 46) y trasladado al Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, como se ha indicado más arriba.

(7) Para A. Blasco («Sobre el concepto de competencias exclusiva», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 29/1981, pág. 307 y sig.) e I. de Otto (loc. cit., pág. 79) es posible admitir la existencia de competencia exclusiva, aunque otro ente la ostente sobre la misma materia siempre que no sean de la misma naturaleza o entidad. Para comprobar el enfoque del tema por los Estatutos de Autonomía basta confrontar el artículo 149, p. 1, de la Constitución con los artículos 10 del vasco, 9 del catalán, 27 y 30 a 34 del gallego.

(8) Véase el planteamiento de I. de Otto, cit., págs. 71 y sigs., que trae

Reviste especial interés comprobar los resultados de la aplicación de la regla de prevalencia del Derecho estatal en cada una de las materias enunciadas por la Constitución, y concretamente, para este ANUARIO, en relación con la legislación civil objeto del artículo 149, p. 1, núm. 8, del texto fundamental (9).

Consecuencia primera y necesaria de esta aplicación es la exclusión del concepto restringido de las competencias regionales exclusivas, que llevaría a privarlas virtualmente de autonomía en relación con el Derecho Foral, contra lo dispuesto en la Constitución y en sus Estatutos. La competencia de cada Comunidad Autónoma para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho Foral, cuando exista, ha de ser exclusiva y estar, por tanto, al margen de la aplicación de la regla de prevalencia del Derecho estatal. Incluso en el único aspecto en que puede darse cierta concurrencia de competencias, la determinación de las fuentes del Derecho, la propia Constitución impone que la Ley estatal respete las normas forales (10).

Finalmente, es preciso llamar la atención sobre los efectos que asigna Parejo a la regla de prevalencia, congruentes con su concepción de la misma como regla de competencia y suficientes, por sí para imponer una cuidadosa interpretación y aplicación de la misma. En este punto, pueden ponerse algunas reservas al desplazamiento «pro futuro» del Derecho regional, producido en los ordenamientos federales respecto a los Estados, pero carente de clara justificación en el Derecho español (11).

. Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH

acertadamente a colación la regla de aplicación supletoria del Derecho estatal. La calificación del Derecho de las Comunidades Autónomas como derecho particular, por oposición al derecho general o del Estado no ofrece ninguna duda, aunque deba añadirse una nueva nota diferenciadora: su fuente de producción interna a la Comunidad a la que se destina (véase F. de Castro, «Derecho Civil de España», I, Madrid, 1955, pág. 110).

(9) Para la determinación del alcance de este precepto véase mi trabajo «Prestación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas» en la Constitución Española y las fuentes del Derecho, II, páginas 725 a 782; J. Delgado Echevarría, «Los Derechos civiles-forales en la Constitución», Revista Jurídica de Cataluña, 1979, págs. 643 y sigs.; E. Roca Trias, «El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978», en la misma revista y año, págs. 8 sigs.; E. Ruiz Vadillo, «La Constitución Española y el Derecho Civil», Revista de Derecho Privado, 1979, págs. 233 y sigs.; C. Lasarte, «Autonomías y Derecho privado en la Constitución española», Madrid, 1980.

(10) La atribución de competencia exclusiva, en esta materia a favor de la correspondiente Comunidad Autónoma por los Estatutos del País Vasco, Cataluña y Galicia (arts. 10.5, 9, núm. 2, y 27, núm. 4) no debe plantear discusión alguna. En este ámbito, el principio de prevalencia del Derecho estatal aparece como algo extraño e innecesario para el correcto desarrollo del sistema que, históricamente, ha desconocido siempre una regla semejante.

(11) Por el contrario, la eficacia que le asigna I. de Otto, cit., pág. 87, es excesivamente reducida, llegando a convertir la regla de prevalencia en una norma provisional y sólo aplicable en casos de duda sobre la competencia. Así entendida la prevalencia sería ficticia y totalmente inoperante. La solución más correcta podría buscarse en algún punto intermedio entre ambas concepciones, amortiguando, sobre todo, la eficacia futura defendida por Parejo, pero manteniendo el efecto inmediato de la repetida prevalencia del Derecho estatal, que no puede ser otro que la derogación de la normativa subordinada que lo contradiga.

RAVA, Tito: «Introduzione al diritto della civiltà europea». Palova. Cedam. Casa editrice dott. Antonio Milani, 1982, 220 págs.

Con el título modesto de *Instituciones* y con envidiable brevedad, el profesor Ravá nos ofrece un sugestivo nuevo modo de enfocar el estudio del Derecho y de superar la manera habitual de tratar el Derecho comparado.

Objeto del libro es el Derecho propio de la civilización europea. El autor ha debido, para ello, delimitar y caracterizar lo que entiende con dicho término. Para su definición se le contrapone al de las otras grandes civilizaciones. Estas se distinguen en dos grupos; los ordenamientos laicos (europeo y chino) y los ordenamientos dogmáticos; de éstos, unos basados en la religión (indú y musulmán) o en una ideología a la que el Derecho sirve de instrumento (países del Oriente europeo). Ejemplifica su exposición con unas bien dibujadas miniaturas sobre los Derechos chino, indú y musulmán. La evolución del Derecho europeo se recuerda esquemáticamente, en su desarrollo histórico; renacimiento del Derecho en el siglo XI con la Escuela de Bolonia y la creación del Derecho común en las Ciudades-Estados de Italia medieval (1), progresos jurídicos europeos en Francia, Inglaterra y Alemania, terminando con la referencia a la situación actual: Derecho de los negocios, internacionalización y unidad sistemática.

El Derecho europeo, con el Derecho chino, se coloca entre los Derechos laicos. La singularidad europea se encuentra para el autor en ser «auto-suficiente». «Para gobernar la sociedad no tiene necesidad de la cooperación de otros tipos de normas sociales, éticas o religiosas o ideológicas...». «Dicho de otro modo, el Derecho europeo es un Derecho laico, técnico o haciendo uso de una expresión especialmente evocativa, republicano; encuentra en sí su razón, es capaz en abstracto de resolver por sí mismo todos los problemas de la convivencia social e internacional...» (pág. 11). Caracterización ésta en exceso simplista, que parece desconocer lo que constituye la esencia misma de la cultura jurídica europea.

Repasa el autor la situación jurídica del mundo actual, el de la Sociedad de consumo (contratación de masa) y las nuevas circunstancias a las que ahora se han de atender (Derecho laboral, bienes intelectuales, signos distintivos, competencia). Falta actualmente, añade, una disciplina general de la empresa que la limite al desarrollo de la actividad productiva, y una disciplina de los medios de comunicación de masa, para tutela de consumidores y usuarios. Indicaciones de una renovación que dejan entrever hoy la posibilidad de un sistema jurídico igualitario que tenga en cuenta, además del aspecto individual y del aspecto social de la persona, la necesidad de tener en cuenta los otros sistemas jurídicos, en vista de la colaboración y del intercambio internacional.

Es cierto que en el Derecho europeo se logra mantener la separación entre las jurisdicciones eclesiástica y civil, pero también es cierto que la raíz y la savia, lo que constituye la peculiar esencia de la cultura jurídica

(1) Al tratar de la difusión del Derecho romano como ciencia jurídica común se hace referencia, siempre muy concisa, al Derecho de la Península Ibérica (págs. 38-39).

europea se encuentra en el cristianismo. El Derecho romano de la que parte es el cristianizado por Justiniano; el Derecho común es obra de canonistas y civilistas, que basan su pensamiento en la moral cristiana. Las posteriores divisiones y desviaciones de las concepciones jurídicas, resultan del enfrentamiento de teólogos protestantes y católicos, unos y otros cristianos. El ordenamiento jurídico civil sigue apoyándose en la ética cristiana, cuando los Códigos señalan como límite a la libertad de contratar la moral, el orden público y a las buenas costumbres. Las mismas corrientes que predicen la separación entre el Derecho y la moral, incluso las marxista-freudianas, reconocen en sus críticas la pervivencia del pensamiento cristiano en la civilización occidental europea.

El autor, con especial acierto, llama la atención hacia el hecho de que el Derecho no consiste sólo en un hecho unilateral del Estado, y que para traducirse en reglas de efectiva convivencia requiere siempre la interpretación, la que a su vez se actualiza mediante la cultura jurídica del intérprete. El pensamiento jurídico es un coeficiente indefectible del ordenamiento jurídico y el pensamiento europeo es el pensamiento sobre el que se apoya todo el edificio del Derecho moderno (2).

R.

RICO PEREZ, Francisco: «Las fundaciones en la Constitución española». Primer Premio «Alfonso X el Sabio». Ilustre Colegio de Abogados. Toledo, 1982. Un volumen de 223 páginas.

Las fundaciones cuentan en España con una larga tradición, tanto por su número como por sus múltiples finalidades (pías, benéficas, docentes, etcétera) de interés común o público. A pesar de que las fundaciones piadosas fueron numerosas y que el laicismo decimonónico trató de considerarlas «manos muertas» para lograr su expropiación, consiguiendo un simple cambio de manos, no faltó su acogida en el Código civil junto con las demás modalidades de entes con personalidad jurídica (arts. 35 al 39). Ahora la nueva Constitución española de 1978 también reconoce su existencia y el «derecho de fundación» para fines de interés general con arreglo a la ley (art. 34).

La bibliografía sobre las fundaciones es tan variada y dispersa en nuestra literatura jurídica como lo es su normativa, si bien en estos últimos años se haya incrementado el interés por su estudio, después que se han llevado a cabo grandes fundaciones de interés cultural y científico. A las contribuciones de nuestros civilistas como de Castro y Bravo, López Jacoiste, Díez-Picazo, Lacruz Berdejo, Badenes Gasset, Madruga Méndez y de los ilustres notarios Nart y Prada González, así como de Vilaseca Marcet y otros distinguidos juristas, se une esta actualísima monografía del profesor Rico Pérez, que es agraciada con el Primer Premio «Alfonso X el Sabio», del

(2) Págs. 16. El lenguaje jurídico común nace y se desarrolla a la par que la cultura jurídica europea (helenización de los juristas romanos, escolástica y lucubraciones sobre Derecho natural, codificación, pandectismo («Common Law»); ello ha hecho posible que los juristas de todo el mundo se entiendan en las Conferencias y Congresos internacionales.

Ilustre Colegio de Abogados de Toledo. Este estudio sobre la fundación está concebido y dividido en dos partes bien definidas: la primera parte, que abarca la problemática actual de las fundaciones; y, la segunda, que se refiere a las fundaciones ante la Constitución española.

En el apartado primero de la primera parte se comienza por un examen de la persona, de la personalidad física y jurídica y de sus aspectos en cuanto a la libertad y liberalidad como fundamento para las fundaciones; además, en los siguientes apartados, se concreta su etimología y el concepto de fundación, sus caracteres y clasificación. Después de una breve descripción de la evolución histórica de la fundación, se pasará a la exposición de las teorías sobre su naturaleza jurídica para concluir con la opinión de aquel sector de la doctrina extranjera y española que concibe a la fundación con la forma empresarial, tanto por su «idea organizadora» (Isay), como por sus actividades industriales o mercantiles adecuadas a la consecución del fin fundamental (Valero Agúndez). Se añadirá el examen de las fundaciones en el Código civil, así como de otras normas reguladoras para pasar a un amplio examen del Derecho comparado europeo, anglosajón y el hispano-americano. Por último, los tres apartados siguientes se refieren a la constitución de las fundaciones, a su registro, gobierno y gestión, así como a su capacidad jurídica, rendición de cuentas, su modificación, fusión y extinción.

La segunda parte se concreta a las fundaciones y la Constitución española; en ella se desarrolla, primero, su texto constitucional, la elaboración del artículo 34 y sus requisitos; se añaden las menciones que hacen los Estatutos de Autonomía y el «Proyecto de Ley de las Fundaciones privadas catalanas». En los apartados siguientes se destaca la función social de las fundaciones y se examina la consideración que hace la Constitución sobre las fundaciones de investigación, las familiares y las religiosas; se abordan las principales disposiciones fiscales y se da noticia sobre el «Centro de Fundaciones Español», de la proposición de Ley de 1978, así como del borrador de un «Anteproyecto de Ley de Fundaciones». Esta parte se concluye sobre el futuro de las fundaciones y se hacen unas consideraciones de «lege ferenda». La obra se concluye con un resumen y una nota bibliográfica sobre las fundaciones de esta magnánima institución que viene a llenar un gran vacío de ciertos sectores sociales no dotados suficientemente y donde la generosidad privada se hace de utilidad pública. Esta obra tan galardonada del profesor Rico pone de relieve la enorme importancia de las fundaciones para nuestra sociedad actual.

José BONET CORREA

«La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes. Sous la direction de J. M. Pauwels. Bruxelles, 1981, 358 págs.

Bélgica es el último de los países europeos en modificar su derecho de filiación; ello le permite observar cómodamente la evolución legislativa verificada en los demás y aprovechar su experiencia; pero tiene la contrapartida de haber sido condenada por el Tribunal de Derechos Humanos de Es-

trasburgo en la ya famosa S. de 23 de junio de 1979 del caso Marks. El *Instytut voor Familierecht*, de la Universidad de Lovaina, organizó un Coloquio sobre el tema los días 28-29 mayo 1979, cuyas Actas se recogen en el volumen que recensiono, teniendo a la vista el proyecto belga Van Eeslande, de 15 de febrero 1978 sobre la reforma de la filiación.

Ante todo, una observación preliminar: La facilidad con que se utiliza el calificativo «europeo» a la hora de describir cualquier estudio comparativo, que tiene en cuenta las legislaciones de cierto número de países. En el citado Coloquio de Lovaina no se tiene en cuenta ni la reforma portuguesa de 1966, ni la italiana de 1975. Por supuesto tampoco había ningún ponente español para explicar la situación de nuestro Derecho. En cuanto a los países socialistas, pese a las dificultades de homologación de su legislación con la de los países capitalistas, nadie podría, en principio, negarles su cualidad de «europeos».

Con todo, el panorama contemplado en el Coloquio no deja de ser amplio. Las intervenciones del Consejero de Estado de los Países Bajos, Van Zeben, de Huet-Weiller, profesora de Estrasburgo, del profesor Strätz, de Alemania Federal, de Eekelaar, profesor de Oxford, del profesor suizo Flatet y del propio director del Coloquio, el profesor belga Pauwels, ofrecieron muy interesantes apreciaciones, no sólo sobre el Derecho en vigor en sus respectivos países, sino sobre las dificultades prácticas de aplicación que la reforma ha encontrado y sobre las perspectivas de modificación. Porque ésta es la segunda constatación que se deduce de las exposiciones hechas, a saber, que las reformas ya intervenidas no son definitivas y que en muchos países la doctrina se muestra insatisfecha.

En la segunda parte del Coloquio se tocaron aspectos concretos del régimen de la filiación a cargo de juristas belgas. Así Senave (Lovaina) se ocupó del establecimiento de la filiación paterna en el matrimonio; Vieujean (Liège), del establecimiento de la filiación paterna fuera de matrimonio; Meulders-Klein (Lovaina), del estatuto jurídico de los hijos adulterinos e incestuosos; Van Hove (Lovaina), de los derechos sucesorios de los hijos no matrimoniales.

La conclusión final es que permanecen todavía muchos puntos oscuros en materia de filiación, como resaltó Pauwels en su ambiciosa intervención final sobre «Las lecciones del Derecho comparado para un Derecho de dimensiones europeas. Así, sólo unos pocos países contemplan la inseminación artificial (Holanda, Suiza y Luxemburgo), mientras un disparatado anteproyecto del Consejo de Europa de 1979 llegaba a preverla incluso *post-mortem* del donante; algunos países prohíben la investigación de la paternidad en caso de incesto, mientras que otros no la obstaculizan; algunos ordenamientos dan preferencia a la paternidad socio-afectiva frente a la biológica, mientras que otros se muestran partidarios de que la primera siga los cauces de la adopción; en Bélgica, Francia y Suiza es libre el reconocimiento unilateral paterno, mientras que en Holanda se exige el consentimiento de la madre. Pero quizás el problema clave se encierra en esta afirmación de Pauwels: «La protection du mariage ne peut en rien porter atteinte aux droits de ceux qui naissent en dehors du mariage». La experien-

cia demostrará si es posible mantener con plena independencia ambos tipos de tutela jurídica, o si, por el contrario, la realización de la segunda dañará necesariamente a la primera, como algunas voces lo están ya poniendo de manifiesto (1).

En resumen: El jurista español leerá con fruto tanto las diversas ponencias, como las conclusiones de este Coloquio, que podrán servirle de contrapunto para valorar la reforma operada por Ley de 13 mayo 1981, al tiempo que comprobará la lamentable ausencia de la Ciencia Jurídica española de los ámbitos comparativos, que, a juzgar por los últimos hechos, no lleva camino de subsanarse, sino, más bien, de agudizarse.

Gabriel GARCÍA CANTERO

(1) Véase el profundo análisis de la profesora inglesa de la Facultad de Derecho de Manchester, Brenda HOGGUETT, *Ends and Means: The utility of marriage as a legal institution*, en el vol. colectivo *Marriage and cohabitation in contemporary societies* (Toronto, 1980), pp. 94 y ss.

«Temi della cultura giuridica contemporanea. Prospettive sul Diritto privato. Il tramonto del Codice civile. Il giurista nella società industriale». Atti del Convegno di studi svoltosi a Roma il 27 e 28 ottobre 1979. Libera Università Internazionale degli studi sociali. Facoltà di scienze politiche. Padova. Cedam. Casa Editrice dott. Antonio Milani, 1981, 141 págs.

En la Universidad Internacional de Estudios Sociales se han reunido con varios eminentes juristas, historiadores, politólogos y economistas, para cambiar ideas sobre algunas cuestiones fundamentales de la sociedad «post moderna»; en el fondo se ha tratado de la supervivencia del Derecho civil.

Abierta la reunión por el rector ROSARIO ROMEO, que destaca la contraposición de las posiciones optimistas y pesimistas, se examinan ponencias sobre tres temas claves y se cambian impresiones sobre cada uno de ellos.

Sobre el primer tema, el de las perspectivas, precisiones o futuro del Derecho privado fueron relatores: IRTI (*Introducción, Las incógnitas del Derecho privado*), CARLI (*El Código y el proceso de desenvolvimiento económico*), GALESSO (*El Derecho privado en la perspectiva post-moderna*), LOMBARDO (*Público y privado, entre sistema político y sociedad civil*) y PELLICANI (*El redescubrimiento de la autonomía privada*). En estas ponencias, como en las intervenciones de los asistentes (1), se examina la contraposición entre la intensificación de lo intimista y de lo privado personal (derechos de la personalidad, acción directa en materia ecológica), y la necesidad de organizar el mercado libre y atender a la productividad. Lo que se habría de ver en sus aspectos jurídico, político y filosófico.

El tema segundo, o sea, sobre la decadencia o superación del Código civil, fue presentado por PIGA (*Código civil e instituciones del Derecho público en la realidad de nuestro tiempo*) y por Schlesinger. Se trata de contestar la pregunta desde varios puntos de vista. El mismo de la «decodifi-

(1) Se recogen las de BOZZI, MARLION, COMPAGNA, SCOLFI y LENER.

ación» que nos planteara ya *Irти* (2), señalando que el Derecho privado no constituye un sistema, sino un complejo heterogéneo de sistemas y subsistemas. El de la justificación de los Códigos italianos (el de 1865 y el de 1942) y el más amplio de la de los Códigos, hoy día, superados por la Constitución (3).

El tercer tema, el del jurista en la sociedad industrial, tuvo como ponentes a NOVELLI (*Problemas de la civilización industrial y el Tribunal de Casación*), FROSINI (*El aspecto tecnológico la labor jurídica en la experiencia reciente*) y TRIMACHI (*El jurista en la sociedad industrial*). Se pone de relieve la novedad que supone para el Derecho la sociedad de masas y el empleo de las máquinas, lo que impone vivir con el calculador y emplear nuevas técnicas jurídicas (la «legistik» p. ej.); señala también la importancia de la «ingeniería social» y la necesidad de instrumentos jurídicos eficaces. Es llamativa la reacción frente a las predominantes corrientes socializantes y de protección del contratante débil que allí se hace en nombre de la eficiencia económica (TRIMARCHI) (4).

Cierra la reunión el discurso magistral del profesor SANTORO PASSARELLI, titulado *El Código civil y el mantenimiento de los valores esenciales*. Señala cómo la propiedad, en su esencia, sigue siendo el fundamento de nuestra economía y que el contrato, expresión esencial de la libertad de la iniciativa económica privada, sigue estando constitucionalmente garantizado. Piensa que el modelo de Código no ha sido superado; lo que ocurre es que falta la valoración concorde de los intereses esenciales dignos de tutela. En esta situación lo aconsejable será mantener el Código civil, como complejo de principios, de valores y también de reglas en las que creemos, que son de aplicar, a pesar de las muchas leyes especiales, de las que es de lamentar no la novedad, sino sus contradicciones. En fin, concluye, se trata de adoptar el ordenamiento tal y como es (el Código y las leyes especiales) a las efectivas exigencias del cuerpo social.

Como se comprenderá, en los dos días que dura el simposio, los participantes no tuvieron tiempo de profundizar en los temas planteados, hubo, eso sí, aportaciones interesantes y se ofrecen ahora, en el libro reseñado, valiosas sugerencias.

R.

(2) En «L'età della decodificazione», en *Diritto e società*, 1978, n. 4, y en «L'età della codificazione», 1979, págs. 3-39.

(3) Se incluyen las intervenciones de BARBIERI, TARZIA y GORLA.

(4) Intervienen GIORGIANNI, CHIEPPA, PATTI, VIZENTINI y LENER. En la intervención de PATTI se anuncia un cambio respecto de la presentación tradicional, la que resulta, dice, evidente en estudios recientes de la doctrina norteamericana, realzando el grado de dependencia del jurista frente a las indicaciones que vienen del análisis económico. Sobre esta dirección puede verse lo expuesto por PAZ ARES en este ANUARIO, *La economía política como jurisprudencia racional*, 1981, págs. 601-707.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «Estudios de Derecho sucesorio. III. Estudios dispersos sobre las legítimas». Madrid, 1981. Editorial Montecorvo, Sociedad Anónima. Un volumen de 617 páginas.

Con el presente volumen, nuestro muy ilustre jurista español, reúne una serie de trabajos que no quedaron difundidos en los dos volúmenes de su tratado sobre «Las legítimas» y por el gran interés que tienen para una visión completa del tema ahora son sistematizados en dos partes: la primera reúne dos estudios acerca de las legítimas y la segunda aborda los temperamentos en la tensión entre voluntad del testador y legítimas.

La primera parte se divide en dos capítulos. El capítulo I reproduce el estudio acerca de «Las legítimas según Clause Chifflet (1542-1580), jurista del franco-condado de Borgoña en el período español», con una ofrenda, y, el capítulo II incluye las «Notas críticas de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima».

En la segunda parte, bajo el título «Temperamentos en la tensión entre voluntad del testador y legítimas», se sitúan los estudios que comprenden las «cautelas de opción compensatoria de la legítima, bajo tres apartados: I. ¿Pueden resultar útiles —caso de ser válidas— las cautelas que ofrecen una opción de compensación legitimaria?. II. ¿Son posibles y jurídicamente válidas las cautelas que ofrecen una opción de compensación legitimaria? III. ¿Cuáles son los requisitos necesarios para la eficacia de las cautelas de opción compensatoria de la legítima?

Este volumen, como los anteriores, contiene unos valiosos índices de autores, de materias y el general, con los cuales el lector interesado en puntos concretos podrá hallarlos de una manera rápida y ágil y, sobre todo, reúne una gran labor investigadora e interpretativa de uno de nuestros mejores especialistas en esta materia, en particular, y de la ciencia del Derecho, en general.

José BONET CORREA

WEILL, Alex; TERRÉ, François: «Droit civil. Les obligations». Précis. Dalloz, 3.^a ed., París, 1980, 1200 págs.

En la colección «Précis Dalloz» y dentro de la sección Derecho civil (1) se ha publicado la tercera edición de este tratado sobre las obligaciones. Edición que, se nos dice, estaba preparándose cuando inesperadamente falleció el Decano Alex Weill; sería continuada por el profesor Terré, quien lo hace, se continúa diciendo, con fidelidad a su espíritu y memoria.

Lo primero que puede observarse en esta obra es que excede, en su contenido, de lo que normalmente se entiende por «précis»; no es un compendio

(1) Debido también a WEILL y TERRÉ se han publicado en ella: *Introduction générale; Les personnes; La famille; Les incapacités; Les biens; Les obligations* (la obra reseñada); *Les suretés; La publicité*.

resumen, epítome, o manual (2); en verdad, estamos ante un importante tratado sobre las obligaciones, extenso, como nos muestra el número de sus páginas y tipo de letra, y muy completo, de lo que en general se llama parte general del Derecho de Obligaciones. Comienza con unas pocas páginas, dedicadas a preliminares; enseguida, como fuentes de las obligaciones, se trata de los contratos, de los delitos y cuasidelitos y de los cuasi-contratos; después, de los efectos y modalidades de las obligaciones; terminando con el estudio de la extinción de las obligaciones.

En el título dedicado a los contratos pueden destacarse entre otros, por su interés especial, las páginas dedicadas a la autonomía de la voluntad, al error, a la causa, a la interpretación de los contratos y a la teoría de la imprevisión; en materia de responsabilidad civil, el estudio de su crisis y proyectos de reforma; en la de cuasicontratos, el enriquecimiento injusto; en fin, puede señalarse que la obra se termina con el examen de la prescripción extintiva.

Naturalmente, el libro se centra en el estudio de los preceptos pertinentes del Código civil francés, pero contiene además unas oportunas referencias a leyes que lo modifican y completan. Pueden apreciarse en él las virtudes generalmente destacadas en la literatura jurídica francesa: la claridad en la exposición y la buena información de la bibliografía y jurisprudencia francesa. Advirtiéndose que, sobre el Derecho extranjero, se limita a contrastar, en ocasiones, las soluciones del Derecho alemán con las del Derecho francés, siguiendo así el camino ya usual en Francia, desde los estudios ejemplares de Saleilles.

R.

(2) Ampliación de significado del término «Précis, que también puede observarse en el alemán «Handbuch».

REVISTA DE REVISTAS

II. REVISTAS EXTRANJERAS (I).

ANTONIO PAU PEDRON,
Registrador de la Propiedad

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

MARIO ROTONDI: «Le rôle de la notion d'abus de droit», RTDC, 1980.

La propia expresión de «abuso del derecho» evoca la magistral y humanísima figura el catedrático italiano MARIO ROTONDI, colaborador del Instituto de Francia, que desde su lejana tesis doctoral hasta este breve artículo publicado en la RTDC no ha cesado de preocuparse por el tema.

Tras recordar el rechazo histórico de la noción de «abuso del derecho», y la misma contradicción «in terminis» que creía verse entre ambas expresiones, el autor enumera las distintas hipótesis que considera como ejercicio abusivo de un derecho subjetivo: el ejercicio «animo nocendi» o «aemulatio», el ejercicio no intencionalmente dañoso, pero que produce ese efecto, y el ejercicio de un derecho que perjudica a un tercero en forma desproporcionada a la utilidad que reporta a su titular.

Pero el «abuso de derecho» no es el único caso de limitación del ejercicio de un derecho por impedimento de orden ético; añade el autor el principio «nemo auditur turpitudinem suam allegans», la obligación natural, determinadas presunciones «iuris et de iure», y la eficacia extintiva del desuso.

Termina el autor destacando la necesidad de paralelismo entre Derecho positivo y ética —apuntando las graves consecuencias morales y políticas de una disociación— y recordando su propuesta de un Congreso jurídico internacional sobre el tema «el abuso del derecho».

2. Derecho de la persona

3. Obligaciones y contratos

PAUL LANCEREAU: «Les contrats de location-vente et de location assortis d'une promesse de vente et la loi du 13 juillet 1979», RDI, 1980.

Un contrato tan generalizado en la práctica como el arrendamiento con opción de compra de inmuebles destinados a vivienda carecía en Francia, hasta el año 1979, de una adecuada regulación. (La ley de 1966 limitaba su ámbito a los bienes inmuebles de uso profesional.) La nueva ley de 13 de

(1) Se recensionan artículos aparecidos en las siguientes revistas: «Revue Trimestrielle de Droit Civil» (cit. RTDC), números 1, 2, 3 y 4 del año 1980 y números 1, 2, 3 y 4 del año 1981; «Revue de Droit Immobilier» (cit. RDI), números 1, 2 y 4 del año 1980 y números 1, 2, 3 y 4 del año 1981.

julio de 1979 no ha dotado, sin embargo, a la figura de una regulación general, y creemos que tampoco ha aclarado aún la terminología y la tipología; de las numerosas figuras análogas y nunca perfectamente deslindadas; «credit-bail», «équipement-bail», «location-financement», «location-amortissement», «leasing», «location-vente», «location assortis d'une promesse de vente», la ley de 1979 regula exclusivamente las dos últimas, y desde la perspectiva que da título a la disposición —la protección de los prestatarios en el ámbito inmobiliario.

LANCEREAU se pregunta si esta forma de adquisición inmobiliaria será la llamada a generalizarse en un futuro próximo. Entre la renta a fondo perdido («loyer-argent-perdu») y la compra inmediata, las figuras objeto de este estudio presentan una vía intermedia, paralela a la que representa la «multipropiedad» respecto de la segunda vivienda.

Define a continuación el autor el «arrendamiento-venta» («location-vente») y el arrendamiento con promesa de venta, y señala el ámbito de aplicación de la ley de 1979: los inmuebles destinados a vivienda o a vivienda y ejercicio profesional. Sistematiza luego las obligaciones del arrendador-vendedor y el arrendatario-comprador, deteniéndose especialmente en la «obligación de oferta de contrato», sujeta a numerosos requisitos de forma, fondo y tiempo. Concluye con una breve exposición de las disposiciones penales contenidas en la ley, relativas al incumplimiento de la forma exigida, no devolución del sobreprecio en caso de no consumación de la venta, etcétera.

El autor hace una doble crítica a la nueva regulación: se trata de un texto legal impreciso, y se imponen sanciones graves en caso de incumplimiento de un texto legal que es impreciso.

CHRISTIAN SCAPEL: «Le droit de rétention en Droit positif. (Un îlot de résistance au contrôle du juge)», RTDC, 1981.

El derecho de retención, que el código napoleónico sólo concedía en supuestos excepcionales al acreedor insatisfecho, está siendo notablemente generalizado por la Jurisprudencia francesa, con el apoyo doctrinal de los modernos autores (DURAND, MANDE-DJAPOU, MARTY-RAYNAUD). En su definitivo apartamiento de la tesis restrictiva tradicional, los Tribunales han hablado de un «principio general de legitimidad de la retención», y los traditistas, además de elaborar una «teoría general» sobre la materia, han perfilado la naturaleza de la institución, considerándola como un procedimiento de justicia privada (el autor del presente artículo) o incluso un derecho real imperfecto (MAZEAUD). SCAPEL estudia el paralelismo entre el derecho de retención y la cláusula penal, y explica el auge que está experimentando aquél en función de la decadencia de ésta; la cláusula penal ha sido drásticamente restringida al reformarse el «Code civil» por ley de 9 de septiembre de 1975, y permitirse a los Jueces la revisión de las penalizaciones excesivas, y ha sido duramente calificada de «terrorismo contractual» por la doctrina. Además se pone de relieve que frente a «la eficacia

excesivamente brutal de la cláusula penal», «el derecho de retención implica un mecanismo defensivo, puramente pasivo».

El artículo se centra a continuación en la función del Juez respecto del derecho de retención, que es exclusivamente de control de los requisitos: carácter cierto, líquido y exigible de la deuda y posesión efectiva de la cosa.

Se estudia también el nuevo ámbito a que la Jurisprudencia ha extendido el derecho de retención: documentos y dinero (derecho de retención irregular), así como la pluralidad de titulares del derecho, que da lugar a que algunos de ellos sólo tengan un «derecho de retención ficticio o simbólico».

Se concluye augurando la creciente expansión del derecho de retención, y poniendo de relieve el curioso fenómeno de que, frente a la tendencia reforzadora de los poderes del Juez, el derecho estudiado constituye «un islote de resistencia».

GEORGES BRIERE DE L'ISLE: «Droit Commun et clauses abusives», RDI, 1981.

La «Comisión de cláusulas abusivas», en su Recomendación núm. 80-04 de 1980, considera inadmisible la inclusión en los contratos de arrendamiento de diversas cláusulas (exoneración del arrendador de su responsabilidad en caso de no entregar el objeto del contrato en las condiciones previstas en el momento de la conclusión de aquél; liberación del mismo de su obligación de conservar el inmueble y proceder a las reparaciones que le incumben; liberación del arrendador de su obligación de responder en caso de defectos o vicios que impidan la vivienda en el inmueble arrendado; exigencia al arrendatario de una fianza superior a dos mensualidades de renta...). La tesis del autor de este artículo es la de considerar las recomendaciones generales de la Comisión como atentatorias contra el principio de autonomía de la voluntad, enumerando casuísticamente una serie de hipótesis en que la inclusión de alguna de esas cláusulas puede considerarse lícita.

Hay que puntualizar que las recomendaciones de la C. C. A. carecen del valor jurídico de una ley o de un decreto, pues se limitan a denunciar las cláusulas que resulten impuestas «por un abuso de poder económico de una parte sobre la otra, y confieren a la primera una primacía excesiva» (según la fórmula del art. 35 de la ley de 10 de junio de 1978). En todo caso su importancia es grande: las decisiones de la Comisión, que se emiten tras largos considerandos de los textos legales vigentes, inspiran las reformas legislativas y los criterios jurisprudenciales.

FLORENCE BERTRAND: «Les risques dans le contrat d'entreprise», RDI, 1981.

Se dirige el presente artículo a hacer dos puntualizaciones: resaltar el régimen especial de responsabilidad del contrato de obra y concretar las relaciones jurídicas que pueden englobarse dentro de esta especie contractual. En cuanto a la primera cuestión, BERTRAND pone de relieve la rigurosa responsabilidad que pesa sobre el contratista en el Derecho francés: si aporta la materia, soporta siempre los riesgos que la afecten hasta la recepción por el dueño o su incursión en mora; si trabaja sobre una materia aportada por el dueño, el contratista tiene en su contra una presunción de culpabilidad, que, aunque admite la prueba en contrario, le hará en ocasiones responder del caso fortuito. La regla «res perit domino» está aquí por tanto modalizada de forma importante, precisamente por esa presunción de culpa; los artículos 1.788 y siguientes suponen una excepción al régimen general de responsabilidad del «Code civil». De las anteriores consideraciones deriva el autor la importancia de deslindar esta figura contractual de otras con las que pudiera confundirse en algún caso concreto, como la compraventa o el contrato de trabajo.

JACQUES MESTRE: «La pluralité d'obligés accessoires», RTDC, 1981.

«Garantizando a la víctima una rápida indemnización, facilitando al acreedor la satisfacción de su crédito, el obligado accesorio se ha convertido en un personaje esencial de un Derecho contemporáneo ansioso de seguridad», comienza diciendo el profesor MESTRE. Deslinda a continuación la figura objeto de su estudio de otras afines: solidaridad pasiva y obligación «in solidum», en que coexisten obligados principales, concurrencia simultánea de un asegurador de daños y un asegurador de responsabilidad, en que el primero es un obligado accesorio y el segundo un obligado principal, contra el que puede dirigirse la acción directa, y otras figuras típicas del Derecho francés: Caja regional de garantía de los Notarios y asegurador del funcionario público.

Después de analizar diversas hipótesis que el autor considera como «pluralidad de obligados accesorios» (pluralidad de fiadores, pluralidad de avalistas, pluralidad de aseguradores de daños, pluralidad de terceros poseedores de inmuebles hipotecados por la misma deuda...) reconoce la existencia de una auténtica laguna legal sobre la materia, y propone dos criterios a tener en cuenta para la resolución de los problemas: 1.º, determinar si la pluralidad es jerárquica o igualitaria, para lo que deberán examinarse comparativamente las situaciones jurídicas en que se encuentran los diferentes obligados accesorios; 2.º, negar eficacia a la voluntad del acreedor en las relaciones entre los coobligados.

BERNARD GRELON: «L'erreur dans les libéralités», RTDC, 1981.

Tras recordar la frase de PLANIOL, de que pocas donaciones se mantendrían si el donante pudiera libremente revocarlas antes de su muerte, convencido de su error en las cualidades del donatario, el autor esboza las clásicas posiciones contrapuestas en materia de «causa donandi»: la de DOMAT, que considera como causa de la donación «el motivo razonable y justo», y la POTIER, que considera como tal «la pura liberalidad del donante, analizando los divergentes efectos que en orden al error se derivan de las concepciones anteriores.

El profesor GRELON sostiene la conveniencia de englobar el problema del error en las liberalidades en la teoría de la causa, y divide su artículo en dos grandes apartados: «el error, causa de las liberalidades», en que distingue el error en la persona y el error en el objeto, y «la causa errónea de las liberalidades», en que delimita la causa errónea de los motivos y de la intención de liberalidad.

El autor propone un ensanchamiento de la noción de causa, que alcance a la voluntad real del disponente; reconoce la dificultad de su tesis: la imprecisión que genera y el apartamiento del concepto objetivo de causa en los negocios a título oneroso, concebido como contraprestación. No obstante, indica que en esa línea van la Jurisprudencia y la doctrina francesa moderna, que admiten el sacrificio de la seguridad jurídica en aras del perfecto control de la voluntad del individuo.

ROGER SAINT-ALARY: «Le consommateur et son logement», RDI, 1981.

Este artículo reproduce una breve comunicación del autor enviada al Congreso jurídico celebrado en París en 1980 con el tema «El Abogado y el consumidor». Después de poner de relieve que la protección del consumidor es uno de los temas favoritos de nuestro tiempo, traza la evolución histórica de esa inquietud ya secular, que se inicia al percatarse la conciencia social de que la libertad de mercado y la libertad contractual no eran suficiente garantía para el consumidor. El autor analiza la protección legal del adquirente de viviendas, distinguiendo según se trate de contrato de compraventa o de arrendamiento. En el primer caso hace interesantes subdistinciones: tratándose de compraventa de inmueble de nueva construcción, las garantías vienen establecidas por la ley de 16 de julio de 1971; tratándose de inmuebles antiguos, existe una grave laguna legal sobre la materia, que requiere —según el autor— una inmediata regulación; tratándose de la multipropiedad, que la doctrina francesa prefiere llamar «multidisfrute», por no considerarla auténtico dominio, sino un siempre derecho de disfrute que se atribuye como derecho social a los integrantes de la «Société d'acquisition-attribution», la protección se dispensa en el título II de la ley núm. 71-579 de 16 de julio de 1971. Finalmente, la protección del arrendatario de vivienda sigue dispensándose por el engañoso medio del principio de libertad de contratación del «Code civil», salvo que el contrato

recaiga sobre viviendas construidas antes de 1948, en que se rige por la ley de arrendamientos de la misma fecha, y está favorecido por las garantías que la misma establece. Un atisbo de protección es el que presta la «Comisión de cláusulas abusivas» —de las que hemos hablado al comentar el artículo de BRIERE publicado en la RDI—, aunque sus «Recomendaciones» carecen de eficacia obligatoria.

NICOLE DECOOPMAN: «La notion de mise à disposition», RTDC, 1981.

La expresión «poner a disposición» y su sustantivación, «puesta a disposición», se vienen utilizando reiteradamente en el Derecho positivo francés, sin que la doctrina se haya preocupado de fijar exactamente su significado. Se trata de expresiones que no formaban parte del vocabulario jurídico clásico, y que plantean hoy diversos interrogantes: su unidad o pluralidad de sentido, su naturaleza jurídica o meramente fáctica.

El autor trata de precisar el significado por aproximación a otros conceptos que pudieran parecer afines («acto de disposición», «tener a disposición»), pero reconoce la imposibilidad. Concluye su investigación semántica afirmando que «puesta a disposición» es un concepto más amplio que el de «entrega» («délivrance»), y más moderno, y que está sustituyendo a este último en la regulación legal de los modernos contratos bancarios, sociales y marítimos.

Tras analizar diversos supuestos en que esta «puesta a disposición» es la obligación principal de un contrato, y aquellos otros en que es una simple obligación accesoria, el autor renuncia a formular un concepto preciso de la figura: la imposibilidad deriva de la imprecisión y ambigüedad con que el legislador utiliza la expresión estudiada. Termina el autor criticando los modos actuales de elaboración del Derecho, en que se prescinde del rigor terminológico y se olvida la tradicional precisión del Derecho privado.

SYLVIANE SANZ: «Le droit à commission de l'agent immobilier», RTDC, 1981.

La creciente intervención de agentes inmobiliarios en el tráfico jurídico y los numerosos litigios planteados sobre su remuneración hizo necesaria una rigurosa regulación legal, que se llevó a cabo con la llamada «*loi Hoguet*» de primero de enero de 1970, desarrollada en el Derecho de aplicación de 20 de julio de 1972. La nueva normativa exige un doble requisito: mandato escrito y cumplimiento de la misión. En cuanto al primer requisito, la profesora de la Universidad de Pau-Pays de l'Adour se pregunta si el contrato de mandato es la única relación jurídica posible entre el particular y el agente, y si la exigencia de forma lo es «*ad probationem*» o «*ad solemnitatem*». Respecto al segundo, analiza las dos fases que lo integran: el acercamiento de las partes y la conclusión efectiva del negocio.

Resuelve a continuación diversos problemas concretos, como las consecuencias del mandato defectuoso respecto de la comisión, la polémica obligación de asegurarse de la solvencia y seriedad de las partes, y los supuestos en que el contrato final está sujeto a condición suspensiva o resolutoria.

Concluye la autora destacando las imperfecciones de la «*loi Hoguet*», que considera orientada exclusivamente a la protección de los clientes y falta de garantías para el ejercicio profesional de los agentes inmobiliarios.

4. Derechos reales.

JEAN-ROBERT BOUYEURE: «*La qualité de copropriétaire de l'étage supérieur du bâtiment a suréléver*», RDI, 1980.

Interesante, claro y sistemático artículo sobre un derecho tan poco estudiado como el de sobreelevación, aunque dirigido a analizar sólo un aspecto concreto del mismo: el consentimiento necesario para su ejercicio. La ley de 10 de julio de 1965, sobre copropiedad de inmuebles construidos, atribuye este derecho al propio «syndicat» o comunidad de propietarios, que sólo puede decidir su ejercicio por acuerdo unánime. La cesión a un tercero de tal derecho de sobreelevación exige, sin embargo, y únicamente, la doble mayoría del artículo 26 de la citada ley, con un requisito suplementario, sobre el que se centra el presente estudio: el acuerdo de los propietarios del último piso del edificio objeto de sobreelevación.

El problema de determinar quiénes son tales propietarios es, como demuestra BOUYEURE, más complejo de lo que a primera vista pudiera parecer; en su análisis distingue el autor dos supuestos generales: que la comunidad comprenda un solo edificio o varios. Respecto del primer caso, plantea varias hipótesis problemáticas: existencia de graneros, heterogeneidad del piso superior por estar a niveles diferentes, demolición del último piso para construir un dúplex y sobreelevación parcial. Respecto del segundo caso, pone de relieve el requisito que añade el artículo 35 —confirmación por una junta especial de propietarios.

Concluye el autor advirtiendo que la regulación de este derecho debe adoptar una posición intermedia entre dos exigencias extremas: restringir su ejercicio, exigiendo el consentimiento de todos los propietarios que pudieran resultar perjudicados por el mismo, y facilitar tal ejercicio por el incuestionable interés social que caracteriza a este derecho.

GILLES ENDREO: «*La théorie des troubles de voisinage après les lois du 31 décembre 1974 et du 4 juillet 1980*», RDI, 1981.

En su célebre curso de «*Code Napoleón*», DEMOLOMBE proponía, como criterio central para resolver los problemas que plantean las relaciones de vecindad, el reconocimiento de la exigencia de un derecho de «pre-ocupación»: surgida en plena industrialización decimonónica, esta tesis protegía

los establecimientos industriales frente a los propietarios que posteriormente se instalaban junto a aquéllos, y debían sufrir los ruidos y emanaciones que producían. La teoría de la «pre-ocupación» fue unánimemente rechazada, volviéndose a un criterio de indemnización por perjuicios. Pero de nuevo vuelve a aflorar en tres textos recientes: la ley sobre reforma del urbanismo de 1976, la ley de orientación agrícola de 1980 y el Código de la construcción y la vivienda tras la norma de la misma fecha. El artículo 122 de este último declara hoy que «los daños causados a los ocupantes de un edificio por los perjuicios debidos a actividades agrícolas, industriales, artesanales o comerciales, no llevan consigo derecho a indemnización, si la licencia de edificación del inmueble o la fecha auténtica del contrato de compra-venta o arrendamiento son posteriores a la existencia de las actividades ocasionantes del perjuicio, y las actividades se ejercen de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes».

El autor, tras apuntar el resurgir de la «teoría de la preocupación» en el campo del Derecho privado, y su vigencia ininterrumpida en el ámbito del Derecho público —como se refleja en numerosas decisiones del Consejo de Estado francés—, analiza los diversos requisitos para su admisibilidad, deteniéndose especialmente en los problemas que pueden plantearse: cambio de industria, actividades de servicios —no mencionadas en la enumeración de artículo citado—, perjuicios causados en fincas rústicas —que no se prevén en el mismo—, etcétera.

Termina el profesor ENDREO puntualizando los perjuicios ocasionados por las relaciones de vecindad que aún quedan sujetos al principio general de responsabilidad patrimonial del artículo 1.382 del Código civil, y que se reducen a aquéllos que derivan de actividades no económicas, es decir, de las manifestaciones vitales y hábitos diarios de los vecinos.

JEAN BIGOT: «La notion de composant», RDI, 1980.

El autor se propone precisar el concepto de «componente» o «parte integrante», pero sólo al efecto de interpretar con precisión el artículo 241 del código de seguros. El nuevo artículo 1.794 del Código civil francés extiende determinadas responsabilidades que pesan sobre el constructor, al fabricante de los bienes o elementos utilizados por aquél. Por su parte, el citado artículo 241 del código de seguros, al aclarar qué se entiende por tales elementos, los define como «componentes fabricados para cumplir en el edificio un fin determinado».

El profesor BIGOT analiza los criterios que la ley toma en consideración para perfilar el concepto de componente: las características intrínsecas del producto y la finalidad perseguida por el productor, demostrando la ambigüedad insuperable de uno y otro criterio.

El autor propone —para deslindar el concepto— clasificar los productos en tres categorías: materias básicas, productos intermedios y productos acabados, considerando a estos últimos como los únicos merecedores de ser designados «componentes» o «partes integrantes», y por tanto, los únicos

que pueden determinar la aplicación al que los fabricó del régimen especial de responsabilidad solidaria del Código civil.

5. Derecho de familia.

BEATRICE MONSALLIER: «*Le divorce pour rupture de la vie commune*», RTDC, 1980.

Se centra este estudio en una de las causas de divorcio contempladas en la ley de 1975: la ruptura de la vida en común. Como dice la autora, esta causa no deriva de la falta cometida por uno de los cónyuges, ni de la común voluntad de los mismos, sino de un simple hecho que han de constatar los Tribunales: este hecho puede consistir en la separación de los cónyuges (artículo 237 del Código civil) o la alteración de las facultades de uno de ellos, con una gravedad tal que no quiepa la posibilidad —actual ni futura— de una auténtica vida en común (artículo 238 del Código civil).

Justifica la autora la admisión legal de esta causa de divorcio en la evolución de las costumbres y el deseo de la opinión pública, y relaciona a continuación las investigaciones sociológicas y los estudios de Derecho comparado que precedieron a la regulación. Analiza los criterios de política legislativa que inspiran la normativa: liberalización, realismo y desdramatización, y los caracteres específicos del divorcio por ruptura de la vida en común.

Divide el cuerpo de su estudio en tres grandes partes, en que analiza sucesivamente las causas de divorcio por ruptura de la vida en común, las limitaciones impuestas al divorcio derivado de tal causa, y los efectos del divorcio por ruptura de la vida en común.

Divide el cuerpo de su estudio en tres grandes partes, en que analiza sucesivamente las causas de divorcio por ruptura de la vida en común, las limitaciones impuestas al divorcio derivado de tal causa, y los efectos del divorcio por ruptura de la vida en común.

M. T. CALAIS-AULOY: «*Suggestions pour une réforme du divorce (étude de politique juridique)*», RTDC, 1980.

Comienza este artículo afirmando que la función del jurista no es sólo sistematizar, relacionar y, eventualmente, interpretar las leyes, sino también poner de manifiesto las reformas que deberían introducirse, colaborando así en la evolución del Derecho. Divide CALAIS-AULOY su estudio en dos apartados: critica a la ley de divorcio de 1975 —que realiza estudiando separadamente sus tres posibles causas, que hemos mencionado en la recensión anterior— y propuestas de reforma; éste es sin duda el punto de mayor interés del estudio, y la autora refleja en él un criterio de moderación y realismo. Considera inevitable la regulación de un divorcio pura-

mente voluntario, pero como «mal necesario», y por tanto debidamente limitado y restringido: «el divorcio es un atentado directo contra el matrimonio». Opina que el divorcio por acuerdo mutuo es una entelequia —casi nunca tienen los cónyuges el deseo de obtenerlo en el mismo momento— y por tanto debe sustituirse por un «divorcio unilateral», propuesto por uno de los cónyuges y aceptado por el otro. Por otro parte, debe imponerse una presunción de culpa al que solicita el divorcio, «pues comete la mayor falta en materia de matrimonio, que es querer romperlo deliberadamente». En materia de indemnizaciones pecuniarias, critica la distinción legal entre «prestación compensatoria» y «obligación de socorro», cree que debe mantenerse la primera expresión, y suprimirse la regla de inalterabilidad posterior de la cantidad fijada por el Juez; un criterio elemental de Justicia debe permitir los reajustes para el caso de cambiar las circunstancias.

Plantea por último la necesidad de optar, «de lege ferenda», por una de las dos concepciones posibles del divorcio: el divorcio acto neutro y el divorcio falta. La autora centra el problema del divorcio en un problema de responsabilidad, y se pronuncia decididamente por el segundo criterio. Afirma para terminar que la reforma que propone «da una nueva oportunidad a la institución del matrimonio, a la familia y a la curva de natalidad».

HELENE GAUDEMEL-TALLON: «De quelques paradoxes en matière de Droit de la famille», RTDC, 1981.

Con el criterio metodológico de «buscar paradojas», la autora repasa la reciente y abundante legislación francesa en materia de Derecho de familia (que se inicia con la ley sobre tutela y emancipación de 1964 y termina, o parece terminar, con la ley sobre adopción de 1976).

La paradoja fundamental está presente, según GAUDEMEL-TALLON, en la propia designación de esta rama jurídica, porque Derecho y familia son antitéticos: aquél interviene intensamente cuando ésta fracasa, y en circunstancias normales existe una «baja de la presión jurídica».

Descubre también otras paradojas: las que existen a nivel de caracteres esenciales del Derecho de familia —un Derecho imperativo y no voluntarista, frente al papel esencial de la voluntad—, y las que existen a nivel de contenido —pretensión de igualdad jurídica de los hijos, frente a la inevitable inferioridad de los extramatrimoniales; equiparación de los cónyuges, frente a la supremacía social del varón.

Concluye con las paradojas esenciales: la omisión legal del término «amor», que es la base de todas las instituciones familiares, y el carácter extrajurídico de los conceptos fundamentales de nacimiento y muerte.

RENE SAVATIER: «Liquidation entre époux contractuellement séparés de biens du patrimoine conjugal», RTDC, 1981.

Junto a la clásica liquidación de los regímenes económicos matrimoniales de comunidad hay que tener en cuenta, dice SAVATIER, la igualmente necesaria —aunque menos regulada y estudiada— liquidación del régimen eco-

nómico de separación. En este último sistema existen dos únicas masas patrimoniales, que la doctrina ha venido contemplando «con un cierto inmovilismo», pero que pueden sufrir interferencias por una doble causa: a) la de origen contractual, consistente en las donaciones entre cónyuges, y b) la derivada de «la estructura legal de la familia», consistente en las contribuciones de los cónyuges a las cargas del matrimonio. Después de examinar muy brevemente el régimen jurídico de estas dos figuras, pone de relieve la mayor debilidad de la posición jurídica de la mujer, y propone diversas medidas —de índole bancaria— para lo que llama su «autodefensa».

II. DERECHO PROCESAL

MAGDI SAMI ZAKI: «La preuve par le journal intime», RTDC, 1980.

Tras recordar la frecuencia con que la correspondencia es utilizada como medio de prueba, se pregunta el autor si no debería darse igual valor a los diarios íntimos. La cuestión se plantea entre dos circunstancias contrapuestas: la existencia de datos en el diario que podrían facilitar la administración de Justicia, y el respeto debido a la intimidad individual.

ZAKI trata de precisar el concepto de diario íntimo, deslindándolo de otras manifestaciones escritas con las que guarda semejanza: las cartas —que por redactarse teniendo en cuenta la personalidad del interlocutor pueden adolecer de menor veracidad y sinceridad que el diario—, el dietario —sucesor del romano «codex accepti et expensi—, los papeles domésticos —de carácter familiar y no estrictamente individual— y la memoria personal —en que se hace una sucinta exposición de hechos dirigida a un tercero.

Se estudia a continuación el criterio de los Tribunales sobre este punto, analizando separadamente las sentencias que reconocen al diario íntimo valor probatorio, en base al principio «pas d'interdiction sans texte», a la analogía con el dietario (que con el nombre de «registre domestique» se admite como prueba por el Código civil en diversos supuestos, como los de los artículos 194, 324 y 341) y a otros razonamientos; las sentencias que restringen su invocación, admitiendo su valor probatorio respecto de los hechos, pero no respecto de los sentimientos, y aquellas que lo prohíben radicalmente, inspiradas quizá en el mismo criterio sostenido por el Tribunal Supremo Federal alemán.

Tras hacer una exposición de los principios que, según el autor, deberían determinar la admisibilidad y los límites del diario íntimo como medio de prueba, concluye destacando la normal, sinceridad de los autores de tales diarios, lo que debería dotarles de un especial valor probatorio.

III. DERECHO PENAL

GABRIEL ROUJOU DE BOUBEE: «*Droit Pénal Immobilier: destruction ou détérioration. Loi du 2 février 1981*», **RDJ**, 1981.

En su sección de crónica legislativa, el profesor ROUJOU analiza las importantes reformas introducidas en el «*Code pénal*» por la ley de 2 de febrero de 1981, que revisten especial interés en lo relativo al capítulo sobre «destrucción, degradación y daños en inmuebles». Frente a la regulación anterior, la nueva normativa presenta una doble característica: la reducción de los tipos y la dulcificación de las penas. No se tiene ya en cuenta el uso o destino del inmueble, ni el procedimiento utilizado por el autor (salvo el incendio), y el único tipo delictivo vigente se anuncia como «destrucción o deterioro de inmuebles ajenos». Unicamente se prevén dos circunstancias agravantes: que el perjudicado sea un magistrado, miembro de jurado o abogado, y se pretenda influir en el ejercicio de su cargo, y que el perjudicado sea un testigo, un acusado u otra persona, y se pretenda impedirle prestar un testimonio o una declaración. En cuanto a las penas, se suprime respecto de estos delitos la pena de muerte, quedando como pena máxima la reclusión perpetua si la destrucción o el deterioro llevaron consigo la muerte de una persona o su incapacidad permanente.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

Zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros por razones de defensa nacional. No es precisa la autorización militar para la adquisición de pisos por extranjeros dentro de los núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas a que se refiere la legislación especial de tales zonas (Resoluciones de 27 y 28 de marzo de 1979; «Boletín Oficial del Estado» del día 23 de abril. Y de 13 de junio de 1979; «Boletín Oficial del Estado» del día 27 de julio).

No constituye defecto la omisión de la circunstancia de estar el piso situado dentro del núcleo urbano cuando la situación física de la calle le resulta al Registrador a través de la documentación y del Archivo del propio Registro. (Resoluciones citadas de 27 y 28 de marzo de 1979).

Hechos.

A) Resolución de 27 de marzo de 1979.

Por escritura autorizada en Vigo por el Notario don Luis Solano Aza el 9 de abril de 1978, don Gerolamo Tatti compró a don José María Pernas Martínez un piso del edificio sito en la calle Alcázar de Toledo, número 7, de aquella ciudad, consignándose en la citada escritura que el comprador llevaba residiendo en España más de siete años, y que por haber ejercido durante ese tiempo la profesión de mecánico, el precio lo satisfizo en pesetas, exhibiendo autorización de residencia expedida por la Comisaría de Vigo.

Presentada en el Registro de la Propiedad número dos de Vigo primera copia de la referida escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento, porque aunque no se declare expresamente la condición de extranjero del comprador, del contenido de los párrafos segundo y tercero de la nota final de la cláusula tercera del otorgamiento y, a pesar de la declaración que éste hace en la comparecencia, debe deducirse tal circunstancia, por lo que no resultando acreditado haberse obtenido la autorización militar prevenida en el artículo 37 en relación con el 32, b), y del anexo II-5 del Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional de 10 de febrero último, no es posible practicar la inscripción solicitada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del mismo texto legal». «No se tomó anotación por suspensión, a pesar del carácter subsanable del defecto, por no haberse solicitado».

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra

la anterior calificación y alegó: Que la nota de calificación contradice lo dispuesto en la Ley de 12 de marzo de 1975 y de su Reglamento de 10 de febrero de 1978, al que hace referencia; que las disposiciones que se esgrimen en apoyo de la nota son inaplicables, ya que todas están incluidas en el capítulo III del Reglamento dedicado a las zonas restringidas a la propiedad por extranjeros, cuyo artículo 35 dispone lo que queda fuera de su ámbito y que, en consecuencia, ante la claridad de este artículo, nadie puede dudar que cualquier extranjero puede comprar un piso en el núcleo urbano de Vigo; que el error de calificación adquirirá en nuestro caso la mayor gravedad como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 41, 3º, del citado Reglamento, relativo a los efectos de la falta de inscripción dentro del plazo de dieciocho meses.

El Registrador informó: Que en contra de la opinión del recurrente, la aplicación a nuestro caso del artículo 35 del Reglamento de 10 de febrero de 1978 no aparece clara; que la propia redacción del citado artículo es gramaticalmente defectuosa, aumentando las dificultades de interpretación si lo enfrentamos con el artículo 38 del mismo texto; que es evidente que para la aplicación de la excepción que regula el artículo 35, dadas las circunstancias objetivas que la condicionan, es imprescindible justificar previamente que el objeto de la adquisición se halla situado en superficie ocupada por los actuales núcleos urbanos de población o sus zonas urbanizadas o de ensanche; que la definición de tales conceptos no viene formulada ni en la Ley ni en el Reglamento que comentamos, por lo que hay que acudir a los preceptos administrativos; que de todo ello se deduce que la excepción consagrada en el artículo 35 no puede operar automáticamente, siendo precisa una declaración concreta de su aplicabilidad en cada caso; que tratándose de una ley exclusivamente militar, la facultad para decretar tal aplicabilidad corresponderá por ello a las autoridades militares, y concretamente al Ministerio de Defensa o, por delegación, a los Capitanes Generales (artículos 81 y 82 del Reglamento); que por ello el Registrador no puede inscribir sin acreditarse previamente la oportuna autorización militar.

El Presidente de la Audiencia revocó en parte la nota del Registrador al no estimar necesaria la autorización de la autoridad militar, confirmándola con el carácter de defecto subsanable en cuanto que no se hace constar la condición de extranjero del adquirente en la escritura calificada, ni tampoco que la ciudad de Vigo no es fronteriza y que la calle donde se encuentra ubicado el piso comprado se halla dentro del casco urbano.

Tanto el Notario autorizante como el Registrador se alzaron de la decisión del Presidente de la Audiencia ante la Dirección General, que acordó, con revocación parcial del auto apelado, declarar inscribible la escritura calificada, en base a la siguiente doctrina.

Doctrina.—«Considerando que la cuestión que plantea este recurso se reduce a determinar si la adquisición de un piso situado dentro de un núcleo urbano de una población no fronteriza, concretamente Vigo, requiere la autorización militar prevista en el artículo 37 del Reglamento de ejecución de la Ley 8/1975, sobre Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional.»

«Considerando que los artículos 16 de la Ley, así como el 35 del Reglamento, no se limitan a declarar, sin más, que la superficie ocupada por tales núcleos urbanos está excluida del cómputo de superficie máxima susceptible de adqui-

sición por extranjeros, sino que establecen en forma casi idéntica que queda fuera del ámbito de aplicación de este capítulo, y, por consiguiente, no se incluirá en el cómputo la superficie ocupada por los actuales núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas o sus zonas urbanizadas o de ensanche actuales, por lo que ha de entenderse que las disposiciones del citado capítulo —y no sólo, por tanto, las que se refieren a porcentaje máximo de adquisición por extranjeros y a su cómputo— son inaplicables a tales núcleos y que precisamente ésta es la causa por la que se les excluye, también, del cómputo, interpretación que igualmente se deduce, a mayor abundamiento, de los artículos 17, 2.º, de la propia Ley, interpretado "a sensu contrario", y 34, 2.º del Reglamento.»

«Considerando, en consecuencia, que al haber sido declarado por los artículos 16 de la Ley y 35 del Reglamento que quedan fuera del ámbito de aplicación de los respectivos capítulos los núcleos de que se trata, no hay necesidad de incluirlos nuevamente dentro del contenido de excepción del artículo 38 del Reglamento, ni hubiera sido lógica tal inclusión, ya que la finalidad del precepto es distinta y más reducida que la del artículo 35, por lo que procede declarar que no es necesaria la autorización exigida por el artículo 37 del mismo.»

«Considerando, respecto de la omisión en la escritura de adquisición del inmueble de la circunstancia de que la calle Alcázar de Toledo está situada en el núcleo urbano de Vigo y en la que tanto el Notario como el Registrador apelantes están de acuerdo en la irrelevancia de esta omisión —que propiamente no es tal—, ya que al hacerse constar en la misma que se ha autorizado de conformidad con el artículo 35 del Reglamento de 10 de febrero de 1978, implícitamente se colige tal situación, y dado que, además, al Registrador le consta por la documentación y Archivo del propio Registro la situación física de la mencionada calle de estar enclavada dentro del casco urbano de su distrito hipotecario circunscrito al casco antiguo de la misma ciudad, no procede estimar esta falta de aclaración como defecto.»

B) Resolución de 28 de marzo de 1979.

Por escritura de 2 de agosto de 1978 autorizada en Vigo por el Notario don Luis Solano Aza, don Martín Eßer Kunne, de nacionalidad alemana, compró a doña Margarita Román Serralta un piso del edificio número 152 de la avenida de Felipe Sánchez, de aquella ciudad.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Vigo número 1 primera copia de dicha escritura, fue calificada con esta nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento, por no acreditarse la oportuna autorización militar prevenida en el artículo 37 del Real Decreto de 10 de febrero de 1978 y 18 de la Ley de 12 de marzo de 1975 sobre Zona Militar de Costas y Fronteras. No se tomó anotación por suspensión por no haberlo solicitado.

El Notario interpuso recurso gubernativo alegando: Que la nota que se recurre está en contradicción con el espíritu y la letra de la Ley y Reglamento que tratan de esta materia; que es cierto que el artículo 37 de este último texto legal exige determinadas autorizaciones, pero no es menos cierto que tal artículo está integrado dentro del capítulo III del Reglamento, que es de absoluta inaplicación al caso planteado, conforme al artículo 35; que la avenida de Felipe Sánchez, una de las más importantes de Vigo, está enclavada dentro de su núcleo urbano, no

teniendo en el término municipal de Vigo ningún punto de colindancia con la frontera de Portugal, que es la más próxima, ya que entre tal frontera y aquel término municipal existen otros muchos, todo lo cual es perfectamente conocido por el Registrador; que, por tanto, cualquier extranjero goza de absoluta libertad para comprar pisos en el núcleo urbano de Vigo, y éste es también el criterio del Ministerio de Defensa, ya que en escrito (cuya fotocopia se acompaña) de 13 de septiembre de 1978 el Subsecretario de este Departamento, contestando a la solicitud de autorización para adquirir dos fincas por un súbdito inglés, así lo declaró; que la importancia y gravedad del caso se pone de manifiesto al examinar el artículo 41, párrafo 3.º, del Reglamento, por lo que el otorgante, al no inscribirse su título y ser susceptible de devenir nulo, podría dudar de la competencia del Notario y exigirle la correspondiente indemnización de perjuicios a tenor del artículo 146 del Reglamento Notarial, en concordancia con el artículo 22 de la Ley Hipotecaria; que los Registradores de Galicia vienen inscribiendo títulos en casos semejantes al presente.

El Registrador informó: Que la legislación vigente ha modificado los criterios de la anterior normativa constituida por la Ley de 23 de octubre de 1935 y Reglamento de 28 de febrero de 1936, que excluía expresamente la necesidad de autorización en casos análogos al presente; que el artículo 37 del Reglamento vigente exige la autorización militar, siendo de observar que el precepto no se limita a fincas situadas fuera de poblados y no incluidas en su ensanches o zonas urbanizadas, sino que en general se refiere a fincas rústicas o urbanas sítas en zonas de acceso restringido a la propiedad; que el artículo 38 del mismo Reglamento establece excepciones a lo dispuesto en el artículo anterior, entre las cuales no figuran sino las relativas a centros o zonas de interés turístico nacional; que si se hubiera querido exceptuar de la previa autorización militar la adquisición de fincas sítas en núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas, se habría comprendido esta excepción en el artículo 38; que el hecho de que la superficie ocupada por los núcleos urbanos aludidos no deba incluirse en el cómputo del porcentaje a que se refieren los artículos 32 y 33 del Reglamento no excluye, ni siquiera tácitamente, la necesidad de autorización; que una cosa es el cómputo del porcentaje que habrá de hacer la autoridad militar a efectos de conceder o no la autorización, y otra cosa es que los Registradores puedan prescindir de la autorización misma; que la exigencia de ésta deriva, conforme al artículo 37, del hecho de estar situada la finca dentro de la zona de acceso restringido a la propiedad, esté o no situada dentro de un núcleo urbano y de no estar exceptuada expresamente por el artículo 38 del Reglamento; que el artículo 40 impone a los Notarios y Registradores la obligación de exigir el acreditamiento de la oportuna autorización militar; que a este informe se acompañan fotocopias de dos autorizaciones concedidas por la autoridad militar competente, de fechas posteriores a la del escrito del Subsecretario del Ministerio de Defensa citado por el Notario y cuya fotocopia aportó a este expediente, relativas a dos apartamentos sitos en la calle Cánovas del Castillo, de Vigo, y dimanantes de superior autoridad.

El Presidente de la Audiencia confirmó en parte la nota del Registrador, declarando que el artículo 35 del citado Reglamento no precisa para su operatividad otro requisito que el de que el Notario declare bajo su fe lo pertinente en la escritura de adquisición, pues la omisión de ambos extremos (se refiere al ca-

rácter de población no fronteriza y a la situación de la calle en núcleo urbano de población) de hecho es tanto como remitir al Registrador la apreciación de circunstancias de hecho necesarias para la inscripción y extrínsecas a la escritura, lo que, evidentemente, excede de la naturaleza y límites de la función registral; que esta interpretación del artículo 35 se fortalece con el documento, aportado por el Notario al expediente, en el que la autoridad militar declara que no es precisa la previa autorización en tales casos; que, aunque atendida su obviedad, pudiera tenerse por inoperante e inútil la mención de que la ciudad de Vigo no es fronteriza, no es así en lo que respecta a la circunstancia de que su avenida de Felipe Sánchez está enclavada dentro del casco urbano, dato que en la escritura de compraventa se omitió indebidamente, lo cual constituye una falta subsanable conforme al artículo 65 de la Ley Hipotecaria, por lo cual procede confirmar la nota del Registrador, revocándola parcialmente en el sentido de considerar subsanable la omisión del dato citado.

Tanto el Notario como el Registrador se alzaron de la resolución presidencial, y la Dirección General acordó, con revocación parcial del auto apelado, declarar inscribible la escritura, por lo siguiente:

Doctrina.—«Considerando que este recurso se plantea por el mismo Notario y con idéntica cuestión a la resuelta por este Centro Directivo en el día de ayer —27 de marzo de 1979—, y en la que se declaraba que no se requiere la autorización militar prevista en el artículo 37 del Reglamento de ejecución de la Ley de 12 de marzo de 1975 para la inscripción en el Registro de la Propiedad de un piso situado dentro de un núcleo urbano de una población fronteriza, dado lo establecido en los artículos 16 de la Ley y 35 de su Reglamento que las excluye del ámbito de aplicación de las normas contenidas en el capítulo, y sin que el artículo 38 con una finalidad más reducida y que contiene una excepción a lo ordenado en el artículo 37 implique que haya de aplicarse este régimen, así como que la omisión en la escritura calificada de hacer constar la circunstancia de que el inmueble se encuentra dentro del núcleo urbano no constituya falta alguna.».

C) Resolución de 13 de junio de 1979.

Por escritura autorizada el 9 de octubre de 1978 por el Notario de Vigo don Luis Solano Aza, el súbdito portugués don Jorge Teixeira Coelho Da Silva compró a la Entidad mercantil «Inmobiliaria Los Robles, S. A.», un piso ubicado en la avenida de García Barbón, de Vigo, haciéndose constar en la escritura que dicho piso está situado en el núcleo urbano de la misma ciudad.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 1 de Vigo primera copia de dicha escritura, fue calificada con esta nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento, por no acreditarse la oportuna autorización militar prevista en el artículo 37 del Real Decreto de 10 de febrero de 1978 y 18 de la Ley de 12 de marzo de 1975 sobre Zona Militar de Costas y Fronteras. No se tomó anotación por suspensión por no haberse solicitado.

El Notario autorizante entabló recurso gubernativo alegando las mismas razones expuestas en los escritos de interposición de los que motivaron las dos Resoluciones anteriores.

El Registrador informó esgrimiendo idénticos argumentos a los formulados con ocasión de los recursos que provocaron las Resoluciones citadas.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador en base a una interpretación análoga a la declarada por aquél en los anteriores recursos.

Doctrina.—«La Dirección General acuerda, confirmando el auto apelado, revochar la nota del Registrador, por lo siguiente»:

«Considerando que no obstante haber sido interpuesto el presente recurso el día 30 de enero de 1979, fue recibido en este Centro con posterioridad a la fecha de publicación de las Resoluciones de 27 y 28 de marzo de este año —que decidieron idéntica cuestión a la que es objeto de controversia y entre los mismos funcionarios— y por tanto, lógicamente tanto el Notario como el Registrador no podía tener conocimiento de su contenido.»

«Considerando que en las citadas Resoluciones se declaraba que no se requiere la autorización militar prevista en el artículo 37 del Reglamento de ejecución de la Ley de 12 de marzo de 1975 para la inscripción en el Registro de la Propiedad de un piso situado dentro de un núcleo urbano de una población no fronteriza, dado lo establecido en los artículos 16 de la Ley y 35 de su Reglamento, que las excluye del ámbito de aplicación de las normas contenidas en el capítulo y sin que el artículo 38, con una finalidad más reducida y que contiene una excepción a lo ordenado en el artículo 37, implique que haya de aplicarse este régimen.»

CONSIDERACIONES CRITICAS

El problema que plantea las Resoluciones que vamos a comentar conjuntamente por establecer la misma doctrina es un problema de interpretación de una normativa que ha incidido en la contratación por extranjeros de bienes sitos en España. La periferia española, la existencia de islas y la ubicación de poblaciones en territorios colindantes con otras naciones hace necesaria una legislación que evite que aquellos puntos claves para la defensa del territorio estén en manos de extranjeros. Esta legislación constituida por la Ley de 23 de octubre de 1935, Reglamento de 28 de febrero del mismo año, Ley de 12 de mayo de 1960, Decreto Ley de 22 de marzo de 1962 y 31 de octubre de 1974 ha venido a ser sustituida, salvo las dos últimas leyes citadas, por otra de mayor densidad técnica constituida por la Ley de zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros por razones de Defensa Nacional de 12 de marzo de 1975 y Reglamento de 18 de febrero de 1978.

Verdaderamente que esta legislación, como ya apuntó con mucha ironía GONZÁLEZ PALOMINO (Apéndice navarro al prólogo en Estudios jurídicos de arte menor, 1964), nunca se caracterizó por su precisión, pues aparte de la inscripción configurada como «constitutiva» para las adquisiciones de extranjeros (Decreto Ley de 22 de marzo de 1962) en ella se distingúan a las personas naturales, a las jurídicas y a las de cualquier otra clase. La falta de aquella precisión se ha querido superar en esta ley vigente a base de tecnicismos que oscurecen la materia y pueden dar lugar a los temas que abordan las Resoluciones dichas. Cuando aun nos seguimos manejando con tres clases de fincas: rústicas, urbanas y solares, llegó la Ley del Suelo en sus diversas versiones y complicó excesiva-

mente la clasificación en la que difícilmente puede incluirse el concepto de «núcleo urbano» salvo que pensemos en una posible parcelación. Nada tiene, por ello de particular, que donde existe oscuridad se trate de poner claridad en una labor interpretativa y de aplicación del derecho o de la norma, mejor. Debemos distinguir dos puntos: la discusión y la solución.

A) *La discusión*

Puntos de vista distintos esgrimen Notario y Registrador, centrándose la discusión en la aplicación o no al caso debatido de los artículos 16 de la Ley especial y 35 del Reglamento. Antes de exponer este artículo es preciso destacar cómo el artículo 37 del Reglamento (y utilizamos el texto del Reglamento por ser un desarrollo de la ley) establece que en las zonas de acceso restringido a la propiedad quedan sujetas al requisito de la *autorización militar* la adquisición, cualquiera que sea su título, por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras, de propiedad sobre fincas rústicas o urbanas, con o sin edificaciones, o de obras o construcciones de cualquier clase, la constitución, transmisión y modificación de hipotecas, censos, servidumbres y demás derechos reales sobre fincas a favor de personas extranjeras y la constitución de obras o edificaciones de cualquier clase, así como la adquisición de derecho sobre autorizaciones concedidas y no ejecutadas, cuando los peticionarios sean extranjeros. El artículo 32, de conformidad con lo establecido en los artículos 4 de la Ley, señala las zonas de acceso restringido a la propiedad de extranjeros (insulares, peninsulares y territorios del norte de África). En esta disposición se señalan los porcentajes de aplicación para la adquisición por extranjeros sin que en ningún caso pueda exceder del quince por ciento.

Fijadas así las zonas y los porcentajes vienen las excepciones:

a) Dispone el artículo 35, 1.º del Reglamento que «Queda fuera del ámbito de aplicación de este capítulo y, por consiguiente, no se incluirá en el cómputo la superficie ocupada por los actuales núcleos urbanos de población no fronterizas o sus zonas urbanizadas o de ensanche actuales. Respecto de las futuras, se aplicará lo previsto en este párrafo siempre que consten en planes aprobados conforme a lo establecido en la legislación urbanística que hayan sido informados favorablemente por el Ministerio de Defensa, o lo hubieran sido en su día por el Ministerio Militar correspondiente.

b) Por su parte, el artículo 38, 1.º del Reglamento exceptúa de autorización militar «los centros y zonas que se declaren de interés turístico nacional en los que, conforme a lo previsto en la Ley de 28 de diciembre de 1963, se considerará concedida la correspondiente autorización militar con las limitaciones que por imperativo de la Defensa Nacional pueda establecer el Ministerio de Defensa en su preceptiva autorización previa a tal declaración».

La consecuencia de todo ello es que Notarios y Registradores deben exigir a los interesados que prueben haber conseguido la «autorización militar» cuando ello sea preciso (artículos 18 y 20 Ley y 37 y 40 Rgt.). Conforme al artículo 41 del Reglamento las adquisiciones «deberán necesariamente inscribirse» y su

falta «determinará la nulidad de pleno derecho de los mencionados actos y concesiones». El juego de los porcentajes máximos autorizados ha de ser tenido en cuenta por la Autoridad militar para la concesión o no de la autorización.

Frente a todo ello y en uso de las facultades que a cada funcionario corresponde el Notario autoriza la escritura de adquisición de unos pisos situados en el núcleo urbano de Vigo a favor de un súbdito portugués, un mecánico residente y una alemana. La posición del Registrador es entender que el artículo 35 expuesto no aparece clara, pues para ello es imprescindible justificar previamente que el objeto de la adquisición se halla situado en superficie ocupada por los actuales núcleos urbanos de población o sus zonas urbanizadas o de ensanche, no pudiendo operar automáticamente dicha exclusión y siendo precisa una declaración concreta de su aplicabilidad en cada caso, procedente del Ministerio de Defensa o Capitanes Generales (artículo 81 y 82 del Reglamento). Aparte de ello su argumentación es que el artículo 35 no supone una excepción a la necesaria autorización, sino que es una excepción al cómputo de porcentaje que hemos visto establecen los artículos 32 y 33 del Reglamento, esto es, que la superficie ocupada por los núcleos urbanos aludidos no debe incluirse en el cómputo y que si se hubiera querido excluir de esa autorización se hubiera hecho como se hace con los centros o zonas de interés turístico nacional.

Como vemos, la discusión es interpretativa de preceptos. El artículo 35 está incluido en el Capítulo III relativo a las zonas de acceso restringido y el mismo inicia su andadura diciendo que «Queda fuera del ámbito de aplicación de este capítulo...». Si se compara este precepto con el 34 del mismo Reglamento, en el que se dan normas para «excluir» del cómputo la suma de la superficie de los diferentes pisos de un edificio y computar sólo la del solar, veremos que la tesis registral, con ser prudente, puede tener ciertos flancos débiles. A mí, particularmente, lo que me preocupa es si Vigo, donde se desarrolla el hecho que comentamos, es ciudad o no fronteriza, ya que para que lo fuera es necesario que, conforme al artículo 4 del Reglamento, esté ubicada «en términos municipales colindantes con la frontera» y, como dice el Notario, el término municipal de Vigo no tiene ningún punto de colindancia con la frontera. Si geográficamente esto es así el interés de la Resolución y su solución tiene una proyección diferente: nos servirá para otros posibles casos que se presenten, pero no para éste que escapa y convierte a Vigo en «ciudad sin ley» de zona de acceso restringido y núcleo no fronterizo.

B) *La solución*

La Dirección General da la razón al Notario y utiliza argumentos fundamentales: uno, es el texto literal del artículo 35 del Reglamento que excluye de aplicación del capítulo, y por tanto del cómputo, a los núcleos de población «no fronterizos». Es decir, se excluyen de las normas —de todas ellas— los núcleos de población no fronterizos y como una de sus consecuencias es que dichos núcleos quedan excluidos del cómputo. Yo encuentro irreprochable la interpretación, aunque ofrezcan ciertas dudas las precisiones de los conceptos que manejan.

Dos argumentos más utiliza la Dirección para sacar adelante su postura. ~~Hasta~~

la cita del artículo 17,2 de la Ley especial, en el cual y con carácter excepcional, el Gobierno puede hacer extensivas las disposiciones del capítulo cuestionado a determinadas poblaciones «no fronterizas» o a sus zonas de ensanche y no consta que el Gobierno haya hecho uso de la excepción a la que se le faculta. Igualmente dice que no hubiera sido lógico incluir dentro de la excepción a la autorización militar que regula el artículo 38 del Reglamento referente a zonas turísticas, pues la finalidad del precepto es distinta, ya que estas zonas o centros no es que se excluyan de las zonas de acceso restringido, sino que, pudiendo estar incluidos en las mismas el otorgamiento de tales «presupone» la correspondiente autorización militar.

Otro argumento es el que se basa en el artículo 34, 2.º del Reglamento, pero como dice GARCÍA GARCÍA (Comentarios a estas Resoluciones en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1981, número 543, pág. 427 y ss.), este argumento supone un retroceso en la línea interpretativa, pues se refiere a cómputos de superficie a efectos del porcentaje máximo. Este mismo autor dice, y estoy con él, que la Dirección no utiliza un párrafo del artículo 35 que «a sensu contrario» puede ser un argumento en apoyo de la interpretación. Es el número 3 del artículo 35 cuando refiriéndose a «zonas urbanizadas o de ensanche» disponé que «quedan sujetas a las limitaciones establecidas en el presente capítulo de este Reglamento», con lo que se explica de forma más clara lo que en el ínciso primero aparece en forma más amplia.

El citado autor saca una serie de conclusiones y penetra en la legislación especial, pero que quizás aquí sea imposible desarrollar, ya que unos marginan la problemática del caso y otros explican particularmente el supuesto. Citamos los siguientes:

- Para este autor los «núcleos urbanos no fronterizos no forman parte de la zona de acceso restringido». Ello se debe a que tales núcleos son a modo de «enclaves» que jurídicamente quedan fuera de ella. La técnica de los enclaves utilizada por la legislación de montes, la de zonas de interés turístico e incluso de concentración parcelaria y legislación del suelo, puede ser una buena explicación para casos en que el supuesto de hecho así lo permita, pero en el presente caso entiendo que estimar al núcleo urbano de Vigo como enclave en la zona de acceso restringido de Galicia (artículo 32,1 b) 5 del Reglamento) es excesivo. Habría que saber previamente cuál es la zona gallega de acceso restringido para poder hablar de enclaves. De la definición de zona de acceso restringido del artículo 4 del Reglamento nada se deduce a este respecto: «se denominan zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros aquéllas en que por exigencias de la Defensa Nacional o del libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado resulte conveniente prohibir, limitar o condicionar la adquisición de la propiedad y demás derechos reales por personas físicas o jurídicas de nacionalidad o bajo control extranjero con arreglo a lo dispuesto en esta Ley».
- Es importante el tema que plantea sobre el concepto del «actual núcleo urbano» relacionado con el problema de la calificación. Para él la frase «actual» ha de referirse al momento de publicación de la ley y su en-

trada en vigor, lo cual restringe la aplicación de la misma y obliga a un examen retroactivo de aquella situación, dando a la interpretación de la norma un carácter restrictivo. En lo que sí estoy con él es que la calificación registral alcanza en estos casos el dato ficticio de la «situación» de la finca lo mismo que cuando se trata de inmatriculación en base del documento público y la *ausencia de duda* de que habla el artículo 298 del Reglamento Hipotecario.

- Otro punto también importante es el plazo para hacer la inscripción, que se marca en el Reglamento «dentro de los dieciocho meses siguientes a sus respectivas fechas» y cuya falta determina la nulidad de pleno derecho. Este plazo quedará prorrogado hasta veinticuatro meses los títulos que estén pendientes de liquidación. El traer a colación este problema del plazo está en la alusión que el Notario autorizante de la escritura hace de que si no se despacha el documento sobre la base de un error calificador se produciría un perjuicio insoslayable para el adquirente. Hay argumentos que suelen utilizarse «a mayor abundamiento» que suelen ser peregrinos (peregrinar es intentar llegar a una meta) y que suelen sobrar. Era bonita la defensa del Notario, pero la estropea con «su mayor abundamiento» tratando de desconocer que el recurso suspende los plazos de presentación del documento que, si se ha hecho dentro del que marca la legislación especial, sigue vigente hasta la terminación del recurso y quince días más. En este sentido se pronuncia también GARCÍA GARCÍA.
- El carácter de «constitutiva» de la inscripción de los actos realizados al amparo y con los requisitos de la especial legislación para el autor citado parece que suponen un supuesto de tales clases de inscripciones. Es imposible entrar en este campo y volver a deslindar el concepto de la inscripción declarativa, frente a la constitutiva, la voluntaria frente a la forzosa, la necesaria, etc. Baste decir que la inscripción es requisito de validez del acto y no de eficacia.
- En una de las Resoluciones citadas (27 de marzo de 1979) la condición de extranjero del adquirente no aparece claramente y, de ahí, que el Presidente de la Audiencia estime tal omisión como defecto subsanable. El tema no se discute ni se alude por la Dirección General, ya que el mismo Registrador «induce» del otorgamiento esta condición. Al filo de esta omisión es necesario destacar cómo cuando el Notario hace alusión a un documento y «da fe» de que lo ha tenido a la vista, se resiste ante la petición del Registrador de su presentación para calificarlo, pero cuando omite una circunstancia tan esencial como la de condición de extranjero acepta la «inducción» registral. La presentación de documentos complementarios no es un capricho, ni una duda de la fe notarial, es una posibilidad de un examen de un documento que «notarialmente» puede no ofrecer obstáculos, pero que *registralmente* suponga una dificultad para la inscripción.

Enajenación de usufructo ganancial: adquirido por compra durante el matrimonio el derecho de usufructo vitalicio sobre una finca, y fallecido después el esposo de la compradora, tal derecho de usufructo tiene carácter ganancial, y su enajenación

jenación exige que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudique al cónyuge viudo enajenante o que presten su consentimiento a la transmisión los herederos del marido (Resolución de 31 de enero de 1979; «Boletín Oficial del Estado» de 24 de febrero).

Hechos.—Mediante escritura autorizada por el Notario de Valencia don Félix Huarte Echenique el 13 de marzo de 1951, doña Carmen y don José María Salvador Tamarit vendieron a doña Carmen Tamarit Mendingorra, asistida y con licencia de su marido don Luis Orient Sánchez el usufructo vitalicio de una finca situada en la vega de la ciudad, Cuartel de Patraix, partida del Zafranar, de 83 áreas, 10 centiáreas y 90 decímetros cuadrados, siendo inscrita en el Registro de la Propiedad; por escritura autorizada por el Notario don Joaquín Sapena Tomás el 11 de julio de 1976, doña Carmen Tamarit Mendingorra, viuda de don Luis Orient Sánchez, respecto a su referido derecho de usufructo y don José María y doña Carmen Salvador Tamarit, en cuanto a la nuda propiedad que les pertenecía por mitades indivisas, vendieron a la Compañía mercantil «J. Alegría, S. A.», el pleno dominio de una parcela de tierra, que en el mismo título se segregaba de la finca reseñada anteriormente.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Inscrito este documento en este Registro de la Propiedad de Valencia número dos, sólo en cuanto a la transmisión de la nuda propiedad en el tomo 1.748, libro 283 de Afueras 4.º, folio 209, finca 30.280, inscripción 1.ª de segregación y venta. Suspendida la inscripción en cuanto a la transmisión del usufructo por el siguiente defecto:

Constando en el Registro, al folio 5 del tomo 336 de Afueras, inscripción 3.º, de fecha 22 de mayo de 1951, inscrito el derecho como adquisición por precio durante el matrimonio, sin justificación ni alegación alguna sobre su posible carácter privativo, forzosamente tiene que considerarse como de titularidad ganancial, y por tanto, el cónyuge viudo carece de facultades para vender los bienes gananciales mientras no pierdan este carácter por la liquidación de la sociedad y la consiguiente adjudicación, según doctrina reiterada, Resoluciones de 22 de julio de 1910, 9 de enero de 1915, 15 de febrero de 1915, 2 de agosto de 1965. Sí que procede por el sobreviviente y herederos del premuerto: Resoluciones de 30 de abril de 1908, 9 de enero de 1916. Sentencia de 15 de marzo de 1945. Todo ello responde claramente a las exigencias del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y concordantes de un trato sucesivo de titularidades, formal o abreviado, de las transmisiones. Sin que podamos entender que el carácter especial del derecho de usufructo pueda considerarse como base para una excepción de la aplicación de esta doctrina general, y aún más en este caso concreto, en el que, al enajenar el usufructo junto con la nuda propiedad, dicho derecho pierde su carácter personalísimo, al consolidarse el pleno dominio y se transforma en una parte del precio, sobre el que pueden existir posibles interesados, que no constan.

Este defecto se considera subsanable y esta nota se practica de acuerdo con el presentante y mi cotitular según los artículos 435 y 485 del Reglamento Hipotecario. No se toma la anotación preventiva prevista en el número 9 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria por no haberse solicitado. Puesta nota de afección a plusvalía».

El Notario autorizante del documento interpuso recurso contra la anterior calificación, haciendo las siguientes alegaciones: que como fundamentos legales deben citarse los artículos 469, 480, 513, 658 y 1.418 y siguientes del Código civil; que en cuanto a la jurisprudencia, los textos legales son tan claros y contundentes que no hay declaración jurisprudencial que los desvirtúe o interprete de modo distinto a lo que resulta de su letra; que en cuanto a las resoluciones y sentencias que cita la nota, no son de aplicar a nuestro caso por referirse a supuestos distintos; que nuestro caso no se hubiera planteado si el usufructo estuviera inscrito sin más a nombre de doña Carmen Tamarit, o bien no hubiera estado casada al tiempo de su adquisición, surgiendo el problema al poder existir derechos al usufructo de otras personas como consecuencia de su adquisición durante el matrimonio a título oneroso y sin alegación ni prueba de un posible carácter privativo; que por lo que al Registro respecta, nos encontramos en situación similar a la del usufructo adquirido conjuntamente por los cónyuges, pues así, a nombre de ambos, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal, debe constar inscrito, aunque la nota no lo diga; que aun partiendo de este supuesto hemos de rechazar la nota registral denegatoria por varias razones: que al fallecer don Luis Orient se extinguía su derecho de usufructo, ya se considerase como parte de una titularidad conjunta, solidaria, por cuotas o de cualquier otra clase (artículo 513, 1.º), sin transmisión a sus herederos (artículo 658), por lo que no podía entrar en la división de los gananciales (artículo 1.426), quedando como única titular del usufructo doña Carmen Tamarit, cualquiera que fuese la entidad del mismo, por lo cual al enajenarlo a «J. Alegre, S. A.», como podía hacer (artículo 480), al adquirir la Sociedad la nuda propiedad de pleno derecho se produjo la extinción del usufructo (artículo 513, 3.º); que el carácter privativo o ganancial no altera la naturaleza del usufructo de vitalicio e intransferible por muerte a un derecho transmisible a los herederos; que con la tesis que se mantiene no se conculca el principio del trato sucesivo que por su propia esencia requiere que haya sucesión y que esa sucesión se refleje en el Registro, puesto que en el usufructo vitalicio la muerte del titular produce la extinción del derecho.

El Registrador informó: que no hay duda de que el usufructo puede constituirse a favor de una o de varias personas, simultánea o sucesivamente (artículo 469), pero que lo que no está tan claro es que esto es lo que se hizo en la compra a favor de doña Carmen Tamarit, casada con don Luis Orient Sánchez, pues la inscripción se practicó a nombre de ella; que según el artículo 659, el derecho de usufructo constituido por compra a favor de doña Carmen Tamarit, se extinguirá —y así consta en la inscripción— por la muerte de la usufructuaria, y como esta señora vive aún, este precepto no es aplicable a nuestro caso; que, así, pues, no es aceptable la declaración del fedatario de que los textos legales son tan claros y contundentes, que no dejan lugar a dudas en relación con nuestro caso; que no es exacta la afirmación de que las sentencias y resoluciones citadas en la nota no son de aplicación en este caso por tratarse de supuestos de derechos transmisibles por causa de muerte, porque, si la aplicación del artículo 659 excluiría el derecho de usufructo de la herencia de doña Carmen Tamarit solamente y esta señora vive, habrá que entender que los antecedentes jurisprudenciales alegados en la misma, todos ellos referidos a la disposición de bienes y

derechos gananciales, sí que son aplicables a nuestro caso; que existen algunas resoluciones que más o menos directa o indirectamente tratan la cuestión debatida; así la Resolución de 9 de febrero de 1917, en la que admite claramente la calificación como gananciales de las adquisiciones de derecho de usufructo configuradas de distintas formas, pero en que la condición de ganancial no está determinada por las características del derecho y sí por el carácter de la adquisición; que de la Resolución de 10 de julio de 1975 se puede deducir que el Centro directivo, en el caso de no figurar inscrita la previsión del usufructo vitalicio con derecho de acrecer al sobreviviente, hubiese aplicado la doctrina que defiende la intervención conjunto del sobreviviente y herederos del muerto; que hay que rechazar la tesis del recurrente de que en nuestro caso nos encontramos en situación similar al de la adquisición conjunta por ambos cónyuges, ya que la inscripción de la finca no consta en los términos exactos del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, sencillamente por ser anterior a la reforma del Reglamento, que estableció la fórmula tal como ahora se utiliza, aunque esto es intrascendente para determinar el alcance y consecuencias de esta titularidad conjunta ganancial y su distinción de la que resulta por adquisición del usufructo por personas distintas (artículos 469 y 521 del Código civil); que el propio recurrente parece que implícitamente reconoce una diferencia de fondo entre las adquisiciones de usufructo conjuntas por varias personas, y las realizadas por uno de los cónyuges, sin acreditar el carácter privativo del precio; que don Luis Orient adquirió cierta titularidad sobre el usufructo comprado por su esposa por precio no privativo, aunque es difícil determinar el alcance de esta titularidad; que la generalidad de la doctrina y jurisprudencia acepta la teoría de la llamada comunidad en mano común o gesmánica que implica la inexistencia de cuotas sobre los bienes comunes, de forma que hay una titularidad que lleva consigo una participación sobre el conjunto de bienes o derechos referida al momento de la disolución y liquidación; que siguiendo la tesis del recurrente, en determinados casos podrían eludirse las disposiciones prohibitivas de contratación y donaciones entre cónyuges, desamparándose a los herederos legítimos al tiempo que se produciría un evidente fraude fiscal; que respecto a la afirmación del recurrente de que su tesis no conculca el principio de trato sucesivo, ha de considerarse que la titularidad de doña Carmen Tamarit, al ser consecuencia de una compra durante el matrimonio, no es una titularidad apta para disponer; que al morir uno de los cónyuges algo trascendente ocurre, que tiene que reflejarse en el Registro, so pena de intromir el trato; y que el Registrador se encuentra ante un título de disposición que no puede inscribir salvo que se justifique la liquidación previa de los gananciales y consiguiente adjudicación al viudo, o la intervención en el acto de disposición de los herederos del muerto, todo ello en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y demás disposiciones concordantes.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente.

El Registrador apeló contra dicha resolución. Y la Dirección General confirma la nota del Registrador basándose en los siguientes Considerandos:

Doctrina.—«Que inscrito un derecho de usufructo vitalicio, comprado durante el matrimonio por la mujer a costa del caudal común, la cuestión que plantea

este recurso es la de si —y teniendo en cuenta que el marido ha fallecido— puede inscribirse la escritura calificada en la que comparecen como vendedores los dos nudo-propietarios y como usufructuaria la viuda, agotando entre los tres la íntegra titularidad del inmueble, según sostiene el Notario autorizante, o por el contrario se precisa la previa liquidación de la sociedad conyugal o al menos el consentimiento de los herederos del marido, tal como sostiene el funcionario calificador.»

«Que de una parte el carácter vitalicio unido al de personalísimo que tradicionalmente se atribuye al derecho de usufructo, y de otra, la naturaleza «*su generis*» de la sociedad de gananciales, como comunidad de tipo germánico y que no aparece dotada de una personalidad jurídica independiente de la de los dos esposos, origina que al ponerse en relación ambas instituciones se planteen complejos problemas jurídicos de no fácil solución, y en cuyo estudio y tratamiento no se muestra concorde la doctrina así como tampoco es unánime el parecer de la jurisprudencia.»

«Que como antecedente previo que exige ser examinado para resolver este recurso está el relativo a la naturaleza privativa o ganancial del usufructo vitalicio comprado por la mujer con licencia de su esposo, y aunque tanto el Notario como el Registrador están de acuerdo en este punto acerca de su carácter común, la cuestión no es tan pacífica como a primera vista pudiera parecer y por eso ofrece un gran interés al tratar de desentrañarla a fin de determinar si el carácter personalísimo del derecho de usufructo ha podido incidir de alguna manera en la naturaleza de este bien.»

«Que, en efecto, un sector doctrinal entiende que debido a esta especial naturaleza del derecho de usufructo no cabe que pueda ser configurado como ganancial, sino siempre como privativo, tesis que, según estos autores, se fundamenta en su cualidad de intransmisible, para lo que no es obstáculo el contenido de los artículos 480 y 498 del Código civil que mantienen según esta opinión el principio de intransmisiabilidad, y lo único que permiten es la enajenación de su contenido económico, y que se refleja con claridad en el artículo 1.403 del mismo Cuerpo legal cuando indica que el usufructo vitalicio o perpetuo forma parte de los bienes propios del cónyuge titular del mismo.»

«Que no obstante el carácter personalísimo y en consecuencia inttransmisible que el usufructo tenía en el Derecho romano, y que se recoge hoy día en el B. G. B., aparece fuertemente contestado por la doctrina moderna e igualmente por una serie de legislaciones que admiten la posibilidad de transmisión de este derecho, entre ellas la legislación española, que autoriza su enajenación —artículo 480 del Código civil—, así como su hipotecabilidad —artículo 107 de la Ley Hipotecaria—, sin que sea aceptable la tesis restrictiva expuesta en el considerando anterior, ya que los términos en que aparecen expresados ambos preceptos legales se refieren claramente al propio derecho de usufructo, y lo mismo en cuanto al artículo 1.403 del Código civil —que tiene su precedente en el 1.322 del Proyecto de 1951— y que al igual que el artículo 1.402 se refieren a derechos que ya pertenecían al cónyuge antes de contraer matrimonio, y que, por tanto, tenían ya el carácter de privativo.»

«Que reconocida la naturaleza ganancial que tiene el usufructo discutido se replantean con más intensidad una serie de cuestiones que aparecen conectadas

con todos aquellos supuestos en que el titular es exclusivamente una sola persona física, en cuanto que este usufructo va a pertenecer a una sociedad «*su generis*» que por carecer de personalidad jurídica independiente de la de sus socios, no le es aplicable la causa de extinción que para las personas jurídicas establece el artículo 515 del Código civil, sino por el contrario la número 1 del artículo 513, o sea, la muerte del «usufructuario» que al reafirmar el carácter vitalicio como tan esencial, induce a la doctrina antes mencionada a estimar la imposibilidad de que una comunidad de bienes de tipo germánico pueda ser usufructuaria y considera esta circunstancia como un argumento más a favor de su tesis de que el derecho de usufructo no puede ser más que privativo.»

«Que, sin embargo, en nuestro Derecho puede coherir el carácter vitalicio del usufructo con la sociedad de gananciales, ya que en este caso —como cuando, fuera de la sociedad de gananciales, un usufructuario enajena su derecho de usufructo en todo o en parte (artículo 480 del Código civil)— no queda alterado el contenido del derecho, y por tanto: a) si fallece el cónyuge que adquirió el usufructo, y a cuya vida está unida la existencia de este derecho, quedará extinguido el mismo de acuerdo con el número 1 del artículo 513 del Código civil y consolidarán los nudo-propietarios el pleno dominio siendo nulo su valor a efectos de la liquidación de la sociedad conyugal; b) si el que fallece es el cónyuge del que adquirió el usufructo —como sucede en nuestro caso— este derecho real sigue subsistiendo hasta tanto no fallezca el otro esposo, circunstancia que determinará su extinción.»

«Que al no estar constituido el usufructo en favor de varias personas simultáneamente, tal como autoriza el artículo 469 del Código civil, no tiene lugar el acrecimiento a que se refiere el artículo 521 del mismo Cuerpo legal, así como tampoco ha existido el pacto de acrecimiento entre los esposos inscrito en el Registro, como sucedió en el supuesto de la Resolución de 10 de julio de 1975, sino que por el contrario se trata de la adquisición por una única usufructuaria, con la particularidad de que dicha compra, por reunir los requisitos establecidos en el artículo 1.401, tiene el carácter de ganancial, lo que hace necesario que a la muerte del otro esposo se requiera o que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudique el bien en la forma que estimen todos los interesados, o que al menos consientan los herederos del marido en la transmisión operada.»

CONSIDERACIONES CRITICAS

El problema que suscita la presente Resolución es si un usufructo adquirido durante el matrimonio por la mujer a costa del caudal común, puede ser enajenado, concurriendo los nudo propietarios, pero habiendo fallecido el marido de la usufructuaria. El problema se sitúa entre los años 1951 en el que se adquiere el usufructo y el año 1976 en que se dispone del mismo. Son datos cronológicos que sirven para encuadrar legislativamente el supuesto y aplicar una u otra norma.

Recuerdo haber leído hace tiempo un artículo muy ponderado del que fue Director General de los Registros y del Notariado, ESCRIVÁ DE ROMANÍ («Actos dispositivos realizados en contravención del artículo 1.413 del Código civil», Revista Derecho Notarial, 1967) y sobre todo el Dictamen sobre «Impugnación de actos realizados por el marido sobre bienes gananciales en fraude de la mujer»

(A. D. Civil, 1956, pág. 918), en los que se denunciaba la posibilidad de un fraude a través de los actos realizados por el marido «sustituyendo bienes gananciales en pleno dominio, por derechos reales de usufructo en favor del marido y sobre su vida o en favor de la sociedad de gananciales, pero extinguiéndose con la vida de aquél». Ofrezco el problema ya que, en forma indirecta, el tema incide en el supuesto que contemplamos que no es de fraude, sino de encuadramiento del usufructo como derecho personalísimo y de carácter vitalicio, que puede o no sustraerse a esa regla general de que lo adquirido por cualquiera de los esposos a costa del caudal común deja de ser ganancial por suponer un derecho personalísimo. Por ello creo que cabría distinguir en este comentario el tema del carácter del usufructo adquirido y los requisitos para su posible enajenación posterior, aunque sólo esta última cuestión es la que se dilucida en la Resolución.

A) *Naturaleza de la adquisición de un usufructo*

En el año 1951, cuando se adquiere el usufructo por la esposa, asistida y con licencia de su marido, no estaba vigente la reforma del año 1958 del Código civil del artículo 1413 ni la de los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario, luego la adquisición de dicho usufructo se practicó a nombre de la esposa, aunque sobre ella pesaba la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del C. c.

Creo que una cosa es el «derecho personalísimo», pongo por ejemplo el derecho de autor o sobre la propiedad intelectual, y otra el derecho de disfrutar una cosa durante la vida de una persona. En el primer caso estamos ante un derecho emanado de la personalidad de un sujeto que «crea y ejecuta» una obra y en el segundo de un derecho limitado en el tiempo por el plazo de la vida humana. El que el usufructo sea «vitalicio» en el sentido de un derecho que «dura» lo que la vida humana de su titular tenga, no quiere decir que sea personalísimo, sino limitado a un plazo incierto, pero que ha de cumplirse. Durante ese plazo de «duración» del derecho no quiere decir que la titularidad deba pertenecer en exclusiva al adquirente, sino que puede ser una titularidad compartida, pero limitada al efecto extintivo de la vida del adquirente. El derecho de usufructo es de la sociedad de gananciales, por el juego presuntivo del artículo 1.407 del C. c., pero se extingue por la muerte del cónyuge titular de la adquisición. Este era el aspecto de denuncia que hacía ESCRIVÁ DE ROMANÍ con esos cambios de propiedad por derechos de usufructos que, sin dejar de ser gananciales, se extinguían por fallecimiento del cónyuge adquirente. Es como si el derecho de hipoteca lo adquiere un cónyuge y se fija como plazo de duración del mismo para satisfacer la obligación la duración de la vida del adquirente de la hipoteca. Quizá en este caso influiría el principio de determinación y la seguridad del tráfico jurídico, pero no cabe duda que en cualquier otro derecho podría establecerse esa cláusula y, por ello, el derecho no se convertiría en personalísimo.

Entiendo que esta es la línea que acepta la Dirección General que, apuntando en uno de sus Considerandos, que tanto el Notario como el Registrador están de acuerdo acerca del carácter común del usufructo, llega a la demostración de esta afirmación. Cita uno de sus considerando (el cuarto) que un sector doctrinal entiende que no puede ser considerado como ganancial el usufructo, sino que siempre es privativo sobre la base de ser un derecho intransmisible, pues los

artículos 480 y 498 lo único que permiten es la «transmisión del contenido económico» como también refleja el artículo 1.403 del antiguo Código civil al entender que el mismo forma parte de los bienes propios del cónyuge titular del mismo. Reacciona la Resolución sobre todo ello en el siguiente considerando entendiendo que si bien el derecho de usufructo es configurado por el Derecho romano y el germánico como personalísimo e intransmisible (el derecho de autor se considera como personalísimo, pero es transmisible), en el actual Derecho español se configura como transmisible e hipotecable (artículos 480 C. c. y 107 Ley Hipotecaria) y que el artículo 1.403 y 1.402 del antiguo Código civil se están refiriendo a usufructos pertenecientes al cónyuge *antes* de la celebración del matrimonio.

De lo dicho se desprende que el usufructo, aun siendo de carácter ganancial, queda afecto por el término resolutorio de la vida del titular adquirente, sin que pueda entrar en juego el artículo 521 del Código civil con su derecho de acrecimiento. La muerte del cónyuge titular adquirente no provoca el acrecimiento al otro titular, pues aunque se adquiera para la sociedad conyugal, el usufructo está limitado a la vida del adquirente. Por ello, si fallece el titular del usufructo, aun siendo ganancial, se produce la consolidación en la persona o personas que ostentan la nuda propiedad. Como el fallecimiento del titular del usufructo provoca en caso de estar casado la disolución de la sociedad conyugal, este usufructo no podrá incluirse en la posible liquidación de la sociedad de gananciales. Por ello, ESCRIVÁ DE ROMANÍ, en el trabajo antes citado, denunciaba la posibilidad de fraudes en permutas de bienes por usufructos de otros o de cesión de nuda propiedad reservándose usufructo, etc.

La adquisición del usufructo en la forma en que se hizo permite la construcción apuntada, aunque la titularidad del derecho pasa a una comunidad sin personalidad. De ahí que se den dos conclusiones: no cabe la aplicación de la extinción del usufructo aplicando el artículo 515 y sí el 513,1 del Código civil; no procede el acrecimiento del artículo 521 ya que se constituyó a favor de una persona y no de dos simultáneamente. De ahí que en el caso cuestionado al fallecer el esposo de la usufructuaria asegura la inclusión del usufructo en la masa de gananciales y repercute en su liquidación y actos dispositivos.

Aunque no se plantea en el recurso el tema de la inscripción del derecho por ser anterior a la reforma hipotecaria de los artículos 95 y 96, si cabe apuntar que, como dice el último considerando, no existió pacto de acrecimiento y tampoco constaba el mismo registralmente. Cabe, sin embargo, preguntar lo que hubiese sucedido si se aplica el primer número del artículo 95 del Reglamento Hipotecario para esas adquisiciones de mujer casada que atribuyen titularidad al cónyuge que no adquiere y que en el momento actual tanta preocupación provoca en las decisiones de la Dirección General de los Registros. Entiendo que tampoco hubiese pasado nada, pues el que se inscriban a nombre de ambos, no quiere decir que ambos adquieran, sino que ambos han de coincidir en el consentimiento dispositivo y el usufructo por la inscripción no se hubiera convertido en conjunto y con derecho de acrecimiento, sino que hubiera seguido siendo «vitalicio» y amenazado de extinción por el fallecimiento de la persona que lo adquiere.

B) Requisitos para su enajenación posterior

Como sabemos, en el año 1976 la usufructuaria, ya viuda de su marido, decide enajenar el usufructo y como los nudo-propietarios también están de acuerdo en disponer de sus derechos, comparecen ante Notario y venden, previa segregación, una parcela a una sociedad anónima. El Registrador, ante esta escritura, entiende que no es posible que la usufructuaria disponga en solitario del usufructo, pues como en el Registro no figura acreditado el carácter privativo del precio de la adquisición, el usufructo así adquirido es presuntivamente ganancial, ha entrado en la masa ganancial y sobre el mismo en su mitad hipotética ostentan titularidad los herederos del marido fallecido. El Notario, entre los argumentos que emplea, es el de la inscripción que al ser conjunta parece que contagia a la adquisición este carácter, aunque ya el Registrador advierte que en el Registro consta que el usufructo es vitalicio y que se extinguirá por el fallecimiento de la adquirente. El fallecimiento del marido, en este caso, no puede nunca extinguir el usufructo pues su vida no jugaba en la resolución del derecho y sí en la extinción de la sociedad de gananciales. Su muerte ha modificado el poder dispositivo del derecho; es preciso que se liquide la sociedad de gananciales, que se adjudique el derecho o que la disposición sea conjunta del cónyuge y de los herederos.

Esta última solución es la que mantiene la Dirección General al resolver el recurso expresándose así en su último considerando: «lo que hace necesario que a la muerte del otro esposo se requiera o que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudique el bien en forma que estimen todos los interesados, o que al menos consientan los herederos del marido la transmisión operada». AMORÓS GUARDIOLA (Comentario a esta Resolución en «R. Cr. D. Inm.», 1981, núm. 547, págs. 1531 y ss.) da una razón más a todas las que hemos apuntado extraídas de la Resolución y es si no admitiésemos la posibilidad de un usufructo de carácter ganancial, el usufructo siempre sería privativo (confundiendo, digo yo, el derecho personalísimo con el vitalicio) lo que no parece posible teniendo en cuenta la posibilidad de una adquisición de este derecho a título oneroso, durante el matrimonio y con dinero ganancial.

En apoyo de la manera en que debe procederse para los actos dispositivos se alegan por el Registrador una serie de Resoluciones que justifican debidamente su calificación y que respaldan la solución que al caso da la Dirección General. Entre ellas cabe citar las de 22 de julio de 1922, 9 de enero 1915, 2 de agosto 1920, 30 de abril 1908, 9 de enero de 1916 y Sentencias de 4 de enero de 1965, 8 de marzo de 1965 y 15 de marzo 1945.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE DICIEMBRE DE 1981. ERROR EN EL CONSENTIMIENTO. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. NORMAL DILIGENCIA

I. § 1. Los hechos determinantes de este importante pleito, tal y como se narran en la demanda y contestación (los que se extractan en los dos primeros Resultados de la Sentencia comentada), son los siguientes: El marchante o comerciante en cuadros Sr. Hípola adquiere el cuadro «Bueyes y barcas», atribuido al pintor Joaquín Sorolla Bastida, el que además ostenta la firma del mismo, comprándolo por diez millones de pesetas, al también marchante Sr Arenzana. El Sr. Hípola hace que dicho cuadro se exhiba, dándole especial importancia, en la Exposición extraordinaria celebrada en Valencia, en conmemoración del cincuenta aniversario de Sorolla; en ella, fue colocado en lugar preferente, y se nos dice que sirviendo de dosel al ilustre conferenciante Marqués de Lozoya, en acto solemne celebrado en honor del pintor.

Después de todo esto y hasta de artículos en los periódicos sobre el gran valor del cuadro, parece que el Sr. Hípola tiene dudas sobre la autenticidad de dicha pintura y, en efecto, solicita la opinión del Sr. Pons y Sorolla, nieto del pintor y Director del Museo Sorolla, quien dictaminó que se trataba de una «burda falsificación». Examinada la firma del cuadro, el Perito calígrafo jefe del Laboratorio técnico de Investigación y Experimentación caligráfica, dictamina que la tal firma es falsa. Entonces, y sobre esta base, el Sr. Hípola demanda al Sr. Arenzana pidiendo que se declare la nulidad de la venta del cuadro, por no ser cuadro legítimo de Sorolla y solicita además la devolución de lo ya pagado.

§ 2. El demandado, Sr. Arenzana, contesta haciendo historia de la procedencia del cuadro; había sido importado de Argentina, por la conocida casa «Durán, Sala de Arte», procedente de la colección Sené de Buenos Aires, y además recuerda que el cuadro aparece atribuido a Sorolla en el autorizado catálogo general de «Bernardino Pantorba». Todo ello al efecto de mostrar su buena fe, y también como prueba de no haber podido falsificar la firma de Sorolla (de lo que se le había acusado en querella criminal).

Indica además el demandado que el Sr. Hípola trató de vender el citado cuadro, primero por quince millones y luego por doce, y sugiere que al no haber podido venderlo y tener que pagarle el precio aplazado, sería cuando pensó en la posible carencia de autenticidad del cuadro. Concluye pidiendo que la demanda sea desestimada.

§ 3. El Juzgado de Primera Instancia de Madrid desestima la demanda y la Audiencia territorial confirma en este sentido la sentencia de aquél. En nombre del Sr. Hípola se interpone recurso de casación por infracción de Ley, invocando nueve motivos.

Desgraciadamente, no se nos ha dado a conocer el contenido de estos motivos, pues siguiendo una ya generalizada mala costumbre, no se relatan las razones

en las que se basan; con lo que, redactándose los resultados a modo de respuesta a los motivos, será a veces difícil, casi imposible, adivinar la doctrina en la que se fundamenta el fallo de la sentencia comentada.

II. § 4. El primer considerando de nuestra sentencia comienza diciendo que el Juzgado de Instancia, «en consecuencia de la actitud de las partes», considera el objeto de la «litis» bajo dos aspectos. Estos son: el de la interpretación de lo convenido y el de «la posible existencia del error».

La primera cuestión que se ofrece y a la que ante todo habrá de contestarse, y no sólo en este caso, sino en especial en todo contrato, es la de averiguar qué sea o qué aparece como lo querido por las partes. Sólo después de haberse dado respuesta, puede preguntarse si las obligaciones se han cumplido debidamente, si ha existido un cumplimiento irregular, un error o un vicio de la cosa objeto del contrato. Lo que aquí resulta más indicado, porque, como se dice en el considerando sexto de la sentencia, la cuestión debatida —autenticidad de una obra de arte— requiere un «trato especial», muy especial y particular, que exige «soluciones específicas y particulares».

§ 5. La razón de esta peculiaridad se encuentra en que el valor de un cuadro, lo que éste es o vale en el comercio de obras de arte (supuesto en el que nos encontramos), no reside en la belleza o fealdad de lo representado o inventado, sino en su estimación, según quien sea su autor, la escuela o época a la que pertenece. En dicho comercio no se adquiere *este* cuadro, en general se compra *un* Sorolla, *un* Miró o *un* Pícaso. Será otra cosa si se matiza lo convenido, calificando el cuadro no como de tal autor sino como el de ser atribuido a Sorolla o a Murillo. El objeto del contrato no será la tela ni el embadurnamiento de colores, sino el cuadro como obra de un determinado autor (autenticidad). La identificación del objeto no resulta de su materia sino de la cualidad que lo convierte en valioso. No importa, por ejemplo, que el candelabro sea de oro o de plata sobredorada, sino el que su autor sea Benvenuto Cellini; del billete de Banco no interesa su papel o su dibujo, sino que esté en curso o que sea un ejemplar propio para coleccionista. Si se ha comprado *un* Sorolla, no se cumple entregando una copia o un cuadro de su estilo, aunque fuera tan bueno o más bello que los del maestro.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido admitiendo lo dicho, en casos todavía menos evidentes, señalando que «hay pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción total del comprador», estando entonces en la hipótesis de entrega de cosa distinta o «aliud pro alio». (S. 3 marzo 1982).

§ 6. Estas consideraciones han debido mover a los juzgadores, en las sucesivas instancias, a inquirir, ante todo, qué sea lo querido o podido quererse por los contratantes. En el primer considerando, la Sentencia del Tribunal Supremo sienta como hecho que las partes están conformes en que se trata de «compra por el actor al demandado, de un cuadro catalogado entre los asignados al pintor Joaquín Sorolla Bastida, titulado «Aguardando o esperando la barca», o «Bueyes y Barcas», por el que fijaron el precio de diez millones de pesetas». De estas *palabras* pudiera deducirse que, en el contrato de venta se utilizó el término *catalogado entre*; si ello fuera así, resultaría que Atenzana había cumplido, al estar inserto el cuadro «Bueyes y Barcas» entre los de Sorolla, en el catálogo de «Ber-

nardino Pantoja». Mas a dicho término puede dársele otro sentido y pensarse que se trataba de un cuadro *clasificado* ya entre los de la mano del pintor Sotolla.

§ 7. El juzgador de instancia, para mayor seguridad del fallo, parece que no se ha detenido en el valor dado a la frase «catalogado entre». Considera que «no ofreciendo luz alguna en la interpretación contractual la carta ya reseñada, documento que, reconocido por ambos contratantes, constituye la única prueba escrita de la formalización de la compraventa, el alcance de dicha discrepancia (la que origina el pleito) ha de ser resuelto acudiendo, conforme previene el artículo 59 del Código de comercio a los «usos de comercio», en cuanto constituyen fuente subsidiaria interpretativa de los actos de comercio, según dispone el artículo 2.º de dicho Código —implícitamente descartando la aplicabilidad del artículo 50 del mismo Código».

Frente a este razonamiento, recogido en el Considerando segundo de la sentencia comentada, se alzan los motivos segundo y tercero del recurso de casación, amparados ambos en el número 1.º del artículo 1.692 de la L. Ec.; el uno por infracción del artículo 50 del Código de comercio y el otro por infracción de ley por aplicación indebida del artículo 2.º de dicho Código, y los dos motivos en relación con la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1946 y de 26 de enero de 1926. No habiéndose dado a conocer el contenido de los dichos motivos, habrán de colegirse sus razones y con ellas las de su refutación, de lo expresado en la Sentencia del Tribunal Supremo.

§ 8. La argumentación del recurrente parece que discurre del siguiente modo: El artículo 2.º del Código de comercio se refiere a los actos de comercio y a los usos de comercio normativos (1); en cambio, para los contratos, para su interpretación en especial, rige el artículo 50 del mismo Código (2). En dicho artículo 50, a diferencia del segundo, no se mencionan los usos del comercio; de lo que se concluye que para la *interpretación* de los contratos mercantiles, a falta de lo expresamente establecido en el Código de comercio o en leyes especiales, habrá de acudirse a las reglas generales del Derecho común. Exclusión de los usos de comercio, como usos interpretativos de los contratos comerciales, que podrá incluso estar incidentalmente avalado por una opinión de máxima autoridad en la doctrina mercantilista (3) y por la doctrina de las antes citadas sentencias del Tribunal Supremo (4).

(1) Artículo 2.º: «Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados en cada plaza y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.»

(2) Artículo 50: «Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán, en todo lo que no se halle especialmente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas del Derecho común.»

(3) Tratándose del reconocimiento de los usos normativos y de la tesis contraria a su admisibilidad, se nos indica que la lectura del Código de comercio «parece llevarnos a la conclusión opuesta, es decir, a afirmar que los únicos usos que se recogen en el articulado del Código de comercio son los usos normativos»; conclusión que apoya «muy especialmente el artículo 50», GARIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid 1945 I, p. 114.

(4) El recurrente aduce en su favor la doctrina de dos sentencias del Tribunal Supremo. La de 24 de diciembre de 1946 (casando la del inferior), se refiere a un uso (prueba de una venta, no obstante la falta de nota de pedido y de

§ 9. El Juzgador encuentra un valioso argumento para rechazar las alegaciones del recurrente en el artículo 59 del Código de comercio. Este dispone que si se originan *dudas* que *no puedan resolverse* por el artículo 2.º del Código de comercio, se decidirá la cuestión a favor del deudor. De ello, puede inferirse que cualquier duda que surja sobre las reglas de aplicación a los contratos habrán de resolverse por lo dispuesto en el artículo 2.º, es decir, en segundo lugar, por los usos de comercio (5).

Sin embargo, este razonamiento no parece decisivo, pues siempre queda viva la anterior objeción, la de que si el artículo 50 establece una regla específica sobre la interpretación de los contratos, se excluiría así la duda y también la necesidad de acudir a la regla supletoria del artículo 2.º.

§ 10. Permitásenos decir, todavía, que posiblemente se exagera aquí el valor de la letra de la Ley. Las mismas frases uso de la plaza o uso del lugar, no se entienden como lo acostumbrado en el lugar o en la plaza de modo general, sino que atienden muy especialmente, a las costumbres gremiales o profesionales. Además, puede añadirse que la contraposición entre usos normativos e interpretativos merece sea matizada. Hay algún uso normativo, muy excepcionalmente de carácter imperativo; en general, son sólo de valor supletorio, y normalmente del segundo grupo (después de las reglas legales dispositivas). Los usos interpretativos, a su vez, pueden referirse a la llamada interpretación subjetiva, o de la presunta voluntad real de los contratantes o bien a la también designada como interpretación objetiva o integrativa, la que viene a completar el contrato con las cláusulas generalmente insertas en los contratos de una determinada naturaleza o entre una cierta clase de personas; en este último tipo de interpretación ella alcanza valor de norma supletoria de lo convenido. No otra parece ser la finalidad generalmente atribuida a los usos en los textos legales: en el Código de comercio de 1829 (6), en lo que se nos explica en la notable Exposición de Motivos del Proyecto de Código de comercio de 18 de marzo 1882 (7) y en el mismo artículo 1287 del Código civil.

confirmación) al que se califica de «hipotético uso comercial, que suponiendo que se hubiere probado, no podría prevalecer nunca al amparo del artículo 2.º del Código de comercio referente a las fuentes del Derecho en materia mercantil, puesto que, conforme al art. 50 del expresado Código, rige como supletorio en materia contractual, en primer término, el Derecho común».

La Sentencia de 26 de enero de 1926, se limita a decir «que el contrato de compraventa engendra obligaciones recíprocas, y como no están determinadas en el Código de comercio los efectos y consecuencias que la acción rescisoria tiene para quien la ejercite, es procedente según el artículo 50 del dicho Código, acudir a las reglas generales del Derecho común».

(5) La cuestión fue ya vista por el maestro GARRIGUES, quien señala que «podría quizá reconocerse en el artículo 59» la existencia del uso en pura función interpretativa de la voluntad de las partes, loc. cit., pp. 113-114; pero parece inclinarse por lo contrario, en el párrafo citado antes en la nota tercera.

(6) Dispone que cuando haya necesidad de interpretar las cláusulas del contrato, y los contratantes no resuelven de común acuerdo la duda ocurrida, se tendrá por base de su interpretación. «3.º El uso común y práctica observada generalmente en los casos de igual naturaleza. 4.º El juicio de personas prácticas en el ramo de comercio a que corresponda la negociación que ocasione la duda».

(7) Puede verse dicha Exposición en POLO DÍEZ, *Leyes mercantiles y económicas*, 1956, I, pp. 25-26.

§ 11. Volviendo a nuestra Sentencia, el Juzgador, siguiendo su razonamiento sobre la aplicación de los usos de comercio interpretativos, atiende al certificado de la Cámara de Comercio de Madrid, conforme al que «existe un uso de comercio generalmente admitido y observando (¿observado?), según el cual, los comerciantes y vendedores de obras pictóricas, en relación con la autenticidad y carácter genuino de la pintura vendida en su establecimiento, de autores fallecidos o no contemporáneos, se limita a expresar de buena fe, que la obra vendida es propia de un artista determinado y ejecutada de su mano, según los elementos de juicio que dichos comerciantes o vendedores han podido reunir o tener a su alcance» (8). Este uso no parece fuera puesto en duda. La buena fe del vendedor, se entiende probada, atendiendo al demostrado trato comercial de la obra, adquirida inicialmente por el marchante Bou, que la vendió al Sr. Sere en Buenos Aires, obra después importada a España por «Durán, Sala de Arte, Sociedad Anónima» y comprado a éste por el demandado, y teniendo en cuenta además que dicho cuadro se hallaba incluido en el catálogo formado por «Bernardino Pantorba», conocido como guía para la compraventa de obras de Sorolla, y, en fin, a que los antes citados informes negativos de autenticidad fueran de fechas posteriores a la compraventa y, por tanto, no conocidos por el vendedor.

§ 12. El Tribunal Supremo acoge la señalada tesis del Tribunal de Instancia, sobre la aplicación al caso del artículo 2.º del Código de comercio, basada en la remisión que se encuentra en el artículo 59 del mismo Código; lo que hace —se nos dice—, abundando en lo declarado por la misma Sala en su Sentencia de 2 de febrero de 1973 (9). Considera, además, que la ya antes indicada «especialísima cuestión debatida», «exige un trato muy especial y particular, que obliga sin más a acudir a ese artículo segundo del Código de comercio en todo cuanto a dichos problemas se refiere, que permite llegar a soluciones más específicas y particulares, como buena prueba es, el sabio contenido del uso de comercio, aplicado por el Juzgador de instancia, dando una solución interpretativa para estos supuestos, en la que la equidad no ya dulcifica la que había de ser una rigurosa aplicación del Derecho común, sino que además encuentra más acertada solución para estos casos transcedentes en los que no cabe hallar otra cosa que lo sea más ajustada

(8) Considerando 2.º; también es recogido en los Resultados, como Motivo 1.º, en el que se alega infracción de ley por aplicación indebida de dicho uso de comercio; no parece se alegara la no existencia de tal uso.

El término *establecimiento* usado en el certificado transcrita, da pie al recurrente para alegar que el uso comercial se limita a las ventas realizadas, en los *establecimientos* de los vendedores. El Tribunal Supremo, señala que la venta se hizo en el despacho del demandado y que no puede prosperar «la sutil discriminación» propuesta por el recurrente, pues en la rama de comercio de que se trata se dan las más variadas denominaciones a lo mismo (despacho, galerías de Arte, Exposiciones, Estudios, salones de antigüedades) y que lo que tiene especial significación es que se trata de «venta por profesionales que adquiere especial significación cuando tal carácter o condición concurre entre comprador y vendedor» (Considerando 5.º).

(9) Lamento tener que decir que dicha sentencia no se encuentra en la *colección Legislativa*, Primera Serie, publicada por el Ministerio de Justicia, Jurisprudencia Civil, Edición Oficial, 1973, pueden verse páginas 371-389; por lo que no he podido consultarla.

a como se presentan en la sociedad, siendo la buena fe la que impere en tales transacciones» (10).

§ 13. El recurrente denuncia error de Derecho en la apreciación de la prueba por infracción del artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento civil (11). El Tribunal Supremo rechaza exista en su base motivo para la casación, por la conocida doctrina de que respecto de la prueba pericial, «las normas de la sana crítica ni son absolutas ni se hallan establecidas en parte alguna». Añade que, sin necesidad de acudir a dicha doctrina, el motivo ha de rechazarse, ya que «el Juzgador no se apoyó al resolver la cuestión litigiosa en los distintos resultados a los que llegan los informes periciales e incluso expresamente deniega el considerando de la sentencia apelada en el que con base a la prueba pericial declara como auténtico el debatido cuadro del pintor Sorolla y con meritorio proceder lleva la cuestión por distinta orientación», y si se mencionan aquellos informes periciales «no es como fundamento probatorio de la debatida cuestión litigiosa, sino para no reconocerles efectividad alguna en cuanto no poder servir de elementos de juicio, en relación a la buena fe del vendedor, al ser de fecha posterior a la de la compraventa» (Considerando 4.º).

§ 14. Del modo indirecto señalado, sabemos que la cuestión que parecía la clave del pleito, la de la autenticidad de la atribución a Sorolla del cuadro «Bueyes y Barcas», ha quedado sin respuesta. Se nos dice que el Tribunal de Primera Instancia se decide en favor de la autenticidad y que el de la segunda soslaya la cuestión por impertinente; postura que será respaldada por el Tribunal Supremo. De lo que pudiera concluirse que no se ha dado lugar a la demanda pidiendo la nulidad de la compraventa, por no haberse probado el incumplimiento del vendedor, quien conforme al señalado uso del comercio no garantiza que el cuadro fuera pintado por Sorolla, sino que así le había parecido ser de buena fe, según los elementos de juicio que había podido reunir.

III § 15. El segundo obeto de la «litis» es tratado en los considerandos tercero y séptimo de la sentencia del Tribunal Supremo. Lo plantea especialmente el Motivo 7.º del recurso, en el que se acusa a la Sentencia del Tribunal de Instancia de haber infringido, por violación, el artículo 1.256 del Código civil, en relación con el artículo 1.266, párrafo primero y el artículo 1.261 del mismo Código, y el artículo 50 del Código de comercio.

(10) Hubiera sido útil distinguir en la sentencia los planos en que juegan los diferentes conceptos. Los usos aquí utilizados son los de la llamada interpretación objetiva o integradora, que completan los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse, expresa o tácitamente, en las transacciones entre los «merchants». La equidad, que ha de ponderarse en la aplicación de las normas, se refiere a que los tribunales atiendan a que en caso concreto no se llegue, en aquella aplicación, a un resultado contrario al principio de justicia. La buena fe se refiere a las consecuencias propias de cada contrato y situación, a las que deben atenderse además de las expresamente pactadas.

Todavía, cabe preguntarse si se ha de estimar equitativo el que quien compra un cuadro catalogado como de Sorolla y le venden una «burda falsificación», además de perder los cinco millones quinientas mil pesetas abonadas al cerrar la venta, ha de pagar todavía los cuatro millones quinientas mil pesetas aplazadas.

(11) Art. 632 L.E.C., «Los Jueces y Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos».

En el considerando tercero, se recogen las razones de la Audiencia, para no estimar que la compra se hubiera consentido con error por parte del comprador. Lo que decide, se nos dice «no dejando de tener en cuenta (12) la doctrina sobre su sentido de alegada excepcionalidad, consecuencia de los principios de responsabilidad y de protección de la buena fe, como el de seguridad del tráfico, que impide su invocación cuando éste pudo ser evitado con tan sólo la más normal diligencia (13), más exigible como el presente en el que se trata de personas peritas, conocedoras del negocio, que además asumen para sí la responsabilidad inherente a la garantía de autenticidad, cuando el comprador es un profano, concretamente en el catálogo de la exposición en la que el comprador ponía en venta el cuadro adquirido se hacía constar «todos los cuadros expuestos se venden con la garantía de autenticidad, responsabilizándose A. Hípolo» (14).

El Considerando séptimo de la sentencia del Tribunal Supremo rechaza el motivo antes referido, limitándose a decir que «ha de ser desestimado al hacerse cumplida referencia a su inaplicabilidad al supuesto de autos tal y como se razona por el Juzgador de instancia en relación a dichos preceptos» (art. 1.265 en relación con art. 1.266).

§ 16. Sorprende el que nuestro más alto Tribunal, en la sentencia comentada, se limite a reproducir los pobres razonamientos de la sentencia del inferior, cuando la doctrina anterior y posterior del Tribunal examina con tanto cuidado los requisitos del error (15).

Al no apartarse nuestra sentencia de aquel camino seguido por el Tribunal de apelación, nos coloca en una situación un tanto peregrina. Se alegaba el error motivante del comprador, al adquirir éste el cuadro en la convicción de ser de Sorolla y nos encontramos ante el hecho de que no se sabe si hubo o no hubo error. En efecto, no se ha determinado judicialmente si el cuadro era o no un auténtico Sorolla. El Juez de Primera Instancia, se nos cuenta, decide que el cuadro es auténtico (16). La Audiencia se abstiene de valorar los dictámenes de los peritos y se limita a considerar, mencionándolos, los contrarios a la autenticidad del cuadro; pero al sólo y único efecto de concluir que ellos no dicen nada en contra de la buena fe del vendedor, ya que fueron dados y conocidos posteriormente a la fecha de la venta.

El Tribunal Supremo se había, en anterior Considerando, desembarazado ya de la cuestión de la autenticidad del cuadro, al entender que a la compraventa de

(12) Ya las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio y 30 septiembre 1963 habían señalado que el reconocimiento del error sustancial, con trascendencia anulatoria del negocio «tiene su sentido excepcional muy acusado»; vicio que por implicar «una anormalidad, no debe admitirse sin una cumplida prueba de su realidad» (S. 5 diciembre 1953); «sentido excepcional muy acusado» (S. 12 febrero 1979).

(13) Término con el que parece ha de referirse al requisito del error, que para ser apreciado ha de ser excusable (no *inexcusable*).

(14) Entre los cuadros expuestos estaba «Bueyes y Barcas», atribuido a Sorolla.

(15) Recuerdo a este propósito la reciente e importante Sentencia del 4 enero 1982, cuya razonada doctrina espero que sea objeto de un detenido comentario en este ANUARIO.

(16) En la sentencia del Tribunal Supremo no se nos ofrece el menor atisbo del porqué se hubo de llegar a tal conclusión.

autos era aplicable al uso comercial interpretativo propio de los marchantes. Resultaba así indiferente que el comprador creyera que el cuadro era de Sorolla; pues, conforme al uso, el vendedor sólo hubo de obligarse al extremo de que lo que dijera habría de entenderse en el sentido de que se expresaba de buena fe, de acuerdo con los elementos de juicio que pudo tener a su alcance sobre que el cuadro vendido era de la mano de Sorolla.

Nos queda la incertidumbre, de que si con esto se nos quiere decir que la venta de un cuadro firmado o no firmado, es siempre la de una «res dubia». La respuesta convendrá matizarla. Habrán de considerarse todas las circunstancias de los tratos, por ejemplo, las personas de los contratantes, la intervención de peritos, el lugar del trato, la historia del cuadro, su precio. Parece razonable pensar que el particular que desea comprar un Sorolla y adquiere como tal un cuadro, en una galería acreditada y por el precio adecuado a su cotización normal de los Sorollas, merece ser protegido, si luego resulta que el cuadro no es auténtico. En este caso, tampoco jugaría el uso comercial, sólo vinculante *entre mercaderes*. Además, la autoridad del Tribunal Supremo parece inclinarse aquí a no proteger al comerciante comprador, que presta por error su consentimiento. También parece que tiende a juzgar más severamente la falta de diligencia del marchante comprador que la del marchante que vende sin advertirlo un cuadro no auténtico, aunque la negligencia del uno fuera tan inexcusable como la del otro.

§ 17. El noveno y último de los motivos acusa infracción del artículo 345 del Código de comercio, en relación con los artículos 1.474, 1.484 y 1.485 del Código civil, sobre vicios ocultos de la cosa vendida.

Es de suponer que el recurrente, al redactar dicho motivo, quiso utilizar todos los medios posibles para la defensa de su tesis y, al efecto, tuvo en cuenta la conocida conexión de la figura del vicio oculto con las del incumplimiento, cumplimiento defectuoso y error (17). En el acto de la vista, sin embargo, se renuncia al motivo, posiblemente por pensar el recurrente que era difícil justificar que trataba de un vicio oculto de la cosa, el que consistía en una errónea atribución del cuadro.

§ 18. El extenso Considerando cuarto de nuestra sentencia no requiere especial comentario, dado que viene a repetir la doctrina jurisprudencial, bien conocida. Examina conjuntamente los motivos amparados en el número 7º del artículo 1.692 de la L.E.C. y se van rechazando en base a las siguientes consideraciones. Se niega que tenga valor de «documento auténtico», a fines de la casación, la carta en la que se constata la celebración del contrato de compraventa; se pone de relieve que el alegado error de derecho en la «aplicación de la prueba» se plantea por una vía equivocada, al tratarse en verdad de una cuestión de interpretación; se señala que la alegación de haberse violado el artículo 1.225 del Código civil es impertinente, por no haberse cuestionado en la «litis» el valor probatorio de antes citada carta, como documento privado; también se entiende no había lugar a denunciar la infracción del artículo 632 LEC.

R. F.

(17) Sobre todo ello, puede verse el excelente y documentado estudio, *El alcance protector de las acciones edilicias*, de ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO, en este ANUARIO, XXXIII, fasc. III (julio-septiembre 1980), especialmente páginas 590 y 671-682.

ya que como antes se ha referido, los informes periciales no se utilizan por la sentencia de instancia como fundamento para decidir la cuestión litigiosa, sino como elemento de juicio en relación a la buena fe del vendedor, al ser aquéllos de fecha posterior a la venta.

§ 19. Conforme a las expresadas consideraciones, el Tribunal Supremo estima que procede declarar no haber lugar al recurso interpuesto por D. Antonio Hípolo y condena a dicha parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida de la cantidad que por razón del depósito ha constituido.

R. F.

LA VALIDEZ O NULIDAD DE LAS CLAUSULAS DE ELEVACION DE LA RENTA EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

*(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 20 noviembre 1980)*

SUMARIO: 1. El supuesto de hecho y las decisiones de los Tribunales.—2. Los límites a la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la renta.—3. El «sistema de actualización» de la renta en los contratos de arrendamiento urbano.—4. Las medidas coyunturales sobre la limitación de las rentas para las que procedan de un pacto expreso de las partes.

1. EL SUPUESTO DE HECHO Y LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES

El 20 de junio de 1972, las partes contratantes celebran un arrendamiento de local de negocio, cuya renta será de quince mil pesetas mensuales, haciendo constar en una cláusula contractual, denominada de «revalorización del arrendamiento», en la que se conviene que «cada cuatro años, a contar de la fecha del contrato, la renta pactada sufrirá un incremento porcentual igual a los que durante dicho tiempo haya sufrido el salario mínimo legal, para lo cual, se tomará como base el actual salario mínimo de ciento cincuenta y seis pesetas».

Pasados los cuatro años, el arrendador comunicó al arrendatario la cantidad que a su juicio debía de pagar; no conforme, el arrendatario promueve un acto de conciliación en el Juzgado Municipal frente al arrendador oponiéndose a pagar dicha cantidad por considerarla ilícita e ilegal. Entonces, el arrendador interpone demanda contra el arrendatario ante el Juzgado de Primera Instancia el 28 de abril de 1977 para que se reconozca la «cláusula de revalorización del arrendamiento»; se falla desestimando en todas sus partes la demanda y absuelve al demandado de los pedimentos de la misma con imposición de costas al actor. El arrendador apela contra la sentencia anterior ante la Audiencia Territorial, la cual desestima el recurso de apelación y confirma la parte dispositiva de la sentencia dictada por el Juzgado.

De nuevo, el arrendador promueve recurso de casación ante el Tribunal Supremo en escrito presentado el 24 de octubre de 1978. El alto Tribunal, en Sentencia de 20 de noviembre de 1980, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal frente a la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, resolución que casa y anula en consideración a los siguientes considerandos:

«CONSIDERANDO: Que según tiene declarado este Tribunal en Sentencia de 13 de febrero del año en curso, la vigente legislación especial de arrendamientos urbanos, inspirada en el principio de libertad de fijación en el contenido de la relación jurídica pactada acoge, a diferencia de los textos anteriores, el postulado de la autonomía de la voluntad en lo tocante a la deter-

minación de la renta (artículo 97) y por consiguiente autoriza el acuerdo de las partes sobre su aumento (artículo 98), pero dada la subsistencia de la norma imperativa sobre el beneficio de la prórroga para el arrendatario, según ordena el artículo 57, el convenio sobre el incremento del precio que por sus términos desmesurados quiebre la prudente correspondencia entre prórroga y renta, constantemente aludida por la doctrina jurisprudencial como uno de los pilares en que se asientan la Ley de 11 de junio de 1964 y sus precedentes derogados, tendrá la significación de un acto realizado en contravención fraudulenta de un precepto imperativo, nulo como tal según el párrafo segundo del artículo 9 por constituir el vehículo para eludir el cumplimiento de una regla cogente, en cuanto hace excesivamente oneroso con arbitrarias elecciones de la merced arrendaticia, convirtiéndole en ilusorio el ejercicio de aquel derecho potestativo cardinal que al locatario asiste como irrenunciable por disposición del artículo 6; razón poderosa en atención a la cual, sin des-
conocer que en la genérica dicción literal del artículo cien, párrafo primero, con su referencia a cualquier «sistema de actualización» paccionado, cabrían a primera vista no sólo las cláusulas de estabilización genuinas de naturaleza bilateral y commutativas que aumentan o reducen la renta en función de índices objetivos y por lo tanto válidas sin discusión posible, ya que responden al propósito de mantener el equilibrio de las prestaciones, sino también las de exclusiva elevación en cuantía y desarrollo que no pueden tacharse de anormales a los efectos del citado artículo 9, ya que el referido artículo 98 no expresa una mención limitada a las primeras, a diferencia de lo que puede observarse en otras disposiciones legales (artículo 219, número tercero, del Reglamento Hipotecario y Ley 461, párrafo tercero, del Fuenro de Navarra), parecer que podría entenderse en cierto modo avalado por una exégesis puramente gramatical, prescindiendo de pautas finalistas, del Decreto-Ley de 17 de noviembre de 1975, de los Reales Decretos Leyes de 8 de octubre de 1976, 4 de enero de 1978 y 29 de diciembre de 1979 y de Ley de 1 de octubre de 1980, al limitar el *quantum* de los incrementos de las rentas en los arrendamientos urbanos en situación de prórroga legal «que sean procedentes por pacto expreso de las partes», no es permitido desconocer el reiterado y constante criterio de la Jurisprudencia respecto a que, por el contrario de las cláusulas estabilizadoras propiamente dichas, incuestionablemente equitativas dada su intrínseca bilateralidad para prever y corregir el desequilibrio patrimonial ocasionado por la alteración monetaria, sea de signo inflacionista o deflacionista, los pactos de elevación de renta, que contemplan un posible incremento progresivo y constante, carecen de validez, por entrañar prácticamente la conculcación de la norma de derecho necesario sobre la prórroga del contrato y de la prohibitiva de su renuncia (Sentencia de 24 de junio de 1971, 25 de enero, 23 de abril y 16 de junio de 1973, 9 de febrero y 23 de diciembre de 1977), a lo que cabe añadir que en otro aspecto estas cláusulas de incremento unilateral comportan la entrega de la elevación rentística al exclusivo interés del arrendador, desconociendo la facultad que asimismo asiste al arrendatario para pretender su disminución con fundamento en el propio artículo 98 e infringiendo el principio capital en el Derecho de obligaciones, sancionado por el artículo 1.256 del Código civil, de que el cumpli-

miento y la eficacia del negocio bilateral no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes, norma de naturaleza imperativa que provoca la nulidad de todo pacto que la contradiga, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6, párrafo tercero, de ese cuerpo legal.»

«CONSIDERANDO: Que la precitada Sentencia de 13 de febrero de 1980 ha puntualizado por los demás, que la aplicación de la tesis sobre la necesaria distinción entre las cláusulas de aumento de renta insertas en las de estabilización, lícitas por consiguiente, y las prohibidas de elevación unilateral que descartan e impiden toda posibilidad de disminución del precio arrendatario, no es óbice a que sea permitido ponderar, en cada caso concreto, los pagos realizados por el arrendatario atribuyéndoles el valor de actos que responden a la efectividad de un acuerdo sobre incremento de su contraprestación, que se independiza, ganando sustantividad, de la cláusula maculada de ilicitud por la que se estipula la elevación periódica e indefinida del precio del arrendamiento, cuando el monto obtenido se ajusta a la equidad y por ello responde a la función del contrato conmutativo sin romper el juego de los intereses patrimoniales de las partes, excluyendo toda nota de anormalidad o abuso, susceptibles de censura con base en el artículo 9 de la Ley especial.

«CONSIDERANDO: ... Que el «acuerdo de las partes» a que se refiere el artículo 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no significa que basta la constancia escrita en el contrato para que deba tenerse por válida una cláusula de incremento unilateral sometido al exclusivo arbitrio del arrendador, sino que tal estipulación ha de conceptuarse nula por contravenir las normas imperativas y prohibitivas (artículo 1.255, en relación con el 6, párrafo 3, ambos del Código civil), como son las que disciplinan el principio básico de la prórroga del contrato, que resultaría burlado al ser excesivamente onerosa la prestación del arrendatario, hasta el punto de que le pondría en el trance que ha de hacer dejación del local arrendado.»

«CONSIDERANDO: Qué de los artículos 6 y 57 de dicha Ley especial que establecen la irrenunciabilidad del derecho o beneficio de prórroga legal, así como de la jurisprudencia que se cita, pues según con toda extensión se ha dicho al ingreso el sistema de actualización en materia de renta que el legislador admite ha de manifestarse en cláusulas propiamente estabilizadoras y por lo tanto bilaterales y conmutativas, mientras que las de elevación tan sólo y como tales pactadas en exclusivo beneficio del arrendador provocan un acto contra las normas de *ius cogens* contenidas en dichos artículos, lo que acarrea su nulidad al venir impuesta por una de las partes en su favor, con menoscabo así bien de las prevenciones establecidas en el artículo 1.256 del Código civil, siendo ocioso insistir en el reiterado aserto de que estos preceptos no autorizan una elevación de renta basada en cláusula de incremento unilateral.»

La presente Sentencia del Tribunal Supremo, al recoger con prudente ecuanimidad los fundamentos de Derecho positivo que anteriormente había alegado, así como de su doctrina legal, además de los distinguidos por la doctrina científica, llega a una culminación clara y definida de la distinción que se establece entre las *cláusulas de estabilización* y las *cláusulas de elevación de la*

renta dentro de una interpretación del «sistema de actualización» establecido por el artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Esta Sentencia viene a realizar una labor interpretativa muy justa sobre el pacto que las partes contratantes suelen añadir a sus contratos de arrendamiento para conseguir una actualización de la renta, rechazando como ilícitas y nulas aquellas que no mantienen una equivalencia patrimonial en sus prestaciones y que por convenirse en provecho exclusivo de una de las partes resultan fraudulentas o contrarias a la ley. Veamos, pues, cómo queda enmarcada la autonomía de la voluntad de las partes contratantes dentro de la posible libertad de establecer la renta, que modalidades integran el «sistema de actualización» de la renta y cómo se desenvuelven respecto de las medidas coyunturales dadas para las reordenaciones económicas de estos últimos años en cuanto a su limitación y posterior liberalización.

2. LOS LIMITES A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN CUANTO A LA RENTA

Esta Sentencia de 20 de noviembre de 1980 aplica y confirma el criterio liberalizador establecido por la normativa arrendaticia reformada en 1964, al restaurar y ampliar el ámbito de autonomía de la voluntad de las partes en cuanto al libre establecimiento de la renta en los arrendamientos urbanos, tanto en su modalidad contractual para las «viviendas» como para los «locales de negocio».

En cuanto a la libertad de las partes para establecer y concretar la cuantía de la renta en el momento de celebrar el contrato (art. 97), la norma es de carácter general y de naturaleza facultativa. También lo es cuanto se refiere a la posibilidad que tienen los contratantes de pactar durante el transcurso del mismo el «aumento o disminución de la renta» (art. 98), así como el adoptar un «sistema de actualización» (art. 100) inicialmente. Ahora bien, este reconocimiento del postulado de la autonomía de la voluntad en lo tocante a la determinación de la renta que, como la Setencia afirma, inspira el principio de libertad de fijación del contenido de la relación jurídica, ante la subsistencia de la norma imperativa sobre el beneficio de la prórroga para el arrendatario (art. 57), indirecta o relativamente vienen a poner un límite al convenio establecido por las partes en cuanto a la cuantía o el incremento que establezcan sobre su alcance. Con dicho convenio sobre el incremento del precio, según razona la Sentencia, se alcanzarían unos términos desmesurados que van a quebrar la prudente correspondencia entre prórroga y renta, tal como alude la doctrina jurisprudencial constantemente (1), puesto que hará imposible al arrendatario, por la elevada cuantía de aquélla, la permanencia y continuación del contrato, concluyéndose, así, la posibilidad de eludir y contravenir aquellos preceptos imperativos (art. 9) e irrenunciables (ar-

(1) SS. 23 febrero 1963, 1 abril 1965, 2 febrero 1966, 9 febrero 1967, 7 febrero 1970, 9 febrero y 23 diciembre 1974, 28 octubre y 28 noviembre 1975, 31 marzo y 2 diciembre 1977 y 13 febrero 1980.

título 6) establecidos en su beneficio por la Ley de Arrendamientos Urbanos. De esta manera se vienen a conculcar las normas de derecho necesario establecidas en favor del arrendatario en cuanto a la prórroga del contrato y a la prohibición de su renuncia (2).

El otro argumento que utiliza la Sentencia para delimitar la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a su libre albedrío para fijar la renta es cuando se produzca un abuso de derecho; tal abuso no es más que la consecuencia de una imposición por parte del arrendador ante una situación por la que somete al arrendatario; aunque aparezca pactadamente, suele ser una imposición unilateral del arrendador al conseguir en su exclusivo beneficio el incremento de la renta sin dejar opción al arrendatario para que la rectifique.

También, esta Sentencia del Tribunal Supremo acude a sancionar la nulidad de aquellos actos y «acuerdos de las partes» que vayan contra ley o que contravienen normas imperativas o prohibitivas, según el artículo 6.3, en relación con el artículo 1.255 del Código civil, los cuales no basta que consten por escrito en el contrato para que deban tenerse por válidos, ya que —añade— se oponen a dichas normas imperativas como son las que disciplinan la irrenunciabilidad de los beneficios legales como el principio básico de la prórroga del contrato que resultaría burlado al ser excesivamente onerosa la prestación del arrendatario, hasta el punto que le pondría en el trance de hacer dejación del local arrendado.

Este tercer argumento aducido por la Sentencia, sin embargo, no es el más adecuado a los límites legales que puedan oponerse a la autonomía de la voluntad de las partes. A mi juicio, el hecho de que los contratantes utilicen una norma de naturaleza facultativa, como es la del artículo 97 de la LAU, según la cual pueden pactar libremente una renta, aunque resulte excesiva o exorbitante, no por eso han actuado contra ley, ya que no es imperativa ni prohibitiva, sino que lo que han hecho lo realizan en base a un ejercicio de sus derechos; lo que no cabe duda es que los han ejecutado de una manera abusiva, o pretendiendo hacer un fraude, como el propio Tribunal Supremo reconoce; ahora bien, el deducir, además, un acto contra ley a través de las consecuencias indirectas que implica el vulnerar los preceptos de la prórroga forzosa o de la irrenunciabilidad, supone un *obiter dicta*, una manera rebuscada y un tanto inadecuada e innecesaria dentro de una economía procesal de la defensa de los derechos. En definitiva, no se debe de olvidar que las consecuencias de una renta excesiva o abusiva, al igual que ante un fraude a la ley implican una cuestión de hecho, a probar para cada caso concreto, debiendo ser valorado por el arbitrio judicial, según su prudente criterio, mientras que el acto contra ley se sanciona por el mandato imperativo o prohibitivo de la norma concreta que se viola.

(2) SS. 24 junio 1971, 25 enero, 23 abril y 16 junio 1973, 9 febrero y 23 diciembre 1977.

3. EL «SISTEMA DE ACTUALIZACION» DE LA RENTA EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO URBANO

Otros aspectos importantes de esta aquilatada Sentencia de 20 de noviembre de 1980, es el referente al ámbito interpretativo de las modalidades que comporta la genérica dicción literal, «sistema de actualización» convenido de modo expreso por las partes, del artículo 100 de la LAU.

A juicio de nuestro más alto Tribunal, a primera vista, dentro de este «sistema de actualización», cabrían no sólo «las cláusulas de estabilización», sino también «las de exclusiva elevación en la cuantía, que no pueden tacharse de anómalas a los efectos del citado artículo 9, ya que el referido artículo 98 no expresa una mención limitada a las primeras».

El Tribunal Supremo adjetiva como «genuinas» las cláusulas de estabilización que son de naturaleza bilateral y comutativa, ya que aumentan o reducen la renta en función de unos índices objetivos y, por tanto, son válidas sin discusión posible, ya que —añade— responden al propósito de mantener el equilibrio de las prestaciones; las cláusulas estabilizadoras propiamente dichas —concluye—, son incuestionablemente equitativas, dada su intrínseca bilateralidad para prever y corregir el desequilibrio patrimonial ocasionado por la alteración monetaria, sea de signo inflacionista o deflacionista. Que el Tribunal Supremo reconozca y confirme así, definitivamente, como doctrina legal (3) la validez y eficacia de las cláusulas de estabilización en los contratos es reconfortante para aquel sector científico que inicialmente desde su aparición en la contratación española ante las primeras alteraciones monetarias las defendió como un remedio idóneo para restaurar la justicia comutativa de los intereses de las partes en la contratación de trato sucesivo y particularmente para el contrato de arrendamiento (4).

En cuanto a las «cláusulas de elevación» de la renta, o «cláusulas de incremento unilateral», también, de «elevación unilateral», en principio, vienen distinguidas por esta Sentencia de las de «exclusiva elevación de la cuantía», ya que éstas, se dice, «no pueden tacharse de anormales a los efectos del citado artículo 9, ya que el referido artículo 98 no expresa una mención limitada de las primeras»; además —se añade—, según ha puntualizado la preci-

(3) SS. 2 noviembre 1957, 19 diciembre 1966, 4 y 8 febrero 1967, 26 noviembre 1968, 15 febrero, 7 julio, 20 noviembre y 22 diciembre 1972, 25 enero y 21 diciembre 1973 y 25 septiembre 1976.

(4) Cfr. BONET CORREA, *Los arrendamientos con cláusulas de escala móvil*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VIII-1 (1955), pp. 89 y ss.; SELFA PEDRÓS, *Cláusulas de estabilización y variabilidad periódica sobre la renta en los arrendamientos urbanos. Su nulidad*, en Revista General de Derecho, 236 (1964), pp. 362 y ss; SOTO NIETO, *Las cláusulas de estabilización y el contrato arrendatario urbano*, en Derecho vivo. Jurisprudencia comentada, I (Madrid, 1970), pp. 397 y ss.; RAYO, *Doctrina del Tribunal Supremo sobre el problema de la validez de las cláusulas de escala móvil y de elevación de renta en los arrendamientos urbanos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXVI-4 (1973), pp. 1027 y ss.; BONET CORREA, *Arrendamientos urbanos con renta actualizada. Cláusulas de estabilización y de elevación ante el Tribunal Supremo*, 3.^a ed. Pamplona, 1981.

tada Sentencia de 13 de febrero de 1980, «hay que hacer necesaria distinción entre las cláusulas de aumento de renta, insertas en las de estabilización, lícitas por consiguiente y las prohibidas de elevación unilateral que descartan e impiden toda posibilidad de disminución del precio arrendaticio»; son unas cláusulas «que contemplan un posible incremento progresivo y constante», por lo que carecen de validez; es una «cláusula maculada de ilicitud por la que se estipula la elevación periódica e indefinida del precio del arrendamiento». El nuevo argumento que añade esta Sentencia de 20 de noviembre de 1980, respecto de la anterior de 13 de febrero, según puse de relieve (5), es que la elevación de la renta esté pactada en beneficio exclusivo del arrendador, pero quedando a su arbitrio, por venir impuesta por una de las partes en su favor con menoscabo de las prevenciones establecidas en el artículo 1.256 del Código civil; según concluirá la Sentencia actual, «el acuerdo de las partes» a que se refiere el artículo 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no significa que basta la constancia escrita en el contrato para que deba tenerse por válida una cláusula de incremento unilateral sometido al exclusivo arbitrio del arrendador.

Efectivamente, lo dispuesto en el artículo 98 de la LAU, en cuanto a que «la renta de las viviendas y locales de negocio a que se refieren los artículos anteriores podrá ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes», no es suficiente, para que se observe, con alegar una mera constancia escrita el contrato, sino que por dicho pacto resulten unos efectos que no vulneren una norma imperativa, como contrariamente sucede al poderse elevar la renta al arbitrio exclusivo de una de las partes, sin que, por otra parte, conste la posibilidad de que el arrendatario también pueda moderar o reducir la renta a partir de una época determinada, o al ocurrir una alteración económica o monetaria; de todos modos, el prever por las partes una elevación de la renta durante la vigencia del contrato, antes de que concluya su término o plazo concretamente convenido por los contratantes, por tanto, sin que haya lugar al ejercicio del beneficio de la prórroga, es la hipótesis normativa correcta que no ofrece duda de su validez, tal como el propio Tribunal Supremo tiene ya confirmado en su Sentencia de 26 de diciembre de 1973, al interpretar que sobre el tiempo convenido para el arrendamiento, «dicho plazo tiene un tope final y aunque la renta es progresiva el aumento periódico no es desproporcionado ni indefinido, sino que tiene un límite tajante al finalizar el plazo contractual, a partir del cual empezará a regir en toda su pureza el principio de prórroga forzosa».

(5) Cfr. BONET CORREA, *Los contratos de arrendamiento con cláusulas estabilizadoras de la renta ante la revalorización de la peseta y la congelación de precios* (Comentario a la Sentencia de 22 diciembre 1972), en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, XXVI-3 (1973), pp. 995 y ss.

4. LAS MEDIDAS COYUNTURALES SOBRE LA LIMITACION DE LAS RENTAS PARA LAS QUE PROCEDAN DE UN PACTO EXPRESO DE LAS PARTES

Si bien el artículo 97 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 autoriza a que «la renta de las viviendas y locales de negocio que se arrienden después de la entrada en vigor de esta ley, será la que libremente estipulen las partes, aun cuando hubieran sido ocupados con anterioridad a esta fecha», no obstante, a partir del Decreto-Ley 15, de 27 de noviembre de 1967, con el propósito de llevar a cabo una ordenación económica, en su artículo 6, se dispuso: «A partir del presente Decreto-Ley y hasta el 31 de diciembre de 1968, quedará en suspenso la facultad conferida al Gobierno para determinar la aplicación de nuevos porcentajes de incremento de la renta en los arrendamientos urbanos, en los casos prevenidos en los artículos 96, n. 12; 100, nn. 1 y 4, y Disposición transitoria 17, así como en la revisión de rentas establecida en el artículo 104 de la LAU. Igualmente quedará en suspenso durante el indicado plazo, el percibo por parte del arrendador de nuevos porcentajes semestrales de revalorización de rentas en los supuestos previstos en los números 5, párrafos 2.º y 11 del artículo 96 del propio texto refundido, pudiendo percibir únicamente durante el período expresado los que hubieran sido procedente incrementar hasta la fecha en vigor de este Decreto-Ley». Con esta medida normativa, el Gobierno suspendía lo dispuesto en la propia LAU (art. 100), en cuanto a que, cada dos años, se establecerían unos porcentajes de actualización de la renta para los contratos anteriormente celebrados y en situación de prórroga forzosa; no se tocaba, todavía, a aquellos contratos en los que las partes hubiesen convenido una cláusula estabilizadora, tal como se confirmó por el Tribunal Supremo en varias sentencias. (Sentencias 15 febrero, 7 julio y 22 diciembre 1972) (6).

Otras disposiciones legislativas de política económica y social serán las que añadirán nuevas medidas más restrictivas, alcanzando no sólo los contratos anteriores a la LAU de 1964 y en situación de prórroga forzosa (Decreto-Ley 2, de 7 de abril de 1975), sino a los posteriores que, incluso, hubiesen de incrementar su renta por un «pacto expreso de las partes» (Decreto-Ley 13, de 17 noviembre 1975, artículo 15 y Reales Decretos-Leyes 18, de 8 de octubre 1976, artículo 8, el 3 de 4 enero 1978, artículo 1, el 49, de 26 diciembre 1978, artículo 8) (7). Mientras que, según estas normas, la renta no podrá sufrir elevaciones que excediesen de la variación porcentual experimentada en los doce meses anteriores a la fecha de revisión, por el índice nacional del subgrupo tres, punto uno, «Alquileres», del sistema de «Índices de Precios de Consu-

(6) V. mi comentario: *La distinción de un pacto de elevación de la renta y una cláusula de incremento unilateral de un arrendamiento urbano*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, XXXIII-2 (1980), p. 479.

(7) Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *Limitaciones legales a posibles aumentos de las rentas urbanas*, en *Revista de Derecho Privado* (julio-agosto 1978), pp. 583 y siguientes; FUENTES LOJO, *El nuevo Real Decreto-Ley de 26 de diciembre de 1978 sobre limitaciones de rentas*, en *Administración Rústica y Urbana*, 33 (abril-junio 1979), pp. 40 y ss.

mo» que elabora el Instituto Nacional de Estadística (8), a partir del Real Decreto-Ley 21, de 19 de enero de 1979, su artículo 1.1 dispondrá que: «Desde el 1.º de enero hasta el 31 de diciembre de 1980, las rentas de los arrendamientos urbanos relativos a viviendas y locales de negocio en situación de prórroga legal, cuya cuantía haya de ser modificada por disposición de Ley, por determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso de las partes, no podrá sufrir elevaciones que excedan el ochenta por ciento de la variación porcentual experimentada en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de revisión por el índice nacional general del sistema de Índices de Precios al Consumo, que elabora el Instituto Nacional de Estadística» (9); esta limitación no afecta a los incrementos que procedan por repercusión del coste de los servicios de suministro.

Actualmente se eleva el porcentaje del ochenta por ciento al noventa por ciento para las viviendas y se prevé su liberalización total para los locales de negocio. El Real Decreto-Ley 15, de 12 de diciembre de 1980, convalidado por la Resolución de 26 de diciembre de 1980, establece en su artículo primero. uno, que: «Desde el uno de enero hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, las rentas de los arrendamientos urbanos relativos a viviendas en situación de prórroga legal cuya cuantía haya de ser modificada por disposición de Ley, por determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso de las partes, no podrán sufrir elevaciones que excedan del noventa por ciento de la variación porcentual experimentada en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de revisión por el índice nacional general del sistema de Índices de Precios al Consumo, que elabora el Instituto Nacional de Estadística. Dicha limitación no afecta a los incrementos que procedan por repercusión del coste de los servicios de suministro, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a la renta». El apartado «Dos», añade: «Transcurrido el plazo fijado en el apartado anterior, las rentas de los arrendamientos urbanos de viviendas, con cláusulas de estabilización, podrán ser revisadas en los términos previstos en las mismas, si bien la renta ha de tenerse en cuenta como base para la aplicación de los incrementos que procedan será exigible durante el año mil novecientos ochenta y uno, en virtud de las limitaciones legalmente establecidas. Las variaciones porcentuales fijadas para la revisión en función del sistema de Índices de Precios al Consumo elaborado por el Instituto Nacional de Estadística se calcularán tomando como índice inicial el correspondiente al mes de enero de mil novecientos ochenta y uno o el posterior que proceda en su caso».

Además de esta liberalización para la renta de las viviendas con cláusulas de estabilización, en cuanto a su total efectividad respecto al índice dado para «Alquileres», el artículo segundo de este Real Decreto-Ley proclama también que, a partir del primero de enero de mil novecientos ochenta y

(8) Orden de 27 agosto 1977 y Resolución de 15 noviembre 1978, cfr. ARANZADI, *Repertorio legislativo* (1979), núms. 227, 273, 740, 1.337, 2.208, 2.234 y 2.243.

(9) Cfr. IRIGO, *El nuevo sistema de números índices de precios al consumo del Instituto Nacional de Estadística*, en Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto, XXXII-101 (agosto 1977), pp. 353 y ss.

uno, la renta convenida con una cláusula de estabilización para los locales de negocio tendrá toda su efectividad (10).

En esta Sentencia de 20 de noviembre de 1980, al considerarse el Decreto-Ley de 17 de noviembre de 1975, el recurrente respondía con la significativa actitud de no negar en principio la legitimidad y fuerza obligatoria de lo acordado, sino de oponer reparos a la cifra reclamada que estimaba excesiva a la vista de lo ordenado en este Decreto-Ley sobre las medidas coyunturales y limitación de las rentas respecto al aumento medio experimentado en los dos años inmediatamente anteriores por el índice específico del costo de la vivienda, incluido en el índice general del costo de la vida y publicado por el Instituto Nacional de Estadística. Medidas coyunturales y limitación de las rentas que la Sentencia aplica «prescindiendo de pautas finalistas», puesto que —añade— vienen a «limitar el *quantum* de los incrementos de las rentas en los arrendamientos urbanos en situación de prórroga legal que sean procedentes por pacto expreso de las partes».

La interpretación del Tribunal Supremo, pues, resulta evidente en cuanto a que dentro de un «sistema de actualización» están incluidas tanto las cláusulas de estabilización como las cláusulas de elevación, a excepción de las impuestas en beneficio exclusivo del arrendador, según ocurre en el caso de autos, por lo que tal elevación de la renta es nula, sin que quepa la posibilidad de incremento de su *quantum*.

JOSÉ BONET CORREA

(10) Mi estudio: *La nueva normativa sobre el aumento y la liberalización de las rentas actualizadas en los contratos de arrendamiento urbano*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXXIV-2 (1981), p. 377.

II. SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH, Gabriel GARCIA CANTERO, María Angeles MANZANO CEJUDO y Alberto MANZANARES SECADÉS.

I. DERECHO CIVIL

2. Derecho de la persona

Persona jurídica. Nombre. Sindicato. Prohibición de que el nombre induzca a confusión.—Atendida la protección que merecen las personas jurídicas, se hace preciso identificarlas mediante un nombre que las singularice y distinga, y en tal sentido, si en el ámbito de las actividades mercantiles e industriales rige un principio de novedad que impide adoptar razón social idéntica a la de otra compañía preexistente, de cualquier clase que sea, inscrita en el Registro General de Sociedades, asimismo la Ley de 1964, artículo 3, párrafo 2, extremo 1.º, determina que la denominación de la asociación constituida no podrá ser idéntica a la de otras asociaciones ya registradas, ni tan semejante que pueda inducir a confusión; cautelas también afirmadas en la esfera del ordenamiento sindical, donde el artículo 3, número 1.º, del D. de 22 abril 1977 dispone categóricamente que el nombre de la Organización creada «no podrá coincidir ni inducir a confusión con otra legalmente inscrita», norma con la que guarda armonía, por lo que a los partidos políticos concierne, la ley de 4 diciembre 1978, al dejar subsistente en su disposición final 2.º, el art. 3.º, pár. 2, apartado b) de la de 14 junio 1876 sobre el derecho de asociación política, conforme al cual la denominación correspondiente «no podrá coincidir o inducir a confusión con la de otras asociaciones ya constituidas».

Libertad sindical. No se infringe si la ley establece requisitos para el ejercicio del derecho.—El principio de libertad sindical, proclamado en el Convenio 87 de la O. I. T. de 31 julio 1948, cuyo art. 2.º declara que «los trabajadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como de afiliarse a estas organizaciones», actuando de esta suerte con los medios que les son propios en la reivindicación y defensa de los intereses y derechos del sector profesional que personifican, ha pasado a ser un derecho fundamental reconocido en la Ley de 1.º abril 1977, básica en la materia, y en los arts. 7 y 28 de la Constitución de 1978, como lo fuera en el art. 39 de la Constitución de 1931, en el art. 13 de la de 1876 y en el art. 17 de la de 1869, y se manifiesta asimismo en el art. 4.º apartado b) del Estatuto de los Trabajadores; pero ese postulado cardinal de la libertad asociativa no excluye el establecimiento de condiciones o requisitos por parte del ordenamiento jurídico a fin de que el Sindicato pueda tenerse por nacido del precedente ejercicio de tal derecho, según ya lo

indica el propio art. 7.^º del texto constitucional, limitaciones que, sin afectar a lo fundamental, vendrán señaladas en la normativa reglamentaria de desarrollo de las leyes sindicales o en las disposiciones generales que por su misma naturaleza obligan también a los sindicatos.

Semejanza de denominaciones. «Unión General de Trabajadores» e «Histórica Unión General de Trabajadores».—Para determinar la concurrencia de similitud fonética, en circunstancias que puedan provocar error o perplejidad en el trabajador medio, ha de atenderse como es obligado a la completa denominación de ambas asociaciones sindicales, y en el presente caso el núcleo de uno y otro nombre lo constituye la relevante locución que desplaza a todo otro elemento apelativo, «Unión General de Trabajadores», tan difundida en los medios sociales y sindicales del país con acepción harto definitoria, resultando manifiesto que la utilización de estos tres vocablos por los recurridos, en la misma disposición y sin otra variante que la anteposición del adjetivo «Histórica», no elimina la identidad literal de lo que es propiamente sustantivo, originando confusión en los sectores laborales; por lo cual, dada la semejanza entre la denominación «Histórica Unión General de Trabajadores» y la preexistente «Unión General de Trabajadores», es claro que la primera no puede coexistir con la segunda y debe ser estimada la demanda instando la declaración de que aquélla no es conforme a derecho. (Sentencia de 7 de julio de 1981; ha lugar.)

Como datos de hecho relevantes conviene advertir que U. G. T. presentó a las 12 horas del 28 abril 1977 el acta de su constitución y los Estatutos en la Oficina de Depósito de Estatutos dependiente del desaparecido Ministerio de Relaciones Sindicales, adquiriendo personalidad jurídica al no haberse formulado oposición en el plazo de veinte días; fue más tarde, el 8 junio del mismo año cuando se presentan los Estatutos y acta de constitución de la «Histórica U. G. T.», a cuyo reconocimiento se opusieron tanto el Ministerio Fiscal como los representantes de la U. G. T. En ambas instancias se rechaza la oposición, pero el T. S. en documentada sentencia (Pte. Jaime Castro García) estima el recurso. Formalmente la sentencia resulta impecable: era a la «Histórica U. G. T.» a la que correspondía haber formulado oposición a que el Sindicato se inscribiera y adquiriera personalidad con tales siglas, y al no hacerlo, la U. G. T. ha adquirido prioridad cronológica para oponerse a cualquier denominación que induzca a confusión. Hay, sin embargo, en la argumentación de la sentencia un juicio de valor que podría, al menos, discutirse; viene a decirse que el obrero español medio no sabe distinguir entre una y otra Asociación Sindical. ¿No resulta esto ser un juicio peyorativo sobre la cultura política y sindical de los obreros españoles? En el espectro político son varios los partidos que se presentan con el calificativo «histórico» y no parece que tal circunstancia haya inducido a confusión al electorado.

Queda en pie otra cuestión: ¿Será posible dilucidar en otro proceso, conforme a los trámites del declarativo ordinario, cuál de las dos Asociaciones Sindicales tiene derecho a ostentar las siglas U. G. T.? En el considerando 3.^º se dice que, según la documentación obrante en autos, la U. G. T. cuya identidad se arroga la actora y recurrente, sin argumentos válidos que puedan contradecirla, fue fundada en el Congreso celebrado en Barcelona en agosto de 1888, goza del reconocimiento de diversos organismos internacionales y es miembro de pleno derecho de la «Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres» y de la «Confederación Europea de Sindicatos». A su vez, en el considerando 4.^º se hace la siguiente constatación (evidentemente *obiter dictum*): «Siendo prácticamente

ilimitadas las posibilidades que el lenguaje proporciona cuando realmente se persigue lograr la identificación y plena sustantividad de una asociación sindical, las particularidades del caso en controversia permiten inferir que la utilización de los fonemas formativos del nombre impugnado responde a la convicción que abrigan los demandados recurridos de que para servirse de la denominación polémica «Unión General de Trabajadores» les asiste mejor derecho que al invocado por la asociación recurrente, problema, claro está, de todo punto ajeno a lo que es materia de debate.»

G. G. C.

Reconocimiento de deuda. Causa. Mandato. Rendición de cuentas.—La obligación reclamada, basada en un reconocimiento de deuda, tiene su causa en la rendición de cuentas del mandatario al mandante y el abono de lo recibido por razón del mandato, conforme al art. 1.720 C. c.

Negocios abstractos. Abstracción de la mención de la causa.—El artículo 1.277 C. c. al desplazar la carga de probar la ilicitud, y de ser ello posible, la inexistencia de la causa, representa en nuestro Derecho, si no la admisión indiscriminada del negocio abstracto, sí una abstracción de la mención de la causa, que puede ser silenciada, lo cual no equivale a su inexistencia, que de probarse atraería la del reconocimiento mismo de deuda.

Defectos del recurso.—Según constante jurisprudencia, las causas de inadmisión se transmutan, dentro de la presente fase de sustanciación y decisión del recurso, en causas de desestimación. (Sentencia de 3 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

3. Obligaciones y contratos

Valor de la confesión.—La confesión prestada bajo juramento indeciditorio tiene un valor similar al de los restantes medios de prueba. Su apreciación por el organismo jurisdiccional es libre y discrecional.

La especial fuerza acreditativa de este medio probatorio es la que fluye del conjunto de lo confesado y no de la toma en consideración fragmentada de las diversas posiciones.

Exclusión de la confesión del ámbito de la representación voluntaria y su valor en supuestos de «litis consorcio».—La necesidad de que la confesión recaiga sobre hechos personales del confesante, exigido por el Código civil, la ley procesal y el Derecho histórico, han llevado a la jurisprudencia a sostener que excluida la confesión del ámbito de la representación voluntaria, no puede hacer prueba contra la persona física representada, lo manifestado por el representante.

De otra parte, en supuestos de «litis consorcio», lo confesado por un colitigante no perjudica a los otros; si bien, puede ser valorada esta confesión en conjunción de los restantes elementos probatorios.

Carga de la prueba.—A la parte actora le corresponde la prueba de los hechos constitutivos de su demanda y a la demandada le incumbe la de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de la pretensión del demandante.

Daños y perjuicios.—No todo incumplimiento contractual lleva aparejada la obligación de indemnizar daños y perjuicios. Sólo en aquellos casos en los que el accionante consiga probar la realidad de los mismos. (Sentencias de 20 de abril de 1981; no ha lugar.)

Hechos.—La demandada propietaria de una fábrica de productos alimenticios declarada en suspensión de pagos, enajena ésta a otra compañía que resultará también demandada en esta misma causa.

Los demandantes acreedores de la propietaria inicial de la fábrica solicitan se declare que la compraventa había sido hecha en fraude de acreedores y que su crédito deberá ser satisfecho mediante la realización del valor de la fábrica en ejecución de sentencia.

El Tribunal de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve a ambas compañías mercantiles.

Frente a esta sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Territorial, quien estima en parte éste, condenando a la compañía vendedora a pagar a los demandantes parte de las cantidades reclamadas y absolviendo totalmente a la compañía compradora.

El principio de la relatividad del contrato. La figura del causahabiente a título particular.—Ha de mantenerse que, como ya expresó la sentencia de esta Sala de 5 de octubre de 1975, la doctrina del carácter relativo y personal de los contratos consagrada por la preceptiva contenida en el párrafo 1.º del artículo 1.257 del Código civil, no es obstáculo para que en otro aspecto el contrato pueda producir determinados efectos para los causahabientes a título singular, cuando se adquiere por uno de los contratantes por un acto «inter vivos», cual la venta, y como consecuencia de la regla *«nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipso haberet»*, el causahabiente a título particular soporta los efectos de los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ella si influyen en el derecho que se transmite, por cuyas dos razones no puede considerarse tercero en el orden civil, consagrando la doctrina de esta propia Sala en sus Sentencias de 3 de octubre de 1979 y 20 de febrero de 1981 «que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular que penetran en la situación jurídica creada mediante negocio celebrado con el primitivo contratante, pues sería contrario a los más elementales principios de equidad —párrafo 2.º del artículo 3 del Código civil— que a la norma que obliga a cumplir lo pactado en los términos que define el artículo 1.258 de nuestro Código civil no afectara al promotor-vendedor, si el que reclama por la imposibilidad de su uso es adquirente a título singular de aquel a quien originariamente se la transmitió, siendo, además, indudable que quien compró al promotor adquirió el derecho que representaba el uso de la plaza en cuestión, derecho que, exigible por él al referido promotor, era transmisible conforme autoriza la preceptiva contenida en el artículo 1.112 del repetido Código sustantivo civil».

Defectos de construcción.—Son defectos de construcción los significados por la imposibilidad de acceso a una plaza de garaje, constituyendo, como

ya dijo el tercer considerando de la sentencia de esta Sala de 3 de octubre de 1979, una prestación irregular y como tal desprovista de efectos liberatorios por no ajustarse a las reglas del arte.

Renuncia de derechos.—Tal renuncia, en el caso concreto debatido, no era lo «explicita, clara, terminante e inequívoca», a los efectos de lo pretendido por el recurrente de exonerarle de responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones que como vendedor le eran exigibles, a lo que es de añadir que lo que el motivo podía plantear, en orden al alcance de las supuestas renuncias contenidas en los documentos suscritos por los demandantes que cita, era una cuestión de interpretación de sus estipulaciones, denunciable en casación por infracción de los preceptos contenidos en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil, que es donde se contienen las normas de hermenéutica aplicables al efecto.

Interpretación del contrato.—El Tribunal, con base en la realidad y autenticidad de los meritados documentos, interpreta su contenido, con criterio que no es atacado por irracional o ilógico acusando, como ya ha sido apuntado, la infracción de los artículos 1.281 y siguientes del Código civil sobre hermenéutica contractual. (Sentencia de 2 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

Hechos.—Se celebran determinados contratos de compraventa de viviendas de protección oficial. Algunos adquirentes y subadquirentes se ven privados de utilizar las plazas de garaje con dichas viviendas adjudicadas, debido a la imposibilidad de poner en marcha el aparato elevador que constituía el acceso a las mismas. Se demanda no sólo que el promotor-vendedor instale el citado aparato, sino también que abone las correspondientes indemnizaciones. De acuerdo con el criterio de la Audiencia, el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por el promotor-vendedor.

NOTA.—A) En esta sentencia se exponen los diversos argumentos esgrimidos por la jurisprudencia para justificar que el causahabiente a título particular no es un tercero ajeno al contrato celebrado por su causante. En relación con la venta de pisos y locales hemos examinado críticamente las razones apuntadas por el Tribunal Supremo, que sirven de base, en la sentencia que anotamos, para desestimar el recurso de casación. Nos remitimos, pues, a nuestros comentarios a las sentencias de 1 de abril de 1977 (en este ANUARIO, 1978, III, pp. 667 ss.), 3 de octubre de 1979 (en este ANUARIO, 1980, I, pp. 194 ss.) y 27 de febrero de 1981 (en este ANUARIO, 1981, IV, páginas 1102 ss.). B) De notable interés es el problema de las cláusulas de exoneración de responsabilidades del promotor, al que se alude en esta sentencia, si bien nuestro Tribunal Supremo lo soluciona afirmando que las renuncias de los adquirentes a hacer efectivas dichas responsabilidades no son explícitas, claras, terminantes e inequívocas y además, no se ha utilizado el cauce procesal adecuado para combatir la interpretación dada por la Audiencia. Desde otra perspectiva pensamos que el problema podría haberse planteado: cuestionándose la aplicación de los artículos 6, 2, 1.102 y 1.103 del Código civil.

A. C. S.

Competencia de la jurisdicción ordinaria. Naturaleza laboral o civil del contrato. Cuestión de orden público.—No obstante ser cuestión nueva, al alegarse como infringido el art. 74 LEC, cuestión de orden público, puede

ser objeto de recurso de casación, pese a no haber sido propuesta ni debatida oportunamente, según viene a decir la Sentencia de 5 abril 1935.

Naturaleza civil del contrato de exclusiva de contratación de publicidad y venta de ejemplares.—Ha de estimarse de naturaleza civil y no laboral por faltarle las notas características de los contratos de trabajo, el contrato en virtud del cual una de las partes gestionaba o dirigía el negocio de publicación del «Anuario Español de Seguros», sin subordinación ni dependencia alguna de la contraparte, sino en su propio nombre y no en el ajeno, percibiendo el 50 por 100 del importe de las autorizaciones o contratos y venta de ejemplares, asegurando al autor un beneficio mínimo anual y corriendo éste con los gastos de la edición.

Resolución por incumplimiento.—Se produce incumplimiento del contrato cuando el autor de la obra, actuando por medio de un hijo suyo, vende en escritura pública la marca denominada «Anuario Español de Seguros» a la sociedad «Club de Ejecutivos de Seguros, S. A.», debiendo condenarse al demandado al pago de daños y perjuicios que se determinen en ejecución de sentencia.

Fallo contradictorio.—Ha de resultar de los términos mismos del fallo entre sí, y no entre los hechos aceptados por la sentencia y el fallo, siendo preciso que se produzca una notoria incompatibilidad entre los distintos argumentos básicos del fallo, de forma tal que susciten dudas fundadas su ejecución ante la realidad antagónica de sus términos.

Determinación de los daños y perjuicios en ejecución de sentencia.—La cuestión referente a la declaración de la existencia de daños, como las demás relativas a su indemnización, lo son de hecho, siendo también discrecional la estimación de si fue o no posible determinar la cuantía en la sentencia o fijar en ella las bases de la liquidación; por ello, acreditada la existencia de daños y perjuicios en la instancia, puede seguirse el juicio de cognición abreviado de los arts. 928 a 950 LEC, cuyo objetivo es fijar la cantidad debida como indemnización. (Sentencia de 29 de octubre de 1981; no ha lugar.)

Contrato innominado, atípico y complejo. Calificación.—Se está en presencia de un contrato innominado, atípico y complejo, cuya causa trasciende a la simplemente assignable a prestación de servicios, en el que había de transmitirse un proceso industrial complejo, integrado por diversidad de elementos, que no se pueden desgajar algunos y tratarlos por separado, respecto del cual el transmitente ha cumplido las prestaciones que le incumbían, y, entre ellas, la de prestar los servicios consustanciales pactados, por lo cual puede exigir a la otra parte su cumplimiento.

Mala fe.—La parte demandada, al ser una empresa especializada del mismo ramo que la actora, y probablemente de más importancia y volumen de negocio que aquélla, con personal facultativo y técnico de rango superior, como tal no podía necesitar más asesoramiento técnico que el facilitado, por lo cual carece de buena fe en su comportamiento conforme al art. 7.1.

Interpretación de los negocios jurídicos.—No está sustraída a la casación procediendo ésta cuando la sentencia contiene exégesis atentatorias a la letra y al espíritu del contrato; pero tal doctrina hay que coordinarla con la que sienta que es función propia de los Tribunales de instancia la determinación del alcance e inteligencia de las estipulaciones contractuales, debiendo prevalecer en casación el criterio del juzgador a no ser que se demuestre su falta de lógica o que ha incurrido en infracción de las normas legales que rigen la hermenéutica contractual, o que se acredice error de hecho o de derecho. (Sentencia de 23 de octubre de 1981; no ha lugar.)

Compraventa. Arbitrio de plusvalía. Gastos e impuesto de escritura. Interpretación.—El arbitrio de plusvalía «impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos», según le denomina el Decreto de 30 de diciembre de 1976, aunque responde al fundamento de equidad de que el Municipio, como ente básico que ha de atender a múltiples fines en beneficio de la colectividad, participe en aquellos aumentos de valor constituidos por la diferencia entre el precio satisfecho en su día por el inmueble y el obtenido posteriormente al enajenarlo, por cuanto el acrecentamiento es debido a factores ajenos a la actividad propia del titular del fundo, en razón de lo cual «el hecho imponible se produce por la transmisión» (Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1980 y 26 de junio de 1973), y el sujeto pasivo de la obligación tributaria en concepto de contribuyente, será el enajenante, sobre el cual recae (artículo 517, apartado c) de la Ley de Régimen Local, en relación con el 31 de la Ley General Tributaria), sin perjuicio de que para facilitar las tareas recaudatorias de la Administración financiera, sea exigible por de pronto su pago del adquirente a título de substituto, ello no es óbice para que la posibilidad de repercutir consiguientemente el desembolso realizado por éste (artículo 518, apartado b) de la Ley primeramente citada, con su complementario, el 32 de la segunda) venga excluida por acuerdo de los interesados, y en tal sentido, esta Sala, en Sentencia de 21 de diciembre de 1968, tiene declarado que la facultad concedida al comprador por el apartado b) del párrafo 1º de dicho artículo 518 de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950, texto refundido de 24 de junio de 1955, para recabar del vendedor el reintegro de la suma que hubiere satisfecho por el referido impuesto, la supedita a lo que hubieren convenido los contratantes, por cuanto la norma permite excluir la hipótesis general mediante pacto en contrario. (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1981.)

Hechos.—Don Pablo P. C. y sus cinco hijos habían vendido a la entidad «Gestión Fiduciaria para Renta, S. A.», una determinada finca de su propiedad en la ciudad de Vigo, pactando que los gastos e impuestos de la escritura de compraventa serían de cuenta de la sociedad compradora.

Practicada por el Ayuntamiento de Vigo la liquidación del Arbitrio de Plusvalía, la compradora pagó la cantidad de 1.800.000 pesetas y acto seguido reclamó dicha cantidad a los vendedores. La demanda de «Gestión Fiduciaria para Renta, S. A.» fue desestimada por el Juzgado de Primera

Instancia, y por la Audiencia Territorial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

El requerimiento como expresión de la voluntad del vendedor.—El requerimiento a que se refiere el artículo 1.504 del Código civil presupone la expresión formal del acto volitivo del vendedor de dar por resuelto el contrato de compraventa por el incumplimiento del comprador de la obligación del pago del precio que le impone el artículo 1.500 del Código civil en la forma y plazos contractuales establecidos.

Eficacia del requerimiento.—Para la plena eficacia del requerimiento es necesario que tenga conocimiento de él el comprador, bien por conducto notarial o por acto conciliatorio.

Diferencia entre las facultades concedidas al vendedor en los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil.—La Doctrina y la Jurisprudencia mantienen de modo unánime que el artículo 1.124 del Código civil concede al vendedor la opción entre el cumplimiento o la resolución. Mientras que el artículo 1.504 se refiere exclusivamente a la resolución de la compraventa.

Objeto del requerimiento.—Según reiterada Jurisprudencia, el requerimiento del artículo 1.504 del Código civil tiene el valor de una intimación referida no al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculos a este modo de extinguirla, ya que si tuviera por objeto el pago del precio, no se opondría a la resolución del contrato, sino al cumplimiento del mismo. (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1981; no ha lugar.)

Hechos.—Contrato de compraventa de un local comercial con precio aplazado y cláusula resolutoria para el caso de falta de pago del comprador. La ejecución de esta cláusula se subordina al requerimiento en la forma establecida en el artículo 1.504 del Código civil.

Ante el incumplimiento por parte del comprador de sus obligaciones, el vendedor hace valer la cláusula resolutoria. Celebrado sin avenencia el acto de conciliación, el vendedor demanda la resolución del contrato.

El Tribunal de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Territorial revoca la sentencia del tribunal inferior y declara resuelto el contrato de compraventa.

Resolución contractual. Límites de su eficacia.—La resolución posterior de un contrato de compraventa no puede afectar al contrato de financiación celebrado, con cesión de los derechos que correspondían a la vendedora, con los requisitos que exige la Ley de 17 de julio de 1965, pues el cessionario es un tercer acreedor con origen en una operación distinta, dotada de sustantividad propia, como es la Póliza de Financiación e inscrita en el Registro de Ventas a Plazos.

Compensación de créditos. Inaplicación.—El artículo 1.198 del Código civil no contempla el caso debatido en la «litis», reducido a la posible eficacia de una resolución de contrato, no probada, con relación a un tercero a

quien con anterioridad le fueron cedidos por el vendedor los derechos que tenía frente al comprador. (Sentencia de 29 de octubre de 1981; no ha lugar.)

Contrato de suministro. Resolución por incumplimiento. Falta de pago de entregas parciales.—Se declara probado que el contrato concertado entre las partes lo fue de compraventa en su modalidad de suministro, y al haber incumplido el comprador la obligación de pago de dos entregas parciales, no puede pretender que el vendedor entregue el resto hasta la cantidad total convenida.

Interpretación de contrato formalizado verbalmente.—Tratándose de un contrato verbal que efectivamente se da por existente al mediar una oferta y una aceptación que se declaran como hechos probados, el Juzgador en su labor de calificación jurídica de las relaciones entre las partes y deducción de obligaciones recíprocas, tuvo que acudir a las pruebas, los hechos admitidos por las partes o evidenciados por su conducta, sin que, por tanto, cupiese la posibilidad de estar al sentido literal de sus cláusulas, es decir, conforme a su texto, al no existir texto escrito. (Sentencia de 17 junio 1981; no ha lugar.)

Decir que el art. 1.281 C. c., al dar normas hermenéuticas de los contratos y referirse «al sentido literal de sus cláusulas», está contemplando únicamente los contratos formalizados por escrito, parece recortar injustificadamente su alcance. Es cierto que la labor judicial de fijar el texto de un contrato, en ausencia de documentos públicos o privados, resulta más difícil y, en ocasiones, puede estar abocada al fracaso. Pero si utilizando todos los medios de pruebas permitidos por las leyes procesales, logra el Juzgado determinar el contenido de un contrato, obviamente mediante cláusulas vertidas por él a un texto escrito, no hay inconveniente en hacer valer su *literal sentido*. Luego el art. 1.281 C. c. es también aplicable a los contratos verbales.

G. G. C.

Arrendamientos urbanos. Recurso de revisión. Daños maliciosos y obras inconsentidas realizadas por el inquilino.—El recurso de revisión de sentencias firmes no es, como ha declarado ya esta Sala (Sentencia 11 de marzo de 1953) un medio que autorice a los litigantes a proponer un nuevo examen de cuestiones o extremos que tienen su lugar adecuado en el pleito, sino que su ejercicio ha de concretarse a la demostración cumplida de una de las causas que establece el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y este recurso, al vulnerar el principio casi absoluto de irrevocabilidad del fallo firme previamente dictado, ha de interpretarse restrictivamente (Sentencia 4 de enero de 1955, 23 de octubre de 1953, entre otras), doctrina que impide la estimación del recurso ahora debatido, ya que: a) los propuestos documentos recobrados después de la sentencia firme, no tienen a los efectos pretendidos el carácter de tales, pues la resolución recaída en un expediente administrativo iniciado con anterioridad a ser dictada la sentencia que se impugna, no puede calificarse de «documento recobrado» en el sentido del artículo 1.796.1º de la Ley Procesal Civil; b) tampoco puede calificarse de suceso debido a fuerza mayor que impida conocer un documento a los mismos efectos, la resolución de un expediente

y la notificación de su resolución al recurrente, cuando éste, en el caso contemplado, conocía los hechos originadores del expediente citado; c) por último, la alegada aparición o descubrimiento de los documentos a que el recurso se refiere, en nada desvirtúan los fundamentos que la sentencia impugnada tuvo para decretar el desahucio por daños dolosos causados en la finca, por lo que carecen del concepto de documentos «decisorios» a que se refiere el artículo 1.796-1.º ya mencionados. (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1981.)

Hechos.—Doña Soledad R. N. formuló ante un Juzgado de la Primera Instancia de los de Madrid, demanda de juicio incidental sobre resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio sito en la calle Milaneses, núm. 2, de Madrid, contra don Andrés C. M., alegando fundamentalmente que éste, en su calidad de inquilino de dicho local, había tapado las bajantes del mismo con tela metálica y cemento, lo que había producido grandes humedades en el sótano del local colindante. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación la Audiencia Territorial revocó la del Juzgado, estimando íntegramente la demanda y declarando resuelto el contrato de arrendamiento.

Don Andrés C. M. interpuso recurso de revisión, alegando que algunos meses después de dictarse la Sentencia de la Audiencia Territorial había recibido una carta certificada del Ayuntamiento de Madrid dándole traslado del requerimiento efectuado a la propiedad a fin de que reparara la red de desagües de la finca de la calle Milaneses, 2, y la bajada de aguas fecales, que se encuentran atascadas y rotas, produciendo humedades permanentes.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de revisión.

Arrendamiento de local de negocio. Prueba. Inscripción del contrato en la Cámara Oficial Urbana.—La toma de razón en los Registros de Arrendamientos y Fianzas es un dato intrascendente a la realidad y a la calificación jurídica que el contrato merecía, pues la finalidad de la presentación de los arrendamientos e inquilinatos en las Cámaras no es otra que el cumplimiento por las mismas de los fines corporativos, según su Reglamento aprobado por R. D. de 2 junio 1977, sin reflejo sustantivo alguno en el régimen de tales contratos, fuera de lo pertinente a las fianzas que, en la cuantía prevenida por el art. 105 LAU, se regulan por su normativa especial.

Arrendamiento de industria. Subarriendo. Doctrina general sobre la prueba de presunciones en casación.—La prueba de presunciones, dice la Sentencia de 6 de diciembre 1980, es un medio de llegar desde una proposición o dato conocido a otra proposición o dato desconocido, o bien, como resulta del art. 1.253 C. c., mediante la inferencia lógico-razonable entre el hecho demostrado y el que resulta deducible según las reglas del criterio humano, estableciéndose así la afirmación consecuencia; sentándose en numerosas sentencias que si son dos los elementos que en la presunción juegan —el hecho «base» y el hecho «consecuencia»—, el ataque en casación

ha de ser dual y diferenciado: por una parte, demostrando que el hecho de que se partió no estaba suficientemente probado (núm. 7.º del artículo 1.692 LEC, por infracción del art. 1.249 C. c.), por la otra, con la demostración de que el razonamiento que sirvió de puente a la presunción no cumplió el mandato legal que alude a las reglas del criterio humano (núm. 1.º del art. 1.692 LEC, por infracción del art. 1.253 C. c.); ahora bien, si en el trámite propiamente casacional se puede censurar el uso que en la instancia se haya hecho de este medio probatorio, en modo alguno cabe el utilizarlo para combatir la apreciación del material expositivo y probatorio efectuada en la misma instancia, debiendo distinguirse cuidadosamente entre la impugnación de la prueba de presunciones —que no se ha utilizado, en el caso, por la Sala de Instancia—, y el empleo de esta Sala en casación de dicho medio probatorio, lo que ha sido expresamente rechazado por Sentencia 31 diciembre 1965 al decirse que los errores de hecho no se acreditan con meras presunciones, y al exigirse por la Sentencia de 7 marzo 1966, pruebas directas, ya que entenderlo de otro modo transmutaría este extraordinario recurso de casación en una tercera instancia, (Sentencia de 23 de junio de 1981; no ha lugar.)

Notable «sentencia pedagógica» en la que el T. S. (Pte. Sr. Serena Velloso) adoctrina sobre la impugnación de la prueba de presunciones en casación, si bien en el caso concreto se trataba de que, utilizándose por la Sala la prueba de presunciones, se declarase la inexistencia por simulación de un contrato de subarrendamiento de industria y, en su lugar, se declarase otro de arrendamiento de local de negocio. Ello hubiera sido posible en la «2.ª sentencia» después de la casación propiamente dicha, pero para ésta no había ningún motivo.

Arrendamiento rústico protegido. Solicitud extemporánea de la prórroga. Resolución del contrato por expiración del término.—No puede alegarse como circunstancia exculpatoria de la solicitud de la prórroga fuera de plazo el hecho de estar pendiente un pleito sobre el mismo contrato de arrendamiento, ya que la tramitación judicial no suspende los efectos de las obligaciones de las partes, ni veda el que por éstas se ejerza su derecho, por lo que la solicitud extemporánea de la prórroga sólo puede atribuirse a defecto u olvido del mismo arrendatario, lo cual conduce a la resolución del contrato por expiración del término.

La calidad de cultivo directo y personal es cuestión de hecho. No alegación por el arrendatario.—No es cierto que, aunque no se hubiera hecho el alegato en la instancia por el arrendatario respecto al tipo de cultivo, el juzgador debió estimarlo como consecuencia de los principios procesales *iura novit curia y da mihi factum dabo tibi ius*, pues dicha cuestión es de hecho y no jurídica, y la doctrina jurisprudencial no duda en reconocer la vigencia de dichos principios y su pertinente aplicación, pero siempre que se respeten escrupulosamente los hechos alegados y probados.

Prórroga automática de arrendamientos rústicos establecida por R. D. Ley de 30 junio 1978 y otros posteriores.—La prórroga automática de los arrendamientos rústicos establecida por el R. D. Ley de 30 junio 1978 y otros

posteriores, hasta la promulgación de la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos, sólo se aplica a aquéllos en que se da el cultivo personal y directo. (Sentencia de 16 de junio de 1981; no ha lugar.)

Arrendamiento ganadero de dehesa. Resolución del contrato. Daños y perjuicios por ejecución provisional de la sentencia. Incompetencia territorial. Defectos del recurso.—Según constante doctrina jurisprudencial mientras la carencia de jurisdicción para conocer del litigio por razón de la materia es denunciable al amparo del núm. 6.º del art. 1.692 LEC, los eventos de incompetencia territorial están amparados, única y exclusivamente, en el recurso por quebrantamiento de forma que prevé y autoriza el núm. 6.º del art. 1.693 LEC.

Implicación del art. 1.101 C. c. Inoperancia de cláusula de sumisión expresa del contrato de arrendamiento no tenida en cuenta por sentencia del Tribunal Supremo.—Cuando se solicitan los daños y perjuicios derivados de la ejecución provisional de una sentencia de la Audiencia, luego revocada por el T. S., no ha lugar a aplicar una cláusula de sumisión expresa a determinados Tribunales contenida en el arrendamiento. (Sentencia de 29 de junio de 1981; no ha lugar.)

Arrendamiento rústico. Cláusula contractual sobre duración y prórrogas contraria a normas imperativas.—Es nula absolutamente la cláusula contractual que fijaba a la locación cinco años de duración y prórrogas por años sucesivos condicionadas a la voluntad de cualquiera de las partes de darlo por terminado, avisando con cinco meses de antelación a la terminación de los plazos sucesivos, sin que sea admisible que una cláusula radicalmente nula pueda escindirse en su contenido estimando válidos los pactos que puedan favorecer al arrendatario y carentes de eficacia aquellos otros beneficiosos para el arrendador.

Táctica reconducción.—El sistema de prórrogas legales normado en la legislación especial ha sustituido al instituto de la tácita reconducción a que se contrae el art. 1.566 C. c. (Sentencia de 3 de octubre de 1981; no ha lugar.)

Arrendamiento de servicios. Calificación del contrato de dirección de publicaciones. Autonomía respecto de un contrato laboral.—Las relaciones entre la parte actora y la Editorial demandada cristalizaron en dos contratos independientes y compatibles, de distinta naturaleza, pues mientras que uno de ellos tiene las notas propias de un típico contrato de trabajo en cuanto afecta a un sujeto empleado como auxiliar administrativo primero y luego como auxiliar de redacción, el otro constituye un arrendamiento de servicios intelectuales, sujeto al Derecho común y sometido a la *lex privata* convenida por los otorgantes en los cinco convenios de dirección de publicaciones de 20 de septiembre de 1974; reglamentación negocial ésta marginada de la esfera específica del contrato de trabajo y sometida al Código civil, ya que así lo dispone categóricamente el art. 40 de la Ley de

Prensa e Imprenta de 18 marzo 1966, al establecer que los directores de publicaciones serán designados libremente por la empresa periodística entre las personas que reúnan los requisitos que la propia Ley exige y la correspondiente regulación se formalizará en un contrato civil de prestación de servicios con las condiciones mínimas fijadas por el Estatuto de la Profesión Periodística de 13 abril 1967. (Sentencia de 25 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

Incumplimiento del contrato de obra. Aplicación del artículo 1.124 del Código civil.—Que al regular los efectos de las obligaciones bilaterales, concretamente la hipótesis de que habiendo cumplido o encontrándose dispuesto a hacerlo, uno de los obligados el otro no realiza la prestación que le incumbe o su ejecución ha sido tan defectuosa que resulta frustrada la finalidad perseguida por el negocio y el consiguiente interés del acreedor, dispone el artículo 1.124 del Código civil que éste podrá exigir que se imponga al deudor el cumplimiento o bien optar por la resolución del vínculo, del que quedarán desligados los contratantes, con el pronunciamiento pertinente respecto a la indemnización de daños y perjuicios.

Ius variandi.—Por lo que atañe al denominado *ius variandi* o posibilidad de instar el cumplimiento después de haber optado por la resolución, o viceversa, la solución del derecho histórico traducida en el principio *electa una via non datur recursus ad alterum* y acogida por el Digesto (D. 18, 3, 4, 2.º: *nec posse, si commissoriam elegit, postea variare*; y D. 18, 3, 7: *post diem commissoriae renuntiatum videtur nec variare et ad hanc redire postest*), no ha pasado al ordenamiento vigente, pues el párrafo 2.º, proposición segunda, de aquel precepto (art. 1.124 del Código civil) faculta para pedir la resolución aun después de haber elegido el cumplimiento cuando éste resultare imposible, norma en cuya aplicación tiene declarado la jurisprudencia que si bien el ejercicio simultáneo de ambas acciones viene descartado por razones lógicas dada su esencial contradicción, nada se opone por el contrario a que se utilicen de forma alternativa dejando por tanto la elección a voluntad del demandado o subsidiaria y como tal con la preferencia señalada por el demandante.

Ejercicio simultáneo de las acciones.—Lo que proscribe una recta exégesis del precepto en cuestión (art. 1.124 del Código civil) es, como advirtió la Sentencia de 2 de febrero de 1973, que «simultáneamente ambas acciones se ejerciten conjuntamente, pretendiendo en ambos sentidos», anulándose recíprocamente en su antagonismo. (Sentencia de 9 de octubre de 1981; no ha lugar.)

Hechos.—En el caso debatido las sentencias de una y otra instancia afirman la existencia de un incumplimiento imputable al contratista y por ello acogen la demanda y le condenan a realizar las obras necesarias para subsanar los defectos de construcción y adecuar el local de la casa al proyecto originario y sólo en su defecto, a causa de la negativa a la ejecución de las reparaciones, se postula la resolución del contrato de obra.

NOTA.—La aplicación del artículo 1.124 del Código civil no plantea problemas en este sentencia, porque la obra inmobiliaria presentaba graves defectos de construcción, sin que pudiera cuestionarse la aplicación del artículo 1.591 del Código civil, pues no estaba terminada la obra, lo cual constituye un presupuesto de aplicación del referido precepto.

Planteado el problema en torno a la aplicación del artículo 1.124 del Código civil, se señala, como hipótesis en que procede la acción resolutoria, las de inejecución de la prestación convenida y ejecución defectuosa de la prestación que determine la frustración del interés del acreedor. Nótese que nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia que anotamos, afirma simplemente que no se realiza la prestación debida, sin prejuzgar si ello se debe a la manifiesta voluntad del obligado de no cumplir o a una imposibilidad sobrevenida fortuita del cumplimiento, supuesto en que, a nuestro juicio, cabe la resolución, como certeramente ha demostrado el profesor Díez-Picazo (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1972, pp. 841 ss.).

En sede de contrato de obra son diversas las sentencias que afirman la aplicación del artículo 1.124 del Código civil en supuestos de ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria; se refieren a supuestos en que la obra presenta vicios determinantes de ruina, de acuerdo con la interpretación amplia que nuestra jurisprudencia ofrece del concepto de ruina en el ámbito del contrato de obra. En particular destacan las Sentencias de 19 de febrero de 1970, 15 de marzo de 1979 y 3 de octubre de 1979, a las que nos hemos referido en el comentario que en este ANUARIO (1980, I, pp. 194-223) hicimos a la citada en último lugar. Véanse concretamente las páginas 213-215, en las que mostramos nuestro punto de vista sobre los casos en que tiene pleno sentido la acción resolutoria en el marco del contrato de obra.

A. C. S.

Defecto en la interposición del recurso.—Si bien en uno y otro motivo se cita como infringido el artículo 359 de la Ley procesal, no se expresa en ninguno de ellos el concepto por el que se supone infringido dicho precepto, lo que ya «*ab initio*», conforme a reiteradísima doctrina de esta Sala, inciden en la causa de inadmisión cuarta del artículo 1.729 de la expresa Ley.

Cuestión nueva.—Se trata de una cuestión ni debatida en la litis ni resuelta por la sentencia, pues no puede reconocerse la mera incidencia de que en el escrito de réplica se cita, sin más consecuencia, entre los fundamentos de derecho el expresado artículo, cuando además no lo fue en la demanda, por lo que el motivo, en este aspecto, incide en la causa quinta de inadmisión del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Responsabilidad solidaria del arquitecto proyectista y del arquitecto director.—Es doctrina general de esta Sala que cuando no es posible discriminar la específica responsabilidad de cada uno de los que son partícipes en el resultado final dañoso, al que por la conducta de todos y cada uno de ellos se ha llegado, sin particularización posible, ha de entenderse lo es solidaria, tanto vale cuando existen varios partícipes, supuesto éste de constructor, arquitecto, aparejador o como cuando, en el caso de autos, si bien se ha particularizado la responsabilidad de constructor y aparejador y por ello han sido absueltos, la existencia de dos arquitectos unidos por una responsabilidad sin posibilidad de determinar el grado en el que lo es la del uno y la del otro al no

resultar factible particularizar la que afecta al autor del proyecto de la que lo es por dirección de la obra, en este caso, necesariamente, de conformidad a dicha doctrina debe ser impuesta a dichos arquitectos solidariamente. (Sentencia de 5 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

Hechos.—Debido a vicios del suelo, que determinan la ruina del chalet construido, el Juzgado, la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo consideran aplicable el artículo 1.591 del Código civil y, en consecuencia, afirman la responsabilidad solidaria del arquitecto proyectista y del arquitecto director.

NOTA.—Esta sentencia es conforme con la constante doctrina del Tribunal Supremo y de la doctrina científica, que hemos expuesto en nuestro comentario a la Sentencia de 9 de octubre de 1981 (en este ANUARIO, 1982, I, pp. 259-261). Nos parece oportuno destacar que nuestro Tribunal Supremo establece la responsabilidad solidaria de los diversos profesionales que participan habitualmente en el proceso de construcción (promotor, contratista, arquitecto director, arquitecto proyectista, ingeniero y aparejador). Así observamos que la sentencia que anotamos la establece entre el arquitecto director y el arquitecto proyectista; la de 21 de abril de 1981, entre el promotor y los arquitectos; la de 31 de octubre de 1979, entre el contratista y el arquitecto; la de 14 de noviembre de 1978, entre el arquitecto y el contratista; la de 17 de mayo de 1967, entre el ingeniero y los contratistas sucesivos, y finalmente la de 5 de mayo de 1961, entre el contratista, el arquitecto y el aparejador.

A. C. S.

Culpa extracontractual. Daños en instalación telefónica subterránea al manejar pala mecánica. Previsibilidad.—No son indemnizables los daños causados al manejar una pala mecánica preparando un terraplén para cargarla en un camión, en una instalación subterránea de la C. T. N. E. sin que existiese constancia alguna de que en la zona en que operaba aquella hubiese instalación telefónica subterránea, ni que ésta se encontrase situada a profundidad reglamentaria, ni menos que el causante de los daños hubiese sido apercibido de tal instalación, sea por el propietario del terreno, sea por otra persona, por lo que falta el esencial requisito de previsibilidad esencial para generar culpa extracontractual; la exigencia de prever hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias, desde el momento que no puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderlo ser, y sin que ello obste la teoría de la inversión de la carga de la prueba por causa del riesgo, porque para ello se requiere que el acto fuese exclusivamente consecuencia de ese aspecto de riesgo, que en modo alguno puede entenderse surgido por la actuación de manejo de una pala para cargarla en un camión en zona en que ninguna constancia se da de la existencia de instalaciones que puedan resultar dañadas, ni se advierte por nadie al maniobrador de la pala de que pudieran existir; tanto más cuanto que la teoría del riesgo viene proyectada al daño normalmente previsible, por el actuar con algún medio peligroso que también normalmente puede producirlo, que es de donde puede emanar la responsabilidad objetiva, que por otra parte no ha sido instaurada plenamente en nuestro Derecho. (Sentencia de 10 de julio de 1981; ha lugar.)

¿Estamos en presencia de un giro en la jurisprudencia de la Sala 1.^a en materia de responsabilidad por daños? Sentencias como la aquí extractada o la de 16 octubre 1981 (extractada en este mismo fascículo), pudieran hacerlo pensar. Creo más bien, sin embargo, que estamos en una fase de reflexión y sedimentación de la teoría de la responsabilidad por riesgo y de la responsabilidad objetiva que, obviamente, no pueden abarcar todos los ámbitos de la actividad humana productora de daños. El T. S. se reserva celosamente —mientras no intervenga el legislador— la determinación del terreno de actuación de esas doctrinas, aun a riesgo de producir inseguridad jurídica. Que las palas mecánicas en su funcionamiento normal son susceptibles de causar daños a las instalaciones subterráneas de cualquier índole, es un dato de experiencia que nadie puede negar; pero que tales daños sean lo suficientemente reiterados para que entre en juego la responsabilidad por riesgo cuya determinación requeriría estudios estadísticos de los que se carece, es un juicio que la sentencia anotada no pronuncia, acogiéndose en su lugar al concepto tradicional de culpa.

G. G. C.

Responsabilidad por daños. Descarga de escombros por basculación. Culpa del conductor.—Consistió en el deficiente «calzado» del vehículo al efecto de su inmovilización y consiguiente evitación de que se produjera el evento dañoso, por el riesgo que comportaba la maniobra de bascularlo para su descarga en el borde de un camino inmediato al cauce del río Esla.

Responsabilidad directa del empresario. Culpa «in vigilando» o «in eligendo».—Cuando entre el autor material del hecho y la empresa de que dependen hay tal vínculo de subordinación que puede deducirse fundadamente que si hubo daño, éste debe atribuirse más que al autor material al descuido o defecto de vigilancia de otra persona, el fundamento de esta responsabilidad es una presunción de culpa, «in eligendo» o «in vigilando», distinta e independiente de la que contrae el autor material, de naturaleza autónoma y directamente exigible, no siendo el causante material del daño término subjetivo necesario en la relación jurídica procesal. (Sentencia de 6 de octubre; no ha lugar.)

Responsabilidad objetiva. Accidente de circulación. Innecesariedad de la declaración de culpabilidad.—La sentencia no aparece fundada en ningún momento en el art. 1.902 C. c., sino en la normativa plena de contenido objetivo que establecen los arts. 4.^º y 5.^º del Texto Refundido de la Ley de 24 diciembre 1962, publicado por Decreto de 21 marzo 1968, lo cual deja fuera de discusión el tema de la culpabilidad del causante.

Prescripción de la acción. «Dies a quo». Notificación del auto de sobreseimiento del procedimiento penal.—La notificación del auto de sobreseimiento, por ser la última actuación en vía penal, constituye el punto de partida para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones civiles ejercitadas, según una reiterada doctrina jurisprudencial. (Sentencia de 31 de octubre de 1981; no ha lugar.)

Responsabilidad por daños. Concurrencia de culpas. Moderación de la indemnización.—La culpa de la parte condenada en la inundación causante de los daños tiene mayor relieve que la del perjudicado, hasta el extremo

de que si aquélla no hubiese vertido los residuos de las obras en el cauce del arroyo, los daños no se hubieran producido, a pesar de la negligencia del actor; según doctrina de esta Sala sobre concurrencia de culpas, contenida en Sentencias de 14 octubre 1957, 30 abril 1969, 18 mayo 1970 y 13 febrero 1971, la doble actuación negligente que da lugar a una concurrencia de culpas, no excluye el deber de indemnizar, si bien con la consiguiente moderación en el montante económico a satisfacer a la víctima.

Error de hecho. No puede basarse en dictamen pericial.—El dictamen pericial no es documento auténtico a efectos de casación, en cuanto no patentiza de manera evidente, sin complejidad de razonamiento alguno, la equivocación denunciada, y obligaría a realizar en casación un nuevo juicio de valor sobre la prueba aportada, contradiciendo la reserva que de ese cometido se hace a favor de los Tribunales de instancia. (Sentencia de 13 de octubre de 1981; no ha lugar.)

Accidente de circulación. Daños y perjuicios. Acción de regreso de la entidad aseguradora. Naturaleza de la acción. Prescripción.—En el presente proceso se ejerce la acción de repetición o regreso reconocida en el artículo 97.3 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Decreto de 30 mayo 1974, por el importe de las prestaciones que tuvieron efecto en favor del conductor sobreviviente y corrieron a cargo de la Mutua Patronal recurrida, la cual es independiente de la del art. 1.902 C. c., y puede ser ejercitada dentro del proceso penal o independiente y ulteriormente una vez termina aquél sin pronunciamiento penal y civil *ex delicto*, y al no tener un plazo específico de prescripción está sujeta al general de quince años, como ya lo entendió para otra acción de regreso la sentencia de esta Sala de 27 enero 1976. (Sentencia de 1.º de julio de 1981; no ha lugar.)

Responsabilidad por daños. Concurrencia de culpas. Cosa juzgada penal. Excepción no alegada oportunamente.—No puede predicarse la existencia de cosa juzgada en base a la sentencia dictada por un Juzgado de Distrito, habida cuenta de su contenido absolutorio y con abstracción de las apreciaciones axiológicas de las conductas colocadas en sus considerandos, sin trascendencia al fallo, puesto que no fueron las mismas, sino el indulto general lo fundante de dicha absolución, pues la extinción de las responsabilidades penales no apareja las de naturaleza civil fuera del caso de que se declare por sentencia firme penal que no existió el hecho de que la civil hubiera podido nacer; incumbe al Juez civil el conocer con entera libertad, por la indeterminación que la absolución comporta, juzgando acerca de la realidad de los hechos, de su calificación, según el régimen sustantivo que les sea aplicable, y del montante de las indemnizaciones que correspondan; siendo de apreciar, a mayor abundamiento, la condición de excepción o contra-derecho que la cosa juzgada merece, según corriente doctrina de esta Sala representada últimamente por la Sentencia de 17 diciembre 1977 y que aconsejaba no tomarla en consideración por no haberse opuesto expresamente como excepción perentoria y en el momento procesal oportuno

de la contestación de la demanda, conforme al principio dispositivo que inspira el proceso civil. (Sentencia de 3 de julio de 1981; *ha lugar*.)

Seguro de accidentes. Acción del perjudicado.—La demanda del perjudicado se estima con base en el contrato existente entre la empresa propietaria del vehículo, conduciendo el cual se causaron las lesiones al actor, y la Compañía aseguradora, en el que se pactó que ésta garantiza el pago de las indemnizaciones que, en virtud de los arts. 1.902 ss. C. c. pueda el asegurado, o el conductor autorizado por él, resultar civilmente responsable a consecuencia de los daños corporales (personas) y materiales (personas, animales o cosas) causados a tercero por el vehículo o vehículos asegurados; texto inequívoco del que resulta la declaración de condena, luego de establecer la patente autorización conferida al conductor causante del atropello y comprobar la ilimitación de la responsabilidad civil cubierta por el contrato.

Sentencia penal condenatoria. No produce excepción de cosa juzgada civil. Las resoluciones de la jurisdicción penal no producen la excepción de cosa juzgada en el orden civil ante el que sólo tiene valor, con fuerza vinculante, la relación de hechos en las sentencias condenatorias o la declaración de no haber existido los mismos; además hay que señalar el distinto fundamento de pedir en uno y otro caso, no dándose entre las dos controversias la necesaria paridad que exige el art. 1.252 C. c., máxime cuando falta la identidad personal que el propio precepto establece para la operatividad de la cosa juzgada. (Sentencia de 15 de junio de 1981; *no ha lugar*.)

Responsabilidad civil derivada del delito de daños por imprudencia. No reserva de la acción civil. Eficacia de la cosa juzgada. Alcance subjetivo.—El efecto consuntivo de la sentencia penal estimatoria por un delito de daños por imprudencia, que condenó también al abono de una indemnización, ha de entenderse abarcador de todas las responsabilidades civiles de cuantas personas pudieran ser traídas al proceso penal en cualquier concepto, ya en el de responsables penales y civiles, ya únicamente en este último y, dentro del mismo, como responsables civiles directos o principales o subsidiarios del art. 22 C. p.; en tal sentido, el propietario por cuenta de quien se hicieron las obras causantes de los daños pudo haber sido implicado en el proceso penal como responsable civil subsidiario y le alcanza la cosa juzgada de la sentencia penal estimatoria en cuanto a las responsabilidades civiles; siendo, por otra parte, reiterada la jurisprudencia según la cual no incumbe a la jurisdicción civil entrar a examinar si las decisiones, siempre prioritarias del juez penal, fueron cuantitativamente insuficientes o si los pronunciamientos del mismo omitieron algún concepto resarcible.

Error de hecho.—Todos los documentos relacionados merecieron ya la atención del juzgador de instancia en la cual fueron tomados en la adecuada consideración y, no obstante, fue fijado otro *factum* que el pretendido a sus fines por el recurrente, y, por otra parte, se aducen en bloque y en confesada mixtura con las otras probanzas, y así, lejos de desprender

de modo evidente el pretendido error, han de ser sometidos a razonamientos e interpretaciones para extraer la equivocación que se dice padecida por el juzgador de instancia, operación que los destituye de la necesaria autenticidad.

Acción reivindicatoria. Requisitos.—La reiterada jurisprudencia de esta Sala, últimamente reiterada en Sentencia de 1.º julio 1980, declara que si bien los problemas relacionados con el título, por su complejidad factojurídica, pueden llevarse a la casación por varios cauces o vías, los relativos a la identidad de la cosa que se reivindica son fundamentalmente de hecho, y las afirmaciones que al respecto haga el juzgador en la instancia sólo podrán ser combatidas a través del núm. 7.º del art. 1.692 LEC; en el presente caso debe prevalecer la apreciación del juzgador de primer grado, aceptada por la Sala, de que no se ha logrado fijar la cabida o superficie de una habitación que desapareció con las obras realizadas. (Sentencia de 20 de octubre de 1981; no ha lugar.)

Responsabilidad por daños causados en accidente fluvial. Choque de mástil con cables de alta tensión. Instalación reglamentaria de la línea eléctrica.—En el accidente ocurrido el 12 julio 1972, a las 9,15 de la mañana, cuando un balandro arbolado con un mástil de aluminio de 7,85 metros de altura, que había zarpado del Club Náutico de Mora de Ebro, tropezó con un cable de alta tensión perteneciente a la compañía F. que cruzaba el río Ebro, perdiendo la vida cuatro de los cinco tripulantes de la embarcación, no hay responsabilidad por parte de la compañía, pues cuando se construyó y obtuvo la preceptiva autorización para ser explotada, el 10 noviembre 1927, estaba en vigor una legislación que imponía una altura mínima sobre el nivel del río de 7,25 metros, observada en el presente caso, con la particularidad de que el nivel de las aguas el día del accidente era completamente normal, sin que se acreditara anormalidad, irregularidad o defecto en el cuidado de la línea, debiendo observarse que el Reglamento de Líneas Eléctricas Aéreas de Alta Tensión aprobado con el Decreto de 28 noviembre 1968 expresamente limita su aplicación a las líneas de nueva instalación y a las ampliaciones de las existentes.

Culpa exclusiva de los perjudicados.—Consta probado en autos que ninguno de los tripulantes tenía título de patrón, necesario a estos fines, careciendo de autorización administrativa para la práctica de la navegación fluvial con fines particulares —que en este caso eran de puro recreo— exigida por el Reglamento de Policía de Aguas aprobado por Decreto de 14 noviembre 1958, complementado por la O. M. de 23 febrero 1961, autorización que no puede presumirse por el hecho de partir en su curso del citado Club Náutico existente en Mora de Ebro, habida cuenta que el río sólo adquiere el carácter navegable a partir de la ciudad de Tortosa, no habiéndose observado la exigencia del art. 34 del Decreto citado de 1958 en cuanto a la altura máxima de las embarcaciones que navegasen en la zona, carente de un gálibo definido que, consiguientemente, tenía que ser de 4,70 metros, a todo lo cual es preciso añadir que los referidos tripulantes

desatendieron los expresos avisos y consejos que se les dieron, entre otros, por el propio presidente del referido Club Náutico, en el sentido de que navegasen a motor, sin velas ni arboladuras y con el debido cuidado, de donde se deduce que faltaron en adoptar las precauciones debidas en parajes desconocidos por los mismos, habiendo de prever las dificultades que podrían aparecer en la navegación. (Sentencia de 16 de octubre de 1981; ha lugar.)

Notable sentencia, de la que ha sido Ponente Beltrán de Heredia, por lo singular del supuesto de hecho y por el contenido del fallo absolutorio. La estimación del recurso tiene dos argumentos básicos: el relativo a la imprudencia de las víctimas parece fuera de discusión; no así, en cambio, el referente al cumplimiento por la empresa demandada de todos los requisitos legales vigentes de carácter administrativo como factor excluyente de su propia responsabilidad. En otros campos de la culpa extracontractual es reiterada la doctrina jurisprudencial de que el cumplimiento de las medidas de seguridad establecidas administrativamente no es causa de exoneración; pero en este caso resulta claro que sólo se cumplieron las medidas previstas hace cuarenta y cinco años, al tiempo de su construcción, pero no las consideradas exigibles por el Decreto de 1968 que deben reputarse más modernas y acomodadas a la nueva tecnología. Pueden comprenderse las razones del legislador administrativo de no imponer obligatoriamente una modernización en todas las líneas de alta tensión ya instaladas, pero a la hora de valorar una conducta generadora de un grave riesgo (parece que los cables estaban al descubierto, sin protección alguna) no es posible desconocer las exigencias de la realidad social del tiempo en que se han de aplicar las normas (art. 3.1. C. c.), todo ello unido a los intereses nacionales de fomento del turismo extranjero, que acaso hubieran aconsejado una moderada sentencia condenatoria al existir concurrencia de culpas, pero no hasta el grado de eximir de responsabilidad a la empresa propietaria de la línea de alta tensión.

G. G. C.

Responsabilidad civil de los padres por los daños ocasionados por sus hijos menores. «Culpa in vigilando».—Apreciando en conjunto las pruebas practicadas se afirma que concurren los requisitos de acción culposa o negligente, daño y relación de causalidad, en el lanzamiento de un dardo por el hijo del demandado que alcanzó en el ojo a una niña de cuatro años cuya visión ha quedado gravemente afectada, así como el incumplimiento por el padre de los deberes de vigilancia y demás, respecto de su hijo, causante material del daño, afirmaciones puramente fácticas que han quedado incólumes en este trámite.

Inexistencia de caso fortuito.—La existencia de culpa o negligencia en la producción del daño es incompatible, de suyo, con la realidad de un hipotético caso fortuito que sólo se trata de justificar por simples afirmaciones dialécticas, totalmente inoperantes.

Prescripción de la acción. Cómputo del plazo.—Según el art. 5.1 C. c. a los efectos del cómputo de los plazos, si éstos estuviesen fijados por meses o años, se computarán «de fecha a fecha», lo que significa que en este caso será del 3 abril 1977 al 3 abril 1978, que habrá de contarse por entero, venciendo, por tanto, a las veinticuatro horas del mismo, es decir, que si

la papeleta de conciliación se presentó ese día, lo fue dentro del plazo marcado por la ley.

«*Dies a quo*». *Momento en que se conocen de modo definitivo los efectos totales de las lesiones.*—Es doctrina reiterada que el plazo prescriptivo tiene que empezar a correr sólo cuando pueda ejercitarse la acción, lo que en caso de lesiones significa que habrá que esperar al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos totales de las mismas, porque sólo entonces se podrá estar en condiciones de valorar sus consecuencias y el importe indemnizatorio pertinente. (Sentencia de 18 de mayo de 1981; no ha lugar.)

Daños por accidente de circulación. Acciones ejecutivas y ordinaria. Caracteres generales.—De un mismo suceso dañoso en el campo viario pueden nacer dos acciones con notas específicas que las diversifican, pues mientras la ejecutiva tiene naturaleza marcadamente objetiva, con motivos de ejecución tasados, limitación cuantitativa en las cifras de indemnización posible, exclusión de daños en las cosas y legitimación del asegurador obligatorio como sujeto pasivo de la pretensión de condena, por el contrario la acción ordinaria se apoya en la normativa de la culpa extracontractual, carece de limitaciones en el *quantum* y no margina especie alguna de quebranto patrimonial, además de que se dirige contra el autor del acto dañoso y el asegurador voluntario.

*Prescripción. «*Dies a quo*».*—Se ha observado que ambos procesos, los de la acción ejecutiva y ordinaria, de seguirse simultáneamente, se interferirían, pues en ambos puede suscitarse la cuestión de la culpa exclusiva de la víctima con la consiguiente posibilidad de decisiones contradictorias, por lo que ha de entenderse que el ejercicio de la acción ejecutiva —*prius* lógico dentro de la total pretensión de resarcimiento— impide el de la ordinaria a los efectos de la iniciación del cómputo de ésta según el artículo 1.969 C. c. o que la utilización de la primera tiene valor interruptivo del curso de la prescripción de la segunda con arreglo al art. 1.973.

Doctrina jurisprudencial sobre interrupción de la prescripción.—La sentencia de 2 julio 1979 estableció que el lapso de prescripción de las acciones de resarcimiento no se inicia hasta la fecha del auto ejecutivo, pues es el que facilita al interesado la opción de afrontar la vía ejecutiva o la ordinaria, o de compatibilizar ambas; la Sentencia de 17 diciembre 1979 razonó extensamente que aunque no puede hablarse de solidaridad entre las responsabilidades exigibles al asegurador obligatorio y al autor material del daño por el resto indemnizatorio no cubierto por aquél, si cabe admitir la ruptura del tracto temporal de la prescripción operada por la originaria y persistente voluntad del acreedor, con la formación del título ejecutivo y subsiguiente juicio de este orden, no cabiendo olvidar que la *causa petendi* es exactamente la misma; es decir, el accidente automovilístico del que dimanan daños y perjuicios, tanto para el juicio sumario como para la acción aquiliana ex art. 1.902; en consecuencia, es manifiesto que el cómputo del plazo de prescripción no pudo iniciarse hasta la firma del auto ejecutivo y de su notificación. (Sentencia de 22 de octubre de 1981; no ha lugar.)

Culpa extracontractual. Reducción por la sala de la cuantía de la indemnización.—La reducción de la cuantía de la indemnización no determina errónea interpretación del art. 1.902 C. c. desde el momento que éste no establece módulos cuantitativos indemnizatorios, que son atributo del Tribunal de Instancia, y que, como cuestión de hecho, no es susceptible de impugnación por el cauce de la interpretación errónea de dicho precepto.

Error de derecho en la apreciación de la prueba.—No se da en relación al art. 1.902 C. c. en cuanto que este precepto en manera alguna contiene aspecto de prueba preestablecida.

Documentos auténticos.—No tienen tal carácter los que han sido tenidos en cuenta por la Sala de Instancia, ni tampoco el escrito de díuplica ni la confesión judicial según Sentencias de 28 febrero 1888, 26 enero 1935, 13 julio 1936, 8 junio 1961, 2 julio 1963 y 6 marzo 1964, al no tener aspectos evidenciadores por sí mismos de indiscutible veracidad de los hechos que afirman. (Sentencia de 13 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

Culpa extracontractual por accidente de circulación. Prescripción de la acción. «Dies a quo».—Hay que estimar errónea la apreciación contenida en la sentencia recurrida de que el cómputo inicial del plazo de un año ha de partir de la fecha en que se dictó, por la jurisdicción penal, auto de sobreseimiento, siendo, en realidad, la del auto ejecutivo preceptivo, según las normas que regulan el seguro obligatorio, que es el que facilita al interesado la opción de afrontar la vía ejecutiva o la ordinaria, o de compatibilizar ambas, la segunda en forma subsidiaria, por la diferencia hasta obtener su resarcimiento en el módulo cuantitativo que la parte que se estime perjudicada crea adecuado.

Fundamento de la prescripción. Interpretación restrictiva.—A las precedentes consideraciones puede añadirse *ex abundantia* las concernientes a la tesis objetiva del instituto jurídico de la prescripción, como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica que, estando llena de sentido e interés social, obliga a tener en cuenta la finalidad de este último carácter que late en la legislación especial sobre accidentes automovilísticos y seguro obligatorio, examinando todos los aspectos implícitos en la noción de seguridad jurídica tanto del lado del acreedor como del deudor, para sentar el preferente interés social subyacente en favor del perjudicado, a quien la ley quiere proporcionar un efectivo y seguro resarcimiento a fin de que no deba perjudicar a éste una aplicación técnicamente desmedida del Derecho fundamentado en una interpretación rigorista de la prescripción que, como institución no fundada en la intrínseca justicia, debe merecer un tratamiento restrictivo. (Sentencia de 5 de noviembre de 1981; ha lugar.)

La sentencia reitera argumentos anteriormente expuestos en la Sentencia de 22 octubre 1981 que se extracta en este mismo ANUARIO.

Responsabilidad extracontractual. Reparación del daño.—Si la finalidad de la reparación que al perjudicado concede el artículo 1.902 del Código

civil es la de que aquél quede justamente resarcido, acercándose la indemnización, dentro de lo posible, a restaurar el estado de las cosas a la situación anterior al evento dañoso, habrá que concluir, como lógico corolario, que el perjudicado no podrá recibir más que el equivalente del daño efectivo y que, en su caso, de haber obtenido alguna ventaja, ésta habrá de tenerse en cuenta al cuantificar aquel resarcimiento (*«compensatio lucrum cum damno»*), siempre, por supuesto, que exista relación entre el daño y la ventaja, según la opinión de autorizada doctrina, lo cual, en definitiva, no es más que la aplicación del tradicional y siempre vigente principio de la prohibición del enriquecimiento injusto, y que ahora, vista la situación definida por la sentencia, obliga a desestimar el motivo.

Valoración del daño.—El artículo 1.902 del Código civil no contiene ninguna norma o regla secundaria relativa a la valoración del daño, ni referencia al momento que ha de tenerse en cuenta para dicha estimación, consecuentemente, habrá que entender que esos dos datos han de ser obtenidos—proporcionados por la prueba— por el juzgador y conjugados por éste para llegar al cálculo de los perjuicios y a este respecto dentro ambos de las facultades que la reiteradísima doctrina de esta Sala atribuye al juez para esa operación cuantitativa, como problemas de hecho inmersos en su soberanía, a la que no obsta lo declarado en la Sentencia de 1 de marzo de 1954 citada en el motivo —a la que podría añadirse la de 14 de mayo de 1926— de que, en principio, el momento decisivo para la estimación debiera ser el que se produjo la lesión o daño, porque el tema permanecería siendo cuestión de hecho, y no de valoración o estimación jurídica y menos aún problema de interpretación, tal como indebidamente se enfoca el motivo, que forzosamente ha de ser también desestimado.

Inmutabilidad del hecho probado.—Uno de los principios o reglas rectoras de la casación es el de la inmutabilidad del hecho probado, es decir, el de aquel o aquellos que el juzgador «a quo» pone como premisa de su fallo, apreciación judicial que sólo puede ser combatida por el estrecho cauce que permite el número 7.º del artículo 1.692 de la ley procesal, mediante la prueba del error de hecho o de derecho cometidos por la Sala de Instancia en la apreciación de la prueba.

Error de hecho.—Es reiteradísima doctrina legal, de consumo con lo dispuesto en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que tal equivocación se ha de acreditar de modo fehaciente e indubitable por medio de «documento o acto auténtico» que demuestre, por sí sólo, la equivocación evidente del juzgador, para lo que se precisa, como es natural, la cita expresa y concreta del documento en cuestión como dato de necesario e imprescindible contraste que, en su caso, acredite el error alegado, por lo que si así no se hace es claro que el motivo o motivos han de perecer. (Sentencia de 15 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

Hechos.—Al amparo del artículo 1.902 del Código civil se demanda indemnización de los daños y perjuicios causados en un inmueble por la colisión de vehículo del demandado, asegurado por una compañía, contra otro estacionado al costado del inmueble, y que se empotró en el mismo,

ocasionando su ruina, subsiguiente desalojo por la autoridad municipal y declaración administrativa de ese estado, con la aneja demolición del inmueble, constituido por viviendas y un local de negocio e industria de panadería. Se condena a los demandados a indemnizar de daños y perjuicios a los actores en una cuantía muy inferior a la solicitada por éstos. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—En esta sentencia se contempla el problema de la determinación del daño resarcible en el marco de la responsabilidad extracontractual. Para comprender el significado del problema y la posición del Tribunal Supremo es muy conveniente tener en cuenta las interesantes apreciaciones de DE ANGEL YAGÜEZ (*Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, pp. 126-137), que con claridad, rigor y erudición analiza esta cuestión y en general todos los problemas que surgen en torno a la responsabilidad aquiliana.

A. C. S.

4. Derechos reales

Título de dominio.—El título justificativo de dominio no equivale a documento preconstituido, sino a justificante dominical.

Acción reivindicatoria.—Para que entre en juego la acción que concede el párrafo 2.º del artículo 348 del Código civil, no se exige la presentación de un título escrito, que demuestre que el actuante ostenta el dominio, sino que basta que éste se demuestre por los distintos medios de prueba. (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

Hechos.—El actor solicita indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la paralización de unas obras que llevaba a cabo para la construcción de un transformador de energía eléctrica. La suspensión había sido obtenida por los demandados mediante la interposición de interdicto de obra nueva.

Los demandados en reconvenición ejercitan acción reivindicatoria respecto de unos terrenos, al parecer ocupados por las instalaciones y edificaciones realizadas por el actor. En caso de no ser posible la restitución, los demandados solicitaban su compensación con otras parcelas de igual extensión.

El Tribunal de Primera Instancia desestima la demanda y la reconvenición. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia confirma la sentencia del juzgador de instancia.

Interpretación del contrato.—Es doctrina reiterada de esta Sala que el criterio interpretativo de un contrato mantenido por el Tribunal de segunda instancia puede ser objeto de recurso de casación, a través del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, cuando a los hechos fijados en la instancia aplica alguna de las normas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil, porque al aplicar uno de los artículos sustantivos mencionados, o varios, puede haber violación, interpretación errónea o aplicación indebida.

Criterios objetivos de interpretación del contrato.—Desde un aspecto sustantivo, la operación de interpretación de los contratos, previa fijación de su contenido, ha de atender a la voluntad bilateral o común de ambas, quedando excluida como regla general la mera voluntad «interna» de cualquiera de ellas o de las dos, que puede servir, no obstante, para concretar aquella voluntad común, de modo que desde un punto de vista jurídico la voluntad interna de un contratante no tendrá efecto si por su declaración o manifestación el otro contratante, según los usos y la buena fe, entendió cosa distinta de aquella voluntad interna; dirección objetivista que conduce en casos como el aquí debatido, de discordancia de interpretaciones, a que sean los Tribunales los que hayan de pronunciarse acerca del sentido que ha de darse a los pactos convenidos a tenor de las normas aplicables a su texto prefijado, discutiéndose en este caso la aplicación a dichos pactos de los preceptos legales sustantivos que se estiman por las recurrentes infringidos, pudiendo únicamente ser atacado con éxito en este recurso el criterio interpretativo del Tribunal de Apelación en caso de exégesis desorbitadas, absurdas o arbitrarias que pugnen con la lógica y el sentido de los textos o cláusulas sometidos al raciocinio del juzgador, aunque cupiera alguna duda sobre la absoluta exactitud de la interpretación dada por la Sala «a quo».

Apreciación de la buena o la mala fe al edificar o sembrar.—Esta Sala ha declarado, entre otras en su Sentencia de 23 de noviembre de 1931, que la determinación de si al edificar o sembrar se hizo de buena o mala fe son cuestiones de hecho reservadas a la soberana resolución de las Salas sentenciadoras, cuyas declaraciones, como resultado y apreciación de la prueba practicada, sólo pueden ser combatidos en forma legal, es decir, a través del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Construcción extralimitada. Accesión invertida.—Como ya declaró la sentencia de esta Sala de 15 de junio de 1981, la doctrina jurisprudencial acerca de la llamada accesión invertida, mantenida a partir de la sentencia de 30 de junio de 1923, que exige para la aplicación del principio «accessorium cedit principalis», como excepción a la regla «superficie solo cedit» recogida en el artículo 361 del Código civil, que se trate de una edificación que invade parcialmente el terreno colindante ajeno, que sea realizada de buena fe, a la que el propietario no se haya opuesto y que lo edificado resulte en un todo indivisible, es doctrina que resulta aplicable al supuesto objeto de este recurso. (Sentencia de 30 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

Hechos.—Se plantea un caso de construcción extralimitada, aplicando la Audiencia la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida. No prospera el recurso de casación interpuesto.

• NOTA.—A) Aunque nuestro Código civil, a diferencia de lo que sucede en el Derecho italiano (artículo 1.366 del Código civil), no menciona expresamente a la buena fe en los artículos 1.281 a 1.289, hay que afirmar su pleno sentido en el marco de la interpretación del contrato, como pone de relieve la sentencia que anotamos y otras sentencias del Tribunal Supremo (cfr. D. CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 90). Con razón se afirma que la buena fe impone la aplicación de las ideas de confianza y de autorres-

ponsabilidad en la interpretación. Si una de las partes con su declaración suscitó en la otra una confianza objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1972, p. 252).

B) Se plantea en esta sentencia también el problema de la construcción extralimitada. Nuestro Tribunal Supremo se limita a acoger la doctrina jurisprudencial de que cuando el edificio posee un mayor valor que el suelo invadido, se invierte el principio de *superficie solo cedit*, considerándose que el edificio es lo principal y lo accesorio el terreno. Se señalan claramente los requisitos que han de concurrir para que juegue la accesión invertida.

A las sentencias señaladas por el Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos, hay que añadir las importantes Sentencias de 31 de mayo de 1949, 26 de febrero de 1971 y 28 de abril de 1980, que hace poco tiempo reseñamos en este ANUARIO (1981, III, p. 916-917).

A nivel doctrinal se mantiene esta solución, justificándose con acertados argumentos (cfr., DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, 1978, pp. 203 ss.; GARRIDO PALMA, *¿Superficie solo cedit? El principio de accesión y el principio de superficie*, en Revista de Derecho Notarial, 1969, pp. 89 ss.).

A. C. S.

División de cosa común. Esencial indivisibilidad. Adjudicación a varios de mutuo acuerdo.—Han quedado incólumes en casación los hechos declarados probados en la instancia, y entre ellos la indivisibilidad del objeto de la comunidad o, al menos, su gran desmerecimiento con la división, a causa de que consistía en una fábrica de cerámica, loza, azulejos y porcelana, comprensiva de todas sus instalaciones, inmuebles, muebles, semovientes, maquinaria, cuentas, derechos y consiguientemente el «avivamiento» de la empresa que constaba como un todo, y, en consecuencia, la única forma de practicar la división a la que todos los comuneros tienen derecho, es ponerse de acuerdo para adjudicarla a uno de ellos o a varios, y, si no se logra el acuerdo, habrá de venderse repartiendo el precio obtenido; en el presente caso se adjudicó el objeto a tres de los hermanos comuneros, entregando a la viuda lo correspondiente a la cuarta parte de la valoración total, con lo que se evitó el fraccionamiento de la empresa, y no llegó a tener lugar la venta.

Intervención de la viuda en nombre de menores. Inexistencia de intereses contrapuestos.—No existían intereses contrapuestos que exigiesen el nombramiento de un defensor judicial al haber renunciado la madre, tanto a los gananciales como a la cuota legal usufructuaria, por lo cual pudo representar a sus hijos menores en la partición, no siendo necesaria ni la intervención, ni la aprobación judicial. (Sentencia de 13 de julio de 1981; no ha lugar.)

Principio «tura novit curia».—Lo decisivo para la situación jurídica del actor, legitimadora en este caso para la causa o fondo y para el proceso, es el interés, la atribución del derecho material, y cuando una persona ostenta o puede ostentar ese interés, sea cualquiera su vertiente jurídica o mejor el amparo jurídico que lo sustenta —bien en condición de condómino, bien de simple copropietario—, el juez puede apreciar y aplicar la

norma o vestidura jurídica que estime existente y posibilitadora de la pretensión procesal, porque al hacerlo así no altera el hecho o «causa petendi» (relación dominical con la cosa; exigencia al condómino demandado para contribuir a los gastos y mantenimiento de aquélla), y ese respeto, que es el básico, le impide incidir en incongruencia justamente por atenerse al principio «iura novit curia» o potestad judicial de elección de norma, según reiterada doctrina de esta Sala.

Representación del presidente de la Comunidad de Propietarios.—Si la estimada legitimación del actor ha sido fundada por la sentencia recurrida en su condición de condómino, huelga la aplicación de los preceptos aludidos (número 5.º del artículo 13 de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con el 12 de esta Ley), y a «sensu contrario», porque según doctrina jurisprudencial la actuación representativa del presidente, colocada por su naturaleza en una zona intermedia entre la representación orgánica y la puramente voluntaria, «lleva implícita la de todos los titulares en juicio y fuera de él» (preámbulo de la Ley citada) —sentencia de 3 de octubre de 1979— y en ese sentido no ostenta una representación en sentido técnico, sino que actúa como un órgano del ente comunitario sustituyendo con su voluntad individual la social común, con la posibilidad de considerar lo realizado por el presidente no como hecho «en nombre de la Comunidad», sino como si ésta misma fuese quien lo hubiere realizado, sin perjuicio de la relación interna que medie entre dicho presidente y la Junta de Propietarios, a quien deberá responder de su gestión (Sentencia de 19 de junio de 1965).

Incongruencia mixta.—Al estimar el juzgador dichos acuerdos como vinculantes y resolver, por tanto, según las pretensiones formuladas, que es lo que exige el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para no incurrir en la llamada incongruencia mixta.

Principio de la relatividad del contrato.—El excluir de la eficacia y vinculación del contrato al demandado, justamente por no ser parte en él, es un correcto seguimiento del mandato del artículo 1.257 del Código civil y adecuada su no aplicación.

Error de hecho.—Es reiteradísima doctrina legal que para que el error de hecho como vicio «in iudicando», fundado en documento auténtico, pueda prosperar se precisan los siguientes requisitos: a) fehaciencia o autenticidad formal del documento; b) autenticidad material del mismo, es decir, que en sí diga y contenga un dato revelador y demostrativo del error cometido en la sentencia; c) que dicho dato sea «limpio», claro y terminante, que hable por sí mismo («res ipsa loquitur») y no sea inferencia o deducción obtenida por la parte que lo alega; d) que el mismo documento y, consiguientemente, el hecho que constate, no haya sido estudiado, compulsado y valorado por el juzgador como elemento de su juicio y componente de su razonable y razonada convicción, y e), en definitiva, que constituya prueba eficaz e indubitable que destruya la afirmación o fijación que del hecho discutido haya hecho el juzgador.

Documentos auténticos.—Si los documentos que se citan (actas relativas a las Juntas de Propietarios) son formalmente auténticos, por reconocidos por ambas partes, no lo son en el sentido probatorio pretendido, puesto que el dato que se ofrece como contenido en ellos, es decir, que el demandado recurrente no votó los acuerdos respecto de obras y reparaciones, ni tampoco su vinculación al pago de las mismas, no consta de modo claro y tajante, sino que es una inferencia o conclusión que el recurrente obtiene y ofrece frente a la de la Sala de Instancia, y b) porque, según esto último, dichos documentos fueron estudiados y valorados por dicho juzgador, quien de ellos obtuvo la conclusión afirmativa de la vinculación de dicha parte a dichos acuerdos, conclusión que, por otra parte, no puede ser tachada de arbitraria o excesiva y en tanto que razonablemente normal debe ser mantenida por ello.

Defecto en la interposición del recurso. Carácter razonable de la interpretación del juzgador.—El motivo alegado que denuncia la no aplicación de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil es rechazable, tanto por no precisar (artículo 1.220 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) cuál de los párrafos y de los artículos que cita como infringidos fueran inaplicados, como por no ser aceptable, frente a la del juzgador, la tesis del recurrente, en tanto que ella no aparece como irrazonable.

Error de derecho.—No puede ser acogido el motivo en razón a lo inadecuado de la vía procesal seguida, la del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no la del número 1.º del citado artículo, que es la apropiada cuando lo que se ataca es el punto referente a la existencia o inexistencia del enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de inferir, que es eminentemente «quaestio iuris». El tema del enlace o nexo lógico racional queda encomendado al Juez de Instancia, labor sólo censurable en casación de ser el resultado ilógico o absurdo.

Sentido de los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil.—Ni el artículo 1.249 ni el 1.253 del Código civil contienen propiamente reglas valorativas de prueba, cuyo desconocimiento pueda ser causa de error de derecho.

Error en el consentimiento.—La materia que alega, relativa al error en el consentimiento, es una cuestión de hecho, que exige la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuestión nueva.—La cuestión es novedad de planteamiento o de tema no discutido en la fase expositiva del pleito, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.729, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, causa de inadmisibilidad del motivo.

Aplicación del artículo 1.279 del Código civil.—Presupone la existencia de un pacto o contrato, aquí no probado. (Sentencia de 10 de junio de 1981; no ha lugar.)

Hechos.—El presidente de una Comunidad demanda a uno de los copropietarios el pago de una determinada cantidad de dinero por no haber

contribuido, en la medida acordada, a los gastos derivados de la realización de determinadas obras en el inmueble. El Juzgado condena al demandado a pagar a la actora una concreta cantidad de dinero. La Audiencia confirma el fallo del Juzgado. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Tal vez la cuestión más interesante que se plantea en esta sentencia es la referente a la naturaleza de la actuación del presidente de la Comunidad de Propietarios. Nuestro Tribunal Supremo tiene en cuenta la doctrina de las sentencias de 19 de junio de 1966 y 3 de octubre de 1979. En esta sentencia se reproduce la doctrina de la de 5 de junio de 1979, que contrasta con la citada en primer lugar, como han destacado DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, 1981, p. 308). Téngase en cuenta la opinión de estos autores en lo relativo a dichas sentencias.

Al margen de las cuestiones relativas a la propiedad horizontal, la sentencia que anotamos es particularmente importante en el marco procesal, ya que evidencia la posición del Tribunal Supremo en torno al artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo al recurso de casación.

A. C. S.

Retracto de colindantes. Plazo para retraer. «Dies a quo». Caso de conocimiento de la venta anterior a la inscripción en el Registro.—Según doctrina sentada por Sentencia de 29 noviembre 1958, la computación del plazo de nueve días para ejercitar el retracto, contado a partir de la inscripción de la venta en el Registro, sólo juega cuando no conste que el retrayente, aquí colindante, tuviera conocimiento de la enajenación desde fecha anterior; doctrina que no pugna con la referida al cabal conocimiento de la transmisión, ni con el sentido finalista del art. 1.524 C. c., pues lo que éste persigue en el fondo, aunque no lo exprese, es acomodar toda conducta jurídica al respecto con los postulados de la buena fe y corrección contractual judicial, y al mismo tiempo no dejar en la incertidumbre la adquisición y conservación de los derechos del adquirente, utilizando *in extremis* y extemporáneamente la garantía registral como dato seguro de conocimiento extraregistral, evitando la arbitrariedad consiguiente de quien, no obstante saber y conocer la transmisión, espere a la inscripción registral para, a su amparo formal, ejercitar un derecho ya justamente precluido por no haberlo hecho cuando pudo y debió hacerlo.

Abuso de derecho por ocultación del precio real de la transmisión.—Invocada la conducta antisocial y abusiva en el vendedor, significada en el hecho de hacer constar un precio inferior al real en gran desproporción, con perjuicio del Erario y del recurrente, tal doctrina no es aplicable cuando el tema pueda tener su solución y encaje en el ejercicio de los derechos según las normas ordinarias, o como ya dijo la sentencia de 14 febrero 1944, cuando el interés presuntamente dañado no está protegido por una específica prerrogativa jurídica o no goce de protección jurídica (Sentencias de 21 enero 1963 y 30 junio 1970), con la añadidura de que la doctrina en cuestión ha de tratarse con especial cuidado (Sentencias de 7 febrero 1964 y 7 julio 1980), y siempre presupuesta la existencia real del abuso, realidad que, evidentemente, no es la de autos, primero porque el retrayente siempre

estuvo dispuesto al abono del precio real, y luego porque el Erario no está precisamente ayuno de recursos jurídico-administrativos para salvaguardar su interés. (Sentencia de 31 de octubre de 1981; no ha lugar.)

Como ya he indicado en otro lugar (GARCÍA CANTERO, *Comentario a los artículos 1.445 a 1.541 C. c.*, t. XIX, de los comentarios dirigidos por Albaladejo, Madrid, 1980, pp. 629 y ss.), el T. S. se ha visto obligado a dar una interpretación correctora del art. 1.524, que aquí confirma. En efecto, en la primera edición del Código civil, siguiendo la pauta marcada por García Goyena, el punto de partida del plazo de ejercicio era un requerimiento notarial hecho al retrayente, sea por el vendedor, sea por el comprador, y en la exposición que precede a la edición reformada del C. c. se da cuenta de la supresión de dicho requisito, pero no de sus motivos. Así el vigente art. 1.524 introduce otro sistema de cómputo inicial del plazo de ejercicio del retracto que literalmente suena como si la regla general fuera la inscripción en el Registro y la excepción el conocimiento que el retrayente hubiera tenido de la venta. A los argumentos generales que avalan la interpretación del T. S. debe añadirse que, en el caso concreto, el retrayente intervino activamente en las operaciones previas a la venta, y rechazó una oferta por el mismo precio, estando presente en la Notaría el día en que se formalizó la escritura. El rechazo del recurso es absolutamente de aprobar.

G. G. C.

Retracto de colindantes. No procede cuando la finca retraída es un estanque con maquinaria. Finalidad de la institución.—La doctrina de esta Sala, interpretando el espíritu que informa el art. 1.523 C. c., según la E. de M. del Código, ha encontrado en el retracto de colindantes el remedio para el auge o expansión del cultivo agrícola obstaculizado por la división de la propiedad, mediante la reunión de pequeños predios rústicos a otros de su misma naturaleza, y de ahí que ambas fincas deban merecer la calificación de rústicas, lo que no se cumple en el supuesto de autos, pues la finca retraída, cualquiera que sea su denominación o calificación, no sirve a los señalados fines de integrarse en otra de su misma especie para constituir una sola de mayor cabida con igual destino, cuando el de una y otra lo son muy distintos, ya que acertadamente cabría calificarla de explotación hidráulica. (Sentencia de 19 de octubre de 1981; no ha lugar.)

Se trataba de una finca de cabida aproximada de unos 1.000 metros cuadrados, con un estanque con capacidad de unas ochenta horas de agua, de 18 litros por segundo, con sus accesorios con una casa de máquinas para elevación de agua y un depósito para agua y tuberías de elevación. La argumentación de esta sentencia para rechazar el recurso parece absolutamente correcta, pues de los datos fácticos no es posible deducir la cualidad de finca rústica de la retraída.

Retracto arrendatario rústico. Cómputo del plazo para su ejercicio.—Cuando la venta no se haya notificado expresa y directamente al arrendatario, el plazo se contará desde que éste, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión, es decir, de que la venta se ha efectuado con los detalles precisos y exactos de la misma, incluyendo las condiciones esenciales y no esenciales, para que pueda decir con conocimiento de causa y sin necesidad de acudir a otras averiguaciones sobre la conveniencia de retraer.

Retracto arrendaticio rústico. Precio que debe consignarse.—El precio que debe ser consignado, si se conoce, es el estipulado por las partes, aunque sea distinto al que figure en la escritura de venta, sin que pueda prevalecer, sobre la determinación hecha por la Sala de Instancia, la fuerza probatoria de los documentos públicos, pues el Tribunal puede apreciar su falta de veracidad, ni lo dispuesto en el artículo 1.230 del Código civil, que no es aplicable cuando sólo existe un contrato verbal y no un documento privado que altere una escritura pública. (Sentencia de 20 de mayo de 1981; no ha lugar.)

5. Derecho de familia

Matrimonio canónico. Ejecución de las sentencias firmes de separación dictadas por los tribunales eclesiásticos. Doctrina general. Derecho transitorio.—Al aplicar el derogado art. 82 C. c. tiene declarado esta Sala que constituye un «trámite especialísimo» y de específica naturaleza el llamado de ejecución a efectos civiles de una sentencia firme de separación matrimonial dictada por un Tribunal eclesiástico, de acuerdo con lo establecido en dicha norma y en el art. 80 del propio cuerpo legal, pues los órganos jurisdiccionales del Estado no se limitan a prestar un mero auxilio judicial ejecutando en sentido estricto las resoluciones emanadas de la jurisdicción canónica, sino que determinan y regulan las consecuencias meramente civiles de la separación —o de la nulidad en su caso—, resolviendo con jurisdicción propia los distintos problemas que cada situación matrimonial plantea en particular, para lo que habrá de utilizar las disposiciones del ordenamiento civil y, sobre todo, con autonomía de criterio y de procedimiento con respecto a la resolución anterior dimanante de otros órganos.

Improcedencia del recurso de casación en ejecución de sentencia.—No procede en estos casos el recurso singular y extraordinario para los sujetos de ejecución de sentencia contemplado en el art. 1.695 LEC, en cuanto que las características antes señaladas no se ajustan a los dos casos concretos y limitados que en tal precepto se mencionan (Sentencia 3 junio 1966 y Auto de 4 octubre 1971).

Adjudicación de la vivienda familiar.—La resolución del Juez de Instancia, confirmada por la Audiencia, según la cual la esposa debe abandonar el piso que fuera domicilio del matrimonio ya separado, y del que es titular arrendaticio el marido, no puede combatirse al amparo del art. 1.695 LEC, ni puede entenderse en ningún caso que el Juez civil hubiera procedido con extralimitación, puesto que la sentencia canónica se limita estrictamente a disponer la separación de los esposos, cesando la comunicación de vida, y a ordenar lo que proceda sobre el cuidado de los hijos menores, pero prescindiendo de toda referencia al régimen de bienes y a las consecuencias económicas ocasionadas por la cesación del consorcio conyugal, que son extremos a dilucidar ante la jurisdicción civil. (Sentencia de 5 diciembre 1981; no ha lugar.)

Dado que la nueva normativa sobre separación carece de eficacia retroactiva (cfr. art. 81 C. c., a diferencia de lo dispuesto para el divorcio en el art. 85) es posible que sigan planteándose ante los Tribunales supuestos de hecho regidos por los anteriores arts. 80 y 82 C. c. En todo caso la doctrina aquí sentada era aceptada comúnmente por la doctrina anterior (vide FUENMAYOR CHAMPIN, *Comentario al art. 82*, t. II, *Comentarios al C. c. dirigidos por Albaladejo*, Madrid, 1978, pp. 272 s.), y seguirá teniendo validez a la hora de interpretar el actual art. 80 sobre ejecución de sentencias canónicas de nulidad y resoluciones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, siempre que se adapte debidamente a la nueva normativa.

G. G. C.

«Exequatur» a sentencia francesa de adopción simple realizada por súbdito francés respecto de dos hermanas de nacionalidad española. Asunción de los apellidos del adoptante. Consentimiento del cónyuge de las adoptadas. Procede acceder al *exequator* de la sentencia dimanante del Tribunal de Gran Instancia de París declarando la adopción simple por parte de un súbdito francés de dos hermanas de nacionalidad española, con sustitución de sus respectivos apellidos por el del adoptante, pues aparece incuestionable la competencia del Tribunal de origen, conforme al art. 7º del Convenio de 1969, y es firme la resolución de que se trata, además de que la ley personal del adoptante será la pauta reguladora de la adopción en cuanto a sus efectos y a la capacidad para adoptar, como preceptúa el art. 9.5 C. c., amén de que en la resolución referida se declara el consentimiento de las adoptadas con intervención de los cónyuges, con lo cual aparece cumplido el requisito impuesto por la legislación española a este respecto, no concurriendo ninguna de las hipótesis en que la denegación del reconocimiento sería procedente conforme al art. 4º del mismo Convenio.

Irrelevancia de la falta de «apostilla» en los documentos presentados.— La eficacia de la ejecutoria no puede resultar impedida por la circunstancia de que falta en los documentos la fijación de la «apostilla», pues esta formalidad a que se refiere el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, ratificado por España el 10 abril 1978, sólo adquiere valor en los casos en que medie la exigencia de legalización diplomática o consular para los documentos públicos extranjeros, según indica su preámbulo, presupuesto inoperante en este caso, ya que con arreglo al art. 15 *in fine*, del citado Convenio de 1969, los presentados para solicitar el reconocimiento o la ejecución de las decisiones foráneas «están dispensados de su legalización. (Auto de 2 de julio de 1981.)

Después de la reforma de la adopción en Francia en virtud de las leyes de 1966 y 1976 sólo es posible utilizar la forma de la adopción simple tratándose de adoptados mayores de edad, como parece ser el caso aquí previsto; por otra parte, a tenor del art. 363 *Code civil*, el adoptado permanece en su familia de origen y conserva en ella todos sus derechos, especialmente los hereditarios. La singularidad del caso radica en el hecho de ser dos las personas adoptadas, hermanas entre sí, supuesto que la doctrina francesa no suele considerar (cfr., por ej., CARBONNIER, *Droit civil*, II, 1977, pp. 449 ss.). El interés del reconocimiento de esta adopción en España radicaba, al parecer, en el cambio de los apellidos de las adoptadas. No se ve que esta adopción realizada en Francia contravenga al orden público español.

G. G. C.

II. DERECHO MERCANTIL

Legitimación para recurrir. Exigencia de que se ostente un derecho o interés propio.—Las acciones procesales y los recursos derivados de ellas sólo se otorgan para defender derechos e intereses propios por norma general, que es lo proclamado por el artículo 24, p. 1, de la Constitución, por lo cual sólo la parte a la que resulta desfavorable la resolución jurisdiccional puede, como perjudicada o gravada por ella, acudir a los medios de impugnación que el ordenamiento concede para que se revoque o reforme y, entre ellos, el recurso de casación.

Sociedades Anónimas. Alcance de la limitación de responsabilidad de los socios.—No puede aducirse el «privilegio de la limitación de la responsabilidad del accionista» cuando no se trata de deudas nacidas con arreglo a la específica normativa de las Sociedades Anónimas, sino de las que, según parecer de la Sala de Instancia, nacieron de un pacto de los socios en trance de liquidación, asumiendo la responsabilidad por las «numerosas reclamaciones pendientes de los titulares de las viviendas para que fueran reparadas».

Obligaciones solidarias. Exclusión de la presunción contraria a su existencia del Código Civil.—La presunción de no solidaridad no opera cuando se trata de responsabilidades derivadas del cobro de lo indebido o del enriquecimiento injusto, de la pluralidad de autores en caso de culpa extracontractual, en la esfera del arrendamiento de obra para las obligaciones de contratista y arquitecto ex artículo 1.591, en los supuestos de coactuación dolosa en el ámbito contractual y en la compra de géneros para un establecimiento mercantil llevado en copropiedad; solución también prospurada para las situaciones en que, si bien los sujetos aparecen ligados por contratos diferentes, todos ellos responden a una misma causa y se ha producido, entre los varios interesados, interdependencia y comunidad de intereses; como sucede en el presente caso, en que es definitivo advertir que el conjunto de las viviendas vendidas constituye una unidad arquitectónica. (Sentencia de 10 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

Antecedentes: En el año 1972 y mediante los correspondientes contratos fueron adquiridas 375 viviendas, integrantes de 24 casas edificadas en Portugalete. Suscribió los contratos como vendedor don J. P. G., actuando, en la mayoría de ellos, como apoderado de su hermano y como director-gerente de la compañía «P. G., S. A.», en los menos. Dicha sociedad tenía prácticamente la mitad de las acciones suscritas por los dos hermanos. En 1975 y ante los graves defectos en la edificación de los inmuebles, que determinaron su ruina parcial, las Comunidades de Propietarios afectadas demandaron su corrección dirigiéndose a ambos hermanos y a la sociedad constructora. Con fecha 23 de diciembre de 1975 la compañía «P. G., S. A.», acordó su disolución, incluyéndose en la escritura correspondiente la cláusula siguiente: «Los accionistas responderán en proporción al número de acciones de que sean titulares de cualquier deuda o débito de la sociedad

que apareciera en el futuro y del que, en este momento, no tienen noticia». La disolución de la sociedad se hizo constar en el Registro Mercantil con fecha 25 de marzo de 1976.

NOTA.—La presente sentencia incide sobre un tema de fundamental importancia, como es la posible responsabilidad de los socios de una Sociedad Anónima por razón de deudas sociales cuando la entidad ha quedado disuelta. Esta era la cuestión originada por la demanda originaria, pues se dirige contra don J. P. G., los herederos de su hermano y la «Inmobiliaria P. G., S. A.», que fue desestimada en primera instancia.

Interesa señalar también el fallo de la Audiencia Territorial que, estimando el recurso interpuesto, condena a las personas que formaron parte o fueron interesadas en la «Inmobiliaria P. G., S. A.», a que efectúen las obras de reparación que señala.

A pesar de este planteamiento, el Tribunal Supremo no llega a abordar la cuestión indicada, pues fundamenta la desestimación del recurso de casación en la eficacia de la cláusula de la escritura de disolución en que las deudas sociales son asumidas por los socios (sobre la posición de los acreedores sociales en caso de disolución de la sociedad, véase: M. de la Cámara Alvarez, *Estudios de Derecho Mercantil*, vol. II, EDERSA, 1978, páginas 657 a 665, que expone las diversas posturas doctrinales).

Por otra parte debe destacarse el alcance atribuido a la cláusula anteriormente mencionada, pues parece excesivo. Primeramente se le asigna el efecto de liberar de responsabilidad a la sociedad, pues la condena a reparar los deterioros sólo se impone a los socios. Para ello se prescinde del consentimiento del acreedor, es decir, de los propietarios de las viviendas arruinadas, que parece exigido por el artículo 1.205 del Código civil (cfr. L. Díez-Picazo: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Madrid, 1972, pág. 814).

En segundo lugar se considera la obligación de reparar como solidaria entre los socios, aduciéndose, para defender este criterio, la peculiaridad del objeto de los contratos de compraventa de las viviendas por los demandantes, lo cual es irrelevante para la cláusula de asunción de deudas, que surge en el momento de disolverse la sociedad. La solidaridad, en el caso objeto de la sentencia, se encontraba expresamente excluida por los socios, que asumieron la responsabilidad por las deudas de la sociedad «en proporción al número de acciones de que sean titulares». En definitiva, la situación parece más bien encuadrarse en la categoría de las obligaciones indivisibles mancomunadas, reguladas por el Código civil en los artículos 1.139 y 1.150.

P. E. A.

III. DERECHO PROCESAL

Competencia. Pago de pensión pactada en capitulaciones. Lugar de cumplimiento.—Dadas las dudas que ofrece el que la pensión pactada pueda calificarse de alimentos en atención a su fin, pareciendo más bien la contribución a los gastos generales del matrimonio, cabe afirmar que en forma alguna encaja en la regla 21 del art. 63 de la LEC, siendo obligado acudir a las reglas del art. 62 de la misma, que lo ha de ser, al no existir sumisión expresa o tácita por parte de los contendientes, la primera de las mismas, es decir, el lugar en que ha de cumplirse la obligación, que no es otro que Zaragoza, por estar domiciliada en dicha capital la demandante a la que

debe ser entregada la pensión, y en donde tuvo iniciación y parte del cumplimiento de la obligación, según resulta de la documental aportada apreciada a los solos efectos de la competencia, pues fueron efectuadas diversas entregas y pagos, mediante giros y transferencias, teniendo declarado esta Sala que el pago por dichos medios es una facilidad, entendiéndose hechos los mismos en el lugar donde las cantidades se reciben. (Sentencia de 6 de octubre de 1981.)

Cuestión de competencia. Compraventa de relojes. Remesas a «porte debido» y a «porte pagado». Interés predominante.—Conforme a la regla 2.^a del art. 62 de la LEC en los juicios en que se ejercitan acciones personales será juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, que tratándose del pago del precio de una compraventa es el lugar de entrega de la cosa vendida, siendo reiteradísima la jurisprudencia de esta Sala de que ha de presumirse que los géneros de comercio fueron entregados en el establecimiento mercantil del vendedor; pero en el caso concreto la presunción ha de ceder ante la prueba documental que, a estos efectos, demuestra en principio que las partidas 2.^a a 4.^a, y probablemente también la 5.^a, fueron remesadas a «portes pagados» y efectuada su entrega en el domicilio del comprador, restando únicamente la partida 1.^a para la fórmula «portes debidos», por todo lo cual, y atendiendo al interés predominante de las primeras debe resolverse la cuestión de competencia en favor del Juzgado de C. de O. (Sentencia de 21 de octubre de 1981.)

Cuestión nueva.—Implica una cuestión nueva, no debatida en las instancias, que en su momento debió dar origen a la inadmisión de este motivo a tenor del artículo 1.728, número 5.^o, de la citada Ley procesal civil, y que ahora origina su desestimación.

Competencia del Tribunal español.—Los demandados que comparecieron no hicieron petición alguna para que el Tribunal español se abstuviera, a través del ejercicio de la correspondiente excepción de incompetencia por declinatoria, y toda vez que es improcedente la abstención de oficio, al haber concurrido en el supuesto debatido el punto de conexión parcial que integra la sumisión de todos los litigantes que confirió jurisdicción a los Tribunales nacionales, sin olvidar, por último, que la concurrencia, como demandante en el primero de los litigios y demandado en el segundo, de persona de nacionalidad española, ello por sí solo constituye vínculo de conexión ante el cual debe ceder cualquier otro, aunque también sea absoluto en favor de una jurisdicción extranjera; pues ni el español en estos casos podría intentar que su jurisdicción deje de conocer, lo que en el caso contemplado no se dio, ni el extranjero, si es demandado, puede pretender ganar la declinatoria de jurisdicción frente al actor español.

Presunción.—La sentencia recurrida no infringe por aplicación indebida el artículo 1.253 del Código civil, ya que entre el hecho que se dice demostrado y el que de él se pretende derivar no hay el enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano que exige el artículo que se invoca como infringido. (Sentencia de 20 de noviembre de 1981; ha lugar.)

Prueba pericial en segunda instancia. Improcedencia. Principio «ne procedat iudex ex officio» y de aportación de parte.—El juez hizo saber a las partes la obligación que contraían, al ser nombrados los peritos de común acuerdo entre ellas, «de hacerles comparecer ante este Juzgado para su notificación, aceptación y juramento y hecho que sea se acordará», y no habiendo cumplido las partes esa obligación que asumieron, a ellas mismas incumbía y, por tanto, al recurrente que propuso esta prueba, le incumbía hacer saber al Juzgado por medio de la correspondiente manifestación escrita las circunstancias de la incomparecencia de los peritos y solicitar, en su caso, el nombramiento de nuevos peritos, o pedir nueva citación de los nombrados; todo ello de conformidad con el principio dispositivo que fundamentalmente rige el porceso civil, que impide al Juez proceder de oficio en este punto concreto, pues en materia de prueba la ley asigna a los litigantes la función exclusiva de reunir y traer al proceso el material de hecho, limitando la función del juez, salvo en caso de providencia para mejor proveer, a recibirlo para valorarlo; en consecuencia, sólo se practicará prueba pericial si las partes la instan y remueven los obstáculos que se oponen a su realización, entre ellos, el surgido en el caso ahora contemplado. (Sentencia de 10 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

Necesidad de congruencia entre demanda y sentencia.—La finalidad del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al establecer el deber de congruencia de las sentencias, es evitar ulteriores pronunciamientos judiciales sobre cuestiones ya planteadas. Se concede con ello una mayor seguridad y eficacia a la decisión judicial.

Interpretación del deber de congruencia.—Es doctrina reiterada que la exigencia de congruencia en la sentencia no ha de entenderse de un modo literal y rígido, sino que sobre la base del respeto absoluto a los hechos, los jueces pueden aplicar la norma que estimen justa y adecuada como respuesta jurídica correcta a la contienda planteada. Esta apreciación deberá hacerse extensiva a las derivaciones lógicas y naturales del tema, siempre que ello no sea contrario a la esencia de la petición y que se tienda a la más fácil efectividad de la misma.

Inexistencia de incongruencia.—No existe incongruencia cuando se adopta la solución más ajustada a los fines del negocio y a su más adecuado cumplimiento en base a unos criterios de equidad reconocidos en el artículo 3, párrafo 2º, del Código civil. (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1981; no ha lugar.)

Hechos.—El fallecimiento por accidente de uno de los socios fundadores de una cooperativa destinada a la construcción de viviendas motiva el acuerdo de la Junta General de conceder a la viuda e hijos del finado en agradecimiento a los servicios prestados una cantidad en metálico, cuya efectividad se concretaría en la entrega de una vivienda. Este acuerdo es posteriormente ignorado por la nueva Junta rectora. La viuda e hijos presenta demanda solicitando la nulidad del posterior acuerdo social.

El Tribunal de Primera Instancia estima la demanda, declara la nulidad,

condena a la entrega del piso y establece un sistema liquidatorio del pago de forma que en cualquier caso la viuda e hijos reclamantes recibieran el valor dinerario asignado.

La Audiencia Territorial confirma la sentencia de Primera Instancia.

M. A. M. C.

Deshaucio arrendaticio rústico. Consignación de las rentas, intereses y costas para enervar la acción.—Según establece de modo inequívoco el artículo 29 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, cuando el desahucio se funde en falta de pago, el arrendatario podrá evitarlo dentro de los ocho días siguientes al de su citación a juicio, consignando juntamente con la renta o rentas en descubierto, los intereses de demora y el importe de las costas hasta el momento de la consignación; redacción y mandato que excluyen toda separación en el tiempo en cuanto a la consignación de las partidas correspondientes a la renta, a los intereses y a las costas, cuyo importe ha de consignarse al tiempo y en el mismo acto procesal, antes de la citación a juicio del arrendatario deudor, si es quiere evitar el desahucio, y sin que quepa otra posibilidad interpretativa del precepto, de acuerdo con el sentido literal de sus palabras, e incluso a su finalidad que es la de, al tiempo de satisfacer los derechos del arrendador, exigir al arrendatario deudor el cumplimiento competo e íntegro de su obligación en la que los intereses y costas son parte accesoria, pero legalmente exigible, evitando así —economía procesal— la prosecución del juicio. (Sentencia de 2 de noviembre de 1981; ha lugar.)

Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación contenían un curioso fallo condicional, pues condenaban al desalojo a menos que en el término de ocho días a contar de la notificación de la sentencia consignase el demandado los intereses legales de la cantidad reclamada, ya pagada. Es plenamente de aprobar la doctrina de esta sentencia.

Arrendamiento de industria. Desahucio. Consignación de rentas para apelar. Interpretación del art. 1.566 LEC.—Por grande que sea el rigor formal con el que se haya venido aplicando, y haya de seguir siéndolo, el artículo 1.566 LEC no es posible extraer de la literalidad ni de la finalidad que le son propias, la desorbitada consecuencia prendida por el arrendador-demandante-apelado y compartida por la Sala *a quo*, de que deba rechazarse *a limine* el recurso de apelación, pese a haberse consignado al tiempo de interponerlo todas las rentas vencidas y adecuadas en ese momento —que es lo que exige el texto literalmente y explica el fundamento del artículo que no es otro que evitar la perduración del descubierto de las rentas a favor de la prolongación de los juicios por el seguimiento de sus recursos—, en base únicamente a no haberse justificado, aun siendo la efectivamente adeudada, que dicha cantidad consignada era la debida, justificación que no aparece exigida ni por la letra ni por el espíritu del artículo invocado en el recurso, por todo lo cual debe entenderse que basta con la consignación sin el acompañamiento del último recibo si aquélla no se

tacha de insuficiente, ni se cuestiona siquiera ese aspecto. (Sentencia de 16 de noviembre de 1981; *ha lugar*.)

Motivos de casación. Incongruencia.—No son impugnables por incongruencia las sentencias absolutorias, como la recurrida en que el Tribunal de apelación llega a la desestimación de la demanda sin suplir actividad alguna de los demandados en cuanto a la oposición de excepciones, sino que se pronuncia sobre la acción ejercitada declarándola infundada, no en el sentido de la legitimación «ad procesum», sino por falta de razón y de *recho*, como afectante al fondo del asunto.

Apreciación de la prueba. Existencia de novación.—La apreciación de la existencia de hechos determinantes de una novación modificativa es facultad propia y peculiar de la Sala «a quo», debiendo estarse a su criterio en tanto no haya sido adecuadamente impugnado.

Interpretación de las cláusulas de los contratos. Criterio de la Sala sentenciadora.—No cabe admitir la impugnación de la interpretación hecha por la Sala ateniéndose a los términos literales de la cláusula debatida que podría no ser exacta, pero no cabe calificarla de absurda o ilógica en cuanto atiende a la equiparación jurídica de los obligados, sin atribuir posición preponderante a los demandantes que hubiera dejado a su arbitrio el cumplimiento del contrato. (Sentencia de 4 de noviembre de 1981; *no ha lugar*.)

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

CAFFARENA LAPORTA, Jorge: *Genus nunquam perit.*

CASTILLO TAMARIT, José: *Donaciones con reserva de la facultad de disponer, prohibiciones de disponer, gananciales y legítima.*

2. VIDA JURÍDICA

ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan: *Congreso de jurisconsultos sobre los derechos civiles territoriales en la Constitución.*

3. BIBLIOGRAFÍA

4. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

5. JURISPRUDENCIA